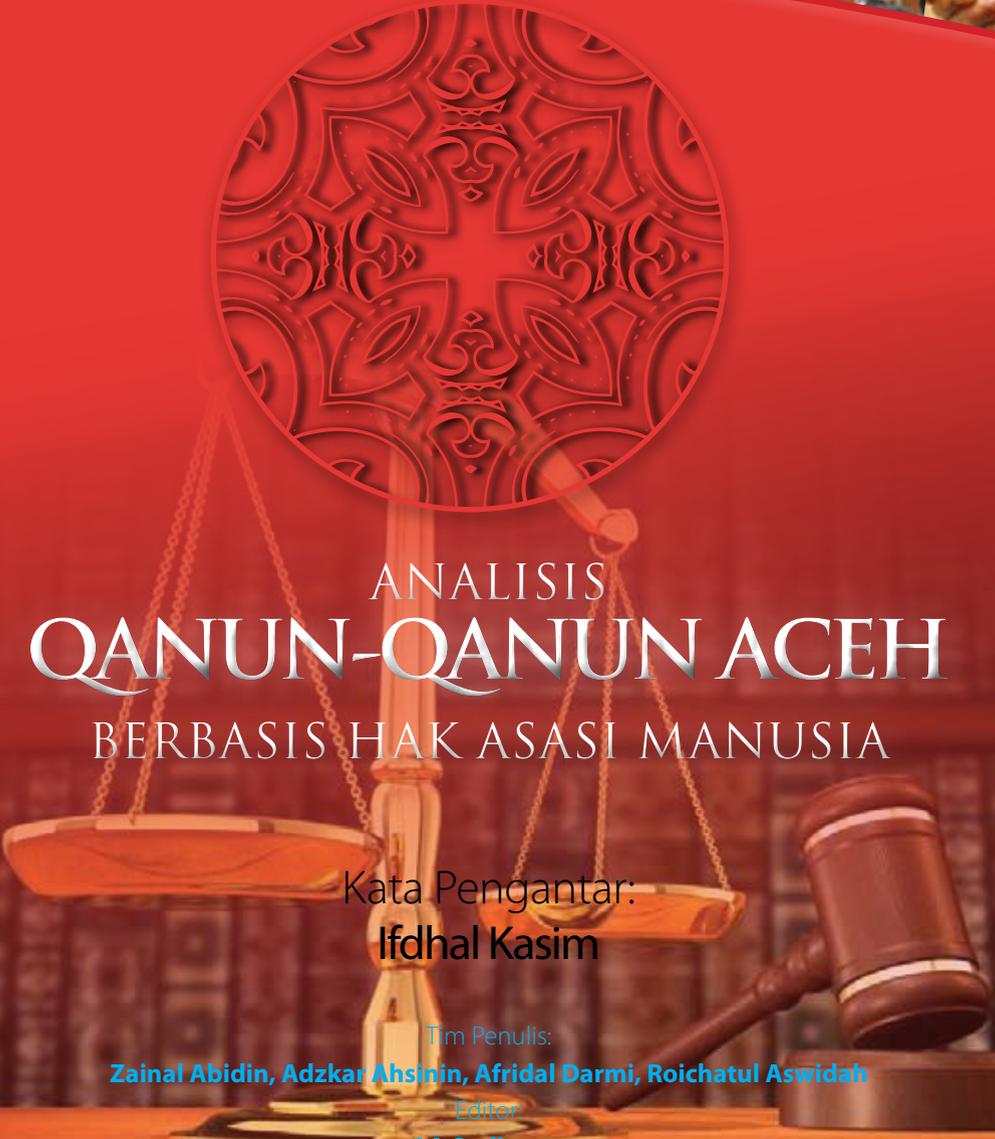


Studi ini berusaha menyajikan kepada kita *compatibility* (ketersesuaian) qanun tersebut dengan instrumen internasional hak asasi manusia: apakah secara *content* (isi), qanun tersebut berkesesuaian dengan norma yang dijamin dalam instrumen internasional hak asasi manusia? Inilah yang membedakan studi ini dengan hasil pemantauan yang dilakukan oleh *Human Rights Watch* tentang penerapan qanun di Aceh, yang terfokus pada pelanggaran-pelanggaran hak asasi manusia dalam implementasi qanun-qanun tersebut. Kalau apa yang ditemukan studi ini benar, maka dapat dikatakan di sini ada kegagalan negara melaksanakan kewajibannya. Kewajiban mengambil langkah-langkah harmonisasi hukum nasional dengan perjanjian internasional yang telah diratifikasi. Kontrol terhadap produk peraturan daerah (Perda atau Qanun) sepertinya tidak berjalan, padahal hal ini sudah dimandatkan oleh UU kepada Pemerintah Pusat dan Mahkamah Agung. Saya kira di sinilah letak relevansi studi ini: ia bisa menjadi bahan refleksi dan pelajaran bagi kalangan legislator dan eksekutif di Aceh khususnya dan pemerintah pusat pada umumnya. Selain, tentu saja, bagi kalangan masyarakat sipil yang memajukan hak asasi manusia di Aceh.

(Ifdhal Kasim, Ketua Komisi Nasional Hak Asasi Manusia RI periode 2007 – 2012)



ANALISIS
QANUN-QANUN ACEH
BERBASIS HAK ASASI MANUSIA

Kata Pengantar:
Ifdhal Kasim

Tim Penulis:

Zainal Abidin, Adzkar Ahsinin, Afridal Darmi, Roichatul Aswidah

Editor:

AA Sudirman

ANALISIS QANUN-QANUN ACEH BERBASIS HAK ASASI MANUSIA

Jakarta, 2011

 **emos**
Lembaga Kajian Demokrasi dan Hak Asasi

Tim Penulis : Zainal Abidin
Adzkar Ahsinin
Afridal Darmi
Roichatul Aswidah

Kata Pengantar: Ildhal Kasim

Pembaca akhir: Antonio Pradjasto

Penyelaras : Isnu Handono

Editor : AA Sudirman

ISBN: 978-979-25-2137-5

Program ini terselenggara atas dukungan dan kerjasama dari Kementrian Luar Negeri Norwegia.

Semua bagian dari buku ini boleh digandakan untuk digunakan sebagai referensi dalam studi, penyusunan kebijakan dan pendidikan hak asasi manusia dengan menyebutkan sumbernya dan menyampaikan pemberitahuan kepada Demos.

Segala temuan kajian dan pendapat yang diungkapkan dalam buku ini sepenuhnya tanggung jawab tim penyusun dan tidak mewakili pendapat atau posisi lembaga dana yang membantu studi dan pelaksanaan program ini.

Ucapan Terima Kasih

DEMOS berhutang budi kepada semua pihak yang telah mencurahkan waktu dan keahliannya dalam melakukan kajian dan menyusun Buku “Analisis Qanun-Qanun Aceh Berbasis Hak Asasi Manusia” ini. Terutama namun tak terbatas pada yang disebut dibawah ini, DEMOS mengucapkan terima kasih kepada seluruh mitra dan sahabat yang telah memberikan kontribusi dalam persiapan, penyusunan, penulisan, penerjemahan, ilustrasi, pencetakan dan penyebarluasan buku ini.

Buku ini merupakan hasil studi kebijakan berbasis HAM terhadap Qanun-qanun Aceh, diprakarsai oleh Tim Kerja Program Aceh yang terdiri dari: (Alm) Asmara Nababan, Antonio Pradjasto, Ingrid Silitonga, Luki Paramitha, Roichatul Aswidah, dan Isnu Handono. Sebagai upaya Demos dalam menindak lanjuti Program Penguatan Kapasitas Legislatif Aceh yang telah berlangsung pada 2009-2010. Ditulis oleh Tim Penyusun yang terdiri dari: Zainal Abidin, Adzkar Ahsinin, Afridal Darmi, dan Roichatul Aswidah. Diberi kata pengantar oleh Ildhal Kasim. Dibaca akhir oleh Antonio Pradjasto. Disunting oleh AA Sudirman dan diselaraskan oleh Isnu Handono. Ditata letak oleh Zulmanto, dan disain sampul oleh Galih. Program ini terselenggara atas dukungan dan kerjasama dari Kementerian Luar Negeri Norwegia.



Daftar Isi

Ucapan Terima Kasih	iii
Daftar Isi	iv
Pengantar Penerbit	v
Kata Pengantar:	
Qanun di Nanggroe Aceh dan Kompabilitasnya dengan Hak Asasi Manusia <i>Oleh Ifdhal Kasim</i>	ix
BAB I: Analisis Qanun Syariat Islam Aceh dari Perspektif Kovenan Internasional Hak-hak Sipil Politik (KIHSP) <i>Oleh Zainal Abidin</i>	1
BAB II: Analisis Qanun Syariat Islam Aceh dari Implementasi Konvensi Hak Anak (KHA) <i>Oleh Adzkar Ahsinin</i>	57
BAB III: Analisis Qanun Syariat Islam Aceh dari Perspektif Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan (<i>Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women – CEDAW</i>) <i>Oleh Afridal Darmi</i>	145
BAB IV: Ringkasan Temuan Dan Kesimpulan <i>Oleh Roichatul Aswidah</i>	193
Tentang Penulis	211
Tentang DEMOS	215

Pengantar Penerbit (DEMOS)

Salah satu pokok perjanjian damai di Aceh, yang selama bertahun-tahun mengalami perang internal, adalah pemberian otonomi khusus. Dan, salah satu kekhususan dari propinsi ini adalah bahwa pemerintahan Aceh menyelenggarakan pelaksanaan Syariat Islam bagi pemeluknya dalam bermasyarakat termasuk penyelenggaraan kehidupan dan penyelenggaraan pendidikan yang berkualitas [pasal 16 UU No. 16/2006]. Hal itu kemudian dituangkan dalam qanun-qanun yang merupakan peraturan daerah propinsi yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan dan kehidupan masyarakat Aceh.

Penerbitan qanun-qanun itu menurut Perjanjian Kesepahaman Helsinki, butir 1.4.2 mensyaratkan:

“Legislatif Aceh akan merumuskan kembali ketentuan hukum bagi Aceh berdasarkan prinsip-prinsip universal hak asasi manusia sebagaimana tercantum dalam Kovenan Internasional PBB mengenai Hak-hak Sipil Politik dan mengenai Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya”.

Oleh karena itu lembaga legislatif Aceh mendapat kewajiban untuk melihat kesesuaian berbagai qanun yang telah ada atau yang akan dibuat dengan prinsip-prinsip universal hak asasi manusia, sebagaimana tercantum dalam Kovenan Internasional PBB mengenai *Hak-hak Sipil Politik* (KIHSP) dan mengenai *Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya* (KIHESB). Jika terdapat peraturan perundang-undangan di daerah yang bertentangan dengan prinsip-prinsip universal hak asasi manusia, maka legislatif harus melakukan perbaikan. Dengan sendirinya jika tidak bertentangan maka qanun-qanun tersebut tidak perlu diperbaiki.

Menyesuaikan peraturan perundang-undangan dengan prinsip-prinsip universal hak asasi manusia sesungguhnya juga menegaskan mandat dari konstitusi kita, yang pada pasal 28 I (5) UUD 1945 menyatakan:

"Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan."

Dengan demikian peraturan perundang-undangan pada dasarnya adalah instrumen negara untuk melaksanakan kewajibannya dalam hak asasi manusia. Demikian pula tentunya dengan qanun-qanun di Aceh.

Sejak pemerintahan khusus Aceh dibentuk pada 2001, pemerintahan Propinsi Aceh telah mengeluarkan berbagai qanun. Sehubungan dengan hal ini dari interaksi DEMOS bersama sejumlah partai politik setempat dan anggota legislatif cukup menggembirakan bahwa terdapat kehendak untuk mendorong diimplementasikannya *Perjanjian Helsinki butir 1.4.2*, sebagai dasar dalam penyusunan anggaran publik maupun dalam hal legislasi. Terdapat pula kehendak untuk melihat kembali kesesuaian qanun-qanun yang ada dengan perjanjian tersebut.

Untuk itu DEMOS mengambil inisiatif melakukan semacam *academic review* terhadap berbagai qanun yang telah ada. Tentu upaya ini tidak dapat mencakup seluruh qanun; dan dibatasi hanya pada beberapa qanun yang kira-kira akan mempengaruhi kehidupan demokrasi di Aceh.

Studi ini hendak melihat sejauh mana kesesuaian berbagai qanun yang bersangkutan dengan prinsip universal hak asasi manusia. Dalam hal ini dengan dua kovenan internasional hak asasi manusia yang utama KIHSP¹ dan KIHESB, namun juga tidak dapat dilepaskan dengan berbagai konvensi hak asasi manusia lainnya yang pada dasarnya merupakan penjabaran dari dua kovenan utama tersebut. Dalam hal ini adalah berbagai instrumen hak asasi yang telah disahkan oleh Indonesia mencakup Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (dengan UU No. 7 tahun 1984), Konvensi Hak Anak (dengan Keputusan Presiden No. 36 Tahun 1990) dan Konvensi Anti Penyiksaan (dengan UU No. 5 Tahun 1998)

Dengan studi ini diharapkan dapat memperkaya pengetahuan mengenai penerapan hak asasi manusia dalam peraturan perundang-undangan, terutama bagi anggota legislatif Aceh. Pengetahuan ini dapat menjadi

¹ Lihat UU No. 12 Tahun 2012

bahan dalam perumusan kebijakan para anggota legislatif, atas kebijakan yang akan datang maupun yang telah diundangkan. Pada akhirnya DEMOS berharap studi yang dilakukan bersama sejumlah pegiat hak asasi manusia ini dapat memberi kontribusi bagi pemajuan demokrasi dan hak asasi manusia, terutama di Aceh.

Selamat membaca!

Jakarta, Oktober 2011

Antonio Pradjasto

Direktur Eksekutif DEMOS



Kata Pengantar

Qanun di Nanggroe Aceh dan Kompatibilitasnya dengan Hak Asasi Manusia

Oleh: Ildhal Kasim²

Saya ingin memulai tulisan ini dengan mengungkapkan pengalaman seorang ibu bernama Rohani. Ia pegawai negeri sipil di Banda Aceh yang harus berhadapan dengan penegakan Qanun *Khalwat*, dan konsekuensinya di Aceh. Ibu itu berkisah:

"Puteri saya, Sri (17 tahun) ada di rumah. Saya juga di rumah bersama adik perempuan Sri. Sri membiarkan Budi, pacarnya yang berusia 20 tahun, masuk ke kamarnya karena hari sudah larut malam. Pintu kamar dalam keadaan terbuka. Mereka mengobrol di kamar. Ketika Budi akan meninggalkan rumah pukul 11 malam, tiga orang laki-laki dari kampung setempat segera menangkapnya. Mereka memukul Budi di depan rumah, dan membawanya ke Meunasah (tempat sembahyang) terdekat dengan berjalan kaki. Tak lama kemudian, saya dan Sri ikut dibawa ke sana. Mereka terus memukul Budi dan menyundutnya dengan rokok. Banyak laki-laki dari kampung setempat datang. Mungkin sekitar 50 orang. Banyak di antara mereka ikut memukul Budi".

Rohani tidak membiarkan perlakuan semena-mena masyarakat. Ia berusaha menjelaskan apa yang sebenarnya terjadi. Tetapi massa yang marah tidak mengubrisnya. Mereka malah mendesak Sri dan Budi segera menikah. Jelas Rohani tidak bisa menerima ide gila tersebut. Apalagi Sri masih anak-

² Ketua Komisi Nasional Hak Asasi Manusia RI periode 2007-2012.

anak. Polisi kemudian tiba di tempat Rohani. Sri dan Budi “diamankan”. Polisi bukannya melakukan investigasi atau menangkap para penyerang Budi. Mereka malah menahan Budi dan Sri tanpa memberi kesempatan kepada mereka menjelaskan apa yang sebenarnya terjadi. Rohani meneruskan kisah pahitnya dengan penuh haru:

“Polisi tidak menanyakan kepada siapapun malam itu tentang apa yang menimpa Budi, meskipun tulang rusuknya patah. Ada luka bakar akibat sundutan rokok. Mukanya hitam dan biru. Bibirnya robek dan berdarah. Pemerintah harus memastikan hal ini tidak akan terjadi lagi pada orang lain. Sangat penting memberi tahu pemerintah tentang apa yang terjadi di masyarakat –bahwa ada perilaku buruk, dan menyalahi hukum!”

