

BAB II

HAK ASASI MANUSIA DAN TEORI HUKUM FEMINIS

A. Prinsip dan Norma Hak Asasi Manusia

1. Definisi dan Filosofi Hak Asasi Manusia

Konsepsi hak asasi manusia lahir dari pergulatan panjang umat manusia, bagi sebagian orang bahkan menyebutnya sebagai suara-suara korban. Terjadinya penindasan dan kesewenang-wenangan merupakan awal pem-buka kesadaran tentang konsep hak asasi manusia. Sejarah perkembangan hak asasi manusia tidak akan berhenti sampai pada hari ini karena muara itu ada pada peradaban manusia itu sendiri.

Hak asasi manusia adalah hak yang melekat secara *inherent* pada diri manusia karena ia manusia. Satu satunya alasan seseorang memiliki hak asasi adalah karena ia manusia. Fokus utama dari hak asasi manusia adalah kehidupan dan martabat manusia. Martabat manusia akan terganggu ketika mereka menjadi korban pelecehan seksual, penyiksaan, perbudakan; termasuk jika hidup tanpa kecukupan pangan, sandang dan perumahan.

Asal usul gagasan mengenai hak asasi manusia dapat diruntut kembali sampai jauh kebelakang hingga ke zaman kuno dengan filsafat Stoika hingga ke zaman modern. Di kalangan para ahli hukum terdapat tiga teori utama yang menjelaskan asal muasal lahirnya pemikiran mengenai hak asasi manusia, yakni teori hukum kodrati, positivisme, dan anti-utilitarian.

a. Teori Hukum Kodrati

Pemikiran yang kemudian melahirkan teori hukum kodrati tidak lepas dari pengaruh tulisan-tulisan santo Thomas Aquinas. Menurut Aquinas, hukum kodrati merupakan bagian dari hukum Tuhan yang dapat diketahui melalui penalaran manusia. Gagasan Aquinas meletakkan dasar-dasar mengenai hak individu yang bersifat otonom. Setiap manusia dianugrahi identitas individual yang unik oleh Tuhan, dan hal ini terpisah oleh Negara. Namun gagasan Aquinas menuai banyak kritik karena tidak empiris, bagaimana kita tahu Tuhan telah memberikan hak tertentu pada semua orang.

Hugo de Groot, atau dikenal dengan Grotius, mengembangkan lebih lanjut teori hukum kodrat Aquinas dengan memutus asal-usulnya yang theistic dan membuatnya menjadi produk pemikiran sekuler yang rasional. Menurut Grotius eksistensi hukum kodrat dapat diketahui dengan menggunakan penalaran yang benar, dan derajat kesahihannya tidak bergantung pada Tuhan. Hukum kodrati yang merupakan landasan hukum positif atau hukum tertulis, dapat dirasionalkan dengan menggunakan aksional logika dan ilmu ukur. Sepanjang Abad 17, pandangan Grotius terus disempurnakan. Melalui teori ini hak-hak individu yang subyekstif diterima dan diakui.³³

³³ J. A, Denny, *Menjadi Indonesia tanpa Diskriminasi*, ctk. Pertama (Jakarta: Gramedia, 2013), hlm. 8

Tokoh yang dianggap paling berjasa dalam meletakkan dasar-dasar teori hukum kodrati ialah John Locke dan JJ Rousseau. Dalam buku klasiknya: *“The Second Trities of Civil Government and a Letter Concerning Toleration”*, John Locke mengajukan sebuah postulasi pemikiran bahwa semua individu dikaruniai oleh alam hak yang melekat atas hidup, kebebasan dan kepemilikan, yang merupakan milik mereka sendiri dan tidak dapat dicabut atau dipreteli oleh Negara. Melalui suatu “kontrak social” (*social contract*), perlindungan atas hak yang tidak dapat dicabut ini diserahkan pada Negara. Apabila penguasa Negara mengabaikan kontrak social itu dengan melanggar hak-hak kodrati individu, maka rakyat di Negara itu bebas menurunkan sang penguasa dan menggantinya dengan suatu pemerintah yang bersedia menghormati hak-hak tersebut.³⁴ Rousseau mengikuti teori kontrak social. Tetapi berbeda dengan Locke, Rousseau mengatakan bahwa hukum kodrati tidak menciptakan hak-hak kodrati individu, melainkan hak kedaulatan warga Negara sebagai suatu kesatuan. Setiap hak yang diturunkan dari suatu hukum kodrati aka nada pada warga Negara sebagai satu kesatuan yang bisa diidentifikasi melalui kehendak umum (*general will*).³⁵ Gagasan Locke mengenai hak-hak kodrati inilah yang melandasi munculnya revolusi hak dalam revolusi Inggris Amerika Serikat, dan Prancis pada Abad ke-17 dan ke-18.

³⁴ Rhona K.M Smith, et. al., *Hukum Hak Asasi Manusia*, ctk. Pertama (Yogyakarta: Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia, 2008), hlm 12

³⁵ J. A Denny, *Menjadi... op. cit.*, hlm. 9

Teori hukum kodrati melihat hak asasi lahir dari Tuhan sebagai bagian dari kodrat manusia. Ketika manusia lahir sudah melekat alam dirinya sejumlah hak yang tidak dapat diganti apalagi dihilangkan, apapun latar belakang agama, etnis, kelas social, dan orientasi seksual mereka.

b. Teori Positivisme atau Utilitarian

Gagasan hak asasi manusia yang berdasarkan pada pandangan hukum kodrati mendapat tantangan serius pada Abad ke-19. Ialah Edmund Burke, seorang kebangsaan Irlandia yang resah akan Revolusi Perancis, yang mempropagandakan “rekaan yang menakutkan mengenai persamaan manusia”. Burke menuduh bahwa penyusun “*Declaration of the Right of Man and of the Citizen*” merupakan ide-ide yang tidak benar dan harapan yang sia-sia pada manusia yang sudah ditakdirkan menjalani hidup yang tidak jelas dengan susah payah.³⁶

Hume, seorang filsuf asal Skotlandia, berpandangan bahwa teori hukum kodrati mencampuradukan antara apa yang ada (*is*) dan apa yang seharusnya (*ought*). Apa yang ada adalah fakta yang dapat dibuktikan keberadaannya secara empiris dan dapat diperiksa kebenarannya. Di sini orang tidak dapat berdebat benar atau salah, karena keberadaannya dapat dibuktikan dan diuji secara empiris. Sementara apa yang seharusnya (*ought*) adalah prinsip moralitas, yakni realitas yang secara obyektif tidak dapat dibuktikan keberadaannya. Dalam moralitas orang dapat

³⁶Rhona K.M Smith, et. al., Hukum... *op. cit.*, hlm. 13

berdebat benar atau salah. Menurut Hume, hukum harus harus memisahkan secara tegas apa yang ada dengan moralitas. Teori hukum kodrati hanya berada pada wilayah moralitas dan tidak bertolak pada system hukum yang formal.³⁷

Jeremy Bentham menentang teori hukum kodrati habis-habisan. Kritik terbesarnya mendasarkan bahwa teori hukum kodrati tidak bisa dikonfirmasi dan diverifikasi kebenarannya. Bagi Bentham, hak kodrati adalah anak yang tidak memiliki ayah. Karena hak barulah ada apabila ada hukum yang mengaturnya terlebih dahulu. Menurut Bentham, eksistensi manusia ditentukan oleh tujuan (utilitas) mencapai kebahagiaan bagi sebagian besar orang. Penerapan suatu hak atau hukum ditentukan oleh apakah hak atau hukum tersebut memberikan kebahagiaan terbesar bagi sejumlah manusia yang paling banyak.³⁸ Setiap orang memiliki hak, tetapi hak tersebut bisa hilang apabila bertentangan dengan kebahagiaan dari mayoritas banyak orang. Kepentingan individu harus berada di bawah kepentingan masyarakat. Karena pandangan yang mengutamakan banyak orang tersebut, teori positivisme dikenal juga sebagai teori utilitarian.

John Austin mengembangkan gagasan yang sistematis mengenai teori positivism. Menurut Austin, satu-satunya hukum yang shahih adalah perintah dari kekuasaan politik yang berdaulat dengan disertai aturan dan sanksi yang tegas. Dengan cara inilah suatu system yang rasional yang

³⁷ J. A Denny, *Menjadi... op. cit.*, hlm. 10
³⁸ *Ibid*;

terdiri dari aturan-aturan yang saling berkaitan dapat dikonfirmasi. Dalam pandangan Austin hak barulah muncul jika ada aturan dari penguasa yang melindungi individu dan harta benda mereka.

Dalam pandangan teori positivisme hak barulah ada jika ada hukum yang telah mengaturnya. Moralitas juga harus dipisah secara tegas dalam dimensi hukum. Adapun kepemilikan hak dari tiap individu bisa dinikmati apabila diberikan secara resmi oleh penguasa atau Negara. Dan yang paling menonjol dalam pandangan ini ialah memprioritaskan kesejahteraan mayoritas. Sedangkan kelompok minoritas yang preferensinya tidak diwakili oleh mayoritas bisa diabaikan dan kehilangan hak-haknya.

c. Teori Keadilan

Teori keadilan lahir dari kritik terhadap teori positivism. Tokoh yang mengembangkan teori ini ialah Ronald Drowkin dan John Rawls. Teori Drowkin sangat mendasarkan pada kewajiban untuk memperlakukan warganya secara sama yang di emban Negara. Tentunya, nilai-nilai moral, kekuasaan, atau menggunakan pendasaran lainnya sebagai alasan untuk mengesampingkan hak asasi manusia—kecuali prinsip perlakuan sama itu sendiri. Oleh karenanya hak asasi manusia dimaksudkan sebagai benteng—atau “trump” dalam istilah yang digunakannya sendiri—individu atas kehendak public yang merugikan atau yang menjadikannya tidak mendapat perlakuan yang sama. Tapi tidak semua hak memiliki natur

sebagai “trump”—dapat dijadikan sebagai “benteng” terhadap kehendak public. Kelompok hak yang tergolong dalam kelompok ini adalah non-hak asasi manusia—hak yang tidak fundamental. Missal, hak untuk mendirikan sebuah tempat tinggal di suatu tempat. Hak seperti ini dapat dilanggar oleh pemerintah tetapi apabila didasarkan pada alasan terdapatnya kepentingan umum yang lebih besar.³⁹

