

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Anak adalah dambaan dari setiap orang tua yang merupakan berkah serta amanah dari Allah SWT untuk diasuh, dirawat dan dibina dengan baik. Berkenaan dengan hal tersebut, maka orang tua yang diberikan amanah bertanggung jawab untuk memberikan perlakuan dan perlindungan yang terbaik kepada anak, hal ini menjadi wajar karena anak adalah penerus masa depan tidak hanya bagi orang tuanya tetapi juga bagi Negara dan lebih lagi bagi agamanya.

Berbicara tentang masa depan suatu bangsa, tidak ada persoalan yang lebih penting kecuali masalah anak karena anak merupakan penerus generasi bangsa yang akan datang, kehidupan anak-anak merupakan cermin kehidupan bangsa dan Negara apakah akan maju atau malah sebaliknya.

Allah SWT menyebutkan kedudukan anak dalam arti positif melalui firmanNya diantaranya anak adalah perhiasan dunia sebagaimana dalam Q.S Al Kahfi ayat 46, yang artinya: *“Harta dan anak-anak adalah perhiasan kehidupan dunia tetapi amalan-amalan yang kekal lagi saleh adalah lebih baik pahalanya di sisi Tuhanmu serta lebih baik untuk menjadi harapan.”* Selain itu anak juga sebagai penyejuk hati sebagaimana dalam Q.S Al Furqan ayat 74, yang artinya: *“Dan orang-orang yang berkata: "Ya Tuhan kami, anugerahkanlah kepada kami istri-istri kami dan keturunan kami sebagai penyenang hati (kami), dan jadikanlah kami imam bagi orang-orang yang bertakwa.”* Dari kutipan kedua

ayat tersebut juga menegaskan bahwa anak adalah hal yang penting dan mulia sehingga tidak dapat diperlakukan semena-mena oleh siapapun.

Namun fakta saat ini, kekerasan terhadap anak kerap terjadi bahkan dengan ragam permasalahan yang ada. Walaupun pada tahun 2017 jumlah aduan kekerasan terhadap mengalami penurunan sebagaimana yang disampaikan oleh Komisi Perlindungan Anak Indonesia, bahwa pada tahun 2017 kasus terkait anak tahun ini mencapai angka 3849 sedangkan pada tahun 2016 mencapai angka 4620, khusus untuk Anak Berhadapan dengan Hukum berada di peringkat atas yang paling banyak diadukan dengan 1209 kasus. Selanjutnya, aduan datang dari masalah keluarga dan pengasuhan alternatif sebanyak 593 kasus. Kemudian pornografi dan *cybercrime* ada di peringkat ketiga (514), kasus terkait pendidikan (358), dan yang kelima adalah *trafficking* dan eksploitasi (293).¹ Kasus anak berhadapan dengan hukum, menurut KPAI dengan anak sebagai pelaku kekerasan tercatat sebanyak 530 kasus dan anak sebagai korban sebanyak 477 kasus.²

Berdasarkan Pasal 1 ayat (2) UU No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak, yang dimaksud dengan anak yang berhadapan dengan hukum (*children in conflict with the law*), adalah sebagai berikut : “Anak yang Berhadapan dengan Hukum adalah Anak yang berkonflik dengan hukum, anak yang menjadi korban tindak pidana, dan anak yang menjadi saksi tindak pidana”. Untuk batas usia tanggung jawab pidana anak pada usia 12 (dua belas) tahun

¹ KPAI: Ada 3849 Pengaduan Kasus Anak pada Tahun 2017, <http://www.kpai.go.id/berita/kpai-ada-3849-pengaduan-kasus-anak-pada-tahun-2017/>, diakses pada 4 Desember 2019 pukul 20.50 WIB

² *Ibid*

tetapi belum berumur 18 (delapan belas) tahun (pasal 1 angka 3 UU No. 11 tahun 2012).

Berdasarkan uraian data tersebut memang masih terbatas kondisi anak secara umum, padahal jika diuraikan lebih jauh bagaimana dengan anak sebagai penyandang disabilitas? KPAI mendata pada tahun 2017 hanya menerima 4 aduan tentang anak berkebutuhan khusus, padahal menurut data sensus Kementerian Sosial (Kemensos) Republik Indonesia menunjukkan tahun 2012 jumlah Penyandang Disabilitas di Indonesia mencapai 6.008.640 jiwa, sedangkan Data Sensus Penduduk 2015 menyatakan sebanyak 15.725.698 jiwa, disinyalir dari data keduanya 30 persen anak-anak.³ Trend kekerasan terhadap perempuan di Indonesia selama kurun waktu 12 tahun (2007 – 2018) menurut Catatan tahunan (Catahu) Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan (Komnas Perempuan) memperlihatkan peningkatan kasus yang sangat luar biasa. Menurut Catahu 2019, jumlah kasus kekerasan pada perempuan tahun 2018 (406.178) meningkat 14% (348.446) dari tahun 2017 (348.446),⁴ dari data Catahu Komnas Perempuan tersebut, tentu saja di dalamnya sudah termasuk juga perempuan penyandang disabilitas yang menjadi korban.

Kekerasan seksual adalah jenis kekerasan yang paling banyak dialami perempuan penyandang disabilitas, yaitu sebanyak 64%, sisanya 36% adalah kekerasan psikis, ekonomi dan fisik, dan dari 89 korban, 60% adalah disabilitas intelektual (grahita), 13% disabilitas wicara, 8% disabilitas rungu dan wicara), 7%

³ KPAI Sebut Hak Anak Penyandang Disabilitas Mengkhawatirkan, <http://nasional.republika.co.id/berita/nasional/umum/17/12/02/p0bluc359-kpai-sebut-hak-anak-penyandang-disabilitas-mengkhawatirkan>, diakses pada 4 Januari 2018 pukul 21.10 WIB

⁴ KOMNAS Perempuan, 2019, *Catahu Kekerasan Terhadap Perempuan*, Jakarta, hlm 23.

disabilitas rungu, 6% disabilitas netra, 3% disabilitas psikososial, 2% disabilitas fisik dan 1% disabilitas bibir sumbing.⁵

Secara jumlah memang sedikit yang dilaporkan, namun fenomena kekerasan yang terjadi seperti gunung es, karena terlihat sedikit yang dilaporkan namun ternyata sangat banyak yang tidak terungkap apalagi dilaporkan. Kemudian bagaimana kondisi kekerasan yang terjadi kepada dan penyandang disabilitas “dewasa yang berstatus anak”?, Penggunaan istilah “dewasa yang berstatus anak” dimaksudkan bahwa ada seorang dewasa yang menurut umur kronologisnya memang dewasa⁶ namun kondisi mentalnya atau umur mentalnya masih dibawah 18 tahun. Sebagaimana beberapa fakta kasus kekerasan seksual terhadap penyandang disabilitas intelektual di Indonesia, diantaranya sebagai berikut: **Kasus Pertama**, dimana seorang guru di SMA Luar Biasa di Sukoharjo, Jateng, diganjar hukuman 8,5 tahun penjara oleh PN Sukoharjo karena terbukti melakukan tindak pelecehan seksual terhadap salah satu murid perempuan dengan dakwaan mencabuli dan memperkosa VM (22 tahun), muridnya sendiri sebanyak enam kali.⁷ Korban VM yang berumur 22 tahun adalah penyandang disabilitas tuli selain itu juga grahita, kondisinya tersebut telah diperiksa oleh pendamping korban saat kasus sedang berjalan melalui tes psikologi yang dilakukan di Rumah

⁵ Diolah dari Catahu Kekerasan Terhadap Perempuan, Komnas Perempuan, 2019, halaman 43- 44.

⁶ Konteks dewasa yang dimaksud adalah telah memasuki umur 18 tahun atau lebih sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2016 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2016 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak menjadi Undang - Undang dalam pasal 1 ayat (1) Anak adalah seorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang dalam kandungan

⁷ Cabuli Murid, Guru SLB di Sukoharjo Divonis 8,5 Tahun Penjara, <https://news.detik.com/berita/2286555/cabuli-murid-guru-slb-di-sukoharjo-divonis-85-tahun-penjara>, diakses pada 4 Januari 2018 pukul 21.25 WIB

Sakit Jiwa Surakarta. Hasil tes membuktikan bahwa secara mental dan psikologis korban masuk usia anak. Hasil test ini yang kemudian diserahkan ke polisi untuk kemudian polisi menggunakan Pasal 81 Undang-Undang Perlindungan Anak. Namun dalam kasus tersebut mengingat umurnya sudah diatas 18 tahun maka ketentuan yang ada di dalam Undang-Undang Perlindungan Anak tidak dapat diterapkan, baik penyidik dan jaksa tetap menggunakan pasal yang ada di KUHP.⁸

Kasus Kedua, sekitar bulan Februari 2019, terjadi pada AG (18) tinggal di Pekon Panggungrejo, Kecamatan Sukoharjo, Kabupaten Pringsewu, Lampung. Korban merupakan perempuan penyandang disabilitas intelektual. Pelaku adalah ayah kandungnya M (45), kakak kandung SA (24) dan adik kandungnya sendiri YF (15) yang melakukan persetubuhan secara bergantian kepada korban. Persetubuhan *incest* tersebut sudah berlangsung selama 1 tahun, sejak 2018 secara bergantian ayah, kakak dan adik memaksa korban untuk berhubungan intim. Korban tidak dapat melakukan perlawanan karena takut dan juga dikungkung dalam rumah sejak ibunya meninggal. Kasus sudah masuk ranah hukum dan pelaku terancam hukuman sesuai pasal-pasal yang dikenakan antara lain Pasal 81 ayat (1) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2016 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2016 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak Menjadi Undang-Undang, dengan ancaman minimal minimal 5 (lima) tahun maksimal 15 (lima belas) tahun, ayat (3) ditambah sepertiga dari ancaman maksimal apabila dilakukan oleh orangtua, wali, orang-orang yang mempunyai

⁸ Lihat lebih lanjut dalam Nurul Saadah Andriani, dkk, *Panduan Pendampingan Hukum bagi Perempuan Disabilitas Korban Kekerasan*, Edisi ke 3, SAPDA, Yogyakarta, 2017, hal. 53-55

hubungan darah. Undang-Undang Nomor 23 tahun 2004 tentang Penghapusan Kekekrasan dalam Rumah Tangga (PKDRT) Pasal 46 dengan ancaman hukuman paling lama 12 (dua belas) tahun. Pasal 285 KUHPidana dengan ancaman hukuman paling lama 12 (dua belas) tahun.⁹

Kasus Ketiga, WR (27) warga Kecamatan Cidadap Kota Bandung selama 7 tahun (2012–2019) mengalami kekerasan seksual (pencabulan dan persetubuhan) yang dilakukan oleh ayah tirinya YS (62), dikarenakan sering mengurus korban dari memandikan sampai mengganti pakaian. Pelaku tidak berdaya melihat tubuh korban yang sudah dewasa secara fisik. Perbuatan terakhir pelaku pada bulan Juli 2019 diketahui istrinya dan dilaporkan polisi, atas perbuatannya pelaku dijerat Pasal 285 atau Pasal 286 KUHP dengan ancaman hukuman tujuh tahun penjara karena melakukan kejahatan kesusilaan.¹⁰

Kasus Keempat terjadi di Surabaya, SH (39) tega mencabuli anak tirinya (14) yang mengalami disabilitas intelektual selama 2 tahun sejak awal 2017 hingga Maret 2019. Pencabulan sering dilakukan saat istrinya tidur dengan mengancam korban agar merahasiakan dari semua orang. Korban belajar di SMP inklusi yang menerima siswa berkebutuhan khusus. Korban tidak berani bercerita pada ibunya, hanya sering menulis dalam status di HandPhone-nya yang menyalahkan ayah tirinya. Guru kelasnya mengetahui psikologi korban terganggu dan menceritakan

⁹ “Korban Penyandang Disabilitas pelaku Juga Pernah Setubuhi Sapi”, melalui <https://www.nusabali.com/berita/47632/korban-penyandang-disabilitas-pelaku-juga-pernah-setubuhi-sapi>, diakses tanggal 15 September 2019.

¹⁰ “Fakta Ayah Cabuli Anak Berkebutuhan Khusus Selama 7 tahun Tergoda Saat Hendak Pakaian Pampers”, melalui <https://mataram.tribunnews.com/2019/08/29/4-fakta-ayah-cabuli-anak-berkebutuhan-khusus-selama-7-tahun-tergoda-saat-hendak-pakaian-pampers?page=2>, diakses tanggal 18 September 2019.

pada ibu korban yang juga mengalami disabilitas intelektual. Kasus kemudian dilaporkan polisi dan pelaku dijerat dengan Pasal 82 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Pelindungan Anak.¹¹

Kasus Kelima, pada bulan Januari 2019 di Sukabumi M (26) berstatus duda dan berprofesi sehari-hari sebagai sopir angkot memperkosakan RV (17) yang mengalami keterbelakangan mental, dengan berpura-pura mengantar pulang korban dengan angkotnya. Di tengah perjalanan pelaku mengajak korban ke rumah rekannya yang saat itu sedang kosong. Pelaku memaksa korban berhubungan badan dengan melakukan kekerasan dan mengancam tidak akan mengantar pulang. Pada awalnya korban menolak, tetapi mendengar ancaman dari pelaku dan kekerasan fisik yang dialami dengan terpaksa akhirnya korban menuruti pelaku. Selesai kejadian korban dianter pulang kerumahnya. Orang tua korban melaporkan pelaku ke polisi setelah kejadian tersebut. Pelaku terancam dijerat dengan Pasal 76 D jo Pasal 81 ayat (1) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2016 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 01 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Pelindungan Anak, dengan ancaman penjara maksimal 15 tahun.¹²

Melihat beberapa kasus yang terjadi di beberapa daerah di Indonesia, secara fakta memang terkesan sangat sedikit, namun sebagaimana diuraikan bahwa hal ini adalah fenomena gunung es, selain itu memang secara normatif

¹¹ “Selama 2 Tahun Ayah Tiri Cabuli Anaknya Yang Berkebutuhan Khusus”, melalui <https://regional.kompas.com/read/2019/03/28/19331391/selama-2-tahun-ayah-tiri-cabuli-anaknya-yang-berkebutuhan-khusus>, diakses tanggal 18 September 2019.