Pengalaman Rohani belum berakhir. Dua bulan berikutnya, anggota masyarakat yang kemarin menyerang dan menangkapnya datang lagi ke rumahnya. Mereka meminta Rohani membayar kompensasi atas apa yang diperbuat anaknya yang telah mempermalukan kampung. Mereka meminta tiga ekor kambing dan tiga kardus besar beras kepada Rohani. “Mereka mengatakan itu adalah hukuman atas apa yang dilakukan Sri. Saya tidak tahu bagaimana mereka sampai pada keputusan tersebut. Saya memberikan apa yang mereka inginkan karena saya tidak mau distigmatisasi karena tidak melakukan apa yang diminta oleh adat,”

Dengan mengangkat penggalan kisah yang ditanggung oleh Ibu Rohani tersebut, saya ingin menunjukkan relevansi studi yang dilakukan DEMOS tentang Qanun Aceh dari Perspektif Hak Asasi Manusia --yang hasilnya dituangkan dalam buku ini, bagi kalangan legislator dan eksekutif di Aceh khususnya dan pemerintah pusat. Selain, tentu saja, bagi kalangan masyarakat sipil yang ingin memajukan hak asasi manusia di Aceh. Studi ini berusaha menyajikan kepada kita *compatibility* (ketersesuaian) qanun tersebut dengan instrumen internasional hak asasi manusia: apakah secara *content* (isi), qanun tersebut berkesesuaian dengan norma yang dijamin dalam instrumen internasional hak asasi manusia? Inilah yang membedakan studi ini dengan hasil pemantauan yang dilakukan oleh *Human Rights Watch* tentang penerapan qanun di Aceh,³ yang terfokus

³ Lihat *Human Rights Watch, Menegakkan Moralitas: Pelanggaran dalam Penerapan Syariah di Aceh*, New York: Human Rights Watch, 2010.

pada pelanggaran-pelanggaran hak asasi manusia dalam implementasi qanun-qanun tersebut.

Qanun sebagai Keistimewaan Aceh

Penerapan Syariah Islam secara formal di Aceh dimulai sejak bergulirnya Reformasi. Dimulai dengan disahkannya Undang-Undang (UU) No. 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh. UU ini menegaskan, bahwa status keistimewaan Aceh terletak pada, "Kewenangan khusus untuk menyelenggarakan kehidupan beragama, adat, pendidikan, dan ulama dalam penetapan kebijakan daerah".⁴ Pemerintah pusat mengesahkan UU ini sebagai bagian dari akomodasi terhadap tuntutan masyarakat Aceh yang merasa diperlakukan tidak adil pada masa rezim sebelumnya. Lalu pada tahun 2001, Presiden Abdurrahman Wahid kembali memperkuat kedudukan keistimewaan Aceh dengan "otonomi khusus" melalui pengesahan UU No. 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Daerah Istimewa Aceh sebagai Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Melalui UU No. 18/2001 inilah Aceh diperkenankan menerapakan Syariah sebagai sistem hukum formal, membentuk pengadilan Syariah, dan mengartikulasikan aturan-aturan ke dalam bentuk qanun. Pasal 1 angka 8 UU No. 18/2001 dengan gamblang menyatakan, "Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam adalah Peraturan Daerah sebagai pelaksanaan undang-undang di wilayah Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam dalam rangka penyelenggaraan otonomi khusus."

Belakangan, UU No. 18/2001 itu diubah, diganti dengan UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, karena dianggap sudah tidak lagi menampung aspirasi dan kesepakatan yang lahir dari Perjanjian Helsinki yang mengakhiri konflik di Aceh pada tahun 2005.

UU No. 11/2006 mengatur secara lebih komprehensif tentang keistimewaan atau kekhususan Aceh, layaknya seperti konstitusi sebuah negara. Materi dalam UU No. 11/2006 banyak dipengaruhi oleh isi Perjanjian Helsinki antara Pemerintah Indonesia dan Gerakan Aceh Merdeka (GAM), yang lebih

⁴ Gubernur Aceh mulai mengeluarkan peraturan-peraturan berbasis Syariah setelah pengesahan UU tersebut. Peraturan yang dikeluarkan, antara lain, menyangkut pengaturan tentang busana Muslim, larangan alkohol dan judi. Lihat, Keputusan Gubernur No. 451.1/21249 (disahkan pada 6 September 1999).

jauh memberikan penguatan terhadap status keistimewaan Aceh, serta kekhususan dan otonomi seluas-luasnya bagi Aceh dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Pasal 125 UU No. 11/2006 misalnya menyebutkan, Syariat Islam yang dilaksanakan di Aceh meliputi *akidah*, *syariah* dan *ahlak*. Inilah dasar yang menjadi landasan bagi Pemerintahan Aceh menerapkan ketentuan Islam menurut paham keislaman yang berkembang di sana. Dengan dasar tersebut, formalisasi syariat Islam di Aceh bukan saja legal, tapi juga menjadi tuntutan pelaksanaan UU. Konsekuensinya jelas, banyak hal yang potensial dapat dipermasalahkan dalam perspektif UUD 1945 sebagai hukum tertinggi (*supreme law of the land*) dalam NKRI.

Setidaknya terdapat 36 butir ketentuan di dalam UU No. 11/2006 yang harus didelegasikan pengaturannya ke dalam qanun. Terutama mengenai ketentuan lebih lanjut pelaksanaan Syari'at Islam, yang meliputi *aqidah*, *syar'iyah* dan *akhlak*, dan; ketentuan lebih lanjut mengenai bidang ahwal *al-syakh siyah* (hukum keluarga), *muamalah* (hukum perdata), dan *Jinayah* (hukum pidana). Tetapi sampai saat ini, yang baru disahkan meliputi: Qanun Aceh No. 10/2002 tentang Peradilan Syariat Islam; Qanun No. 11/2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang *Akidah*, *Ibadah* dan *Syiar* Islam; Qanun No. 12, 13 dan 14/2003 tentang *Khamr*, *Maisir* (Perjudian) dan *Khalwat* (Mesum), Qanun No. 7/2004 tentang Pengelolaan Zakat dan Qanun No. 10/2007 tentang *Baitul Mal*. Penguatan penerapan Syariat Islam juga diatur dengan Keppres Nomor 11 Tahun 2003 tentang Mahkamah Syar'iyah di Aceh; Keputusan Ketua MA-RI Nomor KMA/070/SK/2004 tentang Pelimpahan sebagian Kewenangan dari Peradilan Umum kepada Mahkamah Syar'iyah di NAD. Yang masih *pending* adalah Qanun *Jinayah*, karena masih belum ditandatangani oleh Gubernur Aceh, Irwandi Yusuf.

Meski disejajarkan dengan atau dikategorikan sebagai Perda,⁵ qanun di Aceh memiliki tempat tersendiri karena langsung menginduk pada

⁵ Statusnya sebagai sama dengan Perda, ditegaskan sendiri dalam UU 11/2006, "Qanun Aceh adalah peraturan perundang-undangan sejenis peraturan daerah propinsi yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan dan kehidupan masyarakat Aceh." (Pasal 1 angka 21). Sementara Penjelasan Pasal 7 ayat [2] huruf a UU No. 10/2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan lebih tegas lagi mengkategorikan qanun sebagai perda. Penjelasan pasal tersebut berbunyi, "Termasuk dalam jenis Peraturan Daerah Propinsi adalah qanun yang berlaku di NAD dan Perdasus serta Perdasi di Papua".

UU No. 11/2006. Pasal 269 ayat (2) UU No. 11/2006 bahkan menyatakan, "Peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang berkaitan secara langsung dengan otonomi khusus bagi Daerah Propinsi Aceh dan kabupaten/kota disesuaikan dengan Undang- Undang ini." Artinya, semua peraturan yang berada di bawah undang-undang, seperti PP, perpres, dan peraturan menteri (permen), harus terlebih dahulu disesuaikan dengan UU 11/2006. Bila ada PP, perpres, atau permen yang bertentangan dengan qanun, tidak serta merta qanun dapat langsung dapat dibatalkan, melainkan terlebih dahulu harus dilihat kesesuaian PP, perpres, atau permen tersebut dengan UU No. 11/2006 yang menjadi induk qanun.

Kewajiban Negara dalam Perlindungan Hak Asasi Manusia

Yang menjadi pertanyaan kita sekarang adalah, apakah dengan status keistimewaan yang dimilikinya itu, pemerintah daerah dengan sendirinya diberikan otoritas melakukan *derogation* terhadap kewajiban negara sebagai *state party* (negara pihak) dari perjanjian internasional hak asasi manusia yang sudah kita ratifikasi? Atau dapatkah ini dilihat, produk-produk legislasi daerah ini, sebagai penerapan doktrin "marjin apresiasi" (*margin of appreciation doctrine*) atas masalah-masalah moral yang terkait dengan religious-etis Islam? Lalu pada akhirnya semua ini berpulang kepada negara sebagai *the duty holder*, apa yang harus dilakukannya dalam menghadapi daerah-daerah dengan status khusus tersebut?

Sebelum menjawab pertanyaan tersebut, kita memang harus meletakkan masalah ini secara kontekstual pula. Penerapan qanun di Aceh, sebagaimana terlihat dalam paparan di atas, bukanlah sesuatu yang diberikan begitu saja. Tetapi lahir dari ketegangan hubungan politik Aceh dengan pusat yang sangat panjang. Boleh dikatakan pusat memberikan status "otonomi khusus" atau "keistimewaan" kepada Aceh sebagai akomodasi terhadap tuntutan Aceh atas ketidakadilan yang dialaminya. Aceh yang dikenal dengan sebutan "Serambi Mekkah", memang pernah menuntut pemberlakuan Syariah Islam pada tahun 1950-an yang dipimpin oleh Teungku M. Daud Beureueh. Ketika mengakhiri konflik dengan GAM, yang tertuang dalam Perjanjian Helsinki, juga ditegaskan soal penerapan Syariat Islam di Aceh, yang meliputi akidah, syariah dan ahlak. Inilah yang mendasari pemberian status "otonomi khusus" oleh pusat (negara) kepada Aceh. Jadi pemberian status khusus itu juga tidak dapat dilepaskan dari pengakuan pusat

terhadap kekhususan budaya dan adat suatu daerah. Maka dalam kaitannya dengan hal tersebut, negara (pusat) tidak-bisa-tidak tetap mengemban tanggungjawabnya dalam penegakan hak asasi manusia.

Indonesia sejak reformasi secara ekstensif mengikat diri dengan berbagai perjanjian internasional hak asasi manusia. Sampai sekarang Indonesia telah meratifikasi enam perjanjian utama internasional HAM, yaitu: a). Konvensi Internasional Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (CEDAW), diratifikasi dengan UU 7/1984; b). Konvensi Internasional Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat Manusia (CAT), diratifikasi dengan UU 5/1998; c). Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (CERD), diratifikasi dengan UU 29/1999; d). Konvensi Internasional tentang Hak Anak, diratifikasi melalui Keppres No. 36 Tahun 1990; e). Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, diratifikasi dengan UU 11/2005; dan f). Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik, diratifikasi dengan UU 12/2005. Kovenan atau konvensi-konvensi internasional ini menempatkan Negara sebagai penanggungjawab (*the duty holder*) bagi pemajuan (*to promote*), perlindungan (*to protect*), dan pemenuhan (*to fulfil*) hak-hak yang dijamin di dalam berbagai kovenan atau konvensi-konvensi tersebut.

Ratifikasi terhadap perjanjian-perjanjian internasional hak asasi manusia tersebut di atas membawa konsekuensi kepada Indonesia untuk menjalankannya sebab Indonesia telah menjadi negara pihak (*state party*) dari perjanjian-perjanjian internasional itu. Sebagai negara pihak, Indonesia secara hukum terikat (*legally binding*) dan tunduk dengan berbagai ketentuan yang ada di dalam kovenan dan konvensi yang telah diratifikasi. Indonesia wajib memastikan semua produk legislatif pada level nasional maupun daerah, baik yang telah ada maupun yang akan dirumuskan kemudian harus sesuai dengan ketentuan kovenan atau konvensi. Selain itu, penting pula [mengingat] negara [memiliki kewajiban] memastikan pelaksanaan kovenan dan konvensi dilakukan tanpa diskriminasi berdasarkan warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pandangan politik, kewarganegaraan, asal usul sosial, kepemilikan, status kelahiran dan status lainnya. Dengan demikian, negara harus menempatkan dirinya sebagai *the duty holder*.

Dari uraian di atas menjadi jelas kiranya, bahwa negara memikul tanggungjawab untuk memastikan pelaksanaan hak-hak yang dijamin dalam pelbagai kovenan atau konvensi yang telah diratifikasi itu. Salah satu bentuk dari tanggungjawab itu adalah melakukan langkah penyesuaian (*compatibility*) dengan hukum nasional. Langkah awalnya dilakukan dengan upaya transformasi dengan cara domestikasi prinsip dan norma-norma yang terkandung dalam pelbagai kovenan atau konvensi tersebut. Berikutnya baru diikuti dengan upaya harmonisasi, baik secara internal (*internal harmonization*) maupun eksternal (*external harmonization*), seluruh produk hukum nasional dengan substansi perjanjian-perjanjian internasional yang telah diratifikasi itu. Tidak terkecuali pula terhadap hukum daerah (Perda). Sebagai bagian dari negara, kekuasaan eksekutif dan legislatif di daerah, juga tidak dapat melepaskan diri dari doktrin kewajiban negara (*state obligation*) dalam hukum hak asasi manusia internasional. Status khusus suatu daerah tidak memberinya otoritas untuk melakukan *derogation* atas suatu kewajiban yang terbit dari suatu perjanjian yang sudah diratifikasi.

Kompatibilitas Qanun dengan Hak Asasi Manusia

Tidak semua perjanjian internasional hak asasi manusia yang sudah diratifikasi Indonesia menjadi objek kajian studi DEMOS ini. Yang dikaji dalam studi DEMOS ini, yang disajikan dalam buku ini, terbatas pada perjanjian-perjanjian internasional hak asasi manusia berikut ini: (i) Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR); (ii) Konvensi Internasional Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (CEDAW); dan (iii) Konvensi Internasional tentang Hak Anak (CRC). Ketiga perjanjian internasional hak asasi manusia ini dilihat dalam kaitannya dengan Qanun Aceh, terutama dilihat dari segi kompatibilitasnya (*compatible*) dengan substansi hak-hak yang dijamin dalam tiga konvensi internasional tersebut. Sedangkan qanun yang ditelaah meliputi: Qanun No. 10/2002 tentang Peradilan Syariah Islam; Qanun No. 11/2002 tentang Pelaksanaan Syariah Islam Bidang Akidah, Ibadah dan Syiar Islam; Qanun No. 12, 13 dan 14/2003 tentang *Khamr, Maisir* (Perjudian) dan *Khalwat* (Mesum), Qanun No. 7/2004 tentang Pengelolaan Zakat dan Qanun No. 10/2007 tentang *Baitul Mal*. Selain itu, studi ini juga mengkaji peraturan daerah yang berbasis pada Syariah Islam sebelum diformalkan penggunaan istilah qanun, yaitu Perda No. 5/2000 tentang Pelaksanaan Syariah Islam.

Marilah kita lihat pertama-tama analisis studi ini terhadap kompatibilitas Qanun-qanun tersebut dengan Internasional Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR): apakah qanun-qanun itu *compatible* dengan ICCPR? Berdasarkan analisis isi (*content analysis*) terhadap ketentuan qanun, studi ini menemukan ketidaksesuaian (*incompatibility*) dan pelanggaran (*violation*) antara hak-hak yang dijamin dalam Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik dengan ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalam qanun. Mulai dari jaminan non-diskriminasi, kebebasan berekspresi, kebebasan beragama, hak atas privasi, hak bebas dari penyiksaan dan penghukuman yang kejam, hingga pada hak-hak mendapatkan proses peradilan yang adil dan imparial. Secara gamblang studi ini menyuguhkan kepada kita qanun-qanun mana yang tidak mencerminkan komitmen terhadap keterkaitan dengan kovenan yang telah menjadi bagian dari hukum nasional tersebut.

Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR), sebagaimana diketahui, bertujuan menjamin pemenuhan *civil liberties* dan *basic freedom*. Qanun mengenai Khamar, *Khalwat*, dan *Maisir* ---yang merupakan kriminalisasi atas perbuatan-perbuatan dalam wilayah susila dan moral, ditunjukkan oleh studi ini beberapa diantaranya bertentangan dengan *civil liberties* dan *basic freedom*. Kita ambil sebagai contoh qanun mengenai *Khalwat*, cakupan larangannya sangat luas, yaitu terhadap segala kegiatan, perbuatan dan keadaan yang mengarah kepada perbuatan zina. Makanya *khalwat* didefenisikan sebagai, "perbuatan bersunyi-sunyi antara dua orang *mukallaf* atau lebih yang berlainan jenis yang bukan muhrim atau tanpa ikatan perkawinan". Jadi tidak perlu terjadi zina dalam pidana *khalwat* ini, cukup berduaan atau lebih dengan bersunyi-sunyi sudah dapat dikategorikan melanggar qanun ini. Padahal sekarang pergaulan antara perempuan dan laki-laki sudah demikian terbuka dan setara, karena itu menjadi sangat kontraproduktif memandang pergaulan laki-laki dan perempuan senantiasa dalam konteks susila. Selain itu secara substansial qanun ini sangat rawan mengganggu atau menginvasi *privacy* orang.