Gagasan lainnya adalah pandangan dari John Rawls yang kemudian mengenalkan konsep soal keadilan distributive. Ada dua hal penting dalam hal ini, yakni keadilan (*fairness*) dan kesamaan. *Pertama*, setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. *Kedua*, ketimpangan ekonomi dan social mesti diatur sedemikian rupa agar menghasilkan manfaat yang sebesar-besarnya bagi mereka yang paling kurang beruntung dan menyediakan suatu system akses yang sama dan peluang yang sama. Menurut Rawls, didalam masyarakat, setiap individu mempunyai hak dan kebebasan yang sama. Tetapi hak dan kebebasan tersebut kerap tidak dinikmati secara sama—missal saja hak bagi setiap orang untuk memperoleh pendidikan, tetapi hak ini tidak dapat dinikmati oleh setiap orang karena kemiskinan. Untuk mengatasi hal tersebut, Rawls memperkenalkan asas perbedaan (*difference principle*). Asas ini menyatakan bahwa distribusi sumberdaya yang merata hendaknya

³⁹ Pranoto Iskandar, *Hukum HAM Internasional*, ctk. Pertama (Jakarta: IMR Press, 2012), hlm. 57-58

diutamakan, kecuali jika dapat dibuktikan bahwa distribusi yang timpang akan membuat keadaan orang yang kurang beruntung menjadi lebih baik.⁴⁰

Dalam pandangan Rawls, tiap orang memiliki hak yang di dasarkan pada konsep keadilan yang tidak bisa di tawar-tawar, pun hal tersebut terkait dengan isu kesejahteraan masyarakat secara umum. Untuk itu, keadilan akan terwujud apabila didasarkan pada prinsi-prinsip “posisi asali” nya masing-masing. Dalam keadaan ini tiap orang akan diasumsikan memilih dua prinsip keadilan pokok. Prinsip pertama, tiap orang akan diberikan hak yang sama luasnya. Prinsip kedua adalah kesetaraan yang di dasarkan pada kompetisi yang adil dan hanya dijustifikasi bila ia menguntungkan bagi pihak yang paling di rugikan. Bila di antara keduanya mengalami pertentangan maka kebebasan yang setara harus dimenangkan dari kesempatan yang setara. Pilihan atas kedua prinsip ini, menurut Rawls, akan mengemuka karena para pihak yang mengadakan kontrak berada dalam “keadaan tanpa pengetahuan” atau tidak tahu berbagai fakta yang akan menempatkan posisi kita di suatu masyarakat.

Ketiga teori diatas memiliki persamaan dalam hal pengakuan, perlindungan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia. Perbedaannya terletak pada pandangan mengenai asal muasal lahirnya hak yang paling mendasar tersebut. Namun tidak pula gagasan ini dinilai benar. Ialah Marx yang menolak

⁴⁰John Rawls, *Teori Keadilan*, ctk. Pertama (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006), hlm. 72-77

prinsip tersebut,⁴¹ baginya apa yang disebut sebagai hak asasi manusia itu tidak ada apa-apanya. Kecuali hak-hak dari manusia yang egois, yaitu manusia yang terpisah dari manusia lainnya atau dari komunitasnya. Hak asasi manusia pada dasarnya terfokus bukan pada manusia sebagai warga Negara, tapi pada sebagian manusia yang borjuis. Kritik Marx ini kemudian mengantarkan para pemikir Marxis pada abad berikutnya untuk mencirikan hak asasi manusia sebagai sarana universalisasi nilai-nilai kapitalisme, terutama kebebasan berusaha tanpa tanggungjawab social. Disamping berseberangan dengan ideology Marxis, doktrin hak-hak asasi manusia juga tidak sesuai dengan ajaran pemikiran-pemikiran besar yang terdapat di Asia. Dimotori diantaranya oleh beberapa pemimpin Negara di Asia, konsep hak asasi manusia dinilai tidak sesuai dengan karakter timur. Mahatir Mohammad misalnya, menilai bahwa konsep hak asasi manusia tak lebih dari model baru hegemoni negara-negara barat. Kita kemudian dihadapkan pada tarik menarik dua kutub dalam melihat hak asasi manusia; universalisme vs relativisme budaya.

Tentu saja kita tidak untuk terjebak dalam dualisme pandangan tersebut. Karena pada dasarnya konsepsi hak asasi manusia merupakan standar minimal yang diperlukan agar orang bisa hidup sebagai manusia. Yakni tentang hakekat manusia, apa yang diperlukan oleh manusia, dan apa yang diinginkan agar hidup bermartabat. Hakekat manusia tidak hanya kuat dipengaruhi oleh kebutuhan biologis kita untuk bertahan hidup, tetapi juga oleh norma-norma, nilai-nilai, dan

⁴¹ Tekanan yang kuat dari pemikiran Marxis memberikan kontribusi penting pada teori hak asasi manusia yaitu melalui "paham revisionis" Marxis, hak-hak social dan ekonomi, serta persamaan social.

keinginan-keinginan yang diinternalisasi dalam proses menjadi makhluk social.⁴² Hak asasi manusia menjadi fundamental karena nature HAM itu sendiri; yang mana hak asasi manusia berada pada tataran moral manusia itu sendiri. Menurut Jack Donnelly pendasaran hak asasi manusia bukan terletak pada kebutuhan yang tergolong psikis dan biologis tetapi lebih pada tuntutan preskriptif. Dengan kata lain, kita membutuhkan hak asasi manusia bukan untuk menjadi sehat tetapi untuk dapat menjalani hidup yang layak selayaknya manusia. Hak asasi manusia adalah hak asasi manusia karena umat manusia memutuskan demikian. Manusia menciptakan pengertiannya sendiri tentang kehidupan yang secara moral berharga.⁴³

Titik perkembangan paling penting dalam perlindungan dan pengakuan hak asasi manusia ialah Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*). Selain sebagai tonggak sejarah pergulatan bangsa-bangsa dalam menjamin pemenuhan hak asasi manusia. Konsepsi hak asasi manusia yang dituliskan dalam deklarasi tersebut mencerminkan pemikiran modern mengenai hakikat keadilan. Dunia pada akhirnya tidak dapat berpaling dari gagasan hak asasi manusia. Terutama di akhir Perang Dunia II, ketika potret kemanusiaan secara vulgar tercabik-cabik mulai dari agresi militer, kolonialisme dan tragedi kemanusiaan Holocaust, oleh Nazi di Jerman. Dunia tersadar bahwa kekejaman terhadap kemanusiaan tidak perlu terjadi dan tidak boleh terulang lagi

⁴² Rhoda E. Howard, *HAM: Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya*, ctk. Pertama (Jakarta: Pustaka Utama Grafit, 2000), hlm. 22-23

⁴³ *Ibid.*, hlm. 23

dimasa mendatang. Tidak dapat dipungkiri bahwa deklarasi tersebut telah mendorong lahirnya kesadaran dan kewajiban bagi milyaran penduduk bumi.

Seperti halnya di beberapa Negara lainnya, Indonesia mendefinisikan hak asasi manusia dipahami sebagai hak yang universal, yang diberikan oleh Tuhan Yang Maha Esa dan melakat secara *inherent* pada manusia. Hak asasi manusia tidak mengenal pembedaan berdasar warna kulit, jenis kelamin, usia, latar belakang budaya, agama atau kepercayaannya. Jaminan atas pemenuhan hak asasi manusia membutuhkan klausul hukum. Oleh karenanya, hak asasi manusia diletakkan di seluruh peraturan perundang-undangan. Mulai dari undang-undang dasar hingga peraturan daerah. Kesemuanya itu termasuk menjadi bagian dari hukum hak asasi manusia.

Hukum hak asasi manusia dipahami sebagai hukum yang mengatur perilaku Negara (c.q. aparaturnya/ *state agent*) terhadap semua manusia yang berada di negaranya, terlepas apakah mereka adalah warga Negara atau bukan, terlepas mereka penyandang disabilitas atau bukan, bahkan orang tanpa kewarganegaraan (*statelessness persons*) sekalipun tetap memiliki hak yang harus dipenuhi oleh suatu negara. Hukum hak asasi manusia memberikan petunjuk mengenai hak-hak apa saja yang harus dipenuhi, dihormati dan dilindungi oleh Negara.

2. Prinsip Hak Asasi Manusia

Manfred Nowak menyebut bahwa prinsip hak asasi manusia ada empat yaitu universal (*universality*), tak terbagi (*indivisibility*), saling bergantung

(*interdependent*), saling terkait (*interrelated*).⁴⁴ Rhona K.M. Smith menambahkan prinsip lain yaitu kesetaraan (*equality*) dan non-diskriminasi (*non-discrimination*).⁴⁵ Beberapa kalangan menyebutkan bahwa prinsip tak terbagi (*indivisibility*), saling bergantung (*interdependent*) dan saling terkait (*interrelated*) merupakan prinsip turunan dari prinsip universal (*universality*).

Penjelasan sederhana atas beberapa prinsip tersebut adalah:

a. Prinsip Universal (*universality*)

Prinsip ini mengatakan bahwa semua orang, di seluruh belahan dunia manapun, agamanya apapun, warga Negara manapun, berbahasa apapun, etnis manapun, tanpa memandang identitas politik dan antropologis apapun, dan terlepas dari status disabilitasnya, memiliki hak yang sama. Penegasan akan prinsip ini dilakukan melalui Pasal 5 Deklarasi Wina tentang Program Aksi yang berbunyi ‘semua hak asasi manusia adalah universal, tak terbagi, saling bergantung, saling terkait (*all human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated*).⁴⁶

b. Prinsip Tak Terbagi

Prinsip ini dimaknai dengan “semua hak asasi manusia adalah sama-sama penting dan oleh karenanya tidak diperbolehkan mengeluarkan hak-hak tertentu atau kategori hak tertentu dari bagiannya”. Setiap orang memiliki seluruh kategori hak yang tidak dapat dibagi-bagi. Sebagai analogi,

⁴⁴ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hak-hak Asasi Manusia: Konsep Dasar dan Pengertiannya yang Klasik pada Masa-masa Awal Perkembangannya, dalam Toleransi dalam Keberagaman: Visi untuk Abad-21 Kumpulan Tulisan tentang Hak Asasi Manusia*, Pusat Studi Hak Asasi Manusia dan The Asia Foundation, 2003.

