

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Negara Indonesia merupakan negara yang berlandaskan atas hukum, hal ini sesuai dengan bunyi pasal 1 ayat 3 UUD 1945 “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Salah satu ciri dari negara hukum menurut F. J Stahl ialah adanya pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia,¹ termasuk pula dalam hal ini jaminan terhadap hak asasi anak dan perempuan.

Istilah hak asasi perempuan muncul seiring dengan kesadaran perlunya perhatian dan perlindungan khusus bagi kaum perempuan akibat dari banyaknya permasalahan dan persoalan yang dialami kaum perempuan, seperti kekerasan fisik dan psikis, diskriminasi di berbagai bidang kehidupan (keyakinan tradisi dan kebiasaan budaya), ketertinggalan di berbagai bidang, dan lain-lain sehingga dalam beberapa kajian dan pengaturan, perempuan dimasukkan dalam kelompok yang *vulnerable*, bersama-sama dengan kelompok anak, kelompok minoritas dan kelompok rentan lainnya.²

Disamping tergolong sebagai kelompok rentan, hak anak menjadi penting diperhatikan karena ada keyakinan dalam masyarakat bahwa anak merupakan generasi penerus bangsa yang diharapkan dapat bermanfaat bagi masa depan suatu negara. Oleh karena itu di suatu kehidupan bernegara segala macam kebutuhan yang menunjang tumbuh kembangnya anak haruslah

¹Azhary, *Negara Hukum Indonesia (Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya)*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 1995, hlm. 46

²Niken Savitri, *Ham Perempuan, Kritik Teori Hukum Feminis terhadap KUHP*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm.3

diperhatikan, sebab kesejahteraan anak mengacu pada terpenuhinya segala hak dan kebutuhan hidup anak.

Indonesia sebagai suatu negara hukum menjadikan konstitusi sebagai sumber hukum tertinggi yang dijadikan dasar dalam penyelenggaraan negara. Salah satu fungsi konstitusi adalah untuk membatasi kekuasaan dan menjamin hak asasi serta kebebasan warga negaranya. Pengaturan hak asasi manusia secara umum diatur pada Pasal 28 A- J UUD 1945 dan Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Secara khusus, jaminan hak asasi perempuan dapat ditemui dalam Undang-undang Nomor 7 Tahun 1984 tentang ratifikasi Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap perempuan yang salah satu pasalnya menyatakan bahwa negara akan melakukan upaya semaksimal mungkin untuk menghapuskan segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Sedangkan jaminan hak asasi anak dapat ditemui dalam Keppres nomor 36 tahun 1997 hasil ratifikasi Konvensi Hak Anak, yang didalamnya memuat 10 hak mutlak anak, dengan rincian sebagai berikut:

- 1) Hak Gembira
- 2) Hak Pendidikan
- 3) Hak Perlindungan
- 4) Hak Untuk Memperoleh Nama
- 5) Hak Atas Kebangsaan
- 6) Hak Makanan
- 7) Hak Kesehatan
- 8) Hak Rekreasi
- 9) Hak Kesamaan
- 10) Hak Peran Dalam Pembangunan

Hak-hak yang dimiliki oleh anak dan perempuan seperti tersebut di atas mendapat dukungan secara konstitusial untuk pemenuhan dan perlindungannya, sebagaimana tercantum dalam pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan bahwa perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi adalah tanggung jawab Negara, terutama pemerintah. Demikian juga bunyi pasal 8, 71 dan 72 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Bunyi pasal-pasal tersebut menyatakan 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.

Dari uraian diatas dapat ditarik suatu pemahaman bahwa negara merupakan pihak yang wajib serta bertanggungjawab terhadap terpenuhi dan terlindunginya hak anak dan hak perempuan. Namun sampai disini perlu disadari, bahwa negara dalam upayanya melakukan pemenuhan dan perlindungan terhadap hak anak dan perempuan tidaklah mudah. Hal ini disebabkan karena masyarakat Indonesia secara demografis maupun sosiologis merupakan wujud dari bangsa yang majemuk.

Kemajemukan Indonesia dapat dilihat dari beranekaragamnya budaya, ras, suku bangsa, agama, kepercayaan, dan lain-lain. Keragaman budaya Indonesia tersebut merupakan sesuatu yang tidak dapat dipungkiri keberadaannya. Berbagai budaya, ras, suku bangsa, agama, dan kepercayaan

tersebut memiliki nilai-nilainya tersendiri yang tersebar luas dari sabang hingga merauke.