Begitu pula analisis studi ini terhadap kompatibilitas isi qanun-qanun tersebut dengan Konvensi Internasional Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (CEDAW) dan Konvensi Internasional tentang Hak Anak (CRC). Berdasarkan analisis isi (*content analysis*) atas qanun-qanun tersebut dari perspektif CEDAW maupun CRC, studi ini

juga menyuguhkan ketidaksesuaian (*incompatibility*) dan pelanggaran (*violation*) antara hak-hak yang dijamin dalam kedua konvensi internasional itu. Mulai dari jaminan non diskriminasi, prinsip kesetaraan gender, prinsip persetujuan pasangan dalam perkawinan, prinsip yang terbaik bagi kepentingan anak hingga pada jaminan terhadap akses kelompok yang tergolong rentan (perempuan dan anak) terhadap sumberdaya ekonomi dan sosial yang ada di dalam negara bersangkutan. Kita ambil satu contoh, Qanun No. 11/2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang *Akidah, Ibadah* dan *Syiar* Islam, khususnya terkait dengan pengaturan busana bagi umat Muslim, yang lebih terarah kepada kaum perempuan. Makanya yang sering terkena razia oleh Wilayatul Hisbah (WH) adalah kaum perempuan, yang menunjukkan adanya diskriminasi dalam penegakan qanun ini.

Ilustrasi yang dipaparkan berikut ini memperlihatkan bagaimana persisnya Qanun No. 11 Tahun 2002 tersebut diterapkan. Erni, mahasiswa, mengungkapkan pengalamannya terkena razia WH karena tidak menggunakan busana Islam, sebagaimana dikutip di bawah ini:

“Saya sedang menuju kampus mengendarai motor. Saya menggunakan jilbab dan jeans dan kaus panjang mencapai lutut. Tiba-tiba seorang petugas WH menghentikan, dan menangkap saya dengan cara yang kasar. Saya dikumpulkan dengan pelanggar lainnya yang lebih duluan tertangkap, yang semuanya adalah perempuan. Kira-kira ada 100 orang yang ditangkap. Kami harus menunjukkan kartu mahasiswa, dan nama kami dicatat mereka. Mereka mengatakan ini merupakan peringatan pertama. Jika kami mengulanginya lagi kami akan dibawa ke kantor WH. Kemudian petugas WH itu memberi nasehat kepada kami, mereka mengutip ayat dan hadist tentang bagaimana seharusnya perempuan bersikap; perempuan adalah tiang Negara, jika berlaku buruk maka semuanya akan hancur.”

Dalam kaitannya dengan kontrol terhadap perempuan dalam berbusana itu perlu diketengahkan di sini pendapat Komite Hak Asasi Manusia. Asma Jahangir, *Special Rapporteur* PBB untuk Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan. Ia telah mengadakan tinjauan terhadap peraturan-peraturan yang mensyaratkan penggunaan busana yang memperlihatkan simbol agama di tempat-tempat publik. Dalam laporannya Jahangir mengkritik, “penggunaan metode pemaksaan dan sanksi yang diterapkan kepada individu-individu yang tidak ingin menggunakan busana atau simbol

tertentu yang menunjukkan agama dianggap dapat dihukum atas nama agama secara umum bertentangan dengan hukum hak asasi manusia.⁶ Komite Hak Asasi Manusia, badan yang mengawasi pelaksanaan ICCPR, mengemukakan bahwa hukum-hukum yang secara spesifik mengatur busana yang boleh dikenakan perempuan di muka publik dapat melanggar hak atas kebebasan berekspresi, maupun hak kebebasan beragama dan hak bebas dari diskriminasi.⁷ Apalagi dalam penerapannya, petugas WH seringkali bertindak kasar dan mempermalukan orang yang ditangkap.

Hal yang sama juga terjadi pada penggunaan hukuman badan (*corporal punishment*) terhadap pelanggar qanun. Hukuman badan, baik dalam bentuk menyakitkan badan (cambuk) maupun memotong organ tubuh, tidak hanya bertentangan dengan tujuan ICCPR, tetapi juga dengan CEDAW dan CRC. Komite Hak Asasi Manusia sangat jelas melarang hukuman fisik, termasuk cambuk. Komite menegaskan, bahwa larangan penyiksaan dan perlakuan atau hukuman yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia “tidak hanya berkaitan dengan tindakan yang menyebabkan rasa sakit secara fisik, tetapi juga tindakan yang menyebabkan penderitaan mental kepada korban. Larangan tersebut adalah hukuman fisik, termasuk hukuman yang berlebihan yang diterapkan sebagai hukuman atas kejahatan atau sebagai tindakan edukatif atau disipliner”.⁸ Sementara Komite Anti Penyiksaan (CAT), yang mengawasi pelaksanaan Konvensi Anti Penyiksaan, secara spesifik membahas pemberlakuan hukuman fisik di Aceh pada tahun 2008, menemukan bahwa “pelaksanaan hukuman di muka publik dan penggunaan metode-metode fisik yang berlebihan (seperti cambuk) bertentangan dengan konvensi”. Dalam pengamatan akhir (*concluding observation*), Komite merekomendasikan Indonesia untuk mengkaji hukum-hukum di Aceh “yang mengizinkan penggunaan hukuman fisik sebagai sanksi pidana dengan maksud untuk menghapuskannya, karena hukuman-hukuman seperti itu merupakan pelanggaran atas kewajiban-kewajiban dalam Konvensi.”⁹

⁶ Laporan Pelapor Khusus untuk Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan, Asma Jahangir, *Civil and Political Rights, including the Question of Religious Intolerance*, Komisi Hak Asasi Manusia, Sesi ke-62, E/CN.4/2006/5,9 Januari 2006.

⁷ Lihat, Komite Hak Asasi Manusia, Sesi ke-54, E/CN.4/1998/6, 22 Januari 1998.

⁸ Lihat Komite Hak Asasi Manusia. *General Comment*, UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1.30 (1994).

⁹ Lihat, Komentaris Akhir, *Komite Anti Penyiksaan: Indonesia*, CAT/C/IDN/CO2, 2 Juli 2008.

Mengatakan bahwa qanun-qanun yang disahkan oleh eksekutif dan legislatif di daerah Aceh itu sebagai "*incompatible*" dengan hak asasi manusia universal, bukan berarti pula bahwa Syariah (sebagai sumber penyusunan qanun-qanun itu) sama tidak kompatibel dengan hak asasi manusia. Keduanya harus dibedakan. Meskipun penyusunan qanun itu didasarkan pada sumber-sumber Syariah Islam, tetapi penafsiran terhadap sumber-sumber Syariah itu tidaklah monolitik --yang disebut sebagai Fiqih. Studi yang dilakukan oleh Mashood A. Baderin terhadap Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik dan Kovenan Internasional Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya dengan Hukum Islam,¹⁰ menunjukkan *compatibility* Syariah dengan kedua perjanjian utama hak asasi manusia tersebut. Maka untuk menyelaraskan kembali Qanun-qanun tersebut dengan hak asasi manusia universal, perlu ditinjau kembali metode penafsiran atas sumber-sumbernya itu, yaitu Syariah.

Penutup

Meninjau qanun dari sudut tiga perjanjian internasional hak asasi manusia --masing-masing Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR), Konvensi Internasional Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (CEDAW), dan Konvensi Internasional tentang Hak Anak (CRC)-- yang dikerjakan oleh tim studi DEMOS ini menunjukkan belum konsistennya kita dengan tekad politik kita dalam meratifikasi perjanjian-perjanjian internasional hak asasi manusia, yaitu memperkuat perlindungan hak asasi manusia di tingkat nasional dengan mentransformasi norma-norma yang dijamin dalam instrumen internasional hak asasi manusia itu ke dalam hukum nasional (termasuk hukum di daerah). Tetapi yang terjadi justru sebaliknya, qanun-qanun yang ditinjau dalam studi ini (yang merupakan hukum di daerah) mereduksi jaminan hak asasi manusia yang terdapat dalam kovenan atau konvensi-konvensi tersebut. Hal ini ditunjukkan dari tidak kompatibelnya (*incompatibility*) qanun tersebut dengan substansi kovenan atau konvensi hak asasi manusia. Bahkan lebih jauh lagi, ada potensi pelanggaran (*violation*) di dalamnya.

¹⁰ Lihat Mashood A. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

Kalau apa yang ditemukan studi ini benar, maka dapat dikatakan di sini ada kegagalan negara melaksanakan kewajibannya. Secara spesifik, kewajiban dimaksud adalah, kewajiban mengambil langkah-langkah harmonisasi hukum nasional dengan perjanjian internasional yang telah diratifikasi. Kontrol terhadap produk peraturan daerah (Perda atau Qanun) sepertinya tidak berjalan, padahal hal ini sudah dimandatkan oleh UU kepada pemerintah pusat dan Mahkamah Agung. Saya kira di sinilah letak relevansi studi ini: ia bisa menjadi bahan refleksi dan pelajaran bagi kalangan legislator dan eksekutif di Aceh khususnya dan pemerintah pusat pada umumnya. Selain, tentu saja, bagi kalangan masyarakat sipil yang memajukan hak asasi manusia di Aceh. Selamat membaca!



Daftar Pustaka

Human Rights Watch, *Menegakkan Moralitas: Pelanggaran dalam Penerapan Syariah di Aceh*, New York: Human Rights Watch, 2010.

Surat Keputusan Gubernur Aceh No. 451.1/21249 (disahkan pada 6 September 1999).

UU No. 11 Tahun 2006, tentang Pemerintahan Aceh.

UU No. 10 Tahun 2004, tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Laporan Pelapor Khusus untuk Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan, Asma Jahangir, *Civil and Political Rights, including the Question of Religious Intolerance*, Komisi Hak Asasi Manusia, Sesi ke-62, E/CN.4/2006/5,9 Januari 2006.

Komite Hak Asasi Manusia, Sesi ke-54, E/CN.4/1998/6, 22 Januari 1998.

Komite Hak Asasi Manusia, *General Comment*, UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1.30 (1994).

Komentar Akhir, *Komite Anti Penyiksaan: Indonesia*, CAT/C/IDN/CO2, 2 Juli 2008.

Mashood A. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

BAB I

Analisis Qanun Syariat Islam Aceh dari Perspektif Kovenan Internasional Hak-hak Sipil Politik (KIHSP)

Oleh Zainal Abidin

A. Pengantar

UU No 44 Tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh memberikan kewenangan kepada Pemerintah Propinsi Aceh untuk mengembangkan dan mengatur keistimewaan yang dimiliki, antara lain dalam penyelenggaraan kehidupan beragama di Daerah yang diwujudkan dalam bentuk pelaksanaan syariat Islam bagi pemeluknya dalam bermasyarakat. Kemudian, UU No. 18 Tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus Bagi Propinsi Daerah Istimewa Aceh memberikan kewenangan khusus yakni pelaksanaan Syariat Islam sebagai hukum materiil yang digunakan di Aceh, serta memberikan kewenangan untuk pengembangan dan pengaturan pendidikan sesuai dengan ajaran Islam, mengembangkan dan menyelenggarakan kehidupan adat, dan memberikan peran serta kedudukan ulama dalam penerapan kebijakan daerah.

Sejak saat itu, Pemerintah propinsi Aceh dan Pemerintah Kabupaten/ Kota di wilayah Aceh mengeluarkan berbagai kebijakan berupa Peraturan Daerah atau Qanun. Pada tahun 2005 terjadi perundingan antara Gerakan Aceh Merdeka (GAM) dengan Pemerintah RI yang dituangkan dalam *Memorandum of Understanding (MoU) Helsinki*. MoU tersebut memberikan

peluang adanya koreksi dan revisi atas sejumlah ketentuan untuk NAD dan kesesuaiannya dengan prinsip-prinsip HAM yang tercantum dalam Kovenan Internasional PBB mengenai Hak-hak Sipil Politik (KIHSP) dan Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (KIHESB).

Pasal 1.4.2 MoU Helsinki yang menyebutkan:

“Legislatif Aceh akan merumuskan kembali ketentuan hukum bagi Aceh berdasarkan prinsip-prinsip universal HAM sebagaimana tercantum dalam Kovenan Internasional PBB mengenai Hak-hak Sipil Politik dan mengenai Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya”.

Berdasarkan MoU tersebut, perlu adanya suatu kajian tentang sejumlah qanun yang diterbitkan dengan landasan prinsip-prinsip universal HAM sebagaimana tercantum dalam Kovenan Internasional PBB. Bagian dalam kajian ini akan membahas dan menganalisa ketentuan qanun dan kesesuaiannya dengan prinsip-prinsip jaminan hak-hak asasi sebagaimana tercantum dalam KIHSP.

B. Norma-Norma HAM Berdasarkan KIHSP dan Penentuan Indikator

Norma-norma HAM yang dijamin dalam KIHSP adalah:

- a. Hak bebas dari diskriminasi/non-diskriminasi (pasal ayat 1, pasal 26) dan persamaan (pasal 3);
- b. Hak atas pemulihan yang efektif (pasal 2 ayat 3);
- c. Hak hidup (pasal 6);
- d. Hak bebas dari penyiksaan atau perlakuan atau hukuman lain yang keji, tidak manusiawi atau merendahkan martabat (pasal 7);
- e. Hak untuk bebas dari perbudakan (pasal 8);
- f. Hak atas kebebasan dan keamanan pribadi dan hak untuk bebas dari pemenjaraan yang sewenang-wenang (pasal 9, 10 dan 11);
- g. Hak atas kebebasan bergerak dan memilih tempat tinggal (pasal 12 dan 13);
- h. Hak atas persamaan di muka hukum, pengadilan yang adil, praduga tidak bersalah;
- i. Hak atas pemberlakuan hukum yang berlaku surut (pasal 15);

- j. Hak atas pengakuan dihadapan hukum (pasal 16);
- k. Hak atas privasi, keluarga, rumah dan dalam hubungan korespondensi (pasal 17);
- l. Hak atas kebebasan berfikir, beragama atau berkeyakinan (pasal 18);
- m. Hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi (pasal 19);
- n. Hak atas kebebasan berkumpul dan berserikat (pasal 21 dan 22);
- o. Hak atas keluarga (pasal 23);
- p. Hak khusus anak (pasal 24);
- q. Hak kelompok minoritas (Pasal 27).

Bahwa kovenan juga memberikan sejumlah klausul terkait dengan hak-hak yang tidak dapat dikurangi dalam kondisi apapun terhadap pasal-pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16 dan 18 (pasal 4 ayat 1) KIHSP. Dalam keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa dan keberadaannya, Negara-negara Pihak kovenan dapat mengambil langkah-langkah yang mengurangi kewajiban-kewajiban mereka berdasarkan kovenan, sejauh memang sangat diperlukan dalam situasi darurat tersebut, sepanjang langkah-langkah tersebut tidak bertentangan dengan kewajiban-kewajiban lainnya berdasarkan hukum internasional dan tidak mengandung diskriminasi semata-mata berdasarkan atas ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama atau asal-usul sosial (Pasal 4 ayat 2).

Analisa qanun dilakukan berdasarkan indikator-indikator yang merujuk pada norma-norma HAM yang tertuang dalam KIHSP dan pengertian dari ketentuan-ketentuan ini secara lebih rinci sebagaimana yang tertuang dalam Komentar Umum Komite (*General Comment*).

C. Gambaran Umum Karakteristik Peraturan Daerah/ Qanun di Aceh

Bahwa sebagaimana diuraikan di atas, terdapat dua ketentuan penting yang mendasari pembentukan sejumlah peraturan daerah atau qanun yakni UU Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh dan UU No. No. 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Propinsi Daerah Istimewa Aceh.

UU No. 44 Tahun 1999 mempunyai paradigma tentang pelestarian dan pengembangan kehidupan masyarakat Aceh yang religius, menjunjung tinggi adat dan peran ulama. Paradigma inilah yang menjadi titik tolak keistimewaan Propinsi Aceh dalam mengatur segala urusan di Propinsi Aceh. Hal ini tertuang dalam bagian menimbang huruf a dan d:

"bahwa kehidupan masyarakat aceh yang religius, menjunjung tinggi adat, dan telah menempatkan ulama pada peran yang terhormat dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara perlu dilestarikan dan dikembangkan bersamaan dengan pengembangan pendidikan".