⁴⁵ Rhona K.M Smith, et. al., *Hukum... op. cit.*, hlm. 39-40

⁴⁶ Hari Kurniawan, et., al., *Aksesibilitas Peradilan bagi Penyandang Disabilitas*, ctk. Pertama (Yogyakarta: Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia, 2015), hlm. 21

seseorang tidak bisa hanya menerima hak politik tanpa menerima hak-hak social dan budaya.

c. Prinsip Saling Bergantung

Prinsip ini dimaknai dengan jenis hak tertentu akan selalu bergantung dengan hak yang lain. Contohnya, hak atas pekerjaan akan bergantung pada terpenuhinya hak atas pendidikan.

d. Prinsip Saling Terkait

Prinsip ini dipahami bahwa satu hak akan selalu terkait dengan hak yang lain. Entah itu hak untuk hidup, menyatakan pendapat, memilih agama dan kepercayaan, dan hak-hak lainnya, adalah hak-hak yang mempunyai keterkaitan satu dengan lainnya dalam perlindungan dan pemenuhan hak asasi manusia secara keseluruhan. Dengan kata lain, tiap hak asasi terhubung dalam satu mata rantai. Apabila satu mata rantai putus, maka hak-hak yang lain akan terlanggar. Prinsip saling terkait mempunyai dua unsur, yaitu saling membutuhkan (*interdependence*) dan saling terhubung (*interrelatedness*).

e. Prinsip Kesetaraan

Kesetaraan mensyaratkan adanya perlakuan yang setara, dimana pada situasi yang sama harus diperlakukan dengan sama, dan dimana pada situasi berbeda—dengan sedikit perdebatan—maka diperlakukan secara berbeda. Kesetaraan juga dianggap sebagai prasyarat mutlak dalam negara demokrasi. Kesetaraan di depan hukum, kesetaraan kesempatan,

kesetaraan akses dalam pendidikan, kesetaraan dalam mengakses peradilan yang fair dan lain-lain merupakan hal penting dalam hak asasi manusia.

Masalah muncul ketika seseorang berasal dari posisi yang berbeda tetapi diperlakukan secara sama. Jika perlakuan yang sama terus diberikan, maka tentu saja perbedaan ini akan terjadi terus menerus walaupun standar hak asasi manusia telah ditingkatkan. Karena penting untuk mengambil langkah untuk mencapai kesetaraan. Tindakan afirmatif mengizinkan Negara untuk memperlakukan secara lebih kepada kelompok tertentu yang tidak terwakili. misalnya, ketentuan mengenai kuota 30% keterwakilan perempuan di parlemen. Contoh lain, dapat berupa mengizinkan perempuan untuk diterima dibanding laki-laki dengan kualifikasi dan pengalaman yang sama melamar, hanya dengan alasan lebih banyak laki-laki yang melamar dilowongan pekerjaan tersebut. Beberapa negara mengizinkan masyarakat adat untuk mengakses pendidikan yang lebih tinggi dengan kebijakan-kebijakan yang membuat mereka diperlakukan secara lebih (*favourable*) dibandingkan dengan orang-orang non-adat lainnya dalam rangka untuk mencapai kesetaraan. Pasal 4 CEDAW dan 2 CERD adalah contohnya. Hal yang perlu dicatat adalah bahwa tindakan afirmatif hanya dapat digunakan dalam suatu ukuran tertentu hingga kesetaraan itu dicapai. Namun, ketika kesetaraan telah tercapai. Maka tindakan ini tidak dapat dibenarkan lagi.⁴⁷

⁴⁷Rhona K.M Smith, et. al., *loc. cit.*

f. Prinsip Non-Diskriminasi

Diskriminasi terjadi ketika setiap orang diperlakukan atau memiliki kesempatan yang tidak setara seperti ketidaksetaraan di hadapan hukum (*inequality before the law*), ketidaksetaraan perlakuan (*inequality of treatment*), ketidaksetaraan kesempatan pendidikan (*inequality of education opportunity*) dan lain-lain. Diskriminasi kemudian dimaknai sebagai *'a situation is discriminatory of unequal if like situations are treated differently or different situation are treated similarly* (sebuah situasi dikatakan diskriminatif atau tidak setara jika situasi sama diperlakukan secara berbeda dan/atau situasi berbeda diperlakukan secara sama). Prinsip non-diskriminasi (*non-discrimination*) kemudian menjadi sangat penting dalam hak asasi manusia. Diskriminasi memiliki dua bentuk yaitu (a) diskriminasi langsung, yaitu ketika seseorang baik langsung maupun tidak langsung diperlakukan secara berbeda daripada lainnya, sedangkan (b) diskriminasi tidak langsung, yaitu ketika dampak praktis dari hukum dan/atau kebijakan merupakan bentuk diskriminasi walaupun hal itu tidak ditujukan untuk tujuan diskriminasi.⁴⁸

g. Tanggungjawab Negara (*state responsibility*)

Prinsip ini dimaknai bahwa aktor utama yang dibebani tanggungjawab untuk memenuhi, melindungi dan menghormati hak asasi manusia adalah Negara melalui aparatusnya. Prinsip ini ditulis di seluruh kovenan dan konvensi hak asasi manusia internasional maupun peraturan domestik.

⁴⁸

Hari Kurniawan, et., al., Aksesibilitas... *op. cit.*, hlm. 23

Pasal 71 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 secara tegas mengatakan bahwa : “Pemerintah wajib dan bertanggung jawab menghormati, melindungi, menegakkan, dan memajukan hak asasi manusia yang diatur dalam Undang-undang ini, peraturan perundang-undangan lain, dan hukum internasional tentang hak asasi manusia yang diterima oleh negara Republik Indonesia”.

3. Kewajiban Negara dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia merupakan sistem norma internasional yang menuntut dan merupakan standar minimal (*minimum standard*) bagi negara. Standar minimal inilah yang akan digunakan oleh komunitas internasional untuk melakukan evaluasi sekaligus skoring terhadap sejauh mana negara tersebut telah menjalankan kewajiban hak asasi manusia internasionalnya.

Hukum hak asasi manusia merumuskan 3 (tiga) bentuk kewajiban Negara yaitu (1) kewajiban untuk menghormati (*obligation to respect*); (2) kewajiban untuk memenuhi (*obligation to fulfill*); dan (3) kewajiban untuk melindungi (*obligation to protect*). Penjelasan dari tiga bentuk kewajiban tersebut adalah⁴⁹:

a. Kewajiban untuk Menghormati (*obligation to respect*)

Kewajiban untuk menghormati mengacu pada kewajiban Negara untuk tidak melakukan campur tangan (*interference*) terhadap hak sipil warga Negara. Campur-tangan yang tidak sah merupakan pelanggaran hak asasi manusia. Oleh karena itu, hak untuk hidup berhubungan dengan kewajiban negara untuk tidak membunuh; hak atas integritas fisik dan mental

⁴⁹

Ibid., hlm. 25-28

berhubungan dengan kewajiban negara untuk tidak menyiksa, hak untuk memilih berhubungan dengan kewajiban negara untuk tidak melarang bahkan mengeluarkan seseorang dari pemilihan umum yang demokratis; sedangkan hak untuk bekerja, kesehatan dan pendidikan berhubungan dengan kewajiban negara untuk menyediakan pekerjaan, fasilitas kesehatan dan sistem pendidikan.

b. Kewajiban untuk Memenuhi (*obligation to fulfill*)

Kewajiban untuk memenuhi mengacu pada kewajiban negara untuk mengambil langkah legislatif, administratif, judicial dan kebijakan praktis untuk memastikan hak-hak warga negara dapat terpenuhi hingga pencapaian maksimal..

c. Kewajiban untuk Melindungi (*obligation to protect*)

Kewajiban untuk melindungi mensyaratkan tindakan aktif dari negara untuk memastikan tidak terjadinya pelanggaran hak asasi manusia oleh pihak ketiga, baik itu individu, kelompok maupun korporasi.

Tidak terpenuhinya tiga kewajiban di atas akan berujung pada pelanggaran hak asasi manusia. Pada posisi ini, pelanggaran hak asasi manusia hanya dapat dilakukan dan/atau disematkan kepada negara (pemerintah : eksekutif, legislative dan yudikatif). Ketidakmauan (*unwillingness*) dan ketidakmampuan (*unability*) Negara untuk melindungi dan memenuhi disebut sebagai pelanggaran hak asasi manusia pasif (*human rights violation by omission*). Sedangkan kegagalan Negara untuk menghormati disebut sebagai pelanggaran hak asasi manusia aktif (*human rights violation by commission*).

4. Hukum Hak Asasi Manusia

Dalam kaitannya dengan negara hukum, hak asasi manusia menjadi penanda apakah suatu negara layak dikatakan sebagai negara hukum atau tidak. Negara yang menyatakan dirinya sebagai Negara hukum mengakui supremasi hukum. Apabila dalam praktik kenegaraannya kemudian melanggar dan tidak menghormati sendi-sendi hak asasi manusia maka Negara tersebut tidak dapat disebut sebagai Negara hukum. Ahli hukum Eropa Kontinental, antara lain Immanuel Kant dan Stahl menyebutkan terdapat empat unsur Negara hukum (*rechstaat*):

- Adanya pengakuan hak asasi manusia;
- Adanya pemisahan kekuasaan untuk menjamin hak-hak asasi manusia;
- Jalannya pemerintahan berdasarkan peraturan;
- Adanya peradilan tata usaha Negara.

Tak jauh berbeda dengan hal diatas, para ahli hukum *anglo saxon* (inggris dan Amerika) menyatakan bahwa Negara hukum (*rule of law*) lebih menitikberatkan pada segi-segi keadilan dan membangun doktrin *Judge made law* (*common law*) sehingga yurisprudensi mengikat. Menurut A. V. Dicey, dikatakan sebagai Negara hukum apabila mengandung tiga unsur:

- Hak asasi manusia dijamin oleh undang-undang;
- Persamaan kedudukan di muka hukum, dan;
- Supremasi aturan-aturan hukum serta tidak adanya kesewenang-wenangan.