Uraian diatas merupakan gambaran kemajemukan Indonesia secara horizontal. Namun, menurut Bani Syarif Maula kemajemukan Indonesia selain dapat dilihat secara horizontal juga dapat dilihat secara vertikal dan dalam tatanan hukumnya. Secara vertikal masyarakat Indonesia terdiri dari masyarakat rural dan urban, dengan perbedaan keahlian dan pekerjaan yang terus berkembang secara tajam sedangkan kemajemukan dalam tatanan hukum terlihat dengan adanya berbagai hukum yang diakui melengkapi dalam sistem hukum nasional, yang biasa disebut dengan prulalisme hukum.³

Secara rinci kemajemukan dalam tatanan hukum (pluralisme hukum) di Indonesia dapat dilihat bahwa disamping berlakunya hukum positif (hukum nasional) juga diakuinya hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*), misalkan hukum adat dan hukum islam. Hal tersebut dapat dilihat dalam beberapa ketentuan dibawah ini:

1. Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang berisi pengakuan terhadap masyarakat adat dan hak-hak yang dimilikinya.
2. Pasal 5 undang-undang Kekuasaan Kehakiman yang mewajibkan seorang hakim untuk menggali rasa hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat.

³ Bani Syarif Maula, "Realitas Hukum Islam dalam Konfigurasi Sosial dan Politik di Indonesia: Perspektif Sosiologi Hukum Tentang Perkembangan Hukum Islam di Indonesia", Hermeneia: Jurnal Kajian Islam Interdisipliner, Vol. 2 No. 2 (Juli-Desember 2003), Hlm. 240.

3. Dalam undang-undang Perkawinan ditentukan bahwa perkawinan adalah sah apabila dilaksanakan sesuai dengan agama dan kepercayaan masing-masing.
4. Ketentuan hukum waris dimana pelaksanaan kewarisan memperkenankan pluralisme hukum, dimana ada hukum waris islam, adat, dan barat.

Fakta diatas memperlihatkan bahwa keberagaman tatanan hukum Indonesia merupakan sesuatu yang tidak dapat dihindarkan, mengingat majemuknya masyarakat Indonesia secara demografis maupun sosiologis. Hal ini senada dengan ungkapan dari Brian Z. Tamanaha “*legal pluralism is everywhere*”,⁴ ungkapan ini menegaskan bahwasanya di area sosial keragaman sistem normatif adalah keniscayaan.

Dari beberapa hal yang telah diuraikan tersebut tepat kiranya untuk sekali lagi menegaskan bahwa Indonesia merupakan wujud dari bangsa yang majemuk. Namun perlu di garis bawahi seperti apa yang pernah dikatakan Nasikun, bahwa pada satu sisi kemajemukan Indonesia merupakan kekayaan bangsa yang sangat bernilai, namun pada sisi yang lain kemajemukan tersebut memiliki potensi bagi terjadinya disintegrasi atau perpecahan bangsa.⁵

Itulah mengapa untuk mencegah potensi disintegrasi atau perpecahan bangsa akibat kekayaan yang tidak ternilai harganya atau yang biasa kita sebut

⁴ Tamanaha, B. Z, 2008, “Understanding legal pluralism: past to present, local to global”, *Sydney Law Review* 30: hlm. 375-411 sebagaimana dikutip dalam Marcus Colchester dan Shopie Chao, ed, *Beragam Jalur Menuju Keadilan: Pluralisme Hukum dan Hak-Hak Masyarakat Adat di Asia Tenggara*, Epistema Institute, Jakarta, 2012, hlm. xi

⁵ Nasikun, *Sistem Sosial Indonesia*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2007, Hlm. 33

sebagai kemajemukan itu, maka wajar kiranya para *Founding Fathers* negeri ini mengkonsepkan dan lalu membentuk sebuah negara kesatuan dengan menjadikan Pancasila sebagai dasar falsafah bangsa Indonesia. Sebagai falsafah bangsa, Pancasila merupakan pandangan hidup bangsa Indonesia yang dijadikan sebagai sumber dari segala sumber hukum di Indonesia.⁶

Kehadiran Pancasila diharapkan mampu mencegah disintegrasi kemajemukan Indonesia, sehingga bangsa Indonesia dapat menjadi negara yang mampu untuk mewujudkan tujuan dan cita-citanya. Namun, sekalipun Pancasila telah hadir sebagai suatu upaya pencegahan disintegrasi hal ini tidak sepenuhnya menutup kemungkinan terjadinya disintegrasi di Indonesia, seperti kaitannya dalam hal pemenuhan dan perlindungan hak anak dan perempuan.