¹² “Berstatus Duda Sopir Angkot di Sukabumi Tega Cabuli Anak Difabel”, melalui <https://www.merdeka.com/peristiwa/berstatus-duda-sopir-angkot-di-sukabumi-tega-cabuli-anak-difabel.html>, diakses tanggal 18 September 2019.

perihal penentuan pasal masih bergantung kepada umur kalender dari korban, walaupun kondisi korban sebagai penyandang disabilitas intelektual senyatanya secara berdasarkan umur kalender sudah bukan anak, tetapi secara umur mental masih kategori anak-anak, tentunya rasa keadilan bagi korban dan keluarganya sangat ini terusik. Selain itu, keawaman ataupun ketidaktahuan akan hukum bagi korban dapat dimungkinkan karena korban adalah penyandang disabilitas yang masih belum terpenuhi aksesibilitasnya terhadap hukum, termasuk juga anak dengan penyandang disabilitas atau lebih lagi anak perempuan dengan penyandang disabilitas adalah kelompok marginal yang rentan akan disriminasi dan kekerasan, kerentanannya berlapis, rentan sebagai seorang rentan sebagai penyandang disabilitas, rentan sebagai anak dan rentan sebagai anak dengan penyandang disabilitas.

Fokus dari uraian diatas memang dibatasi untuk perempuan penyandang disabilitas intelektual, yang sampai saat ini pemenuhan rasa keadilan bagi mereka ketika menjadi korban kekerasan seksual masih jauh dari harapannya, terutama masih adanya ketidakharmonisan antara penerapan umur kalender dan umur mental dalam penanganan perkarnya, sehingga berdampak ada disparitas penerapan pasal juga perlakuan kepada korban sebagai pencari keadilan.

Berdasarkan uraian kondisi diatas, maka penulisan ini bertujuan untuk merekonstruksi norma tentang klasifikasi anak yang terkadung dalam Hak Asasi Anak terutama pada Undang-Undang Perlindungan Anak dalam pendekatan teori hukum progresif, mengingat dalam penentuan anak di Indonesia masih terjadi pluralisme hukum, sehingga fokus ke peraturan perundang-undangan dimaksud.

Rekonstruksi norma yang akan dibangun dengan memperluas kategori anak yang tidak hanya dibatasi dalam artian anak dari sisi umur atau usia kronologis¹³ semata tetapi juga anak dilihat dari sisi umur atau usia mental¹⁴ terutama dalam kondisi khusus bagi penyandang disabilitas intelektual atau disabilitas mental. Selain itu diharapkan dapat mewujudkan sebuah kerangka hukum untuk menunjukkan bentuk perlindungan hukum yang lebih progresif bagi penyandang disabilitas, khususnya penyandang disabilitas intelektual yang menjadi korban kekerasan seksual di Indonesia.

B. Fokus Studi

Fokus studi dalam penelitian ini adalah mengangkat permasalahan dasar tentang ketidakadilan penerapan hukum bagi penyandang disabilitas intelektual yang menjadi korban kekerasan seksual, dimana dalam penanganan dan pemenuhan haknya terhadap hukum masih belum memperhatikan kepentingan korban terutama pengenaan pasal kepada pelaku, masih menggunakan peraturan hukum umum dan bahkan tidak sedikit pula korban tidak terlindungi haknya dengan alasan “korban sudah dewasa (dewasa secara umur kronologis) dan memahami tindakannya” padahal secara pemeriksaan umur mentalnya dibawah

¹³ Usia kronologis adalah perhitungan usia yang dimulai dari saat kelahiran seseorang sampai dengan waktu penghitungan usia. Lihat dalam “Apa itu usia mental?” <http://vdshared.com/index.php/alam-54/34-dunia-manusia/248-apa-itu-usia-mental>, diakses pada 4 Januari 2018 pukul 21.50 WIB

¹⁴ Usia mental adalah perhitungan usia yang didapatkan dari taraf kemampuan mental seseorang. Misalkan seorang anak secara kronologis berusia empat tahun akan tetapi anak itu masih merangkak dan belum dapat berbicara menggunakan kalimat yang lengkap; ini menunjukkan kemampuan anak itu setara dengan anak berusia satu tahun, maka dinyatakan bahwa usia mental anak tersebut adalah satu tahun walau usia biologisnya empat tahun. Lihat dalam “Apa itu usia mental?” <http://vdshared.com/index.php/alam-54/34-dunia-manusia/248-apa-itu-usia-mental>, diakses pada 4 Januari 2018 pukul 21.50 WIB

18 tahun atau dengan kata lain masih dibawah umur yang harusnya menggunakan asas *lex specialis derogat legi generalis* dalam penanganannya, yaitu berdasarakan kepada Undang-Undang Nomor 8 tahun 2016 tentang Penyandang Disabilitas dan Undang-Undang Nomor 35 tahun 2014 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Harapan dari penelitian ini tentunya memberikan perlindungan hukum serta kepastian hukum bagi penyandang disabilitas intelektual khusus korban kekerasan dalam menapatkan hak-haknya sebagai korban kekerasan dan tidak diperlakukan sama selayaknya orang dewasa.

C. Rumusan Masalah

1. Mengapa pengaturan tentang perlindungan anak dalam Undang-Undang Perlindungan Anak dan Undang-Undang Penyandang Disabilitas di Indonesia belum optimal?
2. Apa kelemahan pengaturan tentang perlindungan anak terhadap penyandang disabilitas intelektual korban kekerasan seksual di Indonesia?
3. Bagaimana rekonstruksi pengaturan makna anak dalam rangka melindungi hak penyandang disabilitas intelektual korban kekerasan seksual berwawasan keadilan?

D. Tujuan Penelitian

Melihat tentang pelaksanaan pengaturan tentang perlindungan anak dalam dalam Undang-Undang Perlindungan Anak dan Penyandang Disabilitas di

Indonesia sebagai korban kekerasan belum optimal, maka tujuan dari penelitian ini yaitu:

1. Mengetahui dan menganalisis tentang optimalisasi pengaturan tentang perlindungan anak dalam Undang-Undang Perlindungan Anak dan Undang-Undang Penyandang Disabilitas di Indonesia
2. Mengetahui kelemahan pengaturan tentang perlindungan anak terhadap penyandang disabilitas intelektual korban kekerasan seksual di Indonesia
3. Merekonstruksi pengaturan makna anak dalam rangka melindungi hak penyandang disabilitas intelektual korban kekerasan seksual berwawasan keadilan

E. Kegunaan Penelitian

1. Kegunaan secara teoritis dalam penelitian ini yaitu berkenaan dengan pengembangan hukum dan hak asasi manusia di Indonesia khususnya hak asasi anak dan hak asasi penyandang disabilitas dalam aspek tertentu dan khusus yaitu korban kekerasan, khususnya korban kekerasan seksual, dengan harapan akses keadilan bagi penyandang disabilitas intelektual di Indonesia dapat terlindungi dan diadopsinya konsep umur mental dalam sistem hukum Indonesia paling tidak untuk penanganan dan perlindungan bagi korban kekerasan;
2. Kegunaan praktis dalam penelitian yaitu bagi institusi pendidikan hukum tentunya pengembangan kebaruan hukum yang mengikuti permasalahan sosial yang ada, bagi penegak hukum memberikan celah dan kemudahan dalam

penegakan hukum khususnya dalam pelayanan bagi penyandang disabilitas yang dipermasalahkan berkenaan dengan umur mental dan umur kalender yang berbeda dan masyarakat, khususnya bagi rekan-rekan penyandang disabilitas secara umum dan khusus bagi intelektual dan mental, tentunya memberikan kepastian dan perlindungan hukum jika teori baru dalam penelitian ini dapat diadopsi oleh sistem hukum Indonesia.

F. Kerangka Konseptual Disertasi

1. Konsep Anak dalam Hukum di Indonesia

Definisi maupun batasan dari Anak dalam hukum positif Indonesia sangat banyak, sehingga terjadi pluralisme hukum yang berakibat berbagai pendapat untuk menentukan seseorang masih berstatus anak atau sudah dewasa.

Seseorang sudah tidak berstatus sebagai anak lagi ketika yang bersangkutan dewasa. Kategori dewasa misalnya dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 1320 KUHPerdara menyebutkan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian adalah jika subjek hukumnya cakap bertindak, pengertian cakap bertindak berhubungan erat dengan arti kedewasaan, karena menurut Pasal 1330 angka 1 KUHPerdara orang yang tidak cakap bertindak itu salah satunya adalah mereka yang belum dewasa/*minderjarigen*, selain itu Pasal 330 Ayat (1) KUHPerdara memberikan batasan antara belum dewasa (*minderjarigheid*) dengan telah

dewasa (*meerjarigheid*), yaitu 21 tahun, kecuali anak itu sudah kawin sebelum berumur 21 tahun dan Pendewasaan (Pasal 419).

Berdasarkan hukum perkawinan di Indonesia juga disyaratkan adanya batas kedewasaan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 7 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan bahwa "Perkawinan hanya diizinkan jika pihak pria sudah mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun dan pihak wanita sudah mencapai umur 16 (enam belas) tahun.

Hukum Pidana Indonesia melalui Kitab Undang-Undang Hukum Pidana memberikan batasan pada Pasal 45 bahwa "Dalam hal penuntutan pidana terhadap orang yang belum dewasa karena melakukan suatu perbuatan sebelum umur enam belas tahun, hakim dapat menentukan: memerintahkan supaya yang bersalah dikembalikan kepada orang tuanya, walinya atau pemeliharanya, tanpa pidana apa pun; atau memerintahkan supaya yang bersalah diserahkan kepada pemerintah tanpa pidana apa pun, jika perbuatan merupakan kejahatan atau salah satu pelanggaran berdasarkan pasal-pasal 489, 490, 492, 496, 497, 503 - 505, 514, 517 - 519, 526, 531, 532, 536, dan 540 serta belum lewat dua tahun sejak dinyatakan bersalah karena melakukan kejahatan atau salah satu pelanggaran tersebut di atas, dan putusannya telah menjadi tetap; atau menjatuhkan pidana kepada yang bersalah" dan Pasal 171 menyebutkan "Yang boleh diperiksa untuk memberi keterangan tanpa sumpah ialah:

- a. anak yang umurnya belum cukup lima belas tahun dan belum pernah kawin
- b. orang sakit ingatan atau sakit jiwa meskipun kadang-kadang ingatannya baik kembali Pasal 153 Ayat (5) menyebutkan "Hakim ketua sidang dapat menentukan bahwa anak yang belum mencapai umur tujuh belas tahun tidak diperkenankan menghadiri sidang".

Khusus berkenaan dengan Hak Asasi Anak baik yang diatur secara umum dalam Undang-Undang Hak Asasi Manusia maupun perundang-undang khusus tentang anak ada kesamaan penentuan batasan umur seorang anak, dalam hal yang dimaksud adalah umur kalender dari seorang anak. Sebagaimana Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menyatakan bahwa Anak adalah setiap manusia yang berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun dan belum menikah, termasuk anak yang masih dalam kandungan apabila hal tersebut adalah demi kepentingannya. Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana diubah terakhir kali dalam Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 menyatakan bahwa Anak adalah seseorang yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan. Kekhususan lainnya jika seorang anak berhadapan dengan hukum sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak menyatakan dalam Pasal 1 angka 3 bahwa Anak yang Berkonflik dengan Hukum adalah anak yang telah berumur 12 (dua belas) tahun, tetapi belum

berumur 18 (delapan belas) tahun yang diduga melakukan tindak pidana, Pasal 1 angka 4 menyatakan bahwa Anak yang Menjadi Korban Tindak Pidana adalah anak yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun yang mengalami penderitaan fisik, mental, dan/atau kerugian ekonomi yang disebabkan oleh tindak pidana, dan Pasal 1 angka 5 menyatakan bahwa Anak yang Menjadi Saksi Tindak Pidana adalah anak yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun yang dapat memberikan keterangan guna kepentingan penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di sidang pengadilan tentang suatu perkara pidana yang didengar, dilihat, dan/atau dialaminya sendiri.

Selain itu kategori dewasa di Indonesia tidak hanya sebatas yang diatur dalam produk hukum sebagaimana disebutkan diatas. Indonesia juga memiliki hukum asli Indonesia atau yang dikenal hukum adat, dimana dalam konteks hukum adat diberikan batasan kepada seseorang yang dianggap telah mampu melakukan perbuatan hukum adalah setiap orang yang sudah dewasa (*volwanen*) termasuk seorang wanita yang ada dalam ikatan perkawinan dengan seorang pria.¹⁵ Namun patut diperhatikan di dalam hukum adat tidak menentukan bahwa seseorang disebut dewasa dan dianggap bukan sebagai anak lagi hanya berdasarkan arti usia saja, kenyataan di beberapa daerah misalnya pada orang Jawa, seorang nak dinggap dewasa ketika ia sudah “mencar”, artinya keluar dari lingkungan

¹⁵ C. Dewi Wulansari, *Hukum Adat Indonesia-Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Bandung, 2009, hal. 33

orang tuanya dan mendirikan kesatuan rumah tangga yang baru, orang Batak menyebutnya “manjae”.¹⁶

Kriteria dewasa dalam hukum adat menurut R. Soepomo juga menegaskan bukan umur yang jadi patokan, tetapi kenyataan-kenyataan tertentu yang antara lain adalah:¹⁷

1. Kuwat gawe (dapat atau mampu bekerja sendiri), artinya cakap untuk melakukan segala pergaulan dalam kehidupan kemasyarakatan serta mampu mempertanggungjawabkan sendiri segala-galanya
2. Cakap mengurus harta bendanya serta lain keperluannya sendiri

Melihat uraian diatas berkenaan batasan usia kalender dari seorang anak sangat beragam tergantung konteks masing-masing, selain itu ditambah pula dengan batasan dewasa atau sudah tidak sebagai anak dalam hukum adat tidak berdasarkan usia namun kondisi senyatanya dari seseorang tersebut. Mengingat adanya pluralisme hukum di Indonesia berkenaan dengan anak, maka tulisan ini menerapkan asas *lex specialis derogat legi generalis* sehingga konteks anak yang dimaksud berdasarkan batasan usia adalah yang diatur dalam Undang-Undang Perlindungan Anak baik dalam pertanggungjawabannya dari aspek pidana maupun perdata. Kemudian ketentuan dewasa dalam hukum adat juga menjadi salah satu pendukung untuk merekonstruksi definisi anak kekinian yang tujuannya untuk melihat pertanggungjawabannya baik dari aspek pidana maupun perdata.