Hal diatas menunjukkan bahwa hak asasi menempati posisi yang sangat penting dalam Negara hukum. Tak heran apabila tuntutan agar produk hukum bercorak humanis makin menguat. Hal ini dikarenakan karena persinggungan hukum dengan manusia sangatlah erat, di tiap lini kehidupan masyarakat. Negara, melalui produk hukum dan berbagai kebijakan lain, mengupayakan pemecahan atau perbaikan masalah untuk menciptakan tatanan masyarakat yang lebih baik. Cita-cita ini sesuai dengan definisi hukum menurut Wirjono Prodjodikoro yang menyatakan bahwa hukum adalah rangkaian peraturan mengenai tingkah laku orang-orang sebagai anggota suatu masyarakat, sedangkan satu-satunya tujuan dari hukum ialah menjamin keselamatan, kebahagiaan, dan tata tertib masyarakat tersebut.⁵⁰

Theo Huiybers menyatakan bahwa makna dari hak asasi manusia menjadi jelas apabila pengakuan hak-hak tersebut dipandang sebagai bagian humanisasi hidup yang telah mulai digalang sejak manusia menjadi sadar tentang tempat dan tugasnya di dunia. Sejarah kebudayaan adalah juga sejarah humanisasi hidup di bidang moral, social, dan politik melalui hukum. Melalui hukum pula prinsip-prinsip yang terkandung dalam pengakuan eksistensi manusia sebagai subyek hukum dirumuskan sebagai suatu bagian integral dari tata hukum. Melalui hukum, hak asasi manusia diakui dan dilindungi karena hukum akan selalu dibutuhkan untuk mengakomodasi komitmen negara untuk melindungi hak asasi manusia.⁵¹

⁵⁰ Abdul Ghofur. A, *Filsafat Hukum*, ctk. Kedua (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2009), hlm. 35

⁵¹ Niken Savitri, *HAM Perempuan – Kritik Teori Hukum feminis terhadap KUHP*, ctk. Pertama (Bandung: PT. Refika Aditama, 2008), hlm. 4

Pemikiran yang lebih eksplisit tentang hukum sebagai pelindung hak asasi manusia dan kebebasan warganya, ialah dikemukakan oleh Immanuel Kant. Bagi Kant, manusia merupakan makhluk berakal dan berkehendak bebas. Negara bertugas menegakkan hak-hak dan kebebasan warganya. Kemakmuran kebagiaian rakyat menjadi tujuan negara dan tujuan hukum. Oleh karenanya, hak-hak dasar manusia tidak boleh dilanggar oleh negara. Kant memandang perlindungan hak rakyat sebagai suatu imperatif moral atau disebut dengan Imperatif Kategoris dengan dua prinsip dasar. *Pertama*, tiap manusia diperlakukan sesuai dengan martabatnya. Ia harus diperlakukan sebagai subyek bukannya obyek. *Kedua*, orang harus bertindak dengan dalil bahwa apa yang menjadi dasar tindakannya memang merupakan prinsip semesta.⁵² Menurut Kant, bebas dan otonom merupakan perbendaan yang paling mendasar manusia dengan makhluk lainnya. Benda jasmani kita gunakan untuk tujuan-tujuan kita. Binatang juga kita gunakan sejauh bermanfaat bagi kita. Tapi manusia adalah tujuan sendiri yang tidak boleh ditaklukkan pada tujuan lain. Mengapa? Karena manusia ialah makhluk bebas dan otonom yang sanggup mengambil keputusannya sendiri. Manusia adalah pusat kemandirian. Dialah satu-satunya makhluk yang mempunyai harkat intrinsik dan karena itu harus dihormati sebagai tujuan pada dirinya.⁵³ Kant memberi isi moral yang khusus pada istilah “martabat”—berarti yang harus dihormati karena dirinya atau sebagai tujuan pada dirinya.

⁵² Prinsip semesta menurut Kant ialah penghargaan akan manusia yang bebas dan otonom. Sebagai manusia yang bebas dan otonom maka wajar apabila tiap individu memperjuangkan kemerdekaan yang dimilikinya dan wajar pula apabila dalam pelaksanaan kemerdekaan, tiap-tiap individu bisa saling berseberangan atau bahkan merugikan. Maka dalam hal ini hukum dibutuhkan sebagai penengah.

⁵³ K. Bertens, *Etika*, ctk. Kesebelas (Jakarta: Gramedia2011), hlm. 181-183

Dan hukum kemudian harus senafas dengan hak asasi manusia, bisakah? Sejarah telah mencatat bahwa tragedi kemanusiaan era Nazi juga dilanggengkan oleh hukum positif. Selama dalam hukum positif dibenarkan maka segala bentuk penegakan hukum *an sih* benar, substansi hukum yang sarat dengan kekerasan dan pelanggaran hak asasi manusia tidak menjadi bahan pertimbangan. Indonesia pun melewati fase-fase tersebut. Salah satu contoh kecil ialah KTP dengan tanda ET (eks Tapol) pada era orde baru, yang merupakan salah satu bentuk pelanggaran HAM yang dibenarkan oleh kebijakan waktu itu. Tindakan tersebut berdampak diskriminasi maupun persekuis terhadap orang-orang yang “dicap” sebagai eks tapol—yang selalu distigma sebagai PKI atau Gerwani. Kini, persoalan belum sepenuhnya selesai, karena pada kenyataannya masih saja dengan mudah dijumpai produk hukum yang tidak humanis dan sarat diskriminasi.⁵⁴ Ternyata saat nilai hak asasi manusia diturunkan dalam bentuk hukum positif, dalam prakteknya “citarasa” nya pun berbeda.

B. Perempuan dan Hak Asasi Manusia

1. Wajah Perempuan dalam Hak Asasi Manusia

Dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia disebutkan bahwa, “...semua orang dilahirkan bebas dan dengan martabat yang setara”. Namun, pada kenyataannya kebebasan, martabat, dan kesetaraan masih saja terlanggar di berbagai lini kehidupan. Hal ini pulalah yang mendasari beberapa feminis. Bagi

⁵⁴ Selain perda yang diskriminatif terhadap perempuan. Produk hukum daerah yang diskriminatif ialah yang terkait dengan kebebasan beragama dan berkeyakinan (KBB). Data yang di release Komnas HAM awal tahun 2016, di Jawa Barat saja terdapat 20 Perda yang melanggar hak atas KBB dan diskriminatif.

kalangan feminis instrument-instrumen hak asasi manusia internasional miskin pengalaman perempuan dan perspektif gender. Definisi tentang hak asasi manusia dan mekanisme pendukung pemenuhan dan penghormatan hak asasi manusia lebih mengacu pada pelanggaran yang dikonseptualisasikan oleh laki-laki. Tak heran apabila definisi-definisi dalam serangkaian hak-hak asasi manusia jauh dari “narasi” perempuan.

Ialah Charlotte Bunch, tokoh feminis yang pertama melakukan transformasi konsep hak asasi manusia serta diskursus bahwa hak perempuan adalah hak asasi manusia. Ia menekankan bahwa hak-hak perempuan telah dilanggar dengan berbagai cara. Dalam kondisi politik tertentu, baik perempuan maupun laki-laki mengalami kekerasan. Akan tetapi, karena actor politik didominasi oleh laki-laki, salah yang dialami perempuan menjadi “tidak kelihatan”, invisible. Itulah sebabnya pengalaman kekerasan terhadap perempuan yang berbasis gender, yang dialaminya karena berjenis kelamin perempuan, seperti luput dari perhatian.⁵⁵

Instrument-instrumen hak asasi manusia yang dibangun diatas fundamen budaya patriarki lebih banyak mengungkapkan pengalaman-pengalaman ketidakadilan yang dialami oleh laki-laki dan seringkali tidak mengakomodari pengalaman-pengalaman yang khas perempuan. Akar persoalannya adalah egalitarianism formal yang mengabaikan aspek diferensiasi atau keberbedaan. Hal ini dirumuskan secara tepat oleh Ute Sacksofsky:

⁵⁵ Saparinah Sadli, *Berbeda tetapi Setara*, ctk. Pertama (Jakarta: Kompas, 2010), hlm. 244

*Persoalan utama diskriminasi terhadap perempuan dewasa ini terletak pada norma hukum yang dirumuskan secara netral berhubungan dengan gender. Dalam kenyataannya netralitas tersebut berpijak pada budaya patriarki yang sekali lagi diikat, didukung dan diperkuat dengan norma hukum tersebut.*⁵⁶

Tidak berlebihan apabila beberapa pejuang hak-hak perempuan dari seluruh dunia mengkritik habis-habisan hukum dan system hak asasi manusia yang dinilai sangat maskulin dan patriarki. Hal tersebut dapat dilihat dari beberapa hal **pertama**, pendikotomian antara wilayah public dan privat; **kedua**, konsepsi pelanggaran hak asasi manusia sebagai pelanggaran yang dilakukan oleh Negara; **ketiga**, pendekatan “persamaan” (*sameness*) dan “perbedaan” (*differences*) yang dipakai oleh beberapa instrument pokok hak asasi manusia; **keempat**, pemilahan dan prioritas hak sipil dan politik ketimbang hak ekonomi, social, dan budaya.⁵⁷

Pendekatan hak asasi manusia yang konvensional lebih mengedepankan pengakuan jaminan terhadap hak-hak dalam lingkup public sementara wilayah domestic tidak dijangkau dengan dalih untuk melindungi privasi seseorang. Hal ini sangat merugikan perempuan yang berada dan selalu dekat dengan wilayah domestic. Dari pengalaman perempuan, justru beragam kekerasan dan diskriminasi terjadi di wilayah domestic secara serius dan massif. Namun situasi ini dianggap bukan pelanggaran hak asasi manusia dan hanya digolongkan dalam tindakan criminal saja. Pemilahan antara wilayah public dan domestic berjalan dengan pandangan bahwa pelaku pelanggaran hak asasi manusia ialah Negara.

⁵⁶ Otto Gusti Madung, “Politik Diferensiasi Iris Marion Young, Keadilan Gender dan HAM”, makalah disampaikan di *Konferensi Perempuan I; Hukum dan Penghukuman* tahun 2010 di UI Jakarta.

⁵⁷ Rhona K.M Smith, et. al., *Hukum... op. cit.*, hlm. 24-26

Dalam banyak pengalaman perempuan, wilayah domestic tak luput dari ajang eksploitasi, kekerasan, penyiksaan, dan diskriminasi terhadap perempuan dan anak. Namun hal ini tidak tersentuh dan sulit untuk diselesaikan melalui jalur hukum karena Negara—melalui aparatusnya—memilih untuk mendiamkan dengan dalih hal tersebut wilayah privat. Pelaku-pelaku pelanggaran—yang merupak orang-orang terdekat—kemudian melenggang bebas, dan pelanggaran atas hak asasi perempuan dibiarkan menguap begitu saja.