Disatu sisi negara diwajibkan oleh konstitusi untuk melaksanakan pemenuhan dan perlindungan terhadap hak anak dan perempuan, namun disisi yang lain terdapat tradisi dalam kehidupan suatu masyarakat yang justru pelaksanaannya bertolak belakang dengan semangat konstitusi tersebut. Salah satu contohnya ialah tradisi Neno Boha yang dipraktikkan di Desa Binaus, Mollo Tengah, Timor Tengah Selatan, Nusa Tenggara Timur.

Tradisi Neno Boha merupakan salah satu tradisi di Indonesia yang keberlangsungannya masih berlangsung hingga saat ini. Neno Boha merupakan tradisi yang harus dijalankan oleh ibu beserta bayi yang baru dilahirkannya untuk tinggal selama 40 hari di dapur (rumah bulat) pasca ia melahirkan bayi tersebut.

⁶Meuwissen, *Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, diterjemahkan oleh Arief Sidharta, Refhika Aditama, Bandung, 2007, Hlm. Vii

Tak hanya itu, sang ibu beserta bayinya juga harus menjalankan ritual-ritual lain seperti, Tatobi (pengkompresan dengan air panas), Peanggan/Se`i (mengasapi tubuh ibu dan bayi), dan hanya boleh mengonsumsi jagung bose.

Keberlangsungan tradisi Neno Boha tersebut menghadirkan sebuah proyeksi bahwa dalam skala satu dekade kedepan IQ nasional akan tergerogoti oleh anak yang di supply dari sebuah tradisi di NTT. Selain itu, ketika kita melihat keberlangsungan tradisi Neno Baha dengan perspektif konstitusi, maka kita akan dibenturkan dengan pasal 18 ayat (2) Juncto pasal 28 B ayat (2) UUD 1945.

Pasal 28 B ayat (2) UUD 1945 menyatakan bahwa tiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Semangat melindungi kepentingan anak tersebut merupakan terusan dari amanat pembukaan UUD 1945 yang berkaitan dengan frasa mencerdaskan kehidupan bangsa yang erat kaitannya dengan pemenuhan hak terhadap anak yang harus dipenuhi oleh negara.

Disamping ada kepentingan anak yang dikesampingkan dalam keberlangsungan tradisi tersebut, terlihat juga adanya pengenyampingan hak terhadap keselamatan dan kesehatan seorang perempuan yang berperan sebagai ibu. Hal ini dibuktikan dengan adanya larangan pelaksanaan tradisi tersebut oleh pemerintah melalui dinas kesehatan setempat dengan alasan kesehatan anak dan ibu. Tak cukup sampai disitu, lebih menariknya lagi kepala desa setempat yang bernama Nahor Tasekeb dengan tegas melalui Peraturan Desa (perdes) melarang

budaya Neno Baha. Dia bahkan akan mengancam mendenda siapa saja yang melakukan ritual tersebut. Selain itu ia juga menyarankan agar melahirkan tidak lagi di rumah bulat, tetapi di puskesmas atau rumah sakit. Selama pasca melahirkan harus tinggal di rumah kotak (rumah sehat) dan makan seperti yang dianjurkan oleh dinas kesehatan.⁷

Sampai disini bila kita cermati, langgengnya praktik-praktik budaya, adat, dan tradisi yang membahayakan nyawa anak, dan perempuan terjadi karena hak budaya umumnya diekspresikan secara kolektif dan komunal, yang kemudian pada tingkat tertentu tak lagi ramah dan peduli pada perempuan dan minoritas rentan. Dalam kajiannya Bronwyn Winter (“Religion, Culture and Women’s Rights: Some general Political and Theoretical Consideration” dalam *Women’s Studies International Forum*, Vol 29, Issue 4, July-August 2006, hal 381-393), menarasikan bagaimana kemudian HAM perempuan banyak terdistorsi, bias, dan mengalami pelanggaran hebat dalam praktik sejumlah kepercayaan.⁸ Misal saja praktik tradisi Neno Boha yang berdampak buruk bagi kesehatan ibu dan bayinya. Mulai dari masalah pernapasan, luka bakar, anemia, bahkan berujung pada kematian.⁹

Memperhatikan latar belakang tersebut sudah saatnya negara yang diwakili pemerintah memenuhi serta melindungi hak anak dan hak perempuan