¹⁶ *Ibid*, hal. 34

¹⁷ Soerojo Wignjodipoero, *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat*, Haji Masagung, Jakarta, 1983, hal. 104

2. Cacat, Penyandang Disabilitas atau Difabel

Ketika melihat seorang yang berjalan dengan pincang, atau dengan menggunakan alat bantu seperti tongkat dan kursi roda, atau melihat seorang yang berpengelihatan tidak sempurna, atau seorang yang berkomunikasi dengan menggunakan tangan sebagai pengganti bahasa bibirnya, dan masih banyak lagi hal-hal yang diasumsikan sebagai ketidaksempurnaan atau kekurangan, masyarakat akan menyebut itu sebagai kecacatan.

Kata “cacat” ini sudah sangat akrab di masyarakat, disebutkan oleh beberapa pihak, mulai dari masyarakat awam sampai dengan pejabat negeri ini yang juga masih belum mau merubah istilah untuk penyebutan penyandang cacat meskipun sebenarnya pergeseran paradigma itu telah mulai ada sejak beberapa waktu yang lalu. Inilah yang menjadi salah satu sebab terhambatnya pemenuhan hak-hak bagi mereka yang dikatakan sebagai cacat tersebut. Penyebutan atau pelabelan masyarakat terhadap mereka yang memiliki disfungsi dan terkesan bermakna negatif pada salah satu indra atau ketidakmaksimalan penggunaan indera mereka ini pun berdampak pada bagaimana pemenuhan hak-hak bagi mereka dan bagaimana stigma masyarakat terhadap mereka. Adapun beberapa istilah berikut yang dikenal secara umum sebagai persamaan kata “cacat” tersebut, antara lain:

1. Penyandang disabilitas

Istilah ini digunakan dalam beberapa waktu terakhir ini yaitu semenjak Indonesia meratifikasi konvensi penyandang disabilitas (*convention on the right of person with disability/CRPD*) pada tahun 2011. Istilah ini didapatkan melalui perdebatan yang cukup panjang di Perserikatan bangsa-Bangsa untuk menggantikan atau memperhalus istilah “cacat” dan padanan kata lain sebelumnya. Sedangkan definisi istilah dari penyandang disabilitas dalam konvensi ini adalah termasuk mereka yang memiliki keterbatasan fisik, mental, intelektual, atau sensorik dalam jangka waktu lama di mana ketika berhadapan dengan berbagai hambatan, hal ini dapat menghalangi partisipasi penuh dan efektif mereka dalam masyarakat berdasarkan kesetaraan dengan yang lainnya.¹⁸ Menurut *World Health organization* (WHO) penyandang disabilitas atau *disability* adalah suatu keadaan dimana individu mengalami *kekurangmampuan* yang *dimungkinkan* karena adanya *impairment* seperti kecacatan pada organ tubuh.¹⁹

2. Difabel

Difabel merupakan kependekan dari *different ability people* yang berarti orang dengan kemampuan berbeda. Istilah ini digunakan untuk memperlembut istilah penyandang cacat. Istilah ini sudah mulai

¹⁸Pasal 1 Konvensi Penyandang Hak-Hak Disabilitas sebagaimana Lampiran terjemahan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2011 tentang Pengesahan *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (Konvensi mengenai Hak-hak Penyandang Disabilitas)

¹⁹ Pendidikan ABK dan Inklusif dalam <http://pendidikanabk.blogspot.com/2011/10/definisi-anak-berkebutuhan-khusus.html> diakses pada tanggal 2 desember 2019

populer digunakan oleh beberapa kalangan pemerhati difabel di beberapa waktu terakhir ini, hingga saat ini pun penggunaan istilah difabel inimasih sering digunakan.

3. Penyandang cacat

Istilah ini sangat berkembang di tahun 1990 atau sebelumnya. Untuk beberapa pihak sampai saat ini istilah tersebut masih digunakan misalnya di Kementerian Sosial, masih menyebut penyandang disabilitas sebagai penyandang cacat meskipun bahasa yang telah dibakukan setelah diratifikasinya CRPD di Indonesia adalah penyandang disabilitas.

Namun untuk definisi dari penyandang cacat itu sendiri adalah setiap orang yang mempunyai kelainan fisik dan/atau mental, yang dapat mengganggu atau merupakan rintangan dan hambatan baginya untuk melakukan secara selayaknya, yang terdiri dari :

- a. penyandang cacat fisik;
- b. penyandang cacat mental;
- c. penyandang cacat fisik dan mental.²⁰

4. Handicap

Handicap ini juga sangat akrab dalam menyebutkan mereka yang mengalami disfungsi salah satu indera yang dimiliki akibat perang. Menurut *World Health Organization* (WHO) handicap ini merupakan ketidakberuntungan yang dialami oleh individu yang dihasilkan dari

²⁰Pasal 1 Angka 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1997 tentang Penyandang Cacat

impairment atau disability yang membatasi atau menghambat peran yang normal pada individu. Selain itu handicab juga dapat diartikan sebagai suatu keadaan dimana individu mempunyai ketidakmampuan dalam bersosialisasi dan berinteraksi dengan lingkungan.²¹

Melihat dari berbagai jenis pengistilahan tersebut, kembali lagi kepada kita sendiri dalam untuk menggunakan istilah yang mana, namun dalam kehidupan sehari-hari penulis menggunakan istilah difabel (*different ability people*) mengingat hal ini lebih humanis dalam penyebutan dan tentunya juga akan berimbas kepada lebih humanis juga sikap dalam bertindak. Tetapi dalam rangka normatif untuk tulisan ini, tetap menggunakan istilah penyandang disabilitas, sebagaimana amanat dari Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2016 tentang Penyandang Disabilitas pada Pasal 1 angka 1 yang menyatakan bahwa “Penyandang Disabilitas adalah setiap orang yang mengalami keterbatasan fisik, intelektual, mental, dan/atau sensorik dalam jangka waktu lama yang dalam berinteraksi dengan lingkungan dapat mengalami hambatan dan kesulitan untuk berpartisipasi secara penuh dan efektif dengan warga negara lainnya berdasarkan kesamaan hak”

3. Perlindungan Hukum terhadap Penyandang Disabilitas

Secara umum, penyandang disabilitas di Indonesia adalah juga warga negara dan tentunya memiliki hak yang sama dengan warga negara lainnya sebagaimana yang diatur dalam konstitusi. Khusus dalam hal

²¹Pendidikan ABK dan Inklusif, *op.cit*

perlindungan hukum dalam kedudukan seorang warga negara di mata hukum, Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan bahwa “*semua warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya*”. Ketentuan pasal ini mengasakan bahwa sistem hukum di Indonesia secara prinsip menyatakan bahwa hukum tidak boleh berlaku diskriminatif atau *equality before the law*, hukum tidak boleh saling bertentangan, siapa yang bersalah harus dihukum, hukum harus ditegakkan sekalipun langit akan runtuh dan sebagainya, namun kenyataannya terdapat kesenjangan (*gap* atau diskrepansi) dengan kenyataan hukum yang terjadi, khususnya jika yang menjadi pencari keadilan adalah kelompok marginal, misalnya para penyandang disabilitas.

Selain perlindungan hukum dalam konstitusi, Indonesia juga telah meratifikasi UNCRRPD (*United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*) oleh Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR RI) pada bulan November 2011 menjadi Undang-undang Nomor 19 tahun 2011 Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 107 tentang Ratifikasi Konvensi Internasional Hak-hak Penyandang Disabilitas sebagai upaya pemajuan, penghormatan, pemenuhan dan perlindungan hak-hak kaum disabilitas di seluruh Indonesia, dalam memperkuat komitmen untuk memajukan hak asasi bagi disabilitas.

Pasal 5 Konvensi Penyandang Disabilitas antara lain mengatakan bahwa negara-negara pihak mengakui bahwa semua manusia adalah sama di hadapan hukum dan berhak mendapatkan perlindungan dan manfaat hukum yang sama. Selain itu, negara-negara pihak wajib mencegah semua diskriminasi yang difundamentalkan disabilitas serta menjamin perlindungan hukum yang sama dan efektif bagi penyandang disabilitas.

Lebih lanjut dikatakan dalam Pasal 12 ayat (1), (2), dan (3) Konvensi Penyandang Disabilitas bahwa:

- 1) Negara-Negara Pihak menegaskan kembali bahwa penyandang disabilitas memiliki hak untuk diakui dimana pun berada sebagai seorang manusia di muka hukum
- 2) Negara-Negara Pihak wajib mengakui bahwa penyandang disabilitas memiliki kapasitas hukum atas dasar kesamaan dengan orang lain dalam semua aspek kehidupan
- 3) Negara-Negara Pihak wajib mengambil langkah yang tepat untuk menyediakan akses bagi penyandang disabilitas terhadap bantuan yang mungkin mereka perlukan dalam melaksanakan kapasitas hukum mereka.

Selain dari langkah ratifikasi yang dilakukan oleh Indonesia, sebenarnya jika melihat lebih lanjut tentang perlindungan hak asasi manusia sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, walaupun secara khusus tidak

menyebutkan tentang perlindungan hak terhadap penyandang disabilitas, tetapi dalam ketentuan Pasal 4 menyatakan bahwa *“hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun”*. Lagi-lagi menyatakan bahwa tidak ada perlakuan yang berbeda di mata hukum bagi siapapun di Indonesia, apalagi untuk penyandang disabilitas baik sebagai korban, saksi maupun pelaku. Pasal 5 ayat (3) menyatakan bahwa:

1. Setiap orang diakui sebagai manusia pribadi yang berhak menuntut dan memperoleh perlakuan serta perlindungan yang sama sesuai dengan martabat kemanusiaannya di depan hukum.
2. Setiap orang berhak mendapat bantuan dan perlindungan yang adil dari pengadilan yang objektif dan tidak berpihak.
3. Setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya.

Sebagaimana yang diuraikan dalam Pasal 5 ayat (3) angka 3 dalam dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menyatakan bahwa ada perlakuan dan perlindungan khusus bagi kelompok

rentan²², salah satu kelompok rentan tersebut adalah Difabel atau Penyandang Disabilitas, sehingga seharusnya perlakuan khususnya dimungkinkan dalam hal penegakan hukum dimana jika penyandang disabilitas tersebut berhadapan dengan hukum.

Berbicara tentang pemenuhan dan perlindungan hak asasi manusia dalam konteks dilarangnya segala bentuk diskriminasi dan hambatan untuk memperoleh hak dasar tanpa terkecuali baik untuk anak-anak, dewasa, perempuan, laki-laki, orang berkebutuhan khusus atau tidak, semua berhak mendapatkan porsi yang sesuai. Misalnya perlakuan khusus bagi orang seperti lansia, anak-anak, penyandang cacat, hal ini tentunya dengan mempertimbangkan keterbatasan mereka.²³

Bentuk perlakuan khusus ini bukan menjadikan bahwa hukum menganggap penyandang disabilitas adalah kelompok yang perlu dikasihani, namun hukum melihat bahwa karena kekhususan yang ada di penyandang disabilitas tersebut maka perhitungannya juga berbeda. Ketika kita tarik makna perlindungan hukum ini dalam konteks memberikan perlindungan hukum terhadap perempuan dan anak disabilitas korban

²² Kelompok rentan ini dalam konteks Hak Asasi Manusia antara lain: Pengungsi, Pengungsi dalam negeri, kelompok minoritas, pekerja luar negeri, difabel, masyarakat hukum adat, perempuan dan anak. Sebagaimana yang disampaikan dalam Andrie Irawan, *Handout Hukum dan Hak Asasi Manusia (Subyek dan Sumber Hukum Hak Asasi Manusia)*, Fakultas Hukum Universitas Cokroaminoto Yogyakarta, Yogyakarta, 2014

²³Pasal 42 UU Nomor 39 Tahun 1999: “Setiap warga negara yang berusia lanjut, cacat fisik dan cacat mental berhak memperoleh perawatan, pendidikan, pelatihan dan bantuan khusus atas biaya negara, untuk menjamin kehidupan yang layak sesuai dengan martabat kemanusiaannya, meningkatkan rasa percaya diri, dan kemampuan berpartisipasi dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.

kekerasan, maka ada hak-hak khusus yang perlu diperhatikan selain hak-hak korban secara umum.

Lebih khusus lagi, Indonesia telah mensahkan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2016 tentang Penyandang Disabilitas, dimana secara eksplisit dalam Pasal 9 dijelaskan bahwa ada hak keadilan dan perlindungan hukum yang berbunyi:

Hak keadilan dan perlindungan hukum untuk Penyandang Disabilitas meliputi hak:

- a. atas perlakuan yang sama di hadapan hukum;
- b. diakui sebagai subjek hukum;
- c. memiliki dan mewarisi harta bergerak atau tidak bergerak;
- d. mengendalikan masalah keuangan atau menunjuk orang untuk mewakili kepentingannya dalam urusan keuangan;
- e. memperoleh akses terhadap pelayanan jasa perbankan dan nonperbankan;
- f. memperoleh penyediaan Aksesibilitas dalam pelayanan peradilan;
- g. atas Pelindungan dari segala tekanan, kekerasan, penganiayaan, Diskriminasi, dan/atau perampasan atau pengambilalihan hak milik;
- h. memilih dan menunjuk orang untuk mewakili kepentingannya dalam hal keperdataan di dalam dan di luar pengadilan; dan
- i. dilindungi hak kekayaan intelektualnya.

Selain hak-hak khusus sebagai korban, banyak beberapa pihak menyatakan bahwa jika seorang penyandang disabilitas yang menjadi pelaku, korban ataupun saksi dianggap tidak cakap hukum²⁴ (terutama untuk rekan-rekan disabilitas grahita), sehingga untuk beberapa jenis disabilitas tertentu ditaruh dibawah pengampuan.