"bahwa sehubungan dengan hal-hal tersebut, serta untuk menyelenggarakan pemerintahan daerah yang memerlukan adanya jaminan kepastian hukum dalam melaksanakan segala urusan, perlu dibentuk Undang-Undang tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh".

Berdasarkan pada UU Nomor 44 Tahun 1999, penyelenggaraan keistimewaan Aceh meliputi penyelenggaraan kehidupan beragama, adat, pendidikan dan peran ulama dalam penetapan kebijakan daerah (pasal 3 ayat 2). Merujuk pada ketentuan tersebut, Pemerintah NAD mempunyai kewenangan yang luas terkait dengan berbagai aspek kehidupan di wilayah Aceh.

Dalam bidang penyelenggaraan kehidupan beragama diantaranya diwujudkan dalam bentuk pelaksanaan Syariat Islam bagi pemeluknya dalam masyarakat dan daerah mengembangkan dan menyelenggarakan kehidupan beragama dengan tetap menjaga kerukunan hidup antar umat beragama (pasal 4), termasuk membentuk lembaga agama dan mengakui lembaga agama yang sudah ada (pasal 5). Dalam bidang penyelenggaraan kehidupan adat, daerah dapat menetapkan berbagai kebijakan dalam upaya pemberdayaan, pelestarian dan pengembangan adat serta lembaga adat diwilayahnya yang dijiwai dan sesuai dengan Syariat Islam (pasal 6), termasuk dapat membentuk dan mengakui lembaga adat yang sudah ada (pasal 7).

Dalam bidang pendidikan, pendidikan di daerah diselenggarakan sesuai dengan sistem pendidikan nasional, daerah mengembangkan dan mengatur berbagai jalur, jenis, dan jenjang pendidikan serta

menambah materi muatan lokal sesuai dengan Syariat Islam, dan daerah mengembangkan dan mengatur lembaga pendidikan agama Islam bagi pemeluknya di berbagai jalur, jenis, dan jenjang pendidikan (pasal 8). Sementara peran ulama dalam penetapan kebijakan daerah adalah daerah membentuk sebuah badan yang anggotanya terdiri dari para ulama, yang bersifat independen yang berfungsi memberikan pertimbangan terhadap kebijakan daerah, termasuk bidang pemerintahan, pembangunan, dan kemasyarakatan serta tatanan ekonomi yang Islami (pasal 9).

Berdasarkan UU No. No. 18 Tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus Bagi Propinsi Daerah Istimewa Aceh. Dalam bagian menimbang, jelas dinyatakan tentang otonomi khusus bagi Propinsi Istimewa Aceh:

“bahwa untuk memberikan kewenangan yang luas dalam menjalankan pemerintahan bagi propinsi Daerah Istimewa Aceh, dipandang perlu memberikan otonomi khusus”.

UU No. 18 tahun 2001 memberikan sejumlah kewenangan khusus bagi Propinsi NAD dalam rangka pelaksanaan otonomi khusus (pasal 2 ayat 6, dan pasal 3 ayat 1). Kewenangan-kewenangan khusus tersebut diantaranya tentang keuangan Propinsi NAD yang bersumber dari pendapatan asli daerah melalui zakat (pasal 4 ayat 2), menentukan lambang Propinsi NAD (pasal 8), Lembaga Legislatif (pasal 9), Wali Nanggroe dan Tuha sebagai penyelenggara adat, budaya, dan pemersatu masyarakat (pasal 10), badan eksekutif Propinsi NAD (pasal 11-16), pemilihan dan hak pemilihan (pasal 17-20).

Propinsi NAD juga mempunyai kekhususan dalam lembaga-lembaga yudisial dan penegakan hukum. Dalam fungsi yudisial dan penegakan hukum adalah kekhususan tentang Kepolisian Daerah Propinsi NAD (pasal 21-23), Kejaksaan Propinsi NAD (pasal 24) dan Mahkamah Syariah Propinsi NAD (pasal 25-26). Mahkamah Syariah Islam NAD merupakan bagian dari sistem peradilan nasional yang bebas dari pengaruh pihak manapun yang kewenangannya didasarkan pada Syariah Islam dalam sistem hukum nasional, dan kewenangannya diberlakukan bagi pemeluk agama Islam (pasal 25). Mahkamah terdiri dari Mahkamah Syariah kabupaten/kota dan Mahkamah Syariah propinsi sebagai pengadilan tingkat banding dan tingkat kasasi dilakukan di Mahkamah Agung (pasal 26).

Berdasarkan pada kedua regulasi di atas, terdapat beberapa karakteristik qanun yang dibentuk yakni: *pertama*, peraturan daerah/qanun yang dapat dibentuk merupakan penjabaran dari hampir segenap aspek kehidupan masyarakat baik privat maupun publik. *Kedua*, landasan atau paradigma pengaturan dalam peraturan daerah/qanun yang dibentuk mendasarkan pada Syariat Islam. *Ketiga*, pelibatan unsur ulama dan partisipasi masyarakat dalam penjabaran setiap peraturan daerah/qanun. *Keempat*, adanya kekhususan dalam institusi yudisial baik aparat penegak hukumnya maupun institusi peradilanannya yang juga berlandaskan pada Syariat Islam.

D. Analisa Setiap Perda/Qanun

Analisa atas berbagai Perda/qanun di bawah ini didasarkan pada analisa terhadap isi pasal-pasal yang tertuang dalam Peraturan Daerah dan qanun (*content analysis*) dikaitkan kesesuaiannya dengan norma-norma HAM sebagaimana diatur dalam KIHSP. Analisa hanya memfokuskan pada bunyi pasal atau teks semata tanpa melihat implementasi dari pelaksanaan qanun tersebut. Dengan demikian, hasil analisa ini dapat berupa pasal-pasal qanun yang dapat dikategorikan secara jelas telah melanggar atau bertentangan dengan KISHP, atau berpotensi melanggar ketentuan dalam KIHSP karena pelanggaran tersebut hanya dapat diuji berdasarkan pada implementasinya.

1. Peraturan Daerah No. 5 Tahun 2000 Tentang Pelaksanaan Syariat Islam

Peraturan Daerah No. 5 Tahun 2000 Tentang Pelaksanaan Syariat Islam merupakan regulasi yang menjabarkan mandat UU No. 44 Tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh.¹¹ Peraturan ini mengatur tentang pelaksanaan Syariat Islam yang bertujuan mengisi bidang agama dengan menerapkan Syariat Islam dan berfungsi sebagai pedoman dasar dalam menerapkan pokok-pokok Syariat Islam di Daerah (pasal 2). Merujuk pada ketentuan di atas, Peraturan ini secara

¹¹ Peraturan ini terdiri dari sembilan (9) Bab dan 24 pasal.

umum dimaksudkan untuk mengatur pelaksanaan Syariat Islam dengan menentukan pedoman penerapan pelaksanaan Syariat Islam. Artinya, penyusunan peraturan ini memang mendasarkan pada satu nilai, yakni Syariat Islam.

Bahwa peraturan yang merujuk pada satu nilai tersebut seharusnya hanya berimplikasi pada pihak yang memang menganutnya yaitu pemeluk agama Islam. Namun, melihat cakupan yang diatur, peraturan ini akan berimplikasi pada pihak-pihak yang tidak menganut Syariat Islam. Hal ini kemudian diperjelas dalam salah satu definisi di peraturan ini, yakni pengertian tentang “masyarakat” yang didefinisikan sebagai himpunan orang-orang yang berdomisili di Propinsi Daerah Istimewa Aceh (pasal 1 angka 7). Dapat diartikan bahwa definisi “masyarakat” di sini, merujuk pada frasa “himpunan orang-orang yang berdomisili di Propinsi Daerah Istimewa Aceh” mencakup masyarakat yang beragama Islam dan yang beragama selain Islam.

Berdasarkan pada analisa ketentuan-ketentuan dalam Perda ini, terdapat sejumlah masalah terkait dengan jaminan hak-hak yang diatur dalam KIHP:

(a) Hak atas kebebasan berfikir, beragama atau berkeyakinan sebagaimana diatur dalam Pasal 18 KIHP.

Pasal 18 KIHP menyatakan :

- (1) Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, keyakinan dan beragama. Hak ini mencakup kebebasan untuk menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan, baik secara sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, baik di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, pentaatan, pengamalan, dan pengajaran.
- (2) Tidak seorangpun dapat dipaksa sehingga terganggu kebebasannya untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaannya sesuai dengan pilihannya.

- (3) Kebebasan menjalankan dan menentukan agama atau kepercayaan seseorang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau moral masyarakat, atau hak-hak dan kebebasan mendasar orang lain.
- (4) Negara Pihak dalam Kovenan ini berjanji untuk menghormati kebebasan orang tua dan apabila diakui, wali hukum yang sah, untuk memastikan bahwa pendidikan agama dan moral bagi anak-anak mereka sesuai dengan keyakinan mereka sendiri.

Pasal 18 KIHSP telah menentukan jaminan hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan dan kemudian diberikan pengertian yang lebih rinci dalam Komentar Umum Komite No. 22. Hak-hak kebebasan beragama atau berkeyakinan dapat dibatasi hanya jika diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau hak dan kebebasan mendasar orang lain; suatu persyaratan yang ketat. Pembatasan itupun tidak boleh diskriminatif dan sebanding.

Sementara Asma Jahangir, Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan, dan pendahulunya, Abdelfattah Amor, mengkritik peraturan-peraturan yang mensyaratkan penggunaan busana yang menunjukkan agama di area publik, dan Jahangir menyatakan bahwa “penggunaan metode pemaksaan dan sanksi yang diterapkan kepada individu-individu yang tidak ingin mengenakan busana atau simbol tertentu yang menunjukkan agama dianggap dapat dihukum atas nama agama” secara umum bertentangan dengan hukum HAM. Hukum HAM juga menjamin hak kebebasan berekspresi, dan Komite HAM, badan yang bertugas mengawasi pelaksanaan KIHSP, mencatat bahwa hukum-hukum yang secara spesifik mengatur busana yang boleh dikenakan oleh perempuan di muka publik dapat melanggar hak ini, maupun hak kebebasan beragama dan hak untuk bebas dari diskriminasi.

Terdapat tiga masalah pokok yang terkait dengan pelanggaran hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan: *Pertama*, jaminan kebebasan hak atas berfikir, beragama atau berkeyakinan bagi pemeluk agama lain selain Islam. *Kedua*, jaminan kebebasan berfikir, beragama atau berkeyakinan orang-orang yang beragama Islam. *Ketiga*, peranan dan kewenangan

pemerintah daerah dalam pelaksanaan Syariat Islam sebagaimana diatur dalam regulasi ini.

Terkait dengan hal pertama, jaminan kebebasan hak atas berfikir, beragama atau berkeyakinan bagi pemeluk agama lain selain Islam, Perda ini pada satu sisi telah memberikan jaminan kebebasan beragama dan berkeyakinan atas pemeluk agama selain Islam, tetapi juga memberikan pembatasan yang berpotensi melanggar hak atas kebebasan berfikir, beragama atau berkeyakinan, seperti berikut:

- 1) Sebagaimana dinyatakan pada pasal 2 ayat (2), menegaskan adanya pengakuan agama-agama selain Islam dan pemeluknya dapat menjalankan ajaran agamanya masing-masing. Namun, hanya menyebutkan kata “agama”, yang merupakan pelanggaran Pasal 18 KISHP.

“keberadaan agama lain di luar agama Islam tetap diakui di daerah ini, dan pemeluknya dapat menjalankan ajaran agamanya masing-masing”.

Berdasarkan Komentar Umum Pasal 18 KIHSP, jaminan hak atas berpikir, berkeyakinan, dan beragama (yang termasuk kebebasan untuk menganut kepercayaan) bersifat luas dan mendalam dan melindungi kepercayaan-kepercayaan tauhid, nontauhid, dan ateisme, serta hak untuk tidak menganut agama atau kepercayaan apa pun. Pasal 18 KIHSP tidak membatasi penerapannya hanya pada agama-agama tradisional atau agama-agama dan kepercayaan-kepercayaan yang memiliki karakteristik institusional atau praktik-praktik yang serupa dalam agama-agama tradisional tersebut. Ketentuan dalam Perda ini, yang hanya mencantumkan kata “agama”, dapat ditafsirkan hanya mengakui “agama” dan tidak termasuk “keyakinan atau kepercayaan” yang bukan agama. Jika “keyakinan atau kepercayaan” tidak diakui keberadaanya, maka merupakan pelanggaran terhadap pasal 18 KIHSP.

- 2) Dalam pasal 4 ayat (3) dan pasal 5 ayat (1) menimbulkan potensi pembatasan pelaksanaan ajaran agama selain Islam di wilayah NAD. Dalam pasal 4 ayat (3) menyatakan:

“Setiap warga negara RI atau siapapun yang bertempat tinggal atau singgah di Daerah Istimewa Aceh wajib menghormati pelaksanaan Syariat Islam di Daerah”.

Sementara pasal 5 ayat (1) menyebutkan:

“Untuk mewujudkan keistimewaan Aceh di bidang penyelenggaraan kehidupan beragama, setiap orang atau badan hukum yang berdomisili di Daerah, berkewajiban menjunjung tinggi pelaksanaan Syariat Islam dalam kehidupannya”.

Dalam dua ketentuan tersebut, frasa “Setiap warga negara RI atau siapapun yang bertempat tinggal atau singgah di Daerah Istimewa Aceh” dalam Pasal 4 ayat (3), dan frasa “setiap orang” dalam pasal 5 ayat (1) dapat ditafsirkan termasuk orang-orang yang bukan beragama Islam. Artinya, mereka mempunyai kewajiban untuk “menghormati pelaksanaan Syariat Islam di Daerah” dan “berkewajiban menjunjung tinggi pelaksanaan Syariat Islam dalam kehidupannya”.

Frasa “menghormati” dan “menjunjung tinggi” tidak mempunyai penjelasan yang memadai, yang bisa memberikan batasan dan panduan bagaimana setiap orang, khususnya yang tidak beragama Islam, harus “menghormati” dan “menjunjung tinggi”. Kewajiban untuk menghormati dan menjunjung tinggi pelaksanaan Syariat Islam, dengan batasan yang tidak jelas, berpotensi melanggar jaminan kebebasan pelaksanaan penganut agama, keyakinan atau kepercayaan lain selain Islam.

Hal tersebut merupakan pelanggaran berdasarkan Pasal 18 KIHSP, karena cakupan pelaksanaan dan pengamalan agama atau keyakinan sebagaimana dinyatakan dalam Komentar Umum Pasal 18 KISHP diantaranya:

- ❖ kebebasan untuk menjalankan agama atau kepercayaan dapat dilakukan “baik secara individu maupun bersama-sama dengan orang lain, dan baik di tempat umum atau tertutup”.
- ❖ kebebasan untuk menjalankan agama dan kepercayaan dalam ibadah, ketaatan, pengamalan, dan pengajaran mencakup berbagai kegiatan.
- ❖ konsep ibadah mencakup kegiatan ritual dan seremonial yang merupakan pengungkapan langsung dari kepercayaan

seseorang, penggunaan cara-cara dan obyek-obyek ritual, penunjukan simbol-simbol, dan menjalankan hari raya dan hari istirahat.

- ❖ pelaksanaan dan praktik agama atau kepercayaan mungkin tidak hanya mencakup kegiatan-kegiatan seremonial, tetapi juga kebiasaan-kebiasaan seperti peraturan tentang makanan, pemakaian pakaian tertentu atau penutup-kepala, keterlibatan dalam ritual-ritual yang berhubungan dengan tahapan-tahapan tertentu dalam hidup manusia, dan pemakaian bahasa tertentu yang biasa digunakan dalam suatu kelompok.
- ❖ pengamalan dan pengajaran agama atau kepercayaan mencakup kegiatan-kegiatan integral yang dilakukan oleh kelompok-kelompok agama berkaitan dengan urusan-urusan mendasar mereka, seperti kebebasan untuk memilih pemimpin agama, pendeta, dan guru, kebebasan untuk membentuk seminari atau sekolah agama, dan kebebasan untuk membuat dan menyebarkan teks-teks atau publikasi-publikasi agama.

- 3) Pasal 7 Perda merupakan ketentuan yang melanggar Pasal 18 KIHSP, karena adanya ketentuan yang dimaksudkan untuk mencegah dan memberantas segala bentuk tindakan dan/atau perbuatan yang bersifat kufur, syirik, khurafat, atheisme dan gejala-gejala lainnya yang menjurus ke arah itu, yang bertentangan dengan aqidah Islamiyah.

Pasal 7 :

“Pemerintah daerah dan masyarakat wajib mencegah dan memberantas segala bentuk tindakan dan/atau perbuatan yang bersifat kufur, syirik, khurafat, atheisme dan gejala-gejala lainnya yang menjurus ke arah itu, yang bertentangan dengan aqidah Islamiyah”.