⁷ <https://www.kompasiana.com/dhave/562dcfbc60afbd9b08dd84cb/neno-boha-sebuah-tradisi-masa-nifas-di-pulau-timor> diakses pada tanggal 24 Oktober 2018 pukul 18:46 WIB

⁸ <https://www.jurnalperempuan.org/budaya-tradisi-adat--status-perempuan.html> diakses pada tanggal 24 Oktober 2018 pukul 19:29 WIB

⁹ <https://www.viva.co.id/gaya-hidup/kesehatan-intim/911851-panggung-api-tradisi-di-ntt-redakan-pegal-usai-melahirkan> diakses pada tanggal 24 Oktober 2018 pukul 19:58 WIB

dalam suatu praktik tradisi atau budaya masyarakat tertentu. Namun seperti yang telah penulis sampaikan sebelumnya bahwa upaya tersebut tidaklah mudah mengingat bahwa negara Indonesia dalam tatanan hukumnya mengakui nilai-nilai yang hidup, tumbuh dan berkembang dalam masyarakat (*Living Law*).

Atas dasar itulah penulis mencoba untuk meninjau atau meneliti sejauh apa peran negara dalam pemenuhan dan perlindungan hak asasi manusia terkhusus hak anak dan perempuan ketika pelaksanaan kewajiban negara dalam pemenuhan dan perlindungan hak anak dan hak perempuan tersebut berhadapan dengan tradisi atau kultur yang hidup dalam masyarakat. Penelitian ini berjudul **“Kewajiban Negara perihal Perlindungan dan Pemenuhan Hak Anak dan Perempuan dalam Masyarakat Tradisional : Studi tentang Tradisi Neno Bo`ha”**.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan pada latar belakang yang telah diuraikan di atas, maka yang menjadi pokok permasalahan dari penelitian ini adalah :

1. Apa dan bagaimana kewajiban negara dalam memenuhi dan melindungi hak anak dan hak perempuan ?
2. Bagaimana peran negara dalam menjalankan kewajibannya memenuhi dan melindungi hak anak dan hak perempuan berhadapan dengan tradisi Neno Boha ?

C. Tujuan penelitian

Berdasarkan rumusan masalah di atas, penelitian ini bertujuan untuk :

1. Mengetahui kewajiban negara dalam memenuhi dan melindungi hak anak dan hak perempuan.
2. Mengetahui peran negara dalam menjalankan kewajibannya memenuhi dan melindungi hak anak dan hak perempuan berhadapan dengan tradisi Neno Boha.

D. Tinjauan Pustaka

1. Universalisme dan Partikularisme Hak Asasi Manusia

Melalui perjuangan dan proses yang sangat panjang akhirnya pada tahun 1948, tepatnya tanggal 10 Desember 1948 terbentuklah suatu kesepakatan umum dari masyarakat internasional untuk menjamin dan melindungi hak asasi manusia (HAM). Kesepakatan umum tersebut ialah Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (UDHR). 18 tahun setelah itu, pada tahun 1966 disepakati pula instrumen hukum internasional menyangkut HAM, yakni Internasional Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik (ICCPR), Internasional Kovenan Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (ICESCR), dan Protokol Tambahan Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik.

Keseluruhan instrumen hukum internasional menyangkut HAM di atas biasa disebut sebagai *Bill Of Rights* yang mewajibkan kepada negara-negara anggota PBB untuk meratifikasinya terkecuali DUHAM, sebab instrumen hukum tersebut merupakan “*Common Standart Of Achievement*” yang berlaku

bagi semua negara tanpa membutuhkan ratifikasi.¹⁰ Selain itu, Majelis merekomendasikan agar semua negara-negara anggota dan semua rakyat untuk menggalakkan serta menjamin pengakuan yang efektif dan penghormatan terhadap HAM dan kebebasan yang ditentukan di dalam pernyataannya.

Hadirnya instrumen hukum internasional berkaitan dengan HAM (UDHR, ICCPR, ICESCR) tentunya akan diberlakukan secara universal bagi seluruh negara-negara di dunia. Namun dalam penerapannya di berbagai negara, terkhusus negara-negara berkembang sangat mungkin untuk melahirkan suatu konflik. Hal ini dikarenakan keseluruhan instrumen tersebut merupakan produk barat yang tentunya tidak dapat begitu saja diterima dan diterapkan oleh negara-negara berkembang yang kebanyakan berpandangan timur dengan latar belakang ideologi, sosial, budaya yang berbeda dengan barat.