Ketentuan seseorang disabilitas (jenis tertentu) dikategorikan dibawah pengampuan dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 433 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) yang mentakan bawah alasan sesorang ditaruh dibawah pengampuan yaitu:

1. Keborosan (*verkwisting*)
2. Lemah akal budinya (*zwakheid van vermogen*), misalnya mental retardasi
3. Kekurangan daya pikir, seperti: sakit ingatan (*krankziningheid*), dungu (*onnoelzeheid*), dungu dan disertai sering mengamuk (*rajernij*)

Bahkan jika tidak ada pengampuan maka dalam kasus pidana, pernyataan dari rekan-rekan disabilitas dalam beberapa kasus tidak dapat

²⁴Cakap hukum ataupun cakap melakukan perbuatan hukum (*Rechtsbekwaamheid*) adalah seseorang (subyek hukum) yang dianggap mampu untuk melakukan suatu perbuatan hukum yang sah, sedangkan tidak cakap hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1330 KUH Perdata menyatakan bahwa:

1. orang yang belum dewasa
2. mereka yang dibawah pengampuan
3. orang perempuan, dalam hal-hal yang diterapkan oleh undang-undang dan semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat perjanjian tertentu (ketentuan ini dicabut setelah berlaku Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, lihat di Pasal 31 ayat (2))

dipertanggungjawabkan, sebagaimana yang dinyatakan dalam Pasal 44 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) menyebutkan:

- 1) Tiada dapat dipidana barangsiapa mengerjakan suatu perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, sebab kurang sempurna akalannya atau sakit berubah akal
- 2) Jika nyata perbuatan itu tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya sebab kurang sempurna akalannya atau sakit berubah akal, maka dapatlah hakim memerintahkan memasukkan dia ke rumah sakit jiwa selama lamanya satu tahun untuk diperiksa

Terlihat dari kedua ayat diatas, berbicara seseorang disabilitas yang akan berhadapan dengan hukum tidak hanya yang bersangkutan dinyatakan disabilitas dari pendekatan sosial semata ternyata juga pendekatan medis sebagaimana yang dipertegas kembali dalam Pasal 44 ayat (2) KUHP dalam konteks melihat bahwa seorang disabilitas dalam kategori tertentu adalah tidak cakap hukum. Selain tidak cakap hukum, penyandang disabilitas sebagaimana yurisprudensi dari Mahkamah Agung adalah seorang yang tidak berdaya.²⁵

Penekanan hukum untuk penyandang disabilitas jika kita lihat dari konteks Hak Asasi Manusia sebagaimana diutarakan diatas, bukan melihatnya bahwa penyandang disabilitas itu adalah kelompok yang perlu “dikasihani” melainkan adalah kelompok yang memiliki kekhususan

²⁵Lihat putusan Mahkamah Agung Nomor: 377/Pid. B/2011/PN.BB

tersendiri. Sehingga dalam melihat perlindungan hukum bagi perempuan dan anak disabilitas korban kekerasan tidak bisa diperlakukan secara umum, namun lebih melihat kebutuhan dari kekhususan yang ada pada setiap jenis disabilitas untuk pendekatan hukum yang akan digunakan.

Berkenaan dengan perlindungan hukum terhadap disabilitas adalah bagaimana melihat hukum tersebut tidak dari sisi positivisme semata yang hanya melihat hukum sebagai teks dalam undang-undang atau peraturan tertulis tetapi juga melihat hukum sebagai bangunan sosial (*social institution*) yang tidak terlepas dari bangunan sosial lainnya dengan menggunakan pendekatan yuridis-sosiologis.

G. Kerangka Teori Disertasi

a. Teori Keadilan sebagai *Grand Theory*

Keadilan dalam konteks penegakan dan perlindungan hukum merupakan hal yang mendasar, karena dalam tujuan hukum keadilan sangat diperlukan yang tentunya memberikan kepastian juga kemanfaatan terhadap hukum itu sendiri. Keadilan adalah prinsip dasar moral yang hakiki untuk mempertahankan martabat manusia sebagai manusia. Keadilan menuntut agar manusia menghormati segenap orang sebagai makhluk yang bernilai pada dirinya sendiri, yang boleh dipergunakan sekedar sebagai alat untuk mencapai tujuan-tujuan lebih lanjut. Teori keadilan dalam lingkup perlindungan hukum ternyata banyak ragamnya dengan tentunya beragam pemikiran yang diantaranya:

1) Teori Keadilan dalam Perspektif Islam

Islam memerintahkan kepada setiap manusia untuk berbuat adil atau menegakkan keadilan pada setiap tindakan dan perbuatan yang dilakukan (Qs.an-Nisaa (4):58):

*“Sesungguhnya Allah menyuruhmu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum diantara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberikan pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah Maha Mendengar dan Maha Melihat”.*²⁶

Dalam Al-qur'an Surat An-Nisaa ayat (135) juga dijumpai perintah kepada orang-orang yang beriman untuk menjadi penegak keadilan, yaitu:

Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah walaupun terhadap dirimu sendiri atau Ibu, Bapak dan kaum kerabatmu. Jika ia, kaya ataupun miskin, maka Allah lebih tau kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutarbalikkan (kata-kata) atau dengan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah Maha Mengetahui Segalanya apa yang kamu lakukan.²⁷

Perintah untuk berlaku adil atau menegakkan keadilan dalam menerapkan hukum tidak memandang perbedaan agama, sebagaimana ditegaskan dalam Al-Qur'an Surat As-Syuura (42) ayat (15), yakni:

²⁶ Sukarno Aburaera, Muhadar, Maskun, *Filsafat Hukum Teori dan Praktik*, Kencana, Jakarta, 2013, hlm. 190

²⁷ *Ibid*

Maka karena itu serulah (mereka kepada agama itu) dan tetaplah sebagaimana diperintahkan kepadamu dan janganlah mengikuti hawa nafsu mereka dan katakanlah; “aku beriman kepada semua kitab yang diturunkan Allah dan aku diperintahkan supaya berlaku adil diantara kamu. Bagi kami amal-amal kami dan bagi kamu amal-amal kamu. Tidak ada pertengkaran antara kami dan kamu. Allah mengumpulkan antara kita dan kepada-Nyalah kembali (kita).²⁸

Begitu pentingnya berlaku adil atau menegakkan keadilan, sehingga Tuhan memperingatkan kepada orang-orang yang beriman supaya jangan karena kebencian terhadap suatu kaum sehingga mempengaruhi dalam berbuat adil, sebagaimana ditegaskan dalam Al-Qur'an Surat Al-Maidah (5) ayat (8), yakni:

Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap suatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah karena adil itu lebih dekat dengan takwa. Dan takwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.²⁹

Murtadha Muthahari mengemukakan bahwa konsep adil dikenal dalam empat hal: pertama, adil bermakna keseimbangan dalam arti suatu masyarakat yang ingin tetap bertahan dan mapan, maka masyarakat tersebut harus berada dalam keadaan seimbang, dimana segala sesuatu

²⁸ *Ibid*

²⁹ *Ibid*, hlm. 191

yang ada di dalamnya harus eksis dengan kadar semestinya dan bukan dengan kadar yang sama. Keseimbangan sosial harus mengharuskan kita melihat neraca kebutuhan dengan pandangan yang relative melalui penentuan keseimbangan yang relevan dengan menerapkan potensi yang semestinya terhadap keseimbangan tersebut. Al-Qur'an Surat Ar-Rahman 55:7 diterjemahkan bahwa: "Allah meninggikan langit dan Dia meletakkan neraca (keadilan)".³⁰

Para ahli tafsir menyebutkan bahwa, yang dimaksud oleh ayat tersebut adalah keadaan alam yang diciptakan dengan seimbang. Alam diciptakan dari segala sesuatu dan dari setiap materi dengan kadar semestinya dan jarak-jarak diukur dengan cara yang sangat cermat.³¹

Kedua, adil adalah persamaan penafian terhadap perbedaan apapun. Keadilan yang dimaksudkan adalah memelihara persamaan ketika hak memilikinya sama, sebab keadilan mewajibkan persamaan seperti itu, dan mengharuskannya.

Ketiga, adil adalah memelihara hak-hak individu dan memberikan hak kepada setiap orang yang berhak menerimanya. Keadilan seperti ini adalah keadilan sosial yang harus dihormati di dalam hukum manusia dan setiap individu diperintahkan untuk menegakkannya.

Keempat, adil adalah memelihara hak atas berlanjutnya eksistensi.³²

³⁰ *Ibid*, hlm. 192

³¹ *Ibid*, hlm. 193

³² *Ibid*, hlm. 193

Makna yang terkandung pada konsepsi keadilan Islam ialah menempatkan sesuatu pada tempatnya, membebaskan sesuatu sesuai daya pikul seseorang, memberikan sesuatu yang memang menjadi haknya dengan kadar yang seimbang.³³

Prinsip pokok keadilan digambarkan oleh Madjid Khadduri dengan mengelompokkan ke dalam dua kategori, yaitu aspek substantif dan prosedural yang masing-masing meliputi satu aspek dari keadilan yang berbeda. Aspek substantif berupa elemen-elemen keadilan dalam substansi syariat (keadilan substantif), sedangkan aspek prosedural berupa elemen-elemen keadilan dalam hukum prosedural yang dilaksanakan (keadilan prosedural).³⁴

Manakala kaidah-kaidah prosedural diabaikan atau diaplikasikan secara tidak tepat, maka ketidakadilan prosedural muncul. Adapun keadilan substantif merupakan aspek internal dari suatu hukum dimana semua perbuatan yang wajib pasti adil (karena firman Tuhan) dan yang haram pasti tidak adil (karena wahyu tidak mungkin membebani orang-orang yang beriman suatu kezaliman).³⁵

2) Teori Keadilan perspektif Pancasila

Pancasila dalam konteks ketatanegaraan di Negara Kesatuan Republik Indonesia merupakan *fundamentalnorm* sebagai pembentuk hukum nasional yang baik, sehingga Pancasila selalu dan harus dijadikan tonggak utama dalam membentuk peraturan perundang-undangan yang

³³ *Ibid*

³⁴ *Ibid*, hlm. 194

³⁵ *Ibid*

sesuai dengan jiwa bangsa Indonesia yang memanusiakan manusia yang adil dan beradab serta berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Oleh karena itu dalam konteks keadilan berperspektif Pancasila tentunya akan melahirkan produk hukum nasional dengan nilai keadilan yang baik karena menggunakan dasar yang telah diterima di negeri ini.

Sebagai negara hukum, konsep Negara Hukum Pancasila menjadi landasan konsep dan dasar kebijakan hukum bagi strategi perlindungan hukum bagi pemegang hak atas tanah maupun akses terhadap sumber daya alam. Teori Negara Hukum merupakan salah satu konsekuensi dari dipilihnya asas negara yang berdasarkan atas hukum sebagai mana tersirat dalam jiwa atau filosofi Bangsa Indonesia (Sila Kelima Pancasila) dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tentang tujuan Negara Hukum Indonesia.³⁶

Menurut sila kelima Pancasila, Keadilan Sosial bagi seluruh Rakyat Indonesia. Keadilan berarti keadilan yang berlaku dalam masyarakat di segala bidang kehidupan, baik material maupun spiritual. Seluruh rakyat Indonesia berarti setiap orang yang menjadi rakyat Indonesia, baik yang berdiam diwilayah kekuasaan Republik Indonesia maupun warga negara Indonesia yang berada di luar negeri. Jadi, keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia berarti bahwa setiap orang Indonesia mendapat perlakuan yang adil dalam bidang hukum, politik, ekonomi, dan

³⁶ Bunyi Alinea ke-4 Pembukaan UUD 1945 adalah (1) melindungi segenap Bangsa Indonesia, (2) memajukan kesejahteraan umum, (3) mencerdaskan kehidupan Bangsa, (4) ikut serta melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan perdamaian abadi dan keadilan sosial, dalam bukunya Bernhard Limbong, *Hukum Agraria Nasional*, Margaretha Pustaka, Jakarta, 2012, hlm. 17

kebudayaan. Sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 makna keadilan sosial mencakup pula pengertian adil dan makmur. Oleh karena kehidupan manusia itu meliputi kehidupan jasmani dan kehidupan rohani, maka keadilan itupun meliputi keadilan di dalam pemenuhan tuntutan-tuntutan hakiki bagi kehidupan jasmani serta keadilan di dalam pemenuhan tuntutan-tuntutan hakiki bagi kehidupan rohani. Dengan kata lain keadilan itu meliputi keadilan di bidang material dan di bidang spiritual. Pengertian ini mencakup pula pengertian adil dan makmur yang dapat dinikmati oleh seluruh bangsa Indonesia secara merata, dengan berdasarkan atas kekeluargaan. *Sila keadilan sosial* adalah tujuan dari empat sila yang mendahuluinya, merupakan tujuan bangsa Indonesia dalam bernegara, yang perwujudannya ialah tata masyarakat adil makmur berdasarkan Pancasila.³⁷

Menurut Kahar Masyur apa yang dinamakan adil tersebut adalah:

- 1) Adil ialah meletakkan sesuatu pada tempatnya;
- 2) Adil ialah menerima hak tanpa lebih dan memberikan hak orang lain tanpa kurang;
- 3) Adil ialah memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih tanpa kurang antara sesama yang berhak, dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggarannya.³⁸

³⁷ Darji Darmodiharjo, Nyoman Dekker, A.G. Pringgodigo, M. Mardojo, Kuntjoro purbopranoto, J.W. Sulandra, *Santiaji Pancasila*, Usaha Nasional, Surabaya, 1991, hlm. 46

³⁸ Kahar Masyhur, *Membina Moral dan Akhlak*, Kalam Mulia, Jakarta, 1985, hlm 71, Dalam diktat Kuliah yang ditulis oleh H. Muchsin, hlm. 4

Menurut Tasrip sebagaimana dikutip oleh Lili Rasjidi dan Arief Sidharta ada syarat minimum agar keadilan mendapat pernyataannya, yaitu:

- 1) Yang adil itu adalah sekaligus tengah-tengah dan kesebandingan;
- 2) Dalam sifatnya sebagai tengah-tengah, ia harus mempunyai dua ujung, dan diantara dua ujung itu ia berada;
- 3) Dalam sifatnya sebagai yang sebanding, kesebandingan itu harus dinyatakan dalam dua bagian yang sebanding dari apa yang dibagi;
- 4) Dalam sifatnya sebagai yang adil, harus ada orang-orang tertentu untuk siapa hal itu adil;

Dari empat syarat tersebut dapat disimpulkan bahwa adil adalah kebijakan yang sempurna karena hal tersebut melaksanakan kebijakan yang sempurna. Yaitu bahwa orang yang memiliki keadilan itu mampu menerapkannya terhadap pihak lain dan bukan hanya dalam keadaan yang mengenai dirinya sendiri.³⁹