Bahwa pengertian “segala bentuk tindakan dan/atau perbuatan yang bersifat kufur, syirik, khurafat, atheisme dan gejala-gejala lainnya yang menjurus ke arah itu yang bertentangan dengan aqidah Islamiyah” merupakan perbuatan atau tindakan yang menjadi bagian dari pelaksanaan ajaran agama atau keyakinan selain Islam. Dalam hal

tindakan tersebut menjadi obyek tindakan yang harus dicegah dan diberantas karena dianggap bertentangan dengan aqidah Islamiyah, padahal kemungkinan merupakan pelaksanaan ajaran agama, kepercayaan atau keyakinan lain, maka merupakan pelanggaran Pasal 18 KIHSP. Kecuali bahwa perbuatan tersebut dipahami sebagai bagian dari implementasi pelaksanaan dalam menjalankan ajaran agama sebagaimana dijamin dalam pasal 2 ayat (2) Perda.

Kemudian, adanya klausul “mencegah dan memberantas segala bentuk tindakan dan/atau perbuatan yang bersifat kufur, syirik, khurafat, atheisme dan gejala-gejala lainnya yang menjurus ke arah itu” merupakan pelanggaran pasal 18 KIHSP. Sebagaimana telah disebutkan di atas, cakupan perlindungan yang dijamin dalam Pasal 18 KIHSP termasuk melindungi kepercayaan tauhid, non tauhid dan atheisme, serta hak untuk tidak menganut agama atau kepercayaan apapun.

- 4) Pasal 13 ayat (4) juga berpotensi melanggar pasal 18 KIHSP, karena pasal ini menyatakan setiap warga masyarakat wajib melaksanakan dan mendukung pelaksanaan *amar makruf nahi mungkar*, sesuai dengan kemampuan yang dimiliki. Dalam ketentuan ini frasa “amar makruf nahi mungkar” tidak didefinisikan secara jelas, hal ini berpotensi melanggar pelaksanaan kebebasan beragama atau berkeyakinan pemeluk agama selain Islam.
- 5) Pasal 15 ayat(2) menyatakan “pemerintah daerah dan institusi masyarakat wajib mencegah dan meniadakan perilaku masyarakat yang tidak sesuai dengan prinsip Syariat Islam”. Frasa “perilaku masyarakat yang tidak sesuai dengan prinsip Syariat Islam” juga tidak diberikan definisi yang cukup jelas, dan jika berkaitan dengan pelaksanaan kebebasan beragama atau berkeyakinan pemeluk agama selain Islam, merupakan ketentuan yang berpotensi melanggar ketentuan pasal 18 KIHSP.
- 6) Pasal 15 ayat (4) menyatakan “setiap pemeluk agama selain Islam diharapkan menghormati dan menyesuaikan pakaian/busananya sehingga tidak melanggar tata krama dan kesopanan dalam masyarakat”. Sementara Pasal 15 ayat (5) yang menyatakan para pelancong/ wisatawan dari luar daerah/luar negeri supaya dapat menyesuaikan

tindakan, kegiatan dan busananya dengan kehidupan masyarakat Aceh yang Islami". Ketentuan ini tidak diberikan definisi yang cukup jelas sehingga berpotensi melanggar hak kebebasan beragama atau berkeyakinan pemeluk agama selain Islam sebagaimana dimaksud pasal 18 KIHSP.

Terkait dengan yang kedua, jaminan kebebasan berfikir, beragama atau berkeyakinan orang-orang yang beragama Islam. Terdapat sejumlah ketentuan yang merupakan kewajiban pemeluk agama Islam sebagaimana diatur dalam Perda ini, yakni:

- a) Setiap pemeluk agama Islam wajib mentaati, mengamalkan/ menjalankan Syariat Islam secara kaffah dalam kehidupan sehari-hari dengan tertib dan sempurna (pasal 4 ayat 1).
- b) Kewajiban mentaati dan mengamalkan/menjalankan Syariat Islam dilaksanakan dalam kehidupan sehari-hari melalui diri pribadi, keluarga, masyarakat dalam kehidupan bangsa dan negara (pasal 4 ayat 2).
- c) Setiap muslim wajib mengokohkan dan mengisi akidah Islamiyah berdasarkan *ahlussunah wahjamaah* dalam jiwa dan perilaku pribadinya, keluarga dan masyarakat (pasal 6 ayat 1).
- d) Setiap muslim wajib melaksanakan ibadah sesuai dengan tuntutan Syariat Islam (pasal 8 ayat 1).
- e) Setiap muslim wajib menunda/menghentikan segala kegiatannya pada waktu-waktu tertentu untuk melaksanakan ibadah (pasal 8 ayat 2).
- f) Setiap muslim dan muslimah wajib berbusana sesuai dengan tuntutan ajaran Islam, baik dalam kehidupan keluarga maupun dalam pergaulan masyarakat (pasal 15 ayat 3).

Terhadap sejumlah ketentuan tentang kewajiban penganut agama Islam (muslim dan muslimah) sebagaimana diatur diatas, banyak memberikan kewajiban yang bersifat abstrak, yang dalam implementasinya berpotensi melanggar hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan sebagaimana dinyatakan dalam pasal 18 KISHP.

Pertama, adanya sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 4 ayat (1) dan (2), Pasal 6 ayat (1), Pasal 8 ayat (1) dan (2), merupakan pelanggaran Pasal 18 KIHSP, karena mengatur tentang kewajiban pelaksanaan kebebasan beribadah yang seharusnya tidak bisa dicampuri.

Kedua, adanya kewajiban untuk “mengokohkan dan mengisi akidah Islamiyah berdasarkan *ahlussunah wahjamaah* dalam jiwa dan perilaku pribadinya, keluarga dan masyarakat”. Paham “*ahlussunah wahjamaah*” hanya merupakan salah satu aliran dalam ajaran Islam. Faktanya masih terdapat aliran lain dalam ajaran Islam selain “*ahlussunah wahjamaah*”, sehingga pengakuan tunggal aliran “*ahlussunah wahjamaah*” berpotensi melanggar hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan pemeluk agama Islam dari aliran lainnya. Hal ini merupakan pelanggaran terhadap Pasal 18 KIHSP.

Ketiga, muslim dan muslimah wajib berbusana sesuai dengan tuntutan ajaran Islam, baik dalam kehidupan keluarga maupun dalam pergaulan masyarakat (pasal 15 ayat (3)), meskipun tidak diatur secara diskriminatif karena mewajibkan setiap muslim dan muslimah, tetap merupakan pelanggaran HAM, khususnya atas pelanggaran pelaksanaan hak atas kebebasan beribadah.

Terkait dengan yang ketiga, yakni peran dan kewenangan pemerintah daerah dalam pelaksanaan Syariat Islam yang berpotensi melanggar ketentuan Pasal 18 KIHSP, seperti:

- 1) Pasal 3 menyatakan pemerintah daerah mempunyai peranan yang sangat luas mencakup kewajiban mengembangkan, membimbing dan mengawasi Syariat Islam. Hal ini bertentangan dengan hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan sebagaimana diatur dalam Pasal 18 KIHSP, karena pemerintah daerah mempunyai kewajiban dan kewenangan untuk melakukan tindakan-tindakan yang memasuki wilayah kebebasan internal atas hak kebebasan beragama atau berkeyakinan, yang seharusnya dalam konteks terbatas dan dibenarkan, hanya dibolehkan atas pelaksanaan kebebasan beragama atau berkeyakinan yang bersifat eksternal.

- 2) Pasal 7 yang menyatakan Pemerintah daerah dan masyarakat wajib mencegah dan memberantas segala bentuk tindakan dan/atau perbuatan yang bersifat kufur, syirik, khurafat, atheisme dan gejala-gejala lainnya yang menjurus ke arah itu, yang bertentangan dengan aqidah Islamiyah (pasal 7). Ketentuan ini, tidak memberikan batasan yang jelas tentang “mencegah dan memberantas”, sehingga memberikan kewenangan yang luas bagi Pemda untuk melakukan tindakan “mencegah dan memberantas”. Hal ini bertentangan dengan pasal 18 KIHSP karena hak atas beragama atau berkeyakinan memiliki dimensi yang luas, termasuk terhadap kepercayaan-kepercayaan tauhid, non-tauhid, dan atheisme, serta hak untuk tidak menganut agama atau kepercayaan apa pun. Tindakan “mencegah dan memberantas” ini berpotensi melanggar jaminan hak atas keyakinan sebagaimana dimaksud pasal 18 KIHSP.
- 3) Pasal 10 ayat (1), pasal 11 ayat (2), pasal 12 ayat (2) dan pasal 15 ayat (2) bertentangan dengan pasal 18 KIHSP karena adanya kewenangan atau memandatkan Pemda untuk mengatur, mengawasi dan menertibkan berbagai aspek kehidupan individu yang berdasarkan pada satu aspek nilai yakni Syariat Islam.

Ketentuan tersebut adalah: pemda mengatur, menertibkan dan mengawasi pelaksanaan segala sesuatu yang berkaitan dengan muamalah di dalam kehidupan masyarakat menurut ketentuan Syariat Islam (pasal 10 ayat 1); pemda berkewajiban untuk mencegah segala sesuatu yang dapat mengakibatkan terjadinya kerusakan akhlak atau dekadensi moral (pasal 11 ayat 2); pemda mengatur tata tertib pergaulan dalam kehidupan bermasyarakat sesuai dengan tuntutan Syariat Islam (pasal 12 ayat 1); Pemda wajib mencegah dan meniadakan perilaku masyarakat yang tidak sesuai dengan prinsip Syariat Islam (pasal 15 ayat 2). Kesemua ketentuan tersebut merupakan ketentuan yang mengatur aspek moral warga masyarakat, yang seharusnya bersumber dari berbagai unsur yang beragam dan mencerminkan pandangan-pandangan yang beragam.

Titik tekan dalam konteks ini adalah pengambilan landasan pengaturan hanya dari satu konsep atau agama tertentu saja yakni Syariat Islam. Berdasarkan pada ketentuan dalam Komentar Umum Pasal 18 KHISP,

konsep moral berasal dari banyak tradisi sosial, filosofi, dan agama dan oleh karenanya, pembatasan terhadap kebebasan untuk menjalankan agama atau kepercayaan untuk tujuan melindungi moral harus didasarkan pada prinsip-prinsip yang diambil tidak hanya dari satu tradisi saja.

Selain itu, peran pemerintah tersebut merupakan bagian dari pembatasan yang melanggar pembatasan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 18 KIHSP. Pemerintah hanya diperbolehkan melakukan pembatasan atas kebebasan beragama atau berkeyakinan hanya jika diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau hak dan kebebasan mendasar orang lain, suatu persyaratan yang ketat dan pembatasan itupun tidak boleh diskriminatif dan sebanding.

Selain berbagai potensi pelanggaran terhadap pasal 18 KIHSP di atas, terdapat ketentuan pidana, yang dinyatakan sebagai pelanggaran, namun berwenang menghukum baik orang muslim atau yang tidak beragama Islam, atas pelanggaran beberapa pasal yang diatur dalam Perda, dengan hukuman pidana kurungan, denda dan juga sanksi adat. Ketentuan Pidana ini dituangkan dalam Pasal 19 :

Ayat (1) :

“Barang siapa yang melanggar ketentuan sebagaimana dinyatakan dalam pasal 4 ayat (1) dan (3), pasal 5 ayat (1), pasal 8 ayat (2) dan ayat (4), pasal 11 ayat (3), pasal 15 ayat (3) Peraturan Daerah ini, diancam dengan pidana kurungan paling lama 3 (tiga) bulan atau denda paling banyak Rp 2.000.000,- (dua juta rupiah)”.

Ayat (3) :

“Selain sanksi pidana umum sebagaimana dimaksud dalam pasal 19 ayat (1) kepada pelanggar dapat juga dikenakan sanksi adat sebagaimana diatur dalam Peraturan Daerah tentang Penyelenggaraan Kehidupan Adat”.

Ketentuan tersebut melanggar ketentuan pasal 18 KISHP, karena termasuk melakukan pemaksaan terhadap pelaksanaan kebebasan beragama atau berkeyakinan. Berdasarkan Komentar Umum Pasal 18 KIHSP, pemaksaan yang dapat melanggar hak untuk menganut atau menerima suatu agama atau kepercayaan, termasuk penggunaan ancaman kekerasan fisik atau sanksi hukum guna memaksa orang-orang yang percaya atau tidak percaya

untuk menaati kepercayaan dan penganut agama mereka, untuk menolak agama atau kepercayaan mereka, atau untuk mengganti agama atau kepercayaan mereka. Sebagai pelanggaran atas hak untuk bebas beragama dan berkeyakinan.

Hak Atas Kepastian Hukum

Pasal 15 KIHSP, menyatakan:

- (1) Tidak seorang pun dapat dinyatakan bersalah atas suatu tindak pidana karena melakukan atau tidak melakukan tindakan yang bukan merupakan tindak pidana pada saat dilakukannya, baik berdasarkan hukum nasional maupun internasional. Tidak pula diperbolehkan untuk menjatuhkan hukuman yang lebih berat daripada hukuman yang berlaku pada saat tindak pidana tersebut dilakukan. Apabila setelah dilakukannya suatu tindak pidana muncul ketentuan yang lebih ringan hukumannya, maka pelaku harus mendapatkan keuntungan dari ketentuan tersebut.
- (2) Tidak ada satu hal pun dalam Pasal ini yang dapat merugikan persidangan dan penghukuman terhadap seseorang atas tindakan yang dilakukan atau yang tidak dilakukan, yang pada saat hal itu terjadi masih merupakan suatu kejahatan menurut asas-asas hukum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Pasal 15 tersebut mewajibkan bahwa semua tindak pidana harus secara memadai diuraikan dalam hukum, dengan menerapkan prinsip-prinsip kepastian hukum dan keterdugaan (*foreseeability*), mensyaratkan bahwa hukum pidana harus cukup sempit dan ditarik secara tepat untuk menjadikan perilaku khusus sebagai targetnya. Bahwa dalam peraturan ini sebagaimana dimaksud dalam pasal 19 memberikan sanksi pidana terhadap pasal 4 ayat (1) dan (3), pasal 5 ayat (1), pasal 8 ayat (2) dan ayat (4), pasal 11 ayat (3), pasal 15 ayat (3), merupakan pelanggaran pasal 15 KIHSP. Karena berbagai peraturan yang diatur dalam pasal 19 peraturan ini merupakan perbuatan yang dari sisi rumusannya tidak memberikan kejelasan yang melanggar prinsip-prinsip kepastian hukum dan merupakan perbuatan yang seharusnya tidak dapat dipidana berdasarkan hukum HAM internasional.

Hak Atas Peradilan Yang Adil

Pasal 14 KIHSP menjamin bagi semua orang hak atas persidangan yang adil dan terbuka oleh pengadilan yang kompeten, independen dan tidak memihak yang ditetapkan oleh hukum, dan hak akses ke pengadilan. Akses ke pengadilan harus secara efektif dijamin dalam semua untuk memastikan bahwa tidak ada individu yang dirampas, dalam hal prosedural, haknya untuk mengklaim keadilan. Pengadilan yang berdasarkan pada hukum adat kebiasaan harus memenuhi persyaratan dasar pengadilan yang adil, termasuk jaminan atas persidangan yang adil dan terbuka dan praduga tak bersalah.

Bahwa Pasal 19 ayat (3) peraturan daerah ini menyatakan kepada pelanggar dapat juga dikenakan sanksi adat sebagaimana diatur dalam peraturan daerah tentang Penyelenggaraan Kehidupan Adat. Ketentuan ini berpotensi melanggar jaminan hak atas peradilan yang adil sebagaimana dijamin dalam pasal 14 KIHSP, karena sistem peradilan adat seringkali tidak memberikan jaminan atas hak-hak peradilan yang adil.

Hak Atas Privasi

Pasal 17 KIHSP menyatakan :

- (1) Tidak boleh seorang pun yang dapat secara sewenang-wenang atau secara tidak sah dicampuri masalah-masalah pribadinya, keluarganya, rumah atau hubungan surat-menyuratnya, atau secara tidak sah diserang kehormatan dan nama baiknya.
- (2) Setiap orang berhak atas perlindungan hukum terhadap campur tangan atau serangan seperti tersebut di atas.

Berbagai pengaturan dalam sejumlah perda ini, diantaranya yang mengatur kehidupan beribadah dan keyakinan pemeluk agama Islam, pemeluk agama atau keyakinan non Islam, dan peranan pemerintah dalam membatasi berbagai tindakan, adalah berpotensi pelanggaran terhadap hak atas privasi sebagaimana pasal 17 KIHSP.