Pendekatan dalam prinsip non-diskriminasi yang mensyaratkan persamaan kedudukan setiap orang, sehingga setiap orang harus diperlakukan sama (*sameness*). Perlakuan khusus hanya diberikan pada perempuan yang menjalankan fungsi reproduksinya seperti melahirkan dan menyusui, dengan asumsi perbedaan antara laki-laki dan perempuan hanya perbedaan biologis (*difference*). Pendekatan ini dipandang tidak melihat akar masalah perempuan dimana kekerasan dan diskriminasi muncul sebagai akibat dari timpangnya relasi kuasa antara perempuan dan laki-laki yang telah berjalan lama. Akibatnya perempuan selalu berada pada posisi tidak beruntung (*disadvantages*) di hampir seluruh aspek kehidupan yang tidak mudah dikembalikan pada posisi yang lebih baik jika tidak ada perlakuan dan perlindungan khusus. Perlakuan dan perlindungan khusus pun hanya menasar pada perempuan yang berperan sebagai “ibu”—menjalankan peran domestic saja. Sementara perempuan yang tidak menjadi “ibu” akan diperlakukan sama dengan laki-laki—yang pada dasarnya lebih beruntung. Perlakuan yang sama antara laki-laki dan perempuan pada kondisi tertentu tentu saja akan menghambat akses perempuan pada keadilan.

Selain itu, pendekatan hak asasi manusia klasik lebih memprioritaskan sekaligus memilah-milah hak sipil dan politik dan meninggalkan hak ekonomi, social, dan budaya. Penekanan tentang hak hidup, misalnya, dimaknai sebagai hak untuk bebas dari hukuman mati. Tidak untuk mengatakan bahwa hak ini tidak penting, namun pemilihan wilayah tersebut telah berdampak pada pengkerdilan pelanggaran hak atas hidup dari aspek budaya dan social. Misalnya, tingginya AKI (Angka Kematian Ibu) saat melahirkan akibat layanan kesehatan yang tidak prima, minimnya perlindungan pada buruh migran yang mengakibatkan banyaknya kematian buruh migran perempuan di tangan majikan yg sewenang-wenang, bukan dinilai sebagai pelanggaran hak atas hidup.

Persoalan-persoalan diatas menyiratkan bahwa persoalan perempuan masih “dipisahkan” dari hak asasi manusia. Konsep hak asasi manusia dirumuskan sebagai jawaban sekaligus protes atas pengalaman penderitaan yang dialami oleh umat manusia setelah usiainya babak Perang Dunia ke II. Namun pada kenyataannya terdapat asimetri dalam pengungkapan pengalaman tersebut. Pengalaman dan penderitaan laki-laki lebih dominan dingkapkan ketimbang pengalaman kekerasan dan ketidakadilan yang dialami perempuan.

Hal ini berakar pada dominasi patriarki. Yang membuat perempuan memandang perlakuan non-egaliter yang seringkali dialaminya bukan sebagai sebuah perilaku ketidakadilan, tetapi sebagai sesuatu yang “normal atau kodrtati”. Pada fase ini terjadi proses normaliasi kekerasan ataupun ketidakadilan. Jika pun perempuan berhasil mengartikulasikan pengalaman ketidakadilannya ke ruang public, hal ini belum tentu dapat diakomodasi oleh instruemn-instrumen hak asasi

manusia. Alasannya, secara hukum hak asasi manusia hanya mengatur hubungan anatara kekuasaan Negara dengan inividu.

Pemahaman ini berdampak fatal bagi pelanggaran hak asasi manusia yang khas untuk kaum perempuan. Pertama, perempuan sering tidak dipandang sebagai individu atau subyek hukum, tetapi sebagai elemen dalam sebuah sesatuan social dimana perempuan harus menjalankan peran dan fungsi tertentu serta memenuhi harapan-harapan tertentu. Contoh, banyak janda di kabupaten Sikka dipaksa untuk menikahi adik dari mantan suami mereka kendati tanpa cinta. Alasannya, *belsi* atau emas kawin sudah di bayar lunas. Sang istri harus memenuhi kewajiban untuk emas kawin yang sudah diterima oleh keluarga besar perempuan.⁵⁸

Kedua, karena perempuan dipandang sebagai satu elemen dari kesatuan kolektif yang lebih besar, dalam banyak kebudayaan, bidang kerja dan ranah social dimana perempuan berkiprah adalah keluarga atau ranah privat. Keridakadilan, kekerasan dan diskriminasi seringkali terjadi di ranah ini sehingga lupur dari sorot pelanggaran hak asasi manusia yang hanya berurusan dengan persoalan public.⁵⁹

Faham hak asasi manusia yang dibangun dalam tatanan hukum liberal, keluarga tergolong dalam ranah privat yang harus dilindungi dari intervensi negara. Akibatnya, instrument hukum yang berpijak pada dikotomi liberal antara ranah privat dan public yang seakan-akan bekerja dengan kerangka hukum yang netral, tidak dapat memantau dan menangkap pelanggaran dan penistaan terhadap

⁵⁸ Otto Gusti Madung, *loc. cit.*

⁵⁹ *Ibid.*

martabat manusia, otonomi dan integritas tubuh perempuan seras pengucilan dari ranah public. Pelanggaran ini berada pada ranah privat dan tidak boleh dikontrol oleh kekuasaan Negara.

Dalam hal ini kita melihat hubungan antara tatanan social yang seras dengan nilai patriarki begitu diskriminatif terhadap perempuan serta instrument hak asasi manusia yang menerapkan konsep liberal tentang pemisahan ruang public dan privat. Pemisahan ini mempersulit dalam proses mengidentifikasi perlakuan yang tak sama terhadap perempuan sebagai pengalaman ketidakadilan. Karena tidak dapat diidentifikasi maka tidak dapat dilindungi dari instrument hak asasi manusia.

Selain itu menurut Iris Marion Young, seorang filsuf feminis kontemporer dari Amerika Serikat, ideologis netralitas hak asasi manusia tidak pernah ada. Dibalik netralitas hak asasi manusia terdapat konsep egalitarianism yang formal, gambaran manusia sebagai subyek otonom serta struktur social public yang patriarki. Struktur patriarki yang kental mempersulit perempuan berkiprah diruang public serta mengungkapkan pengalaman-pengalaman ketidakadilan yang khas perempuan. Struktur patriarki menciptakan tahapan-tahapan pembentukan dan konstruksi hukum yang cenderung menindas perempuan. Jadi penindasan tidak hanya terjadi pada aplikasi praktis hukum.⁶⁰

2. Hak Asasi Perempuan adalah Hak Asasi Manusia?

⁶⁰

Ibid.

Berbagai kritik atas system hak asasi manusi dari perspektif feminis berdampak pada perkembangan pemikiran baru tentang konsepsi hak asasi manusia. Hal ini diakomodir dan diadopsi dalam hukum hak asasi manusia sejak dirumuskannya instrument internasional yang spesifik untuk merespon persoalan diskriminasi terhadap perempuan. Pada tanggal 18 Desember 1979, Majelis Umum PBB mengadopsi Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*) atau disebut juga dengan Konvensi Perempuan atau CEDAW. Konvensi ini meletakkan pemikiran dasar bahwa diskriminasi terhadap perempuan sebagai hasil dari relasi yang dtimpang dalam masyarakat yang dilegitimasi oleh struktur politik dan termasuk hukum yang ada. Konvensi ini juga meletakkan langkah-langkah khusus sementara serta strategi yang perlu dilakukan untuk menghapuskan diskriminasi terhadap perempuan. Di antara perjanjian HAM internasional, Konvensi Perempuan merupakan konvensi tentang perlindungan dan penegakan hak-hak perempuan yang paling komperhensif dan sangat penting. Tak lain karena menjadikan segi kemanusiaan perempuan sebagai focus dari keprihatinan hak asasi manusia.

Dalam mukadimah Konvensi diakui bahwa “meskipun ada bermacam-macam perangkat ketentuan, diskriminasi yang luas terhadap perempuan masih tetap ada”. Dinyatakan pula bahwa diskriminasi itu “melanggar asas persamaan hak dan penghargaan terhadap martabat manusia” serta “menghambat pertumbuhan kemakmuran masyarakat dan keluarga dan menambah sukarnya

perkembangan potensi perempuan dalam pengabdianya kepada negara dan kemanusiaan”.

Sebagai konvensi hak asasi perempuan yang paling komprehensif, Konvensi Perempuan menetapkan prinsip-prinsip dan ketentuan-ketentuan untuk menghapus kesenjangan subordinasi serta tindakan yang melanggar hak perempuan dan merugikan kedudukan perempuan dalam hukum, keluarga, dan masyarakat. Prinsip-prinsip tersebut terjalin secara konseptual dalam pasal-pasal Konvensi Perempuan.

Indonesia meratifikasi Konvensi Perempuan dengan Undang-Undang No. 7 tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*). Konsekuensi dari ratifikasi Konvensi Perempuan adalah bahwa Negara peserta (peratifikasi konvensi) memberikan komitmen, mengikatkan diri untuk menjamin melalui peraturan perundang-undangan, kebijakan, program dan tindakan khusus sementara, mewujudkan kesetaraan dan keadilan antara laki-laki dan perempuan, serta terhapusnya segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Lalu bagaimana kondisi perempuan Indonesia pasca 32 tahun ratifikasi Konvensi Perempuan?.

Ada langkah-tindak yang dinilai—secara normative—sejalan dengan upaya pemenuhan hak-hak dasar perempuan. Pengarusutamaan Gender (PUG) mulai familiar di beberapa instansi pemerintah, tiap kegiatan ataupun program selalu mencantolkan Inpres No. 9 tahun 2000 mengenai Pengarusutamaan Gender

dalam pembangunan. Strategi PUG dinilai cukup efektif dalam mendorong keterlibatan perempuan dalam pembangunan, harapannya dari hal tersebut akan memperbaiki kualitas hidup perempuan dalam berbagai bidang, terutama kesetaraan gender. Tidak untuk mengatakan bahwa strategi ini sia-sia, namun sampai saat ini cita-cita tersebut mengalami berbagai tantangan baik itu dari system, norma dan budaya masyarakat. Kuota 30% perempuan di parlemen yang digadang-gadang akan mendongkarak keteringgalan perempuan dalam bidang politik nyata-nyata tidak efektif. Kalaupun muncul perempuan, tidak sedikit dari mereka yang ada merupakan objek pencitraan dari partai politik. Strategi PUG terjebak dalam tafsir “asal ada perempuan”.