3) Teori Keadilan menurut John Rawls

Jhon Rawls dalam bukunya *A Theory of Justice* berpendapat bahwa keadilan adalah kebijakan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem pemikiran. Sebagai kebijakan utama umat manusia, kebenaran dan keadilan tidak bisa diganggu gugat.⁴⁰ Lebih lanjut, Rawls mengatakan bahwa perlu adanya keseimbangan, kesebandingan, dan keselarasan (*harmony*) antara kepentingan pribadi dengan kepentingan

³⁹ Lili Rasjidi dan B. Arief Sidharta, *Filsafat Hukum Mazhab dan Refleksinya*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1994, hal. 26 dalam diktat kuliah yang ditulis oleh H. Muchsin, hlm. 8

⁴⁰ Jhon Rawls, *A Theory of Justice*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006. Cetakan 1, hlm. 3, dalam bukunya Bernhard Limbong, *Hukum Agraria Nasional*, Margaretha Pustaka, Jakarta, 2012, hlm. 21

masyarakat, termasuk didalamnya negara. Keadilan merupakan nilai yang tidak dapat ditawar-tawar karena hanya dengan keadilanlah ada jaminan kestabilan dan ketentraman dalam hidup manusia.⁴¹

John Rawls mengemukakan bahwa bahwa ada tiga hal yang merupakan solusi bagi problema keadilan. Pertama prinsip kebebasan yang sama bagi setiap orang (*principle of greatest equal liberty*), tentang hal ini dirumuskan oleh John Rawls sebagai berikut: *Each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty of theirs*. Rumusan ini mengacu pada rumusan Aristoteles tentang kesamaan, oleh karenanya juga kesamaan dalam memperoleh hak dan penggunaannya berdasarkan hukum alam. Rumusan ini inhern dengan pengertian equal yakni sama atau sederajat diantara sesama manusia. Usaha memperbandingkan ini juga secara tidak langsung merupakan pengakuan atau konfirmasi bahwa manusia selalu hidup bersama yang menurut Aristoteles disebut sebagai makhluk sosial, sehingga penentuan hak atau keadilan yang diterapkan adalah keadilan yang memperhatikan lingkungan sosial atau dengan kata lain harus merupakan keadilan social. Prinsip ini mencakup kebebasan berperanserta dalam kehidupan politik, kebebasan berserikat dan berbicara termasuk kebebasan pers dan kebebasan beragama.⁴²

⁴¹ Dominikus Rato, *loc.cit*, hlm. 78, dalam bukunya Bernhard Limbong, *Hukum Agraria Nasional*, Margaretha Pustaka, Jakarta, 2012, hlm. 22

⁴² John Rawls, *Teori Keadilan Dasar-dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, (judul asli *A Theory of Justice*), Terjemahan Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006), hlm. 302.

Kedua prinsip perbedaan (*the difference principle*), yang dirumuskannya sebagai berikut: *Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all*. Rumusan ini merupakan modifikasi atau imbalan terhadap rumusan pertama yang menghendaki persamaan terhadap semua orang, modifikasi ini berlaku apabila memberi manfaat kepada setiap orang. Selain itu rumusan ini juga nampak ditujukan untuk masyarakat modern yang sudah memiliki tatanan yang lengkap, meskipun maksudnya adalah untuk memberi pemerataan dalam kesempatan kerja atau memberi peranan yang sama dan merata, akan tetapi bagaimana pun juga sudah terlihat perhatiannya yang sungguh-sungguh, untuk tidak melupakan dan meninggalkan orang lain yang sulit untuk memperoleh kedudukan dan kesempatan dalam kegiatan ekonomi. Jadi perbedaan sosial ekonomi, harus diatur agar memberi manfaat bagi warga yang kurang beruntung. Ketiga prinsip persamaan yang adil untuk memperoleh kesempatan bagi setiap orang (*the principle of fair equality of opportunity*), yaitu ketidaksamaan ekonomi harus diatur sedemikian rupa agar memberi kesempatan bagi setiap orang untuk menikmatinya.⁴³

Konsepsi keadilan sosial yang dipahami oleh John Rawls sesuai dengan pandangannya tentang masyarakat yang ideal dalam konteks masyarakat yang tertata dengan baik (*well-ordered society*), dimana masyarakat tersebut diatur secara efektif oleh konsep keadilan sosial yang

⁴³*Ibid*, hlm. 303.

dapat diterima oleh semua pihak, dengan dasar (1) setiap orang menerima dan mengetahui bahwa orang lain menganut keadilan yang sama, serta (2) institusi-institusi social yang ada sejalan dengan prinsip-prinsip tersebut.⁴⁴ Hal ini sejalan dengan gagasan utama dari teorinya yang disebut dengan *justice as fairness* , yakni prinsip-prinsip keadilan merupakan hasil kesepakatan dari orang-orang yang rasional, bebas, dan setara dalam situasi awal yang *fair*.⁴⁵

Pendekatan teori keadilan yang akan digunakan dalam penelitian ini adalah keadilan sosial dalam pemikiran John Rawls terutama dengan teori *justice as fairnees* mengingat sebuah keadilan akan terwujud jika kondisinya sama sehingga adil untuk semua, namun dalam penelitian ini jelas terlihat bahwa kondisinya belum adil sehingga perlu ada terobosan hukum untuk mewujudkan keadilan dalam situasi yang timpang khususnya bagi penyandang disabilitas intelektual sebagai korban kekerasan dalam disharmonisi penerapan umur mental dan umur kronologi.

b. Teori Negara Hukum, Hak Asasi Manusia dan Affirmative Action sebagai *Middle Theory*

1) Teori Negara Hukum

Pembicaraan hak asasi manusia dalam suatu negara tidak lepas dalam konteks negara hukum dimana dasar pemikiran awal menyatakan bahwa hukum berdaulat dalam negara yang dipahami sebagai kedaulatan hukum itu sendiri. Tujuan negara dalam hal bagaimana memenuhi

⁴⁴ *Ibid*, hlm. 5

⁴⁵ *Ibid*, hlm. 15

kekuasaan negara tercetus dari pemikiran Jean Jacques Rousseau melalui teori kontrak sosial yang menyatakan bahwa manusia itu berdaulat penuh atas dirinya dan memiliki hak-hak yang lahir dari dan atas dirinya sendiri namun untuk membatasi pertentangan setiap individu maka kedaulatan atau hal-hal setiap individu bersama-sama menyerahkan kedaulatan masing-masing kepada masyarakat, lalu pelaksana perintah-perintahnya adalah negara dan pemerintah.⁴⁶ Perlu diperhatikan bahwa kedaulatan negara dalam mengatur hak-hak setiap individu yang ada di dalam organisasi tersebut tidak bersifat absolut, sehingga dalam sisi ini diperlukan adanya pembatasan kekuasaan yang bertujuan agar aturan-aturan yang disepakati atau hukum dapat tetap eksis.

Pembatasan kekuasaan oleh negara dengan hukum sebagai koridornya tidak hanya sebatas teori kontrak sosial tetapi juga ada teori kedaulatan tuhan, teori kedaulatan raja, teori kedaulatan rakyat, dan teori kedaulatan hukum.⁴⁷ Perjalanan untuk menjadikan hukum sebagai koridor utama pembatasan kekuasaan suatu negara maka di ambil suatu titik tengah yaitu melalui teori *trias politica* yang dikemukakan oleh Montesqieu dimana teori ini menyatakan bahwa kekuasaan negara terbagi ke dalam tiga cabang kekuasaan (*separation des pouvoirs/separtion of power*) yaitu kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif dan kekuasaan yudikatif.⁴⁸

⁴⁶ *Ibid*, hlm. 4

⁴⁷ *Ibid*.

⁴⁸ Teori *trias politica* ini terkadang jga dipahami kepada teori kekuasaan negara yang dikemukakan oleh John Locke, padahal secara historis, teori *trias politica* yang mengemukakan

Dilihat dengan adanya pembagian kekuasaan dalam suatu negara tentunya hal tersebut dilandasi oleh hukum yang mengatur tentang hubungan unsur pembagian kekuasaan tersebut. Sebagaimana kalimat awal yang ingin dibedah dalam tulisan ini adalah negara hukum, dapat dilihat bahwa konsep negara dalam pembentukannya membutuhkan hukum yang bertujuan untuk mengatur diharmonisasi hubungan antar organ negara dan organ negara dengan rakyat untuk mewujudkan harmonisasi dalam prakteknya.

Berbicara negara hukum kita dapat melihatnya dalam definisi umum tentang negara hukum baik pengertian dari negara hukum *rechtstaat* dan *rule of law*. Keberadaan dari dua konsep negara hukum ini dipengaruhi oleh dua pemahaman sistem hukum yang berbeda, dimana sistem hukum eropa kontinental menggunakan konsep *rechtstaat* sedangkan sistem hukum *anglo saxon* menggunakan konsep *rule of law*.

Perbedaan konsep tersebut dapat dilihat dari unsur-unsur dan pemikiran dari tokoh-tokoh konsep ini dimana *rechtstaat* dikemukakan oleh Friedrich Julius Stahl menyampaikan konsep negara hukum dengan unsur-unsurnya:⁴⁹

- a) Mengakui dan melindungi hak asasi manusia,

adalah Montesquie. Sedangkan John Lock dalam pendapatnya membagi kekuasaan negara menjadi tiga bagian, yaitu: kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif dan kekuasaan federatif yang dilihat dari sisi pembagaiaannya saja tentunya berbeda. Baca lebih lanjut Suwoto Mulyosudarmo, *Peralihan Kekuasaan Kajian Teoritis dan yuridis terhadap Pidato Nawaksara*, Gramedia, Jakarta, 1997. Sebagaimana dikutip oleh Ellydar Chaidir, *Negara hukum, Demokrasi, dan Konstalasi Ketatanegaraan Indonesia*, Total Media, Pekanbaru, 2007, hlm. 4

⁴⁹ Padmo Wahyono, *Pembangunan hukum di Indonesia*, Ind. Hill Co, Jakarta, 1989, hlm. 151. Sebagaimana dikutip oleh Anwar C, *Teori dan hukum Konstitusi*, Ins Trans Publishing, Malang, 2008, hlm. 48

- b) Untuk melindungi hak asasi tersebut maka penyelenggaraan negara harus berdasarkan pada teori *trias politica*,
- c) Dalam menjalankan tugasnya, pemerintah berdasar atas undang-undang (*wematig bestuur*)
- d) Apabila dalam menjalankan tugasnya berdasarkan undang-undang pemerintah mesti melanggar hak asasi (campur tangan pemerintah dalam kehidupan pribadi seseorang), maka ada pengadilan administrasi yang akan menyelesaikannya.

Sedangkan menurut konsep *rule of law* yang dikemukakan oleh Albert Venn Dicey memberikan batasan tentang negara hukum seperti unsur-unsur berikut.⁵⁰

- a) Supermasi hukum, dalam arti tidak boleh ada kesewenang-wenangan, sehingga seseorang hanya boleh dihukum jika melanggar hukum (*supremacy of law*),
- b) Kedudukan yang sama di depan hukum baik bagi rakyat biasa maupun bagi pejabat (*equality before the law*),
- c) Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang dan keputusan-keputusan pengadilan.

Dari dua konsep negara hukum di atas dapat kita lihat bahwa ada perbedaan dan persamaan, namun yang patut dilihat dari persamaannya adalah pengakuan dan perlindungan hak sipil dari warga negara yang berkenaan dengan hak-hak dasar setiap warga negara dimana dalam perkembangannya akan dikenal sebagai hak asasi manusia. Berkenaan dengan perlindungan dan pemenuhan hak tersebut maka peranan pemerintah hanya sedikit dengan dalil “pemerintahan yang paling sedikit kekuasaannya yang paling baik” sehingga sifatnya pasif dan tunduk pada

⁵⁰ E. C. S. Wade & G. Gogfrey, *Constitutional Law: An Outline of The Law and Practice of The Citizen and The including Central and The Local Government, the Citizen and the State Administrative Law*, 77th Edition, Lonmasn, London, 1965, hlm. 50-51. Sebagaimana dikutip oleh Anwar C, *Teori dan hukum Konstitusi*, Ins Trans Publishing, Malang, 2008, hlm. 49

kemauan rakyat yang liberalistik sehingga konsep ini disebut dengan negara hukum formil.⁵¹

Gagasan bahwa pelarangan pemerintah untuk turut campur dalam urusan warga negaranya dalam bidang sosial dan ekonomi juga telah bergeser ke arah gagasan baru bahwa pemerintah harus bertanggung jawab atas kesejahteraan rakyat dengan dikenal sebagai konsep *welfare state* atau negara hukum materiil yang memiliki perbedaan konsep dengan negara hukum klasik (formil).⁵² Konsep negara hukum materiil atau negara kesejahteraan (*welfare state*) dimana tujuan negara adalah mewujudkan kesejahteraan umum dimana negara dipandang sebagai alat yang dibentuk manusia untuk mencapai tujuan bersama, yakni suatu tat masyarakat yang di dalamnya ada kebahagiaan, kemakmuran dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat negara itu,⁵³ sehingga dalam hal ini pemerintah memiliki peran harus bertanggung jawab atas kesejahteraan rakyat.

Perumusan negara yang terkesan pasif sebagaimana dirumuskan oleh Stahl dan Dicey pada perkembangannya diperbarui agar peran pemerintah dalam suatu negara tidak pasif, maka pada tahun 1965, *International Commision of Jurist* melaksanakan konferensi di Bangkok yang menekankan bahwa di samping hak-hak politik rakyat harus diakui maka perlu juga pengakuan hak-hak sosial dan ekonomi sehingga perlu dibentuk standar-standar dasar sosial ekonomi.⁵⁴

⁵¹ Anwar C, *Teori dan hukum Konstitusi*, Ins Trans Publishing, Malang, 2008, hlm. 49

⁵² *Ibid*, hlm. 50

⁵³ Ellydar Chaidir, *op.cit*, hlm.11

⁵⁴ Anwar C, *op.cit*, hlm. 50

Secara praktis pertemuan tersebut semakin menguatkan posisi *rule of law* dalam kehidupan bernegara dengan perumusan oleh komisi tentang syarat-syarat pemerintahan demokratis di bawah *rule of law* (yang dinamis, baru) yakni:⁵⁵

- a) Perlindungan konstitusional, artinya selain menjamin hak-hak individual, konstitusi harus pula menentukan teknis prosedural untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin (*constitutional protection of human rights*),
- b) Lembaga kehakiman yang bebas dan tidak memihak (*an independent and impartial judiciary*),
- c) Pemilihan umum yang bebas (*fair and free general elections*),
- d) Kebebasan menyatakan pendapat (*recognition of the right to express an opinion*),
- e) Kebebasan berserikat/berorganisasi dan beroposisi (*freedom to organize and freedom to dissent*)
- f) Pendidikan kewarganegaraan (*civic education*).