Pertama, terhadap pemeluk agama atau keyakinan non Islam dalam:

- Pasal 4 ayat (3) dan pasal 5 ayat (1): diwajibkan menghormati pelaksanaan Syariat Islam di daerah dan menjunjung tinggi pelaksanaan Syariat Islam dalam kehidupannya;
- Pasal 7: segala bentuk tindakan dan/atau perbuatan yang bersifat kufur, syirik, khurafat, atheisme dan gejala-gejala lainnya yang menjurus ke arah itu, yang bertentangan dengan aqidah Islamiyah akan diberantas;
- Pasal 13 ayat (4): setiap warga masyarakat wajib melaksanakan dan mendukung pelaksanaan amar makruf nahi mungkar, sesuai dengan kemampuan yang dimiliki;
- Pasal 15 ayat (2): pemerintah daerah dan institusi masyarakat wajib mencegah dan meniadakan perilaku masyarakat yang tidak sesuai dengan prinsip Syariat Islam;
- Pasal 15 ayat (4): setiap pemeluk agama selain Islam diharapkan menghormati dan menyesuaikan pakaian/busananya sehingga tidak melanggar tata krama dan kesopanan dalam masyarakat;
- Pasal 15 ayat (5): para pelancong/wisatawan dari luar daerah/ luar negeri supaya dapat menyesuaikan tindakan, kegiatan dan busananya dengan kehidupan masyarakat Aceh yang Islami.

Kedua, terhadap pemeluk agama Islam (muslim dan muslimah), berpotensi terlanggar hak-hak privasinya diantaranya tertuang dalam pasal :

- Pasal 4 ayat (1): setiap pemeluk agama Islam wajib mentaati, mengamalkan/menjalankan Syariat Islam secara kaffah dalam kehidupan sehari-hari dengan tertib dan sempurna;
- Pasal 4 ayat (2): kewajiban menaati dan mengamalkan/menjalankan Syariat Islam dilaksanakan dalam kehidupan sehari-hari melalui diri pribadi, keluarga, masyarakat dalam kehidupan berbangsa dan bernegara;
- Pasal 6 ayat (1): setiap muslim wajib mengokohkan dan mengisi akidah Islamiyah berdasarkan ahlussunah wahjamaah dalam jiwa dan perilaku pribadinya, keluarga dan masyarakat;
- Pasal 8 ayat (1): setiap muslim wajib melaksanakan ibadah sesuai dengan tuntutan Syariat Islam;

- Pasal 8 ayat (2): setiap muslim wajib menunda/menghentikan segala kegiatannya pada waktu-waktu tertentu untuk melaksanakan ibadah;
- Pasal 15 ayat (3): setiap muslim dan muslimah wajib berbusana sesuai dengan tuntutan ajaran Islam, baik dalam kehidupan keluarga maupun dalam pergaulan masyarakat.

Ketiga, tentang peran pemerintah daerah yang berpotensi melanggar hak atas privasi diantaranya, karena pemerintah daerah mempunyai peranan yang sangat luas yang bersinggungan dengan hak-hak privasi masyarakat. Pada pasal 7 dinyatakan bahwa pemerintah daerah dan masyarakat wajib mencegah dan memberantas segala bentuk tindakan dan/atau perbuatan yang bersifat kufur, syirik, khurafat, atheisme dan gejala-gejala lainnya yang menjurus ke arah itu, yang bertentangan dengan aqidah Islamiyah. Pasal 10 ayat (1), pasal 11 ayat (2), Pasal 12 ayat (2) dan Pasal 15 ayat (2) memberikan kewenangan Pemda untuk mengatur, mengawasi, menertibkan dan mencegah berbagai aspek kehidupan individu, yang dilakukan hanya berdasarkan pada satu aspek nilai yakni Syariat Islam.

Selain itu, berbagai perbuatan yang seharusnya dilindungi karena merupakan hak privasi, justru dikenai sanksi pidana, sebagaimana diatur dalam pasal 19 perda ini.

Hak atas Persamaan dan Non diskriminasi sebagaimana dinyatakan dalam pasal 2 ayat (1), pasal 3 dan pasal 26 KIHSP

Pasal 3 menyatakan bahwa laki-laki dan perempuan harus menikmati akses yang setara terhadap hak-hak sipil dan politik yang diatur dalam Kovenan, prinsip yang disebutkan juga dalam Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan (CEDAW). KIHSP menegaskan kesetaraan semua orang, termasuk hak atas privasi (pasal 17) dan kebebasan berekspresi (pasal 19). Hak-hak ini membutuhkan kebebasan menjalani kehidupan intim tanpa gangguan, kebebasan seseorang untuk berekspresi, termasuk identitas jender seseorang, melalui pakaian atau perilaku, dan kebebasan bergerak dan bertemu di muka publik tanpa takut adanya pelecehan atau penyerangan terhadapnya.

Bahwa secara umum ketentuan dalam Perda ini, masih mengatur berbagai ketentuan yang melanggar pasal 18 KIHSP, baik terjadi pelanggaran karena norma yang diatur secara jelas, atau karena rumusan definisi dan pengertian dalam beberapa ketentuan yang diatur tidak jelas sehingga berpotensi terjadi pelanggaran. Beberapa pengaturan dalam Perda ini, khususnya yang terkait dengan sejumlah larangan dan pengaturan, merupakan pembatasan dalam konteks kebebasan beragama atau berkeyakinan merupakan pembatasan.

Pasal 18 ayat (3) KIHSP memang memberikan ketentuan tentang pembatasan yang dibolehkan, namun pembatasan yang diterapkan harus dijamin oleh hukum dan tidak boleh diterapkan dengan cara-cara yang dapat melanggar hak-hak yang dijamin di pasal 18 ayat (3). Pembatasan tidak dibolehkan berdasarkan hal-hal yang tidak dinyatakan di pasal tersebut, diantaranya hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau moral masyarakat, atau hak-hak dan kebebasan mendasar orang lain.

Beberapa klausul tentang pembatasan sebagaimana maksud dari pasal 18 KIHSP adalah :

- a) Pembatasan-pembatasan dapat diterapkan hanya untuk tujuan-tujuan sebagaimana yang telah diatur serta harus berhubungan langsung dan sesuai dengan kebutuhan khusus yang sudah ditentukan.
- b) Pembatasan tidak boleh diterapkan untuk tujuan-tujuan yang diskriminatif atau diterapkan dengan cara yang diskriminatif. Konsep moral berasal dari banyak tradisi sosial, filosofi, dan agama. Oleh karenanya, pembatasan terhadap kebebasan untuk menjalankan agama atau kepercayaan untuk tujuan melindungi moral harus didasarkan pada prinsip-prinsip yang diambil tidak hanya dari satu tradisi saja.

Bahwa landasan Syariah Islam sebagai satu-satunya landasan dalam mengatur berbagai ketentuan dalam perda ini, jika dikaitkan dengan ketentuan pasal 18 KIHSP berpotensi adalah pelanggaran. Berdasarkan Komentar Umum Pasal 18, dalam hal suatu agama diakui sebagai agama

negara, atau bahwa agama tersebut dinyatakan sebagai agama resmi atau tradisi, atau bahwa penganut agama tersebut terdiri dari mayoritas penduduk, tidak boleh menyebabkan tidak dinikmatinya hak-hak yang dijamin oleh Kovenan, termasuk oleh pasal 18 dan pasal 27, maupun menyebabkan diskriminasi terhadap penganut agama lain atau orang-orang yang tidak beragama atau berkepercayaan.

Langkah-langkah tertentu yang mendiskriminasi, seperti langkah-langkah yang membatasi akses terhadap pelayanan pemerintah hanya bagi anggota agama yang dominan atau memberikan kemudahan-kemudahan ekonomi hanya bagi mereka atau menerapkan pembatasan khusus terhadap praktik kepercayaan lain, adalah tidak sesuai dengan pelarangan diskriminasi berdasarkan agama atau kepercayaan dan jaminan terhadap perlindungan yang setara dalam pasal 26. Langkah-langkah yang diatur oleh pasal 20 ayat (2) KIHSP mencakup perlindungan dari pelanggaran terhadap hak-hak agama minoritas dan kelompok agama lainnya untuk melaksanakan hak-hak yang dijamin oleh pasal 18 dan pasal 27, dan dari tindakan-tindakan kekerasan atau diskriminasi terhadap kelompok-kelompok tersebut.

Hak kelompok minoritas sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 27 KIHSP

Secara umum perda ini, yang mendasarkan pada penerapan syariat Islam berpotensi melanggar hak-hak individu-individu yang termasuk dalam kelompok minoritas. Disadari bahwa perda ini ditujukan kepada pemeluk agama Islam, namun dalam berbagai ketentuannya juga berimplikasi pada penganut agama lain, dengan adanya frasa “masyarakat” dan berbagai pengaturan tentang kewajiban bagi pemeluk agama selain Islam.

Landasan perda, diantaranya yang mengatur tentang tata kehidupan dalam masyarakat yang bersumber pada satu nilai yakni Syariat Islam berpotensi melanggar ketentuan pasal 27. Berdasarkan Komentar Umum Pasal 27, individu-individu yang berasal dari kelompok-kelompok minoritas tidak boleh disangkal haknya, dalam masyarakat dengan anggota-anggota dari kelompoknya, untuk menikmati budayanya sendiri, untuk mempraktikkan

agama mereka, dan untuk berbicara dalam bahasa mereka. Pembatasan dalam sejumlah ketentuan dalam perda ini yang dalam implementasinya mengingkari hak-hak individu dari kelompok minoritas, adalah pelanggaran terhadap Pasal 27 KIHSP.

Selain itu, meskipun Perda ini dimaksudkan untuk mengatur secara khusus di wilayah Aceh, penerapannya tidak boleh mendiskriminasi kelompok-kelompok lain, khususnya kelompok minoritas. Hak yang dijamin berdasarkan pasal 2 ayat 1 KIHSP, yaitu hak untuk menikmati hak-hak dalam Kovenan tanpa diskriminasi, berlaku bagi semua individu dalam suatu wilayah atau yurisdiksi negara tanpa melihat apakah individu tersebut berasal dari kelompok minoritas atau bukan.

2. Peraturan Daerah No. 7 tahun 2000 Tentang Penyelenggaraan Kehidupan Adat

Peraturan Daerah No. 7 tahun 2000 mengatur tentang kehidupan adat yang bertujuan untuk membakukan, mendorong, menunjang dan meningkatkan partisipasi masyarakat guna kelancaran penyelenggaraan kehidupan adat istiadat dan hukum adat di daerah (pasal 7 ayat 1). Tujuan adat dalam Perda ini adalah membentuk manusia berakhak mulia, bermartabat dan berbudaya (pasal 7 ayat 2). Sementara fungsi kehidupan adat adalah guna melaksanakan dan mengefektifkan adat istiadat dan hukum adat untuk membina masyarakat (pasal 8).

Ketentuan yang berpotensi melanggar KISHP adalah terkait dengan pengertian hukum adat, adat istiadat dan kebiasaan-kebiasaan yang menjadi landasan pengaturan. Dalam beberapa pengertian tersebut mengakui hukum yang berkembang dalam masyarakat, misalnya pengertian tentang "hukum adat" yakni hukum adat Aceh yang hidup dan berkembang dalam masyarakat daerah (Pasal 1 angka 18). Namun landasan utama adalah Syariat Islam, sebagaimana pengertian tentang "Adat Istiadat" yakni aturan atau perbuatan yang bersendikan Syariat Islam yang lazim dituruti, dihormati, dimuliakan sejak dulu dan dijadikan landasan hidup (Pasal 1 angka 19)

Perda ini jelas menyatakan bahwa hukum adat, adat istiadat dan kebiasaan-kebiasaan yang tidak bertentangan dengan Syariat Islam-lah yang harus dipertahankan. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2:

“Hukum adat, adat istiadat dan kebiasaan-kebiasaan yang masih berlaku, hidup dan berkembang dalam masyarakat Aceh, sepanjang tidak bertentangan dengan Syariat Islam-lah yang harus dipertahankan.”

Kemudian dalam penyelenggaraan kehidupan adat di daerah yang menjadi tolok ukur adalah Syariat Islam (pasal 3). Kedua ketentuan tersebut, jelas mengindikasikan bahwa sumber penyelenggaraan kehidupan Adat Aceh hanya bersumber pada satu pandangan yaitu Syariat Islam atau hukum adat, adat istiadat dan kebiasaan-kebiasaan lainnya yang tidak bertentangan dengan Syariat Islam.

Merujuk pada tujuan Perda ini, yakni membentuk manusia berakhlak mulia, bermartabat dan berbudaya. Sedangkan fungsi kehidupan adat adalah guna melaksanakan dan mengefektifkan adat istiadat dan hukum adat untuk membina masyarakat, maka pembentukan manusia dan pembinaan dilakukan dengan landasan tunggal yaitu Syariat Islam.

Ketentuan ini berpotensi melanggar pasal 27 KIHSP, jika menafikkan kelompok minoritas yang mempunyai hukum adat, adat istiadat dan kebiasaan-kebiasaan yang masih berlaku, hidup dan berkembang dalam masyarakat Aceh, yang kemungkinan bertentangan dengan syariat Islam. Pasal 27 KIHSP menyebutkan bahwa di negara-negara yang memiliki kelompok minoritas berdasarkan suku bangsa, agama atau bahasa, orang-orang yang tergolong dalam kelompok minoritas tersebut tidak boleh diingkari haknya dalam masyarakat, bersama-sama anggota kelompoknya yang lain, untuk menikmati budaya mereka sendiri, untuk menjalankan dan mengamalkan agamanya sendiri, atau menggunakan bahasa mereka sendiri.

Terkait dengan prosedur penyelesaian secara adat, Perda ini memberikan ketentuan adanya lembaga adat sebagai organisasi kemasyarakatan yang salah satunya berwenang menyelesaikan hal-hal yang berkaitan dengan adat aceh (pasal 1 ayat 5). Lembaga adat ini berfungsi sebagai alat kontrol keamanan, ketentraman, kerukunan dan ketertiban masyarakat

baik preventif maupun represif, antara lain penyelesaian masalah sosial kemasyarakatan dan penengah (hakim perdamaian) yang mendamaikan sengketa yang timbul di masyarakat (pasal 6). Apabila perkara tidak dapat diselesaikan atau para pihak tidak puas maka dapat mengajukan perkaranya kepada aparat penegak hukum, dimana keputusan dari penyelesaian adat tersebut dapat dijadikan salah satu pertimbangan oleh aparat penegak hukum dalam menyelesaikan perkara (pasal 15).

Berdasarkan penyelesaian perkara secara adat tersebut, dapat berpotensi melanggar hak-hak atas peradilan yang adil sebagaimana disyaratkan dalam pasal 14 KIHSP. Peradilan adat dibolehkan asal memberikan jaminan proses dan perlindungan yang adil kepada para pihak, namun berdasarkan pada ketentuan dalam perda ini, peradilan adat tidak memiliki perangkat untuk jaminan perlindungan hak-hak bagi pihak tertuduh. Namun demikian, terdapat klausul bahwa pihak yang tidak puas atas penyelesaian yang dilakukan melalui adat, atau tidak dapat diselesaikan oleh mekanisme adat tersebut, dapat mengajukan penyelesaiannya kepada penegak hukum. Klausul terakhir ini tampaknya sebagai bagian dari perlindungan terhadap hak-hak yang bersengketa.

3. Qanun No. 33 Tahun 2001 Tentang Dinas Syariat Islam

Qanun No. 33 Tahun 2001 Tentang Dinas Syariat Islam mengatur tentang kedudukan, fungsi, kewenangan dan susunan Dinas Syariat Islam (pasal 2-6). Salah satu kewenangan dari Dinas Syariat Islam adalah mengawasi pelaksanaan Syariat Islam (pasal 5 huruf d).

Beberapa ketentuan dalam qanun ini yang penting disoroti adalah terkait dengan bidang peradilan. Dalam sub dinas Pembinaan Sumber Daya Manusia, mempunyai tugas melakukan pembinaan tenaga peradilan, tenaga pengawasan dan pencegahan serta pelaksanaan/petugas peribadatan (pasal 19). Ketentuan ini, berpotensi mempengaruhi independensi badan peradilan karena adanya pembinaan anggota badan peradilan yang berada dibawah kekuasaan eksekutif. Merujuk pada pasal 14 KIHSP maka badan-badan peradilan haruslah merupakan badan yang mandiri, termasuk perangkat badan-badan peradilannya.