Latar belakang tersebut kemudian menimbulkan pandangan pemberlakuan HAM berdasarkan relativisme budaya (*cultural relativism*) oleh negara-negara non-Barat (negara-negara berkembang). Perdebatan seputar HAM yang universal dengan partikularistik ini terus mencuat seiring perkembangan HAM itu sendiri dalam perjalanannya.

Universalisme HAM merupakan pernyataan dan tuntutan terhadap pengakuan bahwa hak-hak manusia yang asasi adalah bagian kodrati yang inheren pada setiap pribadi manusia, tak peduli apapun warna kulitnya, jenis kelaminnya, usia, latar belakang kultural, agama atau spiritualitasnya. Dengan

¹⁰ E. Shobirin Nadj dan Naning Mardiniah, *Disemensi Hak Asasi Manusia, Persektif dan Aksi*, CESDA-LP3ES, Jakarta, 2000, hlm.12

kata lain, paham HAM universal bermaksud melampaui semua batasan primordialisme.¹¹

Berkaitan dengan hal tersebut, Rhoda E. Howard, seorang pendukung paham universalisme menyatakan bahwa hak asasi manusia adalah hak yang dimiliki manusia karena ia adalah manusia. Setiap manusia memiliki hak asasi yang tidak boleh diingkari dan dicabut kecuali dengan keputusan hukum yang adil. Konsepsi hak asasi manusia menganggap bahwa perbedaan ras, jenis kelamin, gender, dan agama tidak lagi relevan secara politik dan hukum serta menuntut adanya perlakuan yang sama bagi semua orang.¹²

Uraian diatas memperlihatkan bahwa pandangan universal mengenai HAM bermaksud ingin menempatkan HAM sebagai nilai-nilai universal sebagaimana dirumuskan dalam berbagai bentuk *International Bill of Human Rights* dengan tidak mempertimbangkan faktor dan konfigurasi sosial budaya serta konteks ruang dan waktu yang melekat pada masing-masing negara atau bangsa. Menurut pandangan ini, HAM harus ditempatkan sebagai nilai dan norma yang melintasi yurisdiksi negara-negara.

Berbanding terbalik dengan universalisme, para penganut paham partikular hak asasi manusia menyatakan bahwa hak asasi manusia harus dipahami dari konteks kebudayaan masing-masing negara. Hal ini didasarkan pada anggapan bahwa kebudayaan merupakan satu-satunya sumber keabsahan hak atau kaidah moral, dan karena itu semua kebudayaan mempunyai hak hidup

¹¹ Soetandyo wignjosoebroto, dalam Adnan B Nasution, *Ham dan Demokrasi (Arus Pemikiran Konstitusionalisme)*, Kata Penerbit, Jakarta, 2007, hlm. xiv

¹² Rhoda E. Howard, *Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya* (terjemahan), PT. Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2000, hlm 1

serta martabat yang sama yang harus di hormati. Lebih dari itu, pembela gagasan relativisme budaya (partikularisme) menolak gagasan universalisme HAM dikarenakan hal tersebut merupakan dominasi oleh kebudayaan tertentu. Menurut paham ini, nilai-nilai universal itu tidak lebih dari dominasi kebudayaan barat, dimana konsep hak di Barat bersifat destruktif dan sangat individualistis sehingga tidak sesuai dengan nilai-nilai negara-negara berkembang yang pada umumnya bercorak ketimuran.

Dari uraian diatas, secara sederhana dapat digambarkan bahwa paham partikular beranggapan ham tidaklah universal, tetapi kontekstual. Menurut Suarman Marzuki, kontekstualitas dari HAM yang kemudian dikonstruksikan sebagai partikular itu setidaknya muncul semenjak Asosiasi Antropolog Amerika menyerahkan pernyataan mereka tentang HAM pada tahun 1947 kepada komisi HAM PBB ketika PBB akan menyusun deklarasi universal HAM. Asosiasi tersebut menyatakan bahwa HAM tidak akan dapat meyakinkan orang Indonesia, Afrika, India, Cina apabila HAM masih menggunakan dokumen sebelumnya.¹³ Senada dengan hal ini Mullerson menyatakan bahwa, HAM abad 20 tidak bisa ditentukan oleh standar tertentu atau keinginan kelompok tertentu.¹⁴