Gambaran ini mengukuhkan posisi negara sebagai *welfare state*, karena akan sangat mustahil mewujudkan cita-cita *rule of law* sementara posisi dan peran negara pasif, atas dasar itulah negara diberikan kebebasan dan kemerdekaan bertindak atas inisiatif parlemen.⁵⁶ Negara, dalam hal ini pemerintah, memiliki *freis ermessen* atau *pouvoir discretionare*, yaitu kemerdekaan yang dimiliki pemerintah untuk turut serta dalam kehidupan

⁵⁵ Miriam Budiarjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, PT. Gramedia, Jakarta, 2002, hlm. 60. Sebagaimana dikutip oleh Majda Ek Muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia dari UUD 1945 sampai dengan Amandemen UUD 1945 Tahun 2002*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2007, hlm. 27 dan Anwar C, *Teori dan hukum Konstitusi*, Ins Trans Publishing, Malang, 2008, hlm. 50

⁵⁶ Majda Ek Muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia dari UUD 1945 sampai dengan Amandemen UUD 1945 Tahun 2002*, Kencana Perdana Media Group, Jakarta, 2007, hlm. 27

sosial dan keleluasaan untuk tidak selalu terikat produk legislasi parelemen.⁵⁷

Dalam gagasan *welfare state* ternyata negara memiliki kewenangan yang relatif besar ketimbang format negara dalam tipe hukum klasik (formal). Selain itu, *welfare state* yang terpenting adalah negara semakin otonom untuk mengatur dan mengarahkan fungsi dan peran negara bagi kemaslahatan masyarakat.⁵⁸

Terlepas mencari mana yang baik dalam penerapan konsep *rechtstaat* maupun *rule of law* namun patut dicermati bahwa kedua konsep negara hukum tersebut menjunjung tinggi hak asasi setiap warga negara dalam konstitusi negara walaupun dengan praktek yang berbeda satu sama lain.

Perlindungan dan pemenuhan hak asasi manusia dalam konteks negara hukum juga memerlukan kesempatan yang sama bagi setiap pihak tanpa terkecuali termasuk juga kelompok rentan, karena pada prakteknya perlindungan dan pemenuhan hak asasi manusia di berbagai negara baik negara maju maupun berkembang, seperti Indonesia selalu terhalang oleh konsep kelas sosial atau strata hirarki sehingga dalam mewujudkan perlindungan dan pemenuhan hak asasi manusia diperlukan kesetaraan kesempatan (*Equality of Opportunity*). Kelompok rentan yang dimaksud

⁵⁷ Moh. Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia: Studi tentang Interaksi Politik dan Kehidupan Ketatanegaraan*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, hlm. 30. Sebagaimana dikutip oleh Majda Ek Muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia dari UUD 1945 sampai dengan Amandemen UUD 1945 Tahun 2002*, Kencana Perdana Media Group, Jakarta, 2007, hlm. 27

⁵⁸ *Ibid*, hlm. 29

sebagaimana terdapat dalam ketentuan Pasal 5 ayat (3) Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang menyatakan bahwa setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya. Pada Penjelasan pasal 5 ayat (3) tersebut dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan kelompok masyarakat yang rentan, antara lain, adalah orang lanjut usia, anak-anak, fakir miskin, wanita hamil dan penyandang cacat. Sedangkan menurut Human Rights Reference disebutkan, bahwa yang tergolong ke dalam Kelompok Rentan adalah: *Refugees, Internally Displaced Persons (IDPs), National Minorities, Migrant Workers, Indigenous Peoples, Children, dan Women*⁵⁹.

Kesetaraan kesempatan (*Equality of Opportunity*) adalah politik ideal yang menentang pembedaan status sosial berdasarkan beberapa golongan. Latar belakang lahirnya konsep ini adalah bahwa adanya tatanan masyarakat yang membedakan antara pihak yang kuat (berkuasa) dan lemah (tidak berkuasa). Dalam masyarakat yang memiliki pembagian kelas sosial, maka pembagian kelas tersebut telah ada secara turun menurun dan akan ada sanksi jika ada yang melanggarnya. Sebaliknya, ketika kesempatan terbuka, setiap individu baik dalam kelas sosial apa pun akan memiliki kesempatan yang sama dalam memperoleh hak-haknya

⁵⁹ *Policy Brief Analisis dan Evaluasi Hukum dalam Rangka Melindungi Kelompok Rentan Fokus Kesejahteraan Anak* https://www.bphn.go.id/data/documents/policy_brief_ae_rentan_fokus_kesejahteraan_anak_2016.pdf

asalkan kondisi yang ada dimasyarakat tersebut sama. Konsep ini akan berbeda jika keadaan pada waktu tersebut memiliki kondisi yang berbeda.⁶⁰

Perwujudan dari kesetaraan kesempatan (*Equality of Opportunity*) dalam memberikan perlindungan hukum di Indonesia khususnya yang menjadi fokus dalam penelitian ini bagi penyandang disabilitas intelektual korban kekerasan dapat diwujudkan tentunya dengan tindakan diskriminasi yang positif atau dikenal dengan istilah gerakan afirmasi (*affirmative action*) yang menjadi salah satu instrument dalam memberikan perlindungan hak asasi manusia bagi kelompok marginal agar ada perlakuan khusus dan juga perlindungan khusus dalam perwujudannya.

2) Teori Hak Asasi Manusia

Keberadaan dari Hak Asasi Manusia terutama dalam hal dan pemenuhannya selalu tidak lepas dari keberadaan perlindungan dan penegakan hukum dalam kerangka Negara Hukum. Secara dataran teori, Hak Asasi Manusia lahir dalam dua perdebatan wacana besar yang dikenal dengan konflik “dua ideologi” yaitu universalisme (*universalism*) dan relativisme budaya (*cultural relativism*). Di satu sisi, universalisme menyatakan bahwa akan semakin banyak budaya “primitif” yang pada akhirnya berkembang untuk kemudian memiliki sistem hukum dan hak yang sama dengan budaya Barat. Relativisme budaya, di sisi lain,

⁶⁰ Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Equality of Opportunity*, First published Tue Oct 8, 2002, <http://plato.stanford.edu/entries/equal-opportunity/> diakses pada 29 Desember 2019

menyatakan sebaliknya, yaitu bahwa suatu budaya tradisional tidak dapat diubah.⁶¹

Teori Universalis (*Universalist Theory*) Hak Asasi Manusia menyatakan bahwa doktrin awal hak asasi manusia dari perspektif moral universalis. Asal muasal dan perkembangan hak asasi manusia tidak dapat terpisahkan dari perkembangan universalisme nilai moral. Sejarah perkembangan filosofis hak asasi manusia dapat dijelaskan dalam sejumlah doktrin moral khusus yang, meskipun tidak mengekspresikan hak asasi manusia secara menyeluruh, tetap menjadi prasyarat filosofis bagi doktrin kontemporer. Hal tersebut mencakup suatu pandangan moral dan keadilan yang berasal dari sejumlah domain pra-sosial, yang menyajikan dasar untuk membedakan antara prinsip dan kepercayaan yang “benar” dan yang “konvensional”. Prasyarat yang penting bagi pembelaan hak asasi manusia di antaranya adalah konsep individu sebagai pemikul hak “alamiah” tertentu dan beberapa pandangan umum mengenai nilai moral yang melekat dan adil bagi setiap individu secara rasional.⁶² Pendukung pendapat ini adalah filsuf abad ke 17, John Locke, yang menyampaikan argumennya dalam karyanya, *Two Treaties of Government* (1688). Intisari pandangan Locke adalah pengakuan bahwa seorang individu memiliki hak-hak alamiah yang terpisah dari pengakuan politis yang diberikan negara pada mereka. Hak-hak alamiah ini dimiliki secara terpisah dan dimiliki lebih dahulu dari pembentukan komunitas politik

⁶¹ Rhona K. M. Smith, at.al, *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008, hlm. 18-19

⁶² *Ibid*, hlm. 19

manapun. Locke melanjutkan argumentasinya dengan menyatakan bahwa tujuan utama pelantikan pejabat politis di suatu negara berdaulat seharusnya adalah untuk melindungi hak-hak alamiah mendasar individu. Bagi Locke, perlindungan dan dukungan bagi hak alamiah individu merupakan justifikasi tunggal dalam pembentukan pemerintahan. Hak alamiah untuk hidup, kebebasan dan hak milik menegaskan batasan bagi kewenangan dan yurisdiksi negara. Negara hadir untuk melayani kepentingan dan hak-hak alamiah masyarakatnya, bukan untuk melayani monarki atau sistem.⁶³

Sehingga secara garis teori universalisme ini menekankan kepada individu adalah sebuah unit sosial yang memiliki hak-hak yang tidak dapat dipungkiri, dan diarahkan pada pemenuhan kepentingan pribadi sehingga pengakuan individualism menjadi hal yang utama dan penting.⁶⁴

Teori Relativisme Budaya (*Cultural Relativism Theory*) baru muncul menjelang berakhirnya Perang Dingin sebagai respon terhadap klaim universal dari gagasan hak asasi manusia internasional. Gagasan tentang relativisme budaya mendalilkan bahwa kebudayaan merupakan satu-satunya sumber keabsahan hak atau kaidah moral, karena itu hak asasi manusia dianggap perlu dipahami dari konteks kebudayaan masing-masing Negara. Semua kebudayaan mempunyai hak hidup serta martabat yang sama yang harus dihormati. Berdasarkan dalil ini, para pembela gagasan relativisme budaya menolak universalisasi hak asasi manusia,

⁶³ *Ibid*, hlm. 20

⁴⁸ *Ibid*

apalagi bila ia didominasi oleh satu budaya tertentu. Gagasan dari teori ini umumnya diusung oleh negara-negara berkembang termasuk negara-negara Islam terutama menjelang Konferensi Hak Asasi Manusia di Wina pada dasawarsa 1990an.⁶⁵ Secara garis besar teori ini menekankan kepada penerapan hak asasi manusia tidak dapat diterapkan sama sebagaimana yang diharapkan dalam teori universalisme, namun fokus keberadaan suatu negara yang akan menentukan bagaimana bentuk dari pemenuhan hak asasi manusia tersebut atau dalam kata lain, hak komunal menjadi pertimbangan penting selain tentunya hak individu itu sendiri.

Selain penerapan dua teori dimaksud, dalam memahami hak asasi manusia juga ada prinsip-prinsip dasar tentang hak asasi manusia, yaitu: prinsip kesetaraan dan diskriminasi.

Pertama, Prinsip kesetaraan menyatakan bahwa perlakuan setara, dimana pada situasi sama harus diperlakukan dengan sama dan dengan perdebatan, di mana pada situasi yang berbeda diperlakukan dengan berbeda pula. Ketika seseorang berasal dari posisi yang berbeda tetapi diperlakukan secara sama. Jika perlakuan yang sama ini terus diberikan, maka tentu saja perbedaan ini akan terjadi terus menerus walaupun standar hak asasi manusia telah ditingkatkan. Hal itulah menjadi penting untuk mengambil langkah selanjutnya guna mencapai kesetaraan. Hal ini dikenal dengan tindakan afirmatif yang mengizinkan negara untuk

⁴⁹ *Ibid*

memperlakukan secara lebih kepada kelompok tertentu yang tidak terwakili sampai dengan terwujud kesetaraan yang dimaksud.⁶⁶

Kedua, Prinsip Diskriminasi, secara definisi diskriminasi adalah kesenjangan perbedaan perlakuan dari perlakuan yang seharusnya sama atau setara. Prinsip ini menjadi salah satu hal penting bagian penting prinsip kesetaraan. Jika semua orang setara, maka seharusnya tidak ada perlakuan yang diskriminatif (selain tindakan afirmatif yang dilakukan untuk mencapai kesetaraan).⁶⁷

Secara pembagian diskriminasi dikenal diskriminasi langsung dan tidak langsung. Diskriminasi langsung adalah ketika seseorang baik langsung maupun tidak langsung diperlakukan dengan berbeda (less favourable) daripada lainnya. Diskriminasi tidak langsung muncul ketika dampak dari hukum atau dalam praktek hukum merupakan bentuk diskriminasi, walaupun hal itu tidak ditujukan untuk tujuan diskriminasi.⁶⁸

3) Teori *Affirmative Action*

Affirmative action dalam bahasa resminya yaitu Gerakan Affirmasi berarti langkah-langkah positif yang diambil untuk meningkatkan representasi perempuan dan kaum minoritas dalam bidang pekerjaan, pendidikan, dan bisnis yang sudah menjadi permasalahan dari dulu. Ketika langkah-langkah tersebut melibatkan pilihan-pilihan khusus berdasarkan

⁶⁶ *Ibid*, hlm. 39

⁶⁷ *Ibid*, hlm. 40

⁶⁸ *Ibid*

ras, gender, atau etnis tertentu, maka langkah-langkah tersebut menimbulkan kontroversi.⁶⁹

Kebijakan ini berawal di Amerika Serikat yang dirancang untuk menanggapi kondisi ekonomi kelompok-kelompok tertentu dalam masyarakat. Tujuan saat itu adalah untuk memperbaiki posisi dan kedudukan ekonomi perempuan atau kelompok kulit berwarna di Amerika sebagai dampak dari diskriminasi yang menimpa mereka. Memperhatikan sejarah dari kebijakan *affirmative action* di Amerika Serikat ditelusuri dari adanya Rancangan Undang-Undang (RUU) Hak Sipil pada tahun 1964 yang pada awalnya hanya melarang diskriminasi yang berbasiskan ras, warna kulit, agama, atau asal kebangsaan seseorang dimana diskriminasi berdasarkan jenis kelamin tidak disebut.⁷⁰

Anggota kongres Amerika Serikat bernama Howard Smith dari Virginia kemudian meresponnya dengan mensponsori suatu amandemen yang memasukkan ketentuan mengenai diskriminasi berdasarkan jenis kelamin dalam RUU Hak Sipil tersebut. Kemudian amandemen ini lolos pada bulan Februari 1964. Pelaksanaan *affirmative action* dalam Undang-Undang Hak Sipil tersebut diatur dalam Bab VII Pasal 706 (g) yang menyatakan “*court may order such Affirmative Action as may be appropriate*” (pengadilan dapat memerintahkan kebijakan *Affirmative*

⁶⁹ Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Affirmative Action*, First published Fri Dec 28, 2001; substantive revision Wed Apr 1, 2009, <http://plato.stanford.edu/entries/affirmative-action/#Bib>, diakses pada 2 September 2009.