Data Komisi Nasional Anti-Kekerasan terhadap Perempuan (KOMNAS Perempuan) tahun 2015 menunjukkan ada 389 aturan perundang-undangan dan kebijakan di Indonesia yang bersifat diskriminatif terhadap perempuan dan kelompok minoritas lainnya.⁶¹ Tidak hanya soal perda yang diskriminatif, logika pemerintah seringkali menampilkan ke jumudan dalam berpikir. Beberapa kali wacana tes keperawanan diangkat oleh aparat pemerintahan dan anggota lembaga legislatif daerah. Tahun 2014 Dinas Pendidikan Kota Prabumulih di Sumatera Selatan berencana memasukkan tes keperawanan dalam penerimaan siswa sekolah menengah atas dan sederajat di daerah tersebut. Sebelumnya, wacana ini juga pernah digulirkan oleh pemerintah daerah Jambi, Jawa Timur dan Indramayu. Tes keperawanan adalah salah satu bentuk kekerasan seksual terhadap perempuan dan

⁶¹ Diambil pada tanggal 20 Juni 2016 dari <http://www.voaindonesia.com/a/komnas-banyak-perda-diskriminatif-terhadap-perempuan/3348336.html>

bertentangan dengan konstitusi. Tindakan tersebut merendahkan derajat martabat manusia dan bersifat diskriminatif terhadap perempuan. Tes keperawanan juga berimplikasi memutus masa depan anak perempuan karena tidak dapat melanjutkan pendidikan dan hidup dalam stigma negatif di dalam masyarakat

Kenyataan bahwa Indonesia telah meratifikasi Konvensi Perempuan, tetapi diskriminasi terhadap perempuan tetap berlangsung tanpa ada sanksi jelas bagi pelanggarnya. Belum lagi kenyataan bahwa diskriminasi terhadap perempuan justru “difasilitasi” oleh Negara melalui beberapa kebijakan, baik nasional maupun local, yang makin menjauhkan perempuan dari ruang keadilan. Hal ini menjadi bukti bahwa Konvensi Perempuan hanya berhenti di tingkat ratifikasi saja, tanpa implementasi.

C. Teori Hukum Feminis

1. Pengaruh Aliran Feminis terhadap Teori Hukum Feminis

Teori hukum feminis muncul sebagai respon atas kekecewaan dari kalangan feminis yang melihat bahwa teori hukum tidak memiliki kontribusi pada permasalahan hukum yang ada, terutama yang terkait dengan perempuan. Sekitar tahun 1970-an gagasan mengenai teori hukum feminis mulai muncul dan berkembang. Karakteristik teori hukum feminis ialah pendekatan yang digunakan dalam menganalisis hukum dipengaruhi oleh aliran-aliran feminis.

Terdapat empat aliran utama feminisme, yakni feminis liberal, feminis radikal, feminis kultural, dan feminis post-modern. Feminis liberal menyatakan bahwa setiap orang memiliki otonomi, termasuk perempuan. Aliran ini sangat

menekankan kesetaraan antara laki-laki dan perempuan. Perempuan dan laki-laki secara rasional setara, oleh karenanya mereka harus mendapatkan kesempatan yang sama untuk menerapkan pilihan rasional mereka. Namun, sistem sosial-politik-ekonomi dan hukum sangat patriarkis. Ketika perempuan akan mengakses sistem tersebut, ia akan terdepak. Kecuali dua pilihan yang tersedia bagi perempuan untuk memperbaikinya. Yang pertama, untuk menuntut adanya kesetaraan didasarkan pada kesamaan dengan laki-laki. Yang kedua, perempuan mendapatkan "*special treatment*" yang didasarkan pada adanya perbedaan esensial antara laki-laki dan perempuan. Diantara dua cara ini, pendekatan kesetaraan dinilai lebih baik karena "*special treatment*" memerlukan biaya yang tidak sedikit. Kritik atas konsep kesetaraan feminis liberal ialah bahwa konsep tersebut justru sangat tidak menguntungkan perempuan dalam beberapa hal. Missal saja mengenai cuti. Apabila pemberian cuti kemudian disamaratakan antara buruh laki-laki dan perempuan, yang ada justru berdampak pada ketiadaan cuti bagi buruh perempuan yang berkaitan dengan kebutuhan khas perempuan, seperti saat datang bula dan melahirkan.

Feminis radikal memiliki konsep utama tentang perbedaan antara laki-laki dan perempuan. Salah satu tokohnya ialah Catherine MacKinnon. Menurutnya, karena laki-laki mendefinisikan perempuan berbeda, perempuan tidak akan pernah dapat mencapai kesetaraan. Kondisi ini sangat dipengaruhi oleh kekuasaan yang menguntungkan laki-laki, membenarkan penguasaan atas perempuan.

Adapun argumentasi feminis kultural hampir sama dengan feminis radikal, yakni memulainya dengan mendefinisikan perbedaan antara perempuan dan laki-

laki. Aliran ini menyatakan bahwa selama ini nilai-nilai moral yang berkaitan dengan perawatan dan pemeliharaan diidentifikasi dan didefinisikan sebagai perbedaan yang esensial antara laki-laki dan perempuan. Namun, dengan menyatakan bahwa perbedaan tersebut adalah perbedaan yang alami, pada dasarnya hal ini merupakan cerminan dari dominasi laki-laki terhadap perempuan.

Sedangkan feminis post-modern, pemikirannya didasari oleh penilaian bahwa perempuan sebagai “yang lain” mengalami alienasi disebabkan cara berbeda, berpikir dan bahasa perempuan yang tidak memungkinkan terjadinya keterbukaan, pluralitas, diversifikasi dan perbedaan. Jacques Lacan, salah seorang pemuka aliran feminis post-modern, menyatakan bahwa aturan simbolis yang sarat dengan “aturan laki-laki” telah menyulitkan perempuan, karena aturan-aturan ini telah diekspresikan dalam bahasa dan cara berpikir yang maskulin sehingga menyebabkan penindasan terhadap perempuan secara berulang.⁶²

Dalam kaitannya dengan hukum, feminis memiliki pemikiran utama yang menyatakan bahwa subordinasi perempuan berakar dari serangkaian hambatan berdasarkan adat kebiasaan dan hambatan hukum, yang membatasi masuknya—serta keberhasilan—perempuan pada apa yang disebut sebagai dunia public.⁶³ Dalam analisis feminis, hukum merupakan produk dari tawar-menawar politik, sehingga mereka yang mendominasi dalam perdebatan parlemen maka suaranya menjadi hukum. Kebanyakan dari mereka laki-laki (atau sedikit perempuan tetapi

⁶² Donny Danardono, *Teori Hukum Feminis: Menolak Netralitas Hukum dalam Sulistyowati Irianto, ed., Perempuan dan Hukum: Menuju Hukum Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan*, ctk. Pertama (Jakarta: YOI, 2006), hlm. 45

⁶³ Niken Savitri, *HAM Perempuan... op. cit.*, hlm. 28

dengan perspektif laki-laki). Perempuan tidak secara berimbang duduk dalam struktur puncak dalam proses pengambilan keputusan penting, baik itu di tingkat parlemen, lembaga yudiaktif, ataupun lembaga eksekutif. Hukum ialah laki-laki; dibuat oleh laki-laki, dengan norma yang diabstraksikan ke dalam hukum adalah norma laki-laki, dan diinformasikan oleh laki-laki. Netral dan obyektif dalam perumusan hukum dan dalam kaca mata pembuat hukum, justru sering mendatangkan ketidakadilan terhadap perempuan. Brenda Cosman mengatakan bahwa hukum diinformasikan oleh laki-laki, bertujuan untuk memperkuat hubungan-hubungan social yang patriarkis (norma, pengalaman, dan kekuasaan laki-laki). Mereka abai terhadap pengalaman perempuan (dan orang miskin, kelompok marginal, dan minoritas) yang tidak kelihatan. Tidak mengherankan apabila hukum yang dihasilkan adalah hukum yang bias dan dampaknya justru menyumbang terjadinya ketidakadilan terhadap perempuan.⁶⁴

Menganalisis hukum dengan menggunakan perspektif feminis bertujuan untuk mendekatkan perempuan pada ruang-ruang keadilan. Tidak hanya untuk mendekonstruksi hukum yang diskriminatif dan tidak adil terhadap perempuan. Tapi juga bertujuan untuk mendorong reformasi hukum, baik itu peraturan perundang-undangan dan kebijakan, yang merugikan perempuan. Dengan demikian, teori hukum feminis berad pada dua tataran yaitu; tataran teoritik berupa eksploitasi dan kritik terhadap interaksi antara hukum dan gender. Kedua, adalah tataran praktikal, yakni mengamati praktik hukum bekerja/ diterapkan

⁶⁴ Sulistyiwati Irianto & Lim Sing Meij, Penelitian Hukum Feminis: Suatu Tinjauan Sosiolegal dalam dalam Sulistyowati Irianto dan Shidarta, ed., *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*, ctk. Pertama (Jakarta: YOI, 2009), hlm. 254

dalam kasus-kasus hukum perempuan. Melalui dua aras tersebut, dapat ditemukan saran-saran untuk perbaikan atau reformasi hukum.⁶⁵

2. Metode dalam Teori Hukum Feminis

Dalam metode hukum feminis, terdapat lima hal penting yang bertujuan untuk memberikan penekanan, ruang lingkup dan pemenuhan bagi kajian kritis pada hukum. Metode dalam hukum feminis tidak ada yang seragam, namun prinsip dasarnya sama yakni menempatkan perempuan sebagai focus kajian dan bukan meminggirkannya dari focus kajian. Lima hal penting berupa cara berpikir yang digunakan dalam pengkajian kritis hukum yang berkaitan dengan feminis adalah pengalaman perempuan, adanya bias gender secara implisit, jeratan/ ikatan ganda dan dilemma dari perbedaan, reproduksi model dominasi laki-laki, serta membuka pilihan-pilihan perempuan.⁶⁶

Pengalaman perempuan menjadi tema sentral dalam kajian feminis, bahkan sejak awal kemunculan isu feminis di tahun 1960-an. Patricia Cain mengatakan bahwa pengkajian hukum secara feminis bukan sebagai teori feminis kecuali didasarkan pada pengalaman perempuan. Penekanan pada pengalaman perempuan berguna untuk mengidentifikasi eksklusivitas hukum, khususnya penderitaan-penderitaan perempuan yang tidak dikenali (dipahami dan direfleksikan) oleh pengadilan atau peraturan perundang-undangan atau telah terminimalisir, karena pengalaman perempuan tidak secara cukup terekspresikan dalam hukum. Pengkajian melalui pengalaman perempuan yang dikombinasikan

⁶⁵ *Ibid.*, hlm. 255

⁶⁶ Niken Savitri, HAM Perempuan.. *op. cit.*, hlm. 28-31

dengan aktivitas politik ini terkadang menggiring pada bentuk penalaran hukum baru, yaitu penalaran hukum yang mempertimbangkan pengalaman khas perempuan sebagai salah satu dasar pertimbangannya.