Sementara sub dinas Pengawasan Syariat Islam diberikan kewenangan untuk pengawasan dan pencegahan syariat Islam yang mempunyai tugas pengawasan, pencegahan pelanggaran Syariat Islam dan Qanun, penyidikan, dan memfasilitasi perdamaian bidang Syariat Islam (pasal 28-29). Terkait dengan kewenangan tersebut, sub dinas Pengawasan Pelaksanaan Syariat Islam salah satunya mempunyai fungsi penyidikan terhadap segala bentuk pelanggaran Syariat Islam (pasal 30 huruf b), dan terdapat seksi bidang penyidikan yang bertugas melaksanakan penyidikan terhadap pelanggaran Syariat Islam (pasal 32 ayat (2)). Fungsi penyidikan inilah yang tidak begitu jelas hubungannya dengan aparat penegak hukum lainnya. Bahwa dalam penegakan hukum dan peradilan, fungsi penyidikan seharusnya merupakan pihak yang mandiri dari kekuasaan eksekutif. Hal ini merupakan pelanggaran terhadap pasal 14 KIHSP.

4. Qanun Nomor 10 Tahun 2002 Tentang Peradilan Syariat Islam

Qanun ini mengatur tentang Mahkamah Syar'iyah sebagai Lembaga Peradilan yang melaksanakan Syariat Islam dalam wilayah Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam (pasal 2 ayat 1). Mahkamah Syar'iyah bertugas dan berwenang memeriksa, memutuskan dan menyelesaikan perkara-perkara pada tingkat pertama, dalam bidang a) ahwal al ' syakhshiyah, b) Mu'amalah dan, c) jinayah (pasal 49).

Qanun ini tidak memberikan pengaturan tentang hukum materilnya dan menyatakan hukum materil yang akan digunakan dalam menyelesaikan perkara sebagaimana tersebut pada pasal 49 adalah yang bersumber dari atau sesuai dengan Syariat Islam yang akan diatur dengan qanun (pasal 53). Sementara hukum formil yang akan digunakan Mahkamah adalah yang bersumber dari atau sesuai dengan Syariat Islam yang akan diatur dengan qanun (pasal 54). Dalam ketentuan peralihan dinyatakan bahwa sepanjang qanun mengenai hukum materil dan formil sebagaimana dimaksud dengan Pasal 49, Pasal 53 dan Pasal 54 belum ada, maka perkara perdata, pidana dan sengketa Tata Usaha Negara (TUN) diselesaikan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku (Pasal 58 ayat 2). Artinya, pengaturan tentang hukum formil dan materil akan diatur dengan

qanun tersendiri, dan sepanjang belum diatur merujuk pada ketentuan perundang-undangan yang berlaku.

Analisa qanun ini dalam keterkaitannya dengan kesesuaian norma-norma di KISHP merujuk pada ketentuan pasal 14, pasal 15, dan pasal 16 KIHSP yang mengatur jaminan dalam bidang peradilan diantaranya hak atas persamaan dimuka hukum, pengadilan yang adil, praduga tidak bersalah, Hak atas pemberlakuan hukum yang berlaku surut (pasal 15), dan Hak atas pengakuan dihadapan hukum (pasal 16).

Berdasarkan pada sejumlah regulasi dalam qanun ini, kesesuaian dengan ketentuan-ketentuan dalam KIHSP adalah sebagai berikut;

Pertama, dalam ketentuan Pasal 14 ayat (1) KIHSP menyatakan setiap orang berhak atas pemeriksaan yang adil dan terbuka untuk umum, oleh suatu badan peradilan yang berwenang, bebas dan tidak berpihak dan dibentuk menurut hukum. Ketentuan ini mensyaratkan adanya prinsip-prinsip peradilan yang adil dan terbuka (*fair trial*). Salah satu prinsip tersebut adalah adanya badan peradilan yang berwenang, bebas dan tidak berpihak dan dibentuk menurut hukum. Prinsip bebas dan tidak berpihak merujuk pada adanya kemandirian institusi peradilan dan kemandirian para hakimnya.

Ketentuan dalam qanun ini telah memberikan pengaturan tentang kemandirian Mahkamah Syariah, diantaranya:

“Mahkamah Syariah merupakan bagian dari sistem peradilan nasional yang dilakukan oleh Mahkamah Syar’iyah yang bebas dari pengaruh pihak manapun”. (pasal 1 angka 2).

“Dalam melaksanakan kewenangannya Mahkamah Syar’iyah bebas dari pengaruh pihak manapun”. (pasal a ayat 2).

Meski adanya jaminan kemandirian pengadilan, terdapat potensi intervensi yang dapat mempengaruhi kemandirian para hakim dan pejabat-pejabat pengadilan. Hal ini terlihat dari adanya ketentuan bahwa kekuasaan karena pembinaan organisasi, administrasi dan keuangan dilakukan oleh Menteri dan/atau Gubernur (pasal 5 ayat 2)¹², meskipun dalam ketentuan

¹² Lihat penjelasan “Setelah sistem pembinaan peradilan satu atap sesuai maksud Undang-undang Nomor 35 Tahun 1999 berjalan, maka pembinaan teknis, personil, administrasi dan keuangan Peradilan Syariat Islam disesuaikan dengan mekanisme yang berlaku dengan tetap mempertahankan ciri-ciri kekhususannya.”

tersebut ditambahkan bahwa pembinaan teknis Peradilan Syariat Islam dan pembinaan organisasi, administrasi dan keuangan tidak boleh mengurangi kebebasan Hakim dalam memeriksa dan memutus perkara (pasal 5 ayat 3).

Demikian juga dengan ketentuan tentang teknis pembinaan dan pengawasan umum terhadap Hakim sebagai Pejabat yang dilakukan oleh Menteri dan Gubernur (pasal 11 ayat 1), meski pembinaan dan pengawasan tersebut tidak boleh mengurangi kebebasan Hakim dalam memeriksa dan memutus perkara (pasal 11 ayat 3). Teknis pembinaan dan pengawasan umum terhadap Hakim sebagai Pejabat dilakukan oleh Menteri dan Gubernur ini berpotensi melanggar kemandirian para hakim.

Kemudian, terdapat ketentuan bahwa dalam menyelesaikan kasus tertentu sesuai dengan kewenangannya dapat diangkat Hakim *Ad Hoc* pada Mahkamah (pasal 8 ayat 3).

"Pengangkatan, pemberhentian dan penentuan honorer Hakim *Ad Hoc* dilakukan oleh Gubernur dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah atas usul Ketua Mahkamah Syar'iyah Propinsi".

Ketentuan ini berpotensi adanya intervensi dari pemerintah dan kemandirian pengadilan. Pengalaman peradilan di Indonesia selama ini, pengangkatan dan biaya yang dilakukan oleh eksekutif memberikan pengaruh terhadap independensi peradilan.

Potensi intervensi juga terdapat dalam sejumlah ketentuan yang mengatur tentang pejabat pengadilan lainnya, yakni Panitera, Wakil Panitera, Panitera Muda dan Panitera Pengganti Mahkamah. Mereka ini diangkat dan diberhentikan dari jabatannya oleh Gubernur (pasal 36). Dalam penjelasan umum qanun ini dinyatakan bahwa, "Agar selaras dengan semangat Otonomi Khusus, maka aturan tentang penataan dan pembinaan perangkat peradilan yang sebelumnya bersifat sentralistik, maka dengan qanun ini diatur lebih sederhana agar dapat diselesaikan di daerah". Untuk itu pengangkatan dan pemberhentian Panitera/Sekretaris, Panitera Pengganti, Juru Sita dan lainnya cukup dengan surat keputusan Gubernur. Sebagaimana potensi intervensi atas kemandirian pengadilan di atas, ketentuan terkait dengan pengangkatan pejabat-pejabat pengadilan oleh Gubernur ini berpotensi melanggar kemandirian pengadilan.

Kedua, Peradilan Syariah Islam juga memberikan hak untuk adanya pengujian kepada pengadilan yang lebih tinggi. Struktur peradilan Syariah Islam memungkinkan adanya hak-hak terdakwa atau orang yang telah dijatuhi pidana untuk melakukan pengujian dalam pengadilan yang lebih tinggi. Hal ini tercermin dalam ketentuan mengenai peradilan Syariah Islam yang mencakup a) peradilan Syariah, b) peradilan Syariahyah propinsi, c) Mahkamah Agung sebagai puncak peradilan tertinggi (pasal 3, 6, dan 50).

Ketiga, dalam qanun ini hanya mengatur secara garis besar hukum formil yang akan diberlakukan berdasarkan qanun lain, yang berpotensi adanya pelanggaran terhadap ketentuan dalam pasal 14 KIHSP. Beberapa ketentuan yang terkait dengan ini adalah:

Pasal 54 menyatakan:

“Hukum formil yang akan digunakan Mahkamah adalah yang bersumber dari atau sesuai dengan Syariah Islam yang akan diatur dengan qanun”.

Pasal 59 yang menyatakan:

“Hal-hal yang belum diatur dalam qanun ini sepanjang mengenai peraturan pelaksanaannya, akan ditetapkan lebih lanjut dengan Keputusan Gubernur”.

Penjelasan Umum Qanun menyatakan:

“Dalam qanun ini hanya ditentukan secara garis besar bidang-bidang hukum Syariah Islam yang menjadi kekuasaan Peradilan Syariah Islam, sedangkan rumusannya secara lengkap dan rinci akan diatur dalam qanun tersendiri yang menetapkan hukum materil dan hukum formil. Agar tidak terjadi kevakuman selama qanun tentang hukum materil dan hukum formil belum diundangkan, maka Peradilan Syariah Islam dapat segera dilaksanakan dengan berpedoman kepada peraturan perundang-undangan yang sudah ada dan masih berlaku serta tidak bertentangan dengan Syariah Islam. Peran hakim dalam hal ini harus ditingkatkan untuk dapat menggali hukum Syariah Islam dari sumber-sumbernya yang resmi”.

Berdasarkan ketentuan di atas, hukum formil yang akan digunakan Mahkamah adalah yang bersumber dari atau sesuai dengan Syariat Islam, tanpa adanya penjelasan yang memadai. Kemudian adanya ketentuan yang secara luas memberikan kewenangan kepada Gubernur untuk mengatur ketentuan lainnya berpotensi melanggar pasal 14, karena dalam hal hukum acara ketentuan yang diatur harus diputuskan oleh pihak yang berkompoten, dan bukan diatur dengan keputusan sepihak oleh Gubernur. Ketentuan tersebut memperkuat potensi pelanggaran ketentuan-ketentuan Pasal 14 KIHSP.

Secara umum, qanun ini, karena minimnya pengaturan, telah sesuai dengan berbagai ketentuan yang diatur dalam pasal 14 KISHP. Analisis mendalam terkait kesesuaiannya dengan prinsip-prinsip peradilan yang adil dan tidak memihak harus dilakukan dalam qanun lainnya yang diberikan mandat dalam qanun ini dan juga regulasi dibawahnya misalnya peraturan Gubernur.

5. Qanun Nomor 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Akidah, Ibadah, dan Syiar

Qanun ini mengatur tentang pedoman pelaksanaan pelaksanaan Syariat Islam bidang aqidah, ibadah dan Syi'ar Islam (pasal 3). Tujuan dari Pengaturan pelaksanaan Syariat Islam bidang aqidah, ibadah dan syi'ar Islam adalah membina dan memelihara keimanan dan ketaqwaan individu dan masyarakat dari pengaruh ajaran sesat, meningkatkan pemahaman dan pengamalan ibadah serta penyediaan fasilitasnya; menghidupkan dan menyemarakkan kegiatan-kegiatan guna menciptakan suasana dan lingkungan yang Islami.

Dalam qanun ini, terdapat sejumlah ketentuan yang berpotensi melanggar pasal 18 KIHSP, yakni:

Pertama, ketentuan tentang pemeliharaan aqidah, yang terkait dengan frasa "faham atau aliran sesat" merupakan ketentuan yang berpotensi melanggar ketentuan dalam Pasal 18 KIHSP. Sejumlah ketentuan terkait ini misalnya Pemerintah Propinsi, Kabupaten/Kota dan institusi

masyarakat berkewajiban membimbing dan membina aqidah umat serta mengawasinya dari pengaruh paham dan atau aliran sesat (pasal 4 ayat 1). Kemudian adanya ketentuan bahwa setiap orang juga berkewajiban memelihara aqidah dari pengaruh paham atau aliran sesat (pasal 5 ayat 1), dan terdapat larangan untuk menyebarkan paham atau aliran sesat (pasal 5 ayat 2).

Ketentuan tersebut melanggar hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan sebagaimana diatur dalam pasal 18 KIHSP. Keyakinan setiap individu merupakan kebebasan internal, sehingga penggunaan frasa “sesat” menjadikan keyakinan yang berbeda berpotensi dilarang. Bahwa setiap orang yang mempunyai kepercayaan atau keyakinan tertentu berhak untuk melaksanakan keyakinannya, termasuk menyebarkan (mendakwahkan) ajaran dan keyakinan tersebut, kecuali atas pembatasan yang diperbolehkan sebagaimana diatur dalam Pasal 18 KIHSP.

Persoalan lainnya adalah terkait dengan pihak yang berhak menentukan suatu paham atau aliran itu “sesat”. Dalam qanun ini ditentukan bahwa bentuk-bentuk paham dan atau aliran yang sesat di tetapkan melalui fatwa Majelis Permusyawaratan Ulama - MPU (Pasal 6). Bahwa suatu fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga keagamaan dapat dibenarkan dan ditujukan kepada pemeluk agama yang mempercayai fatwa tersebut, namun fatwa tidak bisa menjadi landasan pelarangan yang bersifat memaksa, terlebih menjadi dasar untuk penghukuman. Meski suatu agama atau keyakinan menjadi keyakinan resmi suatu wilayah, tidak mengurangi perlindungan hak-hak agama atau keyakinan minoritas.

Dalam ketentuan tentang larangan untuk menyebarkan paham atau aliran “sesat” berpotensi melanggar hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan, khususnya bila aliran atau paham yang dianggap “sesat” merupakan keyakinan, yang pembatasannya dilakukan tanpa alasan yang dibenarkan dalam pasal 18 Kovenan. Atau penentuan sesat hanya dilakukan oleh pandangan satu kalangan saja, yakni MPU.

Kedua, ketentuan tentang larangan dengan sengaja keluar dari aqidah dan atau menghina atau melecehkan agama Islam (pasal 5 ayat 3). Ketentuan ini, terkait dengan larangan dengan sengaja keluar dari aqidah, bertentangan

dengan hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan. Berdasarkan pada komentar umum terkait pasal 18 KIHSP, hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan mencakup kebebasan untuk berpindah agama.

Sementara ketentuan yang terkait dengan larangan untuk menghina atau melecehkan agama Islam, memang sering diatur sebagai larangan dan tidak diperbolehkan. Namun, dalam beberapa kasus juga batasan penghinaan ini sangat luas dan mencakup banyak perbuatan, sehingga tidak bisa diprediksikan mana yang masuk dalam penghinaan atau pelecehan terhadap suatu agama. Akibatnya, dalam berbagai kasus, tindakan penghinaan yang tidak diberikan batasan yang jelas ini menjadikan orang-orang secara mudah dituduh menghina, terlebih jika ada desakan massa.

Ketiga, sejumlah larangan di atas justru dianggap sebagai perbuatan pidana, dan diancam pidana penjara atau hukuman cambuk (pasal 20 ayat 1). Kebebasan menyebarkan ajaran atau paham tertentu merupakan bagian dari hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan yang dijamin dalam pasal 18 KIHSP. Adanya penghukuman terkait dengan larangan merupakan tindakan pemaksaan dan tidak dibenarkan sesuai dengan Pasal 18 KIHSP. Pelarangan atas penyebaran paham atau paham yang dianggap “sesat”, dapat dibenarkan jika sesuai dengan maksud pembatasan sebagaimana dalam Pasal 18 KIHSP.

Demikian pula, dengan larangan dengan sengaja keluar dari aqidah jika dilanggar merupakan tindak pidana yang dapat dikenai pidana penjara atau hukum cambuk. Ketentuan ini bertentangan dengan kebebasan beragama atau berkeyakinan sebagaimana dijamin dalam kovenan, dan pelarangan ini merupakan tindakan yang bersifat pemaksaan.

Keempat, ketentuan tentang kewajiban setiap orang Islam menunaikan shalat Jum’at (pasal 8 ayat 1), merupakan ketentuan yang berpotensi melanggar hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan, karena merupakan bentuk pemaksaan, terlebih pelanggaran atas kewajiban ini, yang tidak melaksanakan kewajiban shalat Jum’at 3 (tiga) kali berturut-turut, mendapatkan hukuman berupa hukuman penjara paling lama 6 (enam) bulan atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 3 (tiga) kali (pasal 21 ayat 1).