Menurut Atip Latipulhayat, perdebatan tentang universalisme dan partikularisme HAM ini sebenarnya sudah berakhir sejak ditandatanganinya Deklarasi Wina pada tahun 1993. Menurut Atip, deklarasi tersebut dengan tegas

¹³ Suparman Marzuki, *Perspektif Mahkamah Konstitusi tentang Hak Asasi Manusia*, Jurnal Yudisial Vol.6 No.3 Desember 2013 hlm. 191

¹⁴ Mullerson Rein, *Human Rights Diplomacy*, Cambridge University Press, London, 2000, hlm 1

menyatakan bahwa penerapan nilai universalisme HAM harus memperhitungkan juga kondisi khusus setiap negara yang memiliki keragaman budaya, sosial, ekonomi, dan politik.¹⁵ Berkaitan dengan hal tersebut Muladi beranggapan bahwa perdebatan kedua paham tadi melahirkan pula kelompok-kelompok pemahaman yang oleh Muladi digolongkan menjadi empat kelompok, diantaranya kelompok universal-absolut, kelompok universal-relatif, kelompok partikularistik-absolut, dan kelompok partikularistik-relatif.¹⁶

Demikianlah, sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, bahwa perdebatan HAM berkaitan dengan paham universalisme dengan partikularisme merupakan bagian dari sejarah panjang perkembangan HAM itu sendiri. Perbedaan tersebut sangat beralasan karena pelaksanaan dari hak asasi manusia diseluruh dunia selalu bersinggungan dengan budaya, tradisi, agama, hukum nasional dan praktik-praktik lokal lainnya sebagai sumber hukum di negara-negara.

¹⁵<https://www.kompasiana.com/ailaindonesia/57c3d514119373b044bffb5f/guru-besar-unpad-maknai-ham-dengan-kearifan-lokal>, diakses pada tanggal 23 November 2018 pukul 12:41 WIB

¹⁶ Bagir Manan, *Kedudukan Rakyat, Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 1996, hlm 113-115

2. State Law dan Living Law

Istilah *living law* merupakan istilah yang pertama kali dikemukakan oleh Eugen Erlich sebagai lawan kata dari *state law* (hukum yang dibuat negara/hukum positif).¹⁷ Menurut Erlich¹⁸ perkembangan hukum berpusat pada masyarakat itu sendiri, bukan pada pembentukan hukum oleh negara, putusan hakim, ataupun pada pengembangan ilmu hukum. Dari pernyataannya tersebut, Erlich terlihat ingin menjelaskan bahwa masyarakat merupakan sumber utama hukum dan oleh karena itu hukum tidak dapat dilepaskan dari masyarakatnya. Atas dasar tersebut kemudian Erlich menyatakan dengan tegas bahwa hukum yang hidup (*living law*) adalah hukum yang mendominasi kehidupan itu sendiri walaupun belum dimasukkan ke dalam proposisi hukum.¹⁹

Selain Eugen Erlich, konsep mengenai *living law* juga dapat ditemukan dalam pemikiran Friedrich Karl von Savigny dengan teori *Volkgeist*-nya. Pemikiran Savigny tersebut merupakan bantahannya terhadap transplantasi hukum romawi dan kodifikasi Jerman menjadi hukum Prancis. Dalam teori tersebut, Savigny menyatakan bahwa hukum harus lahir dari keyakinan bangsa itu sendiri.²⁰

¹⁷ Eugen Erlich, *Fundamental Principles of The Sociology of Law*, Walter L. Moll Trans., 1936, hlm. 137

¹⁸ *Ibid.*, hlm. xi

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 493

²⁰ Mathias Reimann, *The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, 1989, hlm. 95-98.

Lebih lanjut, Savigny menyatakan bahwa hukum merupakan salah satu aspek budaya yang hidup dalam masyarakat dan oleh karena itu hukum ditemukan dalam masyarakat, dan tidak diciptakan oleh yang berkuasa. Hukum merupakan refleksi jiwa yang khas dan asasi suatu bangsa yang membedakan bangsa tersebut dengan bangsa lainnya. Hukum bukanlah buatan alam atau Tuhan, namun hukum dapat ditelusuri dalam denyut kehidupan masyarakat. Hukum eksis, berkembang, melemah, dan menguat mengikuti kondisi masyarakat.²¹

Berdasarkan pandangan dari dua tokoh besar *living law* tersebut, setidaknya dapat dipahami bahwa hukum yang ideal merupakan hukum yang digali dari masyarakatnya, bukan hukum yang dibentuk dan lepas dari konteks masyarakat dimana hukum itu hidup. Hukum yang demikian itu disebut sebagai *living law* yakni hukum yang hidup, tumbuh, dan eksis bersama dalam kehidupan bermasyarakat. Kedua tokoh tersebut sepakat bahwa negara tidak boleh hanya mentransplantasi hukum yang bukan dari jiwa dan budaya masyarakatnya, namun negara wajib menggali *the living law*.