Pengalaman perempuan sejauh ini terabaikan dari pertimbangan-pertimbangan nalar hukum. Dari perspektif feminis hal ini dimaknai sebagai selubung bias gender dalam perundang-undangan, standard an konsep-konsep yang secara kasat mata terlihat obyektif dan netral. Bias gender yang ada secara implisit dapat dilihat dengan mengkaji adanya dampak dari hukum pada perempuan sebagai sebuah kelas serta memperhatikan bagaimana konsep-konsep hukum dan standar yang ada cenderung merugikan perempuan. Teknik pelacakan implikasi gender pada kenyataan social sering dinyatakan sebagai asking the woman question, karena menempatkan perempuan pada focus perhatian, walaupun aturan atau kenyataan dalam suatu permasalahan tidak memiliki keterkaitan langsung dengan gender.

Perdebatan bermutu antar pemikir feminis juga berkaitan dengan strategi untuk menentang seksisme dalam hukum adalah sebagai kelompok yang ter subordinasi perempuan sering dikonfrontasikan dengan ikatan ganda. Dalam hal ini filosof Marilyn Frye menyatakan, “situasi dimana pilihan diperkecil sampai sangat sedikit yang keseluruhannya memperlihatkan hukuman, *censure* atau penderitaan bagi kelompok perempuan”. Terjerat dalam ikatan ganda berarti perempuan secara konstan harus menghadapi dilema dimana mereka dipaksa untuk memprediksikan hal-hal yang menimbulkan bahaya paling sedikit baginya. Kondisi hukum yang tidak memberikan pilihan (misalnya perlindungan atau

mekanisme lain yang memadai), membuat perempuan lebih suka berdiam diri atau membiarkan dirinya terjatuh dalam kondisi yang menurutnya paling sedikit menimbulkan permasalahan baginya. Misalnya, perempuan korban KDRT enggan melaporkan tindak kekerasan yang dialaminya karena pelaku (suaminya) menjadi tumpuan baginya dan anak-anaknya. Korban dalam banyak kasus kemudian membiarkan kekerasan tersebut berlanjut dan membiarkan hak-haknya sebagai manusia terlanggar.

Ikatan ganda erat kaitannya dengan reproduksi pola dominasi laki-laki. Para pemikir feminis bahkan mengatakan “makin banyak perubahan dibuat, makin kuat mereka melekat pada keadaan sebelumnya”. Perubahan yang dibuat seringkali tidak secara signifikan berpengaruh pada kemajuan posisi perempuan, bahkan perubahan di dalam hukum hanya semacam retorika yang tidak pula meningkatkan kehidupan perempuan. Mengapa demikian? Tak lain karena ikatan ganda hanya mereproduksi pola dominasi dari laki-laki. Dengan mengatasnamakan perempuan perubahan demi perubahan dibuat, baik itu oleh masyarakat ataupun hukum. Namun tidak pula posisi dan kehidupan perempuan lebih baik karena nafas dari perubahan yang dibuat dibawah pola dominasi laki-laki.

Bagian paling akhir ialah membuka pilihan-pilihan yang dimiliki perempuan. Subordinasi perempuan tidak hanya dicapai dengan menghapuskan diskriminasi terhadap perempuan. Persoalan juga terkait dengan pilihan yang dibuat oleh perempuan itu sendiri dan perempuan dianggap bertanggung jawab bahkan disalahkan atas pilihan yang dibuat perempuan itu sendiri. Ketika

perempuan tidak dapat menduduki posisi puncak di tempat kerja, yang disalahkan ialah perempuan itu sendiri yang memilih untuk tidak mendapatkan kesempatan tersebut dan lebih memilih berkonsentrasi pada keluarga. Pilihan yang diambil perempuan mengesampingkan karir dan memprioritaskan keluarga. Padahal apabila ditelisik lebih jauh, mengapa perempuan memilih alternative tersebut, jawabannya karena tidak ada alternative lain yang tersedia baginya. Dalam hal ini, hukum akan beranggapan bahwa pilihan perempuan tidak lepas dari pengaruh kenyataan biologisnya, kodrat alamiah perempuan menuntun perempuan kembali pada pekerjaan tradisionalnya. Hukum menganggap perempuan bertanggung jawab atas hal tersebut. Padahal, pilihan perempuan lebih dikarenakan kuatnya struktur yang melembaga; bahwa dalam membuat pilihan perempuan sering dipengaruhi oleh kesempatan yang tersedia baginya dan kultur dominan dimana perempuan hidup dan berinteraksi.

3. Kritik Terhadap Netralitas dan Obyektivitas Hukum

Hukum selama ini dipercaya tegak tak pandang bulu melindungi semua golongan dan menghadirkan rasa keadilan pada semua orang. Dalam paradigma positivism hukum, hukum dianggap mengandung kebenaran dan keadilan yang pasti. Hukum selalu ditempatkan sebagai panglima tertinggi dalam suatu Negara, dengan prinsip netralitas, obyektivitas, dan kepastian hukum menempati posisi “suci”. Prinsip tersebut sangat dijaga oleh para sarjana hukum, bagi sebagian kalangan bahkan sudah “harga mati”.

Prinsip netralitas dan obyektivitas benar adanya sebagai *the law as ought to be*. Namun untuk mewujudkannya dibutuhkan kondisi *sine qua non*, seperti struktur masyarakat yang tidak berlapis secara jelas, dimana setiap orang memiliki akses terhadap sumber kesejahteraan dan keadilan yang relative setara, dan birokrasi peradilananya relative bersih dari korupsi. Prinsip “*equality before the law*” dapat ditegakan dan memberikan keadilan secara pasti dan adil kepada hampir setiap warga Negara dalam kondisi diatas. Namun, dalam masyarakat yang sangat berlapis, implementasi atas prinsip “kesamaan dimuka hukum” menjadi diragukan untuk memberi keadilan yang sama. Apalagi pada masyarakat yang didalamnya “menyimpan” berbagai persoalan ketidakadilan, dimana orang-orang yang berasal dari ras, kelas social, agama minoritas, dan jenis kelamin yang berbeda tidak mendapat akses perlakuan yang sama. Dalam kondisi seperti ini, maka prinsip “persamaan dimuka hukum” justru akan menimbulkan pertanyaan-pertanyaan, bagaimanakah perlakuan yang diterima oleh pihak-pihak yang dianggap sebagai *the other* (liyan)?⁶⁷

Perempuan termasuk golongan yang kemudian mempertanyakan makna hukum dalam narasi pengalamannya. Apakah hukum telah menjamin setiap perempuan dalam memperoleh hak-hak dasarnya sebagai manusia? Apakah hukum telah menjamin bahwa perempuan akan aman dimanapun ia berada, dilindungi dari rupa-rupa kekerasan terhadap dirinya, menjamin perempuan untuk bebas berekspresi dan mengontrol tubuhnya sendiri, menjamin bahwa keadilan juga milik perempuan?. Sayangnya, perjumpaan terhadap hukum yang

⁶⁷Donny Danardono, Teori Hukum... *op. cit.*, hlm. 29

membenarkan ketidaksetaraan dan membenarkan penindasan terhadap perempuan masih kuat bercokol.

Misal saja, KUHPerdara pasal 139 memungkinkan suami-istri mengadakan “perjanjian kawin” (suatu perjanjian yang memungkinkan suami-istri secara individual mengelola harta kekayaan masing-masing) dan dengan demikian memungkinkan istri mandiri secara ekonomi dari suaminya. Namun kemandirian ini segera disangkal oleh pasal 140 KUHPerdara yang menyatakan “perjanjian kawin” tersebut tidak boleh mengurangi segala hak yang disandarkan kepada suami sebagai suami. Batang tentu yang dimaksud oleh pasal 140 KUHPerdara dengan “hak yang disandarkan kepada suami sebagai suami” adalah pasal 105 KUHPerdara yang menyatakan “suami adalah kepala persatuan suami-istri” dan dengan demikian “suami wajib menjadi wali istrinya untuk menghadap ke hakim (melakukan perbuatan hukum)”. Selain itu juga dinyatakan bahwa “suami wajib mengemudikan harta kekayaan milik pribadi istrinya (kecuali dinyatakan lain dalam perjanjian kawin), tapi setiap bentuk pemindahan tangan harta tersebut harus mendapatkan persetujuan istrinya”. Bahkan suami boleh menjual atau memindah-tangankan harta persatuan (harta yang diperoleh selama perkawinan) tanpa persetujuan istrinya (pasal 124 KUHPerdara).⁶⁸

Dalam KUHPidana pasal-pasal yang diskriminatif terhadap perempuan mendistorsi derajat perempuan hanya sebatas ketubuhan dan seksual saja. Semisal pasal tentang perkosaan (pasal 285) yang mengisyaratkan korban harus bukan istri sendiri dan dalam bentuk “hubungan seksual” yang dalam keputusan Hooge Raad

⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 8

(Mahkamah Agung Hindia-Belanda) tahun 1912 diartikan sebagai “penetrasi penis ke vagina”. Perumusan ini tak lepas dari pengaruh cara pandang laki-laki heteroseksual tentang hubungan seksual yang membatasi pada penetrasi penis ke vagina.⁶⁹ Begitulah rumusan perkosaan yang sarat perspektif pelaku (laki-laki, heteroseksual pula). Rumusan tersebut akan meniadakan pengalaman perempuan yang diperkosa tidak dengan definisi “mainstream” KUHPidana namun harkat dan martabat kemanusiaannya telah tercabik-cabik, karena perkosaan tidaklah semata pada persoalan ketubuhan namun mencakup dimensi kesenjangan relasi kuasa antara laki-laki dan perempuan.