Selain pelanggaran terhadap pasal 18 KIHSP juga terdapat sejumlah pelanggaran KIHSP lainnya, yakni:

- 1) Pelanggaran terhadap kebebasan berekspresi sebagaimana diatur dalam pasal 17 KIHSP. Ketentuan tersebut diantaranya, adanya kewajiban bagi orang Islam untuk berbusana Islami (pasal 13 ayat 1), dan ketentuan tentang pimpinan instansi pemerintah, lembaga pendidikan, badan usaha dan atau institusi masyarakat wajib membudayakan busana Islami di lingkungannya (pasal 13 ayat 2). Pelanggaran atas kewajiban bagi orang Islam untuk berbusana Islami ini dapat dikenai pidana.

“Barang siapa yang tidak berbusana Islami sebagaimana dimaksud dalam pasal 13 ayat (1) dipidana dengan hukuman ta’zir setelah melalui proses peringatan dan pembinaan oleh Wilayatul Hisbah (pasal 23).”

Selain itu, sebagaimana dalam pelanggaran terhadap pasal 18 KIHSP diatas, berbagai tindakan yang dilarang misalnya terkait dengan “aliran sesat” dan “keluar dari aqidah dan atau menghina atau melecehkan agama Islam” juga berpotensi terhadap pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi, karena ketentuan pelarangan hal-hal yang tersebut diatas tidak diberikan definisi yang jelas, dan bahkan diancam pidana.

- 2) Pelanggaran terhadap hak atas kepastian hukum karena berbagai tindakan yang dilarang misalnya terkait dengan “aliran sesat” dan “keluar dari aqidah dan atau menghina atau melecehkan agama Islam” tidak diberikan definisi yang jelas dan bahkan diancam pidana. Padahal hak atas kepastian hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 15 merujuk pada adanya hukum yang jelas dan dapat diprediksikan, dan memang merupakan tindak pidana yang dilarang dalam hukum nasional maupun internasional.
- 3) Pelanggaran terhadap Pasal 7 KIHSP tentang larangan penyiksaan dan perlakuan dan tidakan yang kejam dan tidak manusiawi. Dalam Qanun ini, terhadap sejumlah larangan yang diatur, memberikan ancaman hukuman cambuk, yang bersifat alternatif dari hukuman penjara.

Pasal 20 ayat 1:

“Barang siapa yang menyebarkan paham atau aliran sesat sebagaimana dimaksud dalam pasal 5 ayat (2) dihukum dengan ta’zir berupa hukuman penjara paling lama 2 (dua) tahun atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 12 (dua belas) kali.”

Pasal 21 ayat 1:

“Barang siapa tidak melaksanakan shalat jum’at tiga kali berturut-turut tanpa uzur syar’i sebagaimana dimaksud dalam pasal 8 ayat (1) dihukum dengan ta’zir berupa hukuman penjara paling lama 6 (enam) bulan atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 3 (tiga) kali.”

Pasal 22 ayat 1:

“Barang siapa yang menyediakan fasilitas/peluang kepada orang muslim yang tidak mempunyai uzur syar’i untuk tidak berpuasa pada bulan Ramadhan sebagaimana dimaksud dalam pasal 10 ayat (1) dipidana dengan hukuman ta’zir berupa hukuman penjara paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling banyak 3 (tiga) juta rupiah atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 6 (enam) kali dan dicabut izin usahanya.”

Pasal 22 ayat 2:

“Barang siapa yang makan atau minum di tempat/di depan umum pada siang hari bulan Ramadhan sebagaimana dimaksud dalam pasal 10 ayat (2) dipidana dengan hukuman ta’zir berupa hukuman penjara paling lama 4 (empat) bulan atau hukuman cambuk di depan umum paling banyak 2 (dua) kali.”

Pasal 7 KIHSP menyatakan bahwa tidak seorang pun yang dapat dikenakan penyiksaan atau perlakuan atau hukuman lain yang keji, tidak manusiawi atau merendahkan martabat. Larangan ini sesuai dengan maksud pasal 7, yakni untuk melindungi baik martabat maupun integritas fisik dan mental individu. Tidak boleh ada dasar atau kondisi apa pun yang dapat dijadikan

alasan untuk melanggar pasal 7, termasuk alasan perintah atasan atau pihak berwenang publik. Bahwa larangan di pasal 7 berkaitan tidak hanya dengan tindakan-tindakan yang menyebabkan rasa sakit secara fisik, tetapi juga tindakan-tindakan yang menyebabkan ketersiksaan mental korban. Khusus terkait dengan hukuman cambuk, jelas melanggar ketentuan pasal 7 KIHSP yang melarang adanya penghukuman fisik (*corporal punishment*).

Maksud adanya perendahan martabat atau upaya “mempermalukan” penerima hukuman ini bahkan dijelaskan dalam penjelasan umum qanun ini yang menyatakan:

“Bentuk ancaman hukuman cambuk bagi pelaku tindak pidana, dimaksudkan sebagai upaya memberi kesadaran bagi si pelaku dan sekaligus menjadi peringatan bagi masyarakat agar tidak melakukan tindak pidana. Hukuman cambuk diharapkan akan lebih efektif karena terpidana merasa malu dan tidak menimbulkan resiko bagi keluarganya. Jenis hukuman cambuk juga menjadikan biaya yang harus ditanggung oleh pemerintah lebih murah dibandingkan dengan jenis hukuman lainnya seperti yang dikenal dalam sistem KUHP sekarang ini.”

Bahwa penjelasan tentang efektivitas penghukuman cambuk dengan memberikan rasa malu, merupakan alasan yang tidak cukup berdasar. Termasuk alasan biaya yang lebih murah untuk melaksanakan hukuman cambuk juga bukan alasan kuat untuk mengadakan hukuman yang melanggar larangan tidak seorang pun yang dapat dikenakan penyiksaan atau perlakuan atau hukuman lain yang keji, tidak manusiawi atau merendahkan martabat. Bahwa ketentuan tentang hukuman cambuk sebagaimana diatur dalam qanun ini jelas melanggar ketentuan dalam pasal 7 KIHSP.

Adanya penjelasan bahwa “jenis hukuman cambuk juga menjadikan biaya yang harus ditanggung oleh pemerintah lebih murah dibandingkan dengan jenis hukuman lainnya seperti yang dikenal dalam sistem KUHP sekarang ini”, merupakan alasan yang tidak dibenarkan sesuai dengan Pasal 15 ayat (1) KIHSP yang menjamin bahwa tidak diperbolehkan untuk menjatuhkan hukuman yang lebih berat daripada hukuman yang berlaku pada saat tindak pidana tersebut dilakukan. Apabila setelah dilakukannya suatu tindak pidana muncul ketentuan yang lebih ringan hukumannya, maka pelaku harus mendapatkan keuntungan dari ketentuan tersebut.

Ketentuan yang harus dirujuk dengan adanya hukum baru adalah ketentuan yang hukumannya lebih ringan dari hukum sebelumnya.

Kelima, potensi pelanggaran terhadap hak atas peradilan yang adil sebagaimana dimaksud dalam pasal 14 KIHSP. Qanun ini mengatur tentang adanya lembaga lain yang mempengaruhi fungsi-fungsi penegakan hukum yaitu Waliyatul Hisbah (WH). Dalam qanun ini adalah badan yang bertugas mengawasi syariat Islam. Badan ini mempunyai kewenangan untuk melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan qanun tersebut, diantaranya untuk pengawasan, menegur, menasehati dan menyerahkan pelanggar qanun ke Pejabat Penyidik. Wilayatul Hisbah dapat dibentuk pada tingkat gampong, kemukiman, kecamatan atau wilayah/lingkungan lainnya, yang berarti sampai pada level terendah dalam komunitas. Fungsi WH untuk pengawasan, menegur, menasehati dan menyerahkan pelanggar qanun ke Pejabat Penyidik berpotensi sebagai lembaga yang akan melakukan tindakan-tindakan penertiban hukum pada tingkat pertama, yang tanpa adanya pengawasan akan mempengaruhi proses penegakan hukum dan melanggar ketentuan pasal 14 KIHSP.

6. Qanun Nomor 12 tahun 2003 tentang Minuman Khamar dan Sejenisnya

Qanun ini mengatur tentang larangan minuman khamar dan sejenisnya yakni segala bentuk kegiatan dan/atau perbuatan yang berhubungan dengan segala minuman yang memabukkan (pasal 2). Pengertian Khamar dalam ketentuan ini adalah minuman yang memabukkan yang apabila dikonsumsi dapat menyebabkan terganggu kesehatan, kesadaran dan daya pikir (pasal 1 ayat 10).

Berdasarkan pada ketentuan qanun ini, Khamar dan yang sejenisnya hukumnya haram, baik minuman khamar itu terpisah atau bercampur dengan benda lain (pasal 4). Setiap orang dilarang mengkonsumsi minuman khamar dan sejenisnya (pasal 5). Artinya, semua pihak yang terkena larangan peraturan ini adalah setiap orang, artinya bukan saja orang yang beragama Islam tetapi yang bukan beragama Islam juga.

Pelanggaran dalam Qanun ini adalah terkait dengan adanya ketentuan tentang cambuk. Hukuman dengan 'uqubat hudud 40 (empat puluh) kali cambuk diberlakukan terhadap pelanggaran pasal 5, yang khusus bagi orang Islam yang Yang dimaksud dengan setiap orang adalah pemeluk agama Islam yang mukallaf di Nanggroe Aceh Darussalam (pasal 26 ayat 1).

“Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 5, diancam dengan 'uqubat hudud 40 (empat puluh) kali cambuk”.

Sementara bagi orang yang selain Islam atau setiap orang adalah orang yang ada di Nanggroe Aceh Darussalam diancam dengan, yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 sampai Pasal 8 dengan 'uqubat ta'zir berupa kurungan paling lama 1 (satu) tahun, paling singkat 3 (tiga) bulan dan/atau denda paling banyak Rp 75.000.000,- (tujuh puluh lima juta rupiah), paling sedikit Rp 25.000.000,- (dua puluh lima juta rupiah) (pasal 26 ayat 2).

Adanya hukuman cambuk dalam ketentuan Pasal 26 merupakan pelanggaran terhadap ketentuan pasal 7 KIHP yang menyatakan bahwa tidak seorang pun dapat dikenakan penyiksaan atau perlakuan atau hukuman lain yang keji, tidak manusiawi atau merendahkan martabat. Larangan ini sesuai dengan maksud pasal 7 yakni untuk melindungi baik martabat maupun integritas fisik dan mental individu. Tidak boleh ada dasar atau kondisi apa pun yang dapat dijadikan alasan untuk melanggar pasal 7, termasuk alasan perintah atasan atau pihak berwenang publik. Bahwa larangan di pasal 7 berkaitan tidak hanya dengan tindakan-tindakan yang menyebabkan rasa sakit secara fisik, tetapi juga tindakan-tindakan yang menyebabkan ketersiksaan mental korban. Khusus terkait dengan hukuman cambuk, jelas melanggar ketentuan pasal 7 KIHP yang melarang adanya penghukuman fisik (*corporal punishment*).

Ketentuan tentang pelaksanaan hukuman cambuk juga memperkuat pelanggaran tentang hukuman fisik, dan tindakan lain yang merendahkan martabat baik fisik dan mental, dan menyebabkan rasa sakit secara fisik

dan ketersiksaan mental. Meski ketentuan pelaksanaan hukuman cambuk ini dapat ditunda karena adanya terdapat hal-hal yang membahayakan terhukum setelah mendapat keterangan dokter yang berwenang (pasal 32 ayat 2), dilakukan pada bagian yang ditentukan (pasal 33 ayat 3), bukan dengan maksud untuk melukai (pasal 33 ayat 4), atau pencambukan terhadap perempuan hamil dilakukan setelah 60 (enam puluh) hari yang bersangkutan melahirkan (pasal 60 ayat 6), dan apabila selama pencambukan timbul hal-hal yang membahayakan terhukum berdasarkan pendapat dokter yang ditunjuk, maka sisa cambukan ditunda sampai dengan waktu yang memungkinkan (pasal 34), tidak mengurangi tingkat ketersiksaan fisik dan mental penerima hukuman.

Ketersiksaan secara fisik ini merujuk pada jumlah hukum yang harus diterima yakni sebanyak 40 kali, dan dilakukan dengan rotan yang berdiameter antara 0.75 cm sampai 1 (satu) senti meter, panjang 1 (satu) meter dan tidak mempunyai ujung ganda/dibelah (pasal 33 ayat 2), bertentangan dengan niat untuk tidak melukai. Demikian pula dengan adanya ketentuan yang menyatakan bahwa pelaksanaan hukuman “dilakukan di suatu tempat yang dapat disaksikan orang banyak”, dan terhukum laki-laki dicambuk dalam posisi berdiri tanpa penyangga, tanpa diikat, dan memakai baju tipis yang menutup aurat, dan terhukum perempuan dalam posisi duduk dan ditutup kain di atasnya (pasal 33 ayat 6), merupakan bentuk penghukuman yang merendahkan martabat dan menimbulkan ketersiksaan mental.

Maksud adanya perendahan martabat atau upaya “mempermalukan” penerima hukuman ini bahkan dijelaskan dalam penjelasan umum qanun ini yang menyatakan:

“Bentuk ancaman ‘uqubat cambuk bagi si pelaku jarimah minuman khamar, dimaksudkan sebagai upaya memberi kesadaran bagi si pelaku dan sekaligus menjadi peringatan bagi calon pelanggar lainnya untuk tidak melakukan jarimah. Di samping itu ‘uqubat cambuk akan lebih efektif karena memberi rasa malu dan tidak menimbulkan resiko bagi keluarga. Jenis ‘uqubat cambuk juga berdampak pada biaya yang harus ditanggung pemerintah menjadi lebih murah dibandingkan dengan jenis ‘uqubat lainnya seperti yang dikenal dalam KUHP sekarang ini”.

Bahwa penjelasan tentang efektivitas penghukuman cambuk dengan memberikan rasa malu, merupakan alasan yang tidak cukup berdasar.

Termasuk alasan biaya yang lebih murah untuk melaksanakan hukuman cambuk juga bukan alasan kuat untuk mengadakan hukuman yang melanggar larangan tidak seorang pun yang dapat dikenakan penyiksaan atau perlakuan atau hukuman lain yang keji, tidak manusiawi atau merendahkan martabat. Bahwa ketentuan tentang hukuman cambuk sebagaimana diatur dalam qanun ini jelas melanggar ketentuan dalam pasal 7 KIHSP.

7. Qanun No. 13 Tahun 2003 Tentang Maisir (Perjudian)

Qanun ini mengatur tentang larangan *maisir*, yaitu segala bentuk kegiatan dan/atau perbuatan serta keadaan yang mengarah kepada taruhan dan dapat berakibat kepada kemudharatan bagi pihak-pihak yang bertaruh dan orang-orang/lembaga yang ikut terlibat dalam taruhan tersebut (pasal 2).

Pengertian *Maisir* adalah kegiatan dan/atau perbuatan yang bersifat taruhan antara dua pihak atau lebih dimana pihak yang menang mendapatkan bayaran (pasal 1 angka 20). *Maisir* adalah hukumnya haram (pasal 4), dan setiap orang dilarang melakukan perbuatan *maisir* (pasal 5).

Sebagaimana dalam qanun tentang Khamar diatas, dalam qanun tentang *Maisir* ini juga memberikan hukuman cambuk bagi setiap orang Islam yang melanggar larangan *Maisir* dengan hukuman cambuk (pasal 23 ayat 1).

“Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 5, diancam dengan ‘uqubat cambuk didepan umum paling banyak 12 (dua belas) kali dan paling sedikit 6 (enam) kali”.

Ketentuan tentang pelaksanaan hukum cambuk dalam Qanun *Maisir* ini juga sama dengan ketentuan dalam pelaksanaan hukuman cambuk dalam Qanun *Maisir*, termasuk alasan-alasannya (pasal 28-31). Dengan demikian, merujuk pada analisa sebelumnya, hukuman cambuk ini bertentangan dengan Pasal 7 KIHSP.

8. Qanun Nomor 14 tahun 2003 tentang *Khalwat* (Mesum)

Qanun ini mengatur larangan *khalwat*/mesum, yaitu segala kegiatan, perbuatan dan keadaan yang mengarah kepada perbuatan zina (pasal 2). Dalam qanun ini *Khalwat* dinyatakan sebagai perbuatan yang haram (pasal 4), dan setiap orang dilarang melakukan *khalwat*/mesum (pasal 5).

Khalwat (Mesum) yang didefinisikan sebagai perbuatan bersunyi-sunyi antara dua orang mukallaf atau lebih yang berlainan jenis yang bukan muhrim atau tanpa ikatan perkawinan (pasal 1 angka