Berbanding terbalik dengan dua pandangan tersebut, para ilmuwan positivisme memiliki pandangannya tersendiri, seperti John Austin dengan positivisme analitisnya dan Hans Kelsen dengan teori hukum murninya. Menurut Austin, hukum adalah perintah dari penguasa (*law is command of a lawgiver*), yang berarti perintah dari pemegang kekuasaan tertinggi atau yang memegang kedaulatan. Lebih lanjut, menurutnya hukum dianggap sebagai suatu

²¹ Luis Kutner, *Savigny: German Lawgiver*, Marquette Law Review, Vol. 55, Issue 2 Spring, 1972, hlm. 283.

sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup, serta hukum secara tegas dipisahkan dari keadilan dan tidak didasarkan pada nilai yang baik dan buruk.²²

Kaitannya dengan *living law* menurut Austin, suatu kebiasaan atau nilai-nilai yang hidup dalam suatu masyarakat akan diakui keberadaannya jika hal tersebut mendapat pengakuan oleh negara melalui hukum negara (hukum positif). Pengakuan melalui hukum negara (hukum positif) diartikan sebagai hukum yang dibuat oleh orang atau lembaga yang memiliki kedaulatan, dan pengakuan tersebut diberlakukan terhadap anggota-anggota masyarakat politik yang merdeka (*independent political society*), dan mengakui kedaulatan yang dimiliki orang atau lembaga-lembaga pembuat hukum yang bersangkutan.²³ Atas dasar itulah Lili Rasjadi berpendapat bahwa ajaran Austin kurang/tidak memberikan ruang bagi hukum yang hidup dalam masyarakat.²⁴

Sejalan dengan Austin, Hans Kelsen dengan teori hukum murninya menyatakan bahwa hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir non yuridis seperti nilai etis, sosiologis, politis, dan sebagainya.²⁵ Hukum menurut pandangan hukum murni berada pada sollen kategori dan bukan sebaliknya berada pada sein kategori. Yang dimaksud dengan hal ini ialah bahwa setiap orang mentaati hukum karena memang seharusnya ia wajib untuk mentaatinya sebagai suatu kehendak negara.

²² Lili rasjadi, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Citra Aditya Bakri, Bandung, 2001, hlm. 58

²³ Otje salman, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Alumni, Bandung, 2002, hlm. 2

²⁴ Lili rasjadi, *Op.cit.*, hlm. 60

²⁵ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, University California Press, Berkely, 1978, hlm. 5-

E. Definisi Operasional

1. Pemenuhan adalah kewajiban negara mengambil langkah-langkah hukum dan atau anggaran dalam memenuhi hak asasi manusia, dalam hal ini hak-hak anak dan perempuan.
2. Perlindungan adalah kewajiban negara memastikan hukum dan institusi hukum menjalankan kewenangannya melindungi hak-hak anak dan perempuan.
3. Hak anak adalah bagian dari hak asasi manusia yang melekat pada anak sejak sebelum ia dilahirkan, belum menikah, dan atau ditentukan lain oleh perundang-undangan sebagai hal yang wajib dijamin, dilindungi, dan dipenuhi oleh negara. Dalam hal ini hak anak untuk terbebas dari praktik kekerasan dan penyiksaan, hak untuk mendapat perlakuan yang layak dalam bidang kesehatan, serta hak untuk mendapatkan pendidikan atau jaminan mutu masa depan.
4. Hak perempuan adalah bagian dari hak asasi manusia yang melekat pada perempuan yang harus dijamin, dilindungi, dan dipenuhi oleh negara. Dalam hal ini hak perempuan untuk terbebas dari praktik kekerasan dan penyiksaan, dan hak untuk mendapat kesehatan.
5. Masyarakat tradisional adalah masyarakat yang hingga saat ini masih menjalankan praktik-praktik kultural serta menjunjung tinggi nilai-nilai tradisionalnya.

F. Metode Penelitian

1. Objek Penelitian

Objek dari penelitian ini adalah Kewajiban Negara dalam Pemenuhan dan Perlindungan Hak Anak dan Hak Perempuan : Studi tentang Tradisi Neno Baha.