⁷⁰ Susan D Clayton dan Faye J Crosby, *Justice, Gender and Affirmative Action*, (The University of Michigan Press, 1994), hlm. 3. Sebagaimana dikutip Ani Widyani Soetjipto, *Politik Perempuan Bukan Gerhana*, PT. Kompas Media Nusantara, Jakarta. 2005, hlm. 100.

Action jika diperlukan, jika didapati bukti adanya tindakan diskriminasi yang disengaja maupun yang tidak disengaja). Bab VII undang-undang tersebut juga membentuk *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC-Komisi untuk Kesetaraan dalam Lapangan Kerja) yang bertugas menerima pengaduan atas pelanggaran kasus-kasus diskriminasi di lapangan kerja serta mencari bukti-bukti pendukungnya, dalam menjalankan tugasnya, komisi ini mengupayakan dengan cara perdamaian tetapi jika gagal maka EEOC akan melakukan penuntutan atas nama korban di pengadilan. Jika EEOC tidak bertindak, korban punya hak untuk menuntut dan memprosesnya sendiri ke pengadilan negara bagian.⁷¹

Kebijakan dari Undang-Undang ini diperkuat lagi oleh kebijakan dari eksekutif pada tahun 1965 dengan *Executive Order 11246* yang dikeluarkan oleh Presiden Lyndon Johnson dengan ketentuan yang menyatakan bahwa ada syarat bagi kontraktor-kontraktor di setiap negara bagian untuk menjamin bahwa kelompok-kelompok yang menerima perlindungan seperti perempuan, kulit berwarna serta minoritas dapat dipekerjakan dalam jumlah yang adil dan diperlakukan secara adil selama bekerja.⁷²

Dari gambaran singkat tentang pengalaman Amerika Serikat dalam menerapkan *affirmative action* terlihat bahwa kebijakan tersebut tercantum baik dalam peraturan perundang-undangan yang dikeluarkan oleh lembaga

⁷¹ *Ibid*, hlm. 101.

⁷² Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Affirmative Action*, First published Fri Dec 28, 2001; substantive revision Wed Apr 1, 2009, <http://plato.stanford.edu/entries/affirmative-action/#Bib>, diakses pada 2 September 2009. Juga dikutip oleh Ani Widayanti Soetjipto, *Op.cit*, hlm, 102.

legislatif maupun eksekutif dengan pemberlakuan kebijakan yang bisa beragam. Selain itu jika dalam Bab VII Undang-Undang Hak Sipil bersifat reaktif, artinya hanya menerapkan kebijakan *affirmative action* jika telah terbukti adanya perlakuan diskriminatif di tempat kerja. Sedangkan *Executive Order 11246* lebih bersifat proaktif dengan akan menolak ataupun menunda kontrak dari kontrak negara bagian tersebut dengan kontraktor/organisasi gagal memperlihatkan usaha aktif untuk menambah jumlah dari kelompok dalam organisasi tersebut seperti perempuan yang secara historis pada saat itu masih kurang.⁷³

Sejarah singkat dari pemakaian *affirmative action* menunjukan hal ini dapat dilakukan terutama untuk kelompok rentan dan minoritas, secara konstitusi yang di Indonesia, hal ini sangat dimungkinkan sehingga normalisasi umur mental dalam perlindungan hukum bagi penyandang disabilitas intelektual korban kekerasan dapat diwujudkan, sebagaimana yang diatur dalam pasal 28 H ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 yang isinya, yaitu: “*Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.*”.

c. Teori Perlindungan Hukum sebagai *Applied Theory*

Lahirnya teori perlindungan hukum ini bersumber dari teori hukum alam atau aliran hukum alam. Aliran ini dipelopori oleh Plato, Aristoteles

⁷³ *Ibid.*

(murid Plato) dan Zeno (pendiri aliran *Stoic*). Menurut aliran hukum alam menyebutkan bahwa hukum itu bersumber dari Tuhan yang bersifat universal dan abadi, serta antara hukum dan moral tidak boleh dipisahkan. Para penganut aliran ini memandang bahwa hukum dan moral tidak boleh dipisahkan. Para penganut aliran ini memandang bahwa hukum dan moral adalah cerminan dan aturan secara internal dan eksternal dari kehidupan manusia yang diwujudkan melalui hukum moral. Menurut Thomas Aquinas mengatakan bahwa hukum alam adalah ketentuan akal yang bersumber dari Tuhan yang bertujuan untuk kebaikan dan dibuat oleh orang yang mengurus masyarakat untuk disebarluaskan.

Eksistensi dan konsep hukum selama ini, masih banyak dipertentangkan dan ditolak oleh sebagian besar filosof hukum, tetapi dalam kenyataan justru tulisan-tulisan pakar yang menolak itu, banyak menggunakan paham hukum alam yang kemungkinan tidak disadarinya. Salah satu alasan yang mendasari penolakan sejumlah filosof hukum terhadap hukum alam, karena mereka masih menganggap pencarian terhadap sesuatu yang absolut dari hukum alam, hanya merupakan suatu perbuatan yang sia-sia dan tidak bermanfaat.⁷⁴

Terjadi perbedaan pandangan para filosof tentang eksistensi hukum alam, tetapi pada aspek yang lain juga menimbulkan sejumlah harapan bahwa pencarian pada yang “absolut” merupakan kerinduan manusia akan hakikat keadilan. Hukum alam sebagai kaidah yang bersifat “universal, abadi dan

⁷⁴ Marwan Mas, 2004, *Pengantar Ilmu Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, hlm. 6

berlaku mutlak”, ternyata dalam kehidupan modern sekalipun tetap akan eksis yang terbukti dengan semakin banyaknya orang membicarakan masalah hak asasi manusia (HAM).⁷⁵

Menurut Von Thomas Aquinas mengatakan bahwa hukum alam adalah cerminan dari undang-undang abadi (*lex naturalis*). Jauh sebelum lahirnya aliran sejarah hukum, ternyata aliran hukum alam tidak hanya disajikan sebagai ilmu pengetahuan, tetapi juga diterima sebagai prinsip-prinsip dasar dalam perundang-undangan. Keseriusan umat manusia akan kerinduan terhadap keadilan, merupakan hal yang esensi yang berharap adanya suatu hukum yang lebih tinggi dari hukum positif. Hukum alam telah menunjukkan, bahwa sesungguhnya hakikat kebenaran dan keadilan merupakan suatu konsep yang mencakup banyak teori. Berbagai anggapan dan pendapat para filsuf hukum bermunculan dari masa ke masa. Pada abad ke-17, substansi hukum alam telah menempatkan suatu asas yang bersifat universal yang bisa disebut HAM.⁷⁶

Berbicara mengenai hak asasi manusia atau HAM menurut Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Mahas Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara,

⁷⁵ *Ibid*, hlm. 14.

⁷⁶ *Ibid*, hlm. 14.

hukum dan pemerintah dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.⁷⁷

Pada dasarnya setiap manusia terlahir sebagai makhluk ciptaan Tuhan Yang Maha Esa (YME) yang secara kodrati mendapatkan hak dasar yaitu kebebasan, hak hidup, hak untuk dilindungi, dan hak lainnya. Hal ini senada dengan prinsip hukum alam pada abad ke-18 yaitu kebebasan individu dan keutamaan rasio, salah satu penganutnya adalah Locke, menurut Locke teori hukum beranjak dari dua hal di atas yaitu kebebasan individu dan keutamaan rasio, Locke juga mengajarkan pada kontrak sosial.

Menurut manusia yang melakukan kontrak sosial adalah manusia yang tertib dan menghargai kebebasan, hak hidup dan pemilikan harta sebagai hak bawaan manusia. Menurut Locke masyarakat yang ideal adalah masyarakat yang tidak melanggar hak-hak dasar manusia.

Menurut Locke, hak-hak tersebut tidak ikut diserahkan kepada penguasa ketika kontrak sosial dilakukan. Oleh karena itu, kekuasaan penguasa yang diberikan lewat kontrak sosial, dengan sendirinya tidak mungkin bersifat mutlak. Kalau begitu, adanya kekuasaan tersebut justru untuk melindungi hak-hak kodrat dimaksud dari bahaya-bahaya yang mungkin mengancam, baik datang dari dalam maupun dari luar. Begitulah, hukum yang dibuat dalam negara pun bertugas melindungi hak-hak dasar tersebut.⁷⁸ Hak-hak dasar yang biasa disebut sebagai hak asasi, tanpa perbedaan antara satu dengan lainnya. Dengan hak asasi tersebut, maka

⁷⁷ Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

⁷⁸ Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak dan Markus Y. Hage, *Op-Cit*, hlm. 72.

manusia dapat mengembangkan diri pribadi, peranan, dan sumbangannya bagi kesejahteraan hidup manusia.

Pemikiran yang lebih eksplisit tentang hukum sebagai pelindung hak-hak asasi dan kebebasan warganya, dikemukakan oleh Immanuel Kant. Bagi Kant, manusia merupakan makhluk berakal dan berkehendak bebas. Negara bertugas menegakkan hak-hak dan kebebasan warganya. Kemakmuran dan kebahagiaan rakyat merupakan tujuan negara dan hukum, oleh karena itu, tidak boleh dihalangi oleh negara.⁷⁹

Hak-hak dasar yang melekat pada diri manusia secara kodrati, universal, dan abadi sebagai anugerah Tuhan Yang Maha Esa, meliputi hak untuk hidup, hak berkeluarga, hak mengembangkan diri, hak keadilan, hak kemerdekaan, hak berkomunikasi, hak keamanan dan hak kesejahteraan, yang oleh karena itu tidak boleh diabaikan atau dirampas oleh siapapun.

Membahas teori perlindungan hukum tetnya harus pertama kali membahas kata dasar dari perlindungan itu sendiri, kamus besar Bahasa Indonesia Perlindungan berasal dari kata lindung yang memiliki arti mengayomi, mencegah, mempertahankan, dan membentengi. Sedangkan Perlindungan berarti konservasi, pemeliharaan, penjagaan, asilun, dan bunker. Secara umum, perlindungan berarti mengayomi sesuatu dari hal-hal yang berbahaya, sesuatu itu bisa saja berupa kepentingan maupun benda atau barang. Selain itu perlindungan juga mengandung makna pengayoman yang diberikan oleh seseorang terhadap orang yang lebih lemah. Melihat hal

⁷⁹ *Ibid*, hlm. 72

tersebut perlindungan hukum dapat diartikan Perlindungan oleh hukum atau perlindungan dengan menggunakan pranata dan sarana hukum. Namun dalam hukum Pengertian perlindungan hukum adalah Segala daya upaya yang di lakukan secara sadar oleh setiap orang maupun lembaga pemerintah, swasta yang bertujuan mengusahakan pengamanan, penguasaan dan pemenuhan kesejahteraan hidup sesuai dengan hak-hak asasi yang ada sebagaimana di atur dalam Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Menurut Fitzgerald, dia menjelaskan teori perlindungan hukum Salmond bahwa hukum bertujuan mengintegrasikan dan mengkoordinasikan berbagai kepentingan dalam masyarakat karena dalam suatu lalu lintas kepentingan, perlindungan terhadap kepentingan tertentu hanya dapat dilakukan dengan cara membatasi berbagai kepentingan di lain pihak.⁸⁰ Kepentingan hukum adalah mengurus hak dan kepentingan manusia, sehingga hukum memiliki otoritas tertinggi untuk menentukan kepentingan manusia yang perlu diatur dan dilindungi.⁸¹

Perlindungan hukum harus melihat tahapan yakni perlindungan hukum lahir dari suatu ketentuan hukum dan segala peraturan hukum yang diberikan oleh masyarakat yang pada dasarnya merupakan kesepakatan masyarakat tersebut untuk mengatur hubungan perilaku antara anggota-anggota masyarakat dan antara perseorangan dengan pemerintah yang dianggap mewakili kepentingan masyarakat.

⁸⁰ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 53.

⁸¹ *Ibid*, hlm. 69.

Menurut Satijipto Raharjo, perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman terhadap Hak Asasi Manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum.⁸²

Menurut Lili Rasjidi dan L.B Wya Putra berpendapat hukum dapat difungsikan untuk mewujudkan perlindungan yang sifatnya tidak sekedar adaptif dan fleksibel, melainkan juga prediktif dan antisipatif.⁸³ Pendapat Sunaryati Hartono mengatakan bahwa hukum dibutuhkan untuk mereka yang lemah dan belum kuat secara sosial, ekonomi dan politik untuk memperoleh keadilan sosial.⁸⁴ Menurut pendapat Phillipus M. Hadjon bahwa perlindungan hukum bagi rakyat sebagai tindakan pemerintah yang bersifat preventif dan represif.⁸⁵

Perlindungan hukum yang menjadi fokus dalam penelitian ini adalah memberikan kesetaraan kesempatan serta perlakuan khusus dan perlindungan lebih kepada penyandang disabilitas intelektual korban kekerasan sebagaimana diatur dalam Pasal 3 Konvensi Hak-Hak Penyandang Disabilitas dan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2016 tentang Penyandang Disabilitas.