Netralitas, obyektivitas, dan jaminan kepastian hukum tak lagi bisa dikatakan “harga mati” karena telah mematikan keadilan bagi sebagian pihak. Perempuan berulang memiliki pengalaman ketika berhadapan dengan hukum dan penghukuman. Narasi nya seringkali bernada sumir dan lirih. Saat ruang-ruang keadilan tidak memasukan perempuan didalamnya, maka hukum kembali dipertanyakan.

Hukum secara konseptual adalah piranti formal yang dapat diandalkan, hukum diharapkan dapat memberikan keadilan bagi siapapun. Diskursus sosiologi hukum mensinyalir bahwa hukum adalah satu bentuk formal dari tafsir sosial atas realitas. Dalam konteks ini, hukum memiliki basis sosial-politik-kultural. Hukum adalah produk dialektika sosial-politik yang didasarkan pada cara pandang dan prinsip ideologis tertentu. Fineman lebih jauh menegaskan bahwa tidak ada pembagian yang tegas antara kekuasaan dan hukum. Menurutnya, hukum

⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 9

merepresentasi baik diskursus dan proses kekuasaan-dominasi; hukum dijumpai dalam diskursus dan bahasa dalam dinamika kehidupan sehari-hari; hukum menjadi standar normatif bertingkah laku, dan merefleksikan pemahaman tentang apa-apa yang membentuk relasi kuasa dan social. Tidak hanya itu, di level penegakannya, hukum sangat rentan diintervensi oleh berbagai kepentingan dan kekuatan kultural, sosial, politis, ideologis dan kepentingan keagamaan. Dengan kata lain, kelahiran hukum dan penegakannya tidak pernah terjadi dalam *setting* yang vakum dan netral, terutama hukum yang bersinggungan dengan kepentingan ideologis. Diane Polan menegaskan bahwa “... *hukum tidak beroperasi secara netral, ahistorical, dan mandiri dari relasi kuasa yang ada di masyarakat. ... Lebih jauh, relasi kuasa tersebut harus dipahami dalam kaitannya dengan dimensi kelas sosial dan gender*”.⁷⁰

Logika *marxian* juga menegaskan bahwa hukum hanya satu wujud *epifenomenon*, supra-struktur realitas sosial yang sangat dipengaruhi, bahkan dibentuk oleh konspirasi kekuatan sosial, kultural, ekonomi, dan politik. Bahkan sudah kasat mata bahwa hukum sering disusupi diperalat oleh kepentingan kelompok tertentu, umumnya elit penguasa, elit sosial, elit agama, dan budaya. Dalam diskursus aliran *konflik-marxian*, lebih jauh diuraikan bahwa hukum, dan juga norma sosial lainnya, tidak muncul dari konsensus, melainkan bahwa norma-norma itu : “... *are established and maintained ...; and their substance may well be explained in terms of the interests of the powerful*”. Bahkan hukum tidak sebatas aturan, tetapi ia telah menjadi

⁷⁰ Noryamin, *Nasib Perempuan Korban Kekerasan dalam Himpitan Hukum*, Jurnal Kriminologi Indonesia Vol. 7 No.1 Mei 2010, hlm. 67 – 107.

perangkat regulatif yang sarat dengan muatan kepentingan ideologi kuasa untuk mengontrol kelompok tertentu.⁷¹

Teori hukum atau positivism hukum yang cenderung patriarkal dan maskulin mungkin tidak terlihat secara eksplisit. Namun beberapa kecenderungan menguatkan argument tersebut. Pertama, secara empiris dapat dikatakan bahwa hukum dan teori hukum adalah dominasi dari laki-laki. Dapat dikatakan laki-laki lah yang menulis hukum dan teori-teori hukum. Hampir dari keseluruhan pencetus teori hukum ialah laki-laki. Dengan demikian penulisan dan hasil pemikiran para ahli hukum yang hampir seluruhnya berjenis kelamin laki-laki itu langsung maupun tidak langsung akan mempengaruhi teori-teori yang dihasilkannya. Meskipun ideology maskulin tidak selalu muncul dari pemikiran laki-laki dan bisa saja berasal dari perempuan yang mengadopsi nilai-nilai maskulin tersebut, namun yang harus dipahami ialah; perkembangan teori-teori hukum terjadi manakal mayoritas yang memunculkan adalah laki-laki. Selain itu, teori-teori hukum muncul pada saat pemikiran tentang kesetaraan gender belum mengemuka sehingga tidak dapat memberikan perimbangan pada ideology maskulin yang mendominasi.⁷²

Kedua, hukum beserta akibat-akibat yang ditimbulkan oleh teori hukum adalah refleksi dari nilai-nilai maskulin. Laki-laki telah menciptakan dunia hukum melalui imaji mereka dan mempertanyakannya dengan kebenaran yang menurut mereka absolut. Apa yang kemudian muncul dari nilai-nilai maskulin, itulah yang kemudian mendominasi dan mewarnai masyarakat, termasuk juga hukum dan apa

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Niken Savitri, HAM Perempuan... *op. cit.*, hlm. 81

yang dihasilkan oleh hukum. Catherine MacKinnon memberikan kritiknya terhadap hukum dengan dasar *difference* dan *dominance*; *different theory maintains that law disadvantages women because it derives from male thought and experience. dominance theory asserts that male bias in law results from men subjection of women.*⁷³

Permasalahan kemudian muncul, yakni ketika berkaitan dengan kelompok yang terpinggirkan dalam pembuatan keputusan dan teori-teori hukum. Permasalahan juga muncul pada adanya kesulitan yang melekat pada nilai-nilai yang ada pada system dan budaya yang diterapkan oleh kelompok-kelompok tertentu. Bila nilai-nilai tersebut secara kultural melekat pada laki-laki dan kemudian melekat pula pada nilai-nilai hukum, maka tidak heran apabila hukum seakan-akan berbicara untuk laki-laki dalam kultur maskulin yang dominan. Hukum tidak akan berbicara atas nama perempuan ataupun kelompok terpinggirkan. Margaret Davies mengatakan bahwa bentuk ideology secara umum dari patriarkhi direproduksi dalam hukum itu sendiri, dimana substansi dan kategori hukum telah mengabaikan perhatian yang diperlukan oleh perempuan.⁷⁴ Ketiga, dengan melihat kenyataan bahwa secara tradisional teori hukum adalah patriarkhi, maka hukum itu sendiri tidak netral dan kenyataan bahwa hukum dapat digunakan sebagai alat untuk menekan orang lain, tidak menjadi pertimbangan bagi pembuat hukum. Juga tidak menjadi pertimbangan bahwa banyak orang dalam banyak kasus dipengaruhi pesan tertentu dari hukum dan kultur yang ada, sehingga kekuatan dari ideology yang besar saja yang dapat memenangkan

⁷³ *Ibid.*, hlm. 83

⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 81-82

persengketaan dan pengaruh dari pesan tersebut. Hal ini menjadi relevan manakala seorang perempuan berhadapan dengan laki-laki dalam sengketa hukum dimana hukum akan berpihak pada kelompok dari mana ideology hukum berasal. Hal ini juga akan nampak ketika seorang penegak hukum (bisa laki-laki maupun perempuan) menerjemahkan pesan hukum tersebut kepada seorang perempuan korban, yakni dengan memaknainya dari pandang sudut laki-laki dan bukan pandang sudut perempuan.⁷⁵

Ketiga hal diatas merupakan ide dari teori hukum feminis yang tentu harus dibuktikan terjadi di dalam hukum. Tidak mudah mengatakan bahwa hukum yang ada patriarkis, karena secara kasat mata hukum begitu netral dan obyektif terhadap semua golongan. Namun akar persoalan sudah ada sejak dalam dalih-dalih pemikiran filosofis nya. Maka mustahil hasilnya akan berpihak pada semua golongan. Proposisi hubungan antara laki-laki dan perempuan secara filosofis sudah dirancang untuk tak setara, seperti pemikiran Aristoteles: *“that the relation of male to female is naturally that of superior to the inferior the ruling to the ruled”*.⁷⁶

Hukum sejak “dalam kandungan” memang sudah bias gender. Makin diperparah ketika pertarungan di proses legislasi banyak dipengaruhi pola pikir yang dominan. Sistem hukum merupakan ekspresi dari filsafat politik yang dominan dan sangat berpengaruh terhadap system hukum yang ada. Drowkin menyatakan: *“... this philosophy is expressed in the values and traditions of the law and is worked out daily in the practice of developing law and deciding cases –*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 83

*it is not a purely academic philosophy. the political system is also made up of legal principles and these express the dominant political values of the system”.*⁷⁷

Menurut Alan Hunt, hukum modern yang dimulai sejak masa Aufklärung diberi tempat yang istimewa sebagai penjaga batas antara rakyat dan Negara dan antara sesama individu yang dituangkan dalam legal rights. Hukum kemudian diterima sebagai fenomena tunggal, yakni hukum Negara yang mengekspresikan kedaulatan suatu Negara. Ia dibekali dengan penataan masyarakat secara rasional yang dilakukan dengan penggunaan prosedur netral dalam pengambilan keputusan di atas benturan antar kepentingan-kepentingan. Hukum sebagai fenomena tunggal inilah yang dalam penerapannya tidak dapat menangkap fenomena plural tentang kenyataan-kenyataan social yang hidup, diantaranya kebutuhan kelompok perempuan atas keadilan. Apalagi fenomena tunggal tersebut diwarnai oleh pengaruh dari ideology yang dominan dalam pembentukannya, yakni patriarkis.⁷⁸ Hukum yang berangkat dan dipengaruhi oleh nilai-nilai tertentu, dalam hal ini patriarkis, tidak lagi bisa mengatakan berpijak pada konsep netralitas dan obyektivitas hukum. Karena hukum dirumuskan dari ceruk-ceruk ideologis yang mendominasi. Hasilnya pasti adanya ketidakadilan bagi kelompok yang tidak mendominasi pola pikir pembuat hukum. Sehingga, kembali lagi, saat hukum diimplementasikan secara netral dan obyektif, hasilnya adalah ketidakadilan bagi kelompok yang tidak terwakili secara dominan dalam perumusan tersebut, dalam hal ini adalah perempuan. Karenanya teori hukum feminis selain menyatakan adanya bias patriarkis didalam hukum, juga menolak adanya pelaksanaan hukum

⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 84

⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 85

secara netral dan obyektif. Bagi teori hukum feminis konsep netralitas dan obyektivitas hukum hanyalah pengulangan ideologi patriarki pada pelaksanaan hukum tersebut.