2. Jenis Penelitian

Jenis Penelitian ini adalah penelitian normatif empiris. Penelitian hukum normatif yaitu penelitian hukum yang mengkaji hukum tertulis dari aspek teori, sejarah, filosofi, perbandingan, struktur dan komposisi, lingkup dan materi, penjelasan umum dari pasal demi pasal, formalitas dan kekuatan mengikat suatu undang-undang tetapi tidak mengikat aspek terapan atau implementasinya.²⁶ Penelitian empiris adalah penelitian hukum positif tidak tertulis mengenai perilaku anggota masyarakat dalam hubungan hidup bermasyarakat.²⁷ Penelitian hukum normatif dengan cara mengkaji hukum tertulis yang bersifat mengikat dari segala aspek yang kaitannya dengan pokok bahasan yang diteliti. Penelitian hukum empiris dengan cara mengamati keberlangsungan tradisi Neno Baha dan wawancara dengan para pihak yang berkaitan dengan penelitian ini.

3. Lokasi Penelitian

Lokasi dalam penelitian ini adalah Desa Binaus, Kecamatan Mollo Tengah, Kabupaten Timor Tengah Selatan, Provinsi Nusa Tenggara Timur.

²⁶ Abdulkadir Muhamad, *Hukum dan Penelitian Hukum*. PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, hlm. 101

²⁷ *Ibid.*, hlm. 155

4. Sumber Data Penelitian

a. Sumber Data Primer

Data primer adalah data yang diperoleh secara langsung berupa keterangan-keterangan dan pendapat dari para responden dan kenyataan-kenyataan yang ada di lapangan melalui wawancara dan observasi.

b. Sumber Data Sekunder

Data sekunder adalah data yang diperoleh dari studi kepustakaan dan mempunyai kekuatan hukum mengikat, yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier.

a) Bahan hukum primer, yaitu :

- 1) Undang-Undang Dasar 1945
- 2) Undang-undang No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia
- 3) Undang-undang No. 11 tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya
- 4) Undang-undang No. 12 tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik
- 5) Undang-undang No. 7 tahun 1984 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan
- 6) Keppres No. 36 tahun 1990 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak Anak

b) Bahan hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder yang digunakan adalah literatur-literatur, makalah-makalah dan tulisan-tulisan hasil karya kalangan hukum atau instansi terkait yang berkaitan dengan penelitian ini.

c) Bahan hukum tersier

Bahan hukum tersier yang digunakan dalam penelitian ini adalah Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), Kamus Hukum, dan media massa.

5. Teknik Pengumpulan Data

Metode pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

a. Studi Pustaka

Metode ini dilakukan dengan cara melakukan serangkaian kegiatan seperti membaca, menelaah, mencatat, dan membuat ulasan bahan-bahan pustaka yang ada kaitannya dengan permasalahan yang akan diteliti.

b. Studi Lapangan

Studi lapangan dilakukan untuk memperoleh data primer dengan menggunakan teknik wawancara langsung dan Observasi (pengamatan). Wawancara dilaksanakan secara langsung dan terbuka dengan mengadakan tanya jawab untuk mendapatkan keterangan atau jawaban yang bebas sehingga data yang diperoleh sesuai dengan yang diharapkan.

6. Metode Pendekatan

Penelitian ini menggunakan dua model pendekatan yang terdiri atas pendekatan undang-undang (*statute approach*) dan pendekatan analitis (*analytical approach*). Pendekatan undang-undang diterapkan karena akan meneliti peraturan perundang-undangan yang terkait dengan obyek penelitian. Pendekatan analitis akan digunakan untuk menganalisis apakah realita di lapangan telah sesuai dengan peraturan perundang-undangan dan prinsip-prinsip atau pandangan doktrin mengenai hak anak dan perempuan.

7. Analisis Bahan Hukum

Data yang diperoleh dalam penelitian ini kemudian dianalisis secara kualitatif. Analisis kualitatif dilakukan dengan mendeskripsikan serta menggambarkan data dan fakta yang dihasilkan dari penelitian lapangan dengan cara menginterpretasikan data dan memaparkannya dalam bentuk kalimat untuk menjawab permasalahan pada bab-bab selanjutnya.

Data kemudian dianalisis dengan metode induktif, yaitu suatu cara berfikir yang didasarkan pada fakta-fakta yang bersifat khusus dilanjutkan dengan penarikan kesimpulan yang bersifat umum.