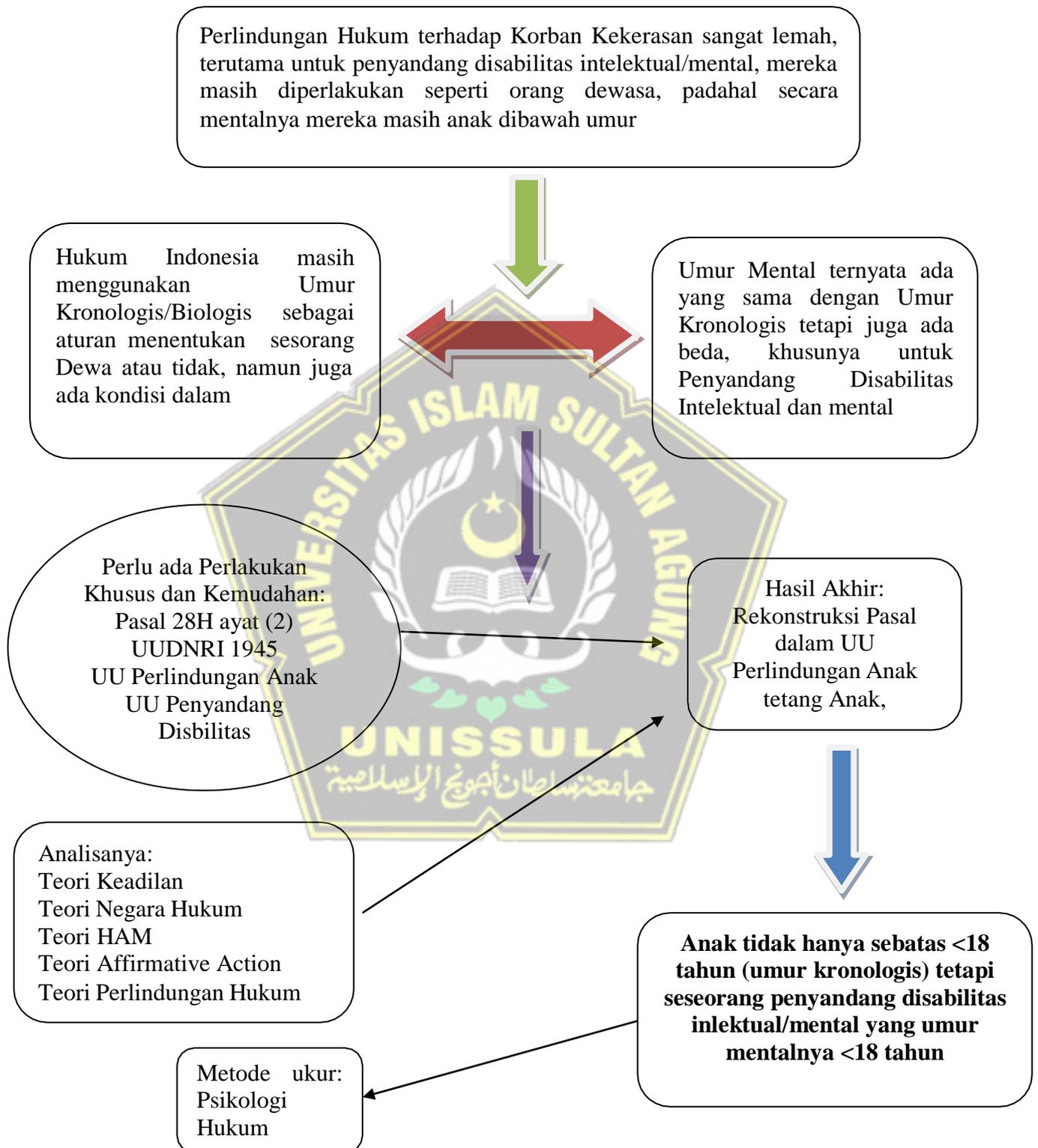
⁸² *Ibid*, hlm. 54.

⁸³ Lili Rasjidi dan I.B. Wya Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Remaja Rusdakarya, Bandung, 1993, hlm. 118.

⁸⁴ Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991, hlm. 55.

⁸⁵ Phillipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm. 2.

H. Kerangka Pemikiran



J. Metode Penelitian

1. Paradigma Penelitian

Paradigma yang digunakan dalam penelitian ini adalah paradigma konstruktivisme, karena penelitian ini dimaksudkan untuk menghasilkan suatu pemikiran atau gagasan serta teori baru mengenai perluasan makna anak tidak hanya sebatas anak dalam kategori umur kalender tetapi juga umur mental untuk kategori seseorang penyandang disabilitas intelektual korban kekerasan seksual.

Kajian pokok dalam paradigma konstruktivisme, menerangkan bahwa substansi bentuk kehidupan di masyarakat tidak hanya dilihat dari penilaian objektif saja, melainkan dilihat dari tindakan perorangan yang timbul dari alasan-alasan subjektif. Weber juga melihat bahwa tiap individu akan memberikan pengaruh dalam masyarakatnya tetapi dengan beberapa catatan, dimana tindakan sosial yang dilakukan oleh individu tersebut harus berhubungan dengan rasionalitas dan tindakan sosial harus dipelajari melalui penafsiran serta pemahaman (*interpretive understanding*). Secara metodologis, paradigma ini menganut metode hermeneutika dan dealektika dalam proses mencapai kebenaran. Menurut Agus Salim, metode pertama dilakukan melalui identifikasi kebenaran atau konstruksi pendapat orang-perorang. Sedangkan metode kedua mencoba untuk membandingkan dan menyilang pendapat orang-perorang yang diperoleh melalui metode pertama untuk memperoleh konsensus kebenaran yang disepakati bersama.

Dalam paradigma dan ancangan teoritik ini, titik fokus analisis akan lebih menitik (dalam) pada tingkat kesadaran pemaknaan (*verstehen*), untuk itu analisa tataran *etic* dan *emic* dilakukan secara simultan, melalui aspek tekstual: kebijakan dan peraturan perundang-undangan yang terkait, maupun bentuk acuan normatif tidak tertulis yang telah mengkristal/melembaga. Untuk itu analisa Hermeneutika Hukum dianggap pilihan yang tepat dalam riset ini.

Paradigma konstruktivisme digunakan dalam penelitian ini karena memungkinkan peneliti untuk melihat dan memahami keberadaan dari norma umur kronologis/biologis dalam menerapkan kedewasaan bagi seorang anak secara umum tetap disepakati namun dalam kondisi tertentu misalnya dalam hal kasus kekerasan seksual.

Keberadaan norma ini perlu dilihat lebih mendalam, dikarenakan jika yang jadi korban kekerasan adalah penyandang disabilitas intelektual/mental dimana selama ini ukuran kedewasaannya menggunakan kategori umur mental, maka demi mewujudkan keadilan perlu ada harmonisasi dalam kategori anak dalam batasan Undang-Undang Perlindungan anak, sehingga hak dan kewajibannya akan juga mengikuti.

2. Metode Pendekatan

Pendekatan atau metode penelitian dalam disertasi ini menggunakan beberapa pendekatan (metode) yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan kasus (*Case approach*) dan pendekatan

perbandingan (*comparative approach*) terhadap penerapan umur kronologis dan umur mental untuk perlindungan hukum bagi penyandang disabilitas intelektual dan mental korban kekerasan seksual.

3. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian yang dilakukan adalah deskriptif analitis yaitu menggambarkan sesuatu keadaan hukum seperti apa adanya dengan paradigma studi konstruktivisme, kemudian dengan dituangkan dalam sebuah pembahasan yang logis, sistematis dan komprehensif. Selain itu penelitian menggunakan metode penelitian yuridis normatif atau metode penelitian hukum normatif, dimana metode penelitian ini adalah penelitian hukum kepustakaan yang dilakukan dengan cara meneliti bahan-bahan kepustakaan atau data sekunder belaka.⁸⁶

Spesifikasi penelitian menggunakan metode yuridis normatif dikarenakan pada penelitian ini lebih mengurai untuk menemukan pengaturan yang sesuai berkenaan makna anak dengan paradigma konstruktivisme tadi, sehingga kajian-kajian atas penelitian berkenaan asas-asas hukum, perbandingan hukum, sejarah hukum dan sistematika hukum menjadi hal yang paling banyak untuk dianalisis dalam penelitian ini.⁸⁷

4. Sumber Data dan Metode Pengumpulan Data

Sumber data pada penelitian ini adalah data primer dan sekunder:

- a. Data Primer adalah sumber data penelitian yang diprioritaskan, yaitu yang berkaitan dengan kedudukan penerapan umur kronologis dan umur mental

⁸⁶ Soerjono Soekanto dan Sri Mahmudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm. 13

⁸⁷ *Ibid*, hlm. 14

untuk perlindungan hukum bagi penyandang disabilitas intelektual korban kekerasan seksual, adapun data tersebut bersumber dari peraturan perundang-undangan dan putusan-putusan pengadilan yang diterbitkan Mahkamah Agung RI dan Mahkamah Konstitusi RI termasuk putusan-putusan yang terkait dengan penelitian ini.

b. Data Sekunder adalah data pendukung yang dapat mendukung adanya penelitian ini, yaitu buku-buku, jurnal nasional, internasional yang relevan dan peraturan perundang-undangan yang relevan dengan penelitian ini. Data sekunder terdiri dari:

- 1) Bahan hukum primer/pokok berupa peraturan perundang-undangan, dan putusan-putusan pengadilan, adapun peraturan perundnag-undangan yang dimaksud yaitu Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2016 tentang Penyandang Disabilitas.
- 2) Bahan hukum sekunder berupa artikel, buku-buku, disertasi, jurnal, makalah, dan karya ilmiah lainnya yang berkaitan dengan perluasan makna anak guna melindungi hak penyandang disabilitas mental intelektual berwawasan keadilan.

- 3) Bahan hukum tersier yaitu bahan hukum yang dapat menjelaskan bahan hukum primer dan sekunder, antara lain berupa kamus, ensiklopedia.

Metode dalam pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah studi pustaka, yaitu mengumpulkan bahan primer, berupa Undang-undang, bahan sekunder yaitu hukum-hukum jaminan serta hukum-hukum kepailitan dan bahan tersier berupa buku dan putusan-putusan pengadilan niaga tentang kepailitan, dan juga bahan-bahan hukum lain yang berkesinambungan dengan penelitian ini..

5. Metode Analisa Data

Analisa data merupakan langkah terakhir dalam suatu kegiatan penulisan. Analisis data dilakukan secara kualitatif artinya menguraikan data secara bermutu dalam bentuk yang teratur, runtun, logis, tidak tumpang tindih dan efektif sehingga memudahkan interpretasi data pemahaman analisis.

Data yang diperoleh melalui pengumpulan data sekunder tersebut akan dikumpulkan kemudian dianalisis untuk mendapatkan kejelasan terhadap masalah yang akan dibahas. Semua data yang terkumpul diolah dan di susun secara sistematis untuk selanjutnya disajikan dalam bentuk deskriptif yang kemudian disimpulkan. Metode analisis yang digunakan dalam penulisan ini adalah metode interpretasi, yaitu data yang telah dikumpulkan kemudian dideskripsikan secara kualitatif.

Dalam analisis data, penulis menggunakan metode kualitatif artinya semua data yang diperoleh dianalisis secara utuh sehingga terlihat adanya gambaran yang sistematis dan faktual. Dari hasil analisis dan interpretasi

tersebut, penulis menarik kesimpulan untuk menjawab isu hukum tersebut. Analisa data diakhiri dengan memberikan saran mengenai apa yang seharusnya dilakukan terhadap isu hukum tersebut.

K. Orisinalitas Penelitian

Penelitian yang memang fokus dalam normalisasi umur mental dalam pengakuannya di hukum Indonesia memang masih sangat sedikit, bahkan bisa dikatakan belum ada, sehingga beberapa penelitian yang dianggap masih adarelevansi dengan penelitian ini dapat dijadikan beberapa perbandingan untuk orisinalitas penelitian ini, diantaranya adalah:

No	Judul Penelitian	Penyusun dan Tahun Penelitian	Hasil Penelitian	Perbedaan dengan Promovendus
1	Perlindungan Hukum terhadap Kaum Difabel Korban Perkosaan	Alfan Alfian, tahun 2015, dimuat dalam Jurnal Fiat Justicia, FH Universitas Lampung	Penelitian ini mengkaji tentang hak-hak saksi dan korban kaum difabel (penyandang disabilitas) melalui kajian terhadap putusan Nomor 244/Pid	Penelitian ini lebih fokus kepada pemenuhan hak penyandang disabilitas/difabel korban kekerasan seksual dalam kapasitas pemenuhan hak saksi dan korban sebagaimana

			2013/P.T.Smg diaman pemenuhak atas korban tidak terpenuhi dengan optimal, bahkan kepolisian dan kejaksaan tertatih-tatih dalam penangananya	dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 13 tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, belum melihat penerapan hukum berdasarkan standar umur kronologis ataupun umur mental
2.	<i>Access to Justice for Person with Disabilities: An Emerging Strategy</i>	David Allen Larson, tahun 2014, School of Law, Hamline University	Penelitian ini membahas tentang akses keadilan bagi penyandang disabilitas yang menjadi kelompok marginal dan dimarginalkan dalam sistem hukum, dimana	Penelitian ini menjelaskan secara umum bahwa penyandang disabilitas di dunia memiliki kesulitan dalam mengakses keadilan dan bahkan menjadi pihak yang didiskriminasi dikarenakan keterbatasan dari

			<p>salah satu upaya agar pemenuhan akses keadilan bagi penyandang disabilitas dapat terpenuhi adalah melalui pelatihan bagi advokat dan juga penyusunan kurikulum hukum pada perguruan tinggi hukum di dunia yang dapat meniadakan bahwa penyandang disabilitas memiliki berbagai kesulitan dalam mengakses keadilan</p>	<p>seiap bentuk disabilitas yang ada</p>
--	--	--	--	---

			sehingga diperlukan pendidikan khusus dan dukung teknologi dalam mewujudkannya	
3.	<i>Mental Health Legislation and Human Rights</i>	Dr Soumitra Pathare, Ruby Hall Clinic, India, Dr Alberto Minoletti, Ministry of Health, Chile, Ms Natalie Drew and Dr Michelle Funk, World Health Organization, Switzerland.	Penelitian ini dirancang sebagai panduan kebijakan dan layanan bagi WHO dan negara-negara anggotanya untuk menyusun kebijakan berkenaan dengan perlindungan hukum bagi penyandang disabilitas mental untuk menjauhkan dari stigma negatif, tindakan diskriminatif, dan	Panduan kebijakan ini menghasilkan beberapa tawaran kebijakan untuk negara-negara WHO guna memberikan perlindungan hukum dan hak asasi manusianya bagi penyandang disabilitas mental di negara masing-masing, berkenaan dengan penelitian ini, langkah yang ada dalam penelitian ini dapat digunakan sebagai

			perlindungan hak asasinya	rekomendasi untuk implikasi kebijakan yang diharapkan
--	--	--	------------------------------	---

Melihat dari beberapa penelitian yang dijelaskan diatas, memang dalam dataran penelitian disertasi memang sangat jarang atau bahkan belum pernah dikaji secara komprehensif dengan isu terbatas atas umur kronologis/kalender dan umur mental dalam penentuan anak dari persepektif hukum, sehingga penulis merasa hal ini masih jadi kajian baru dalam ilmu hukum di Indonesia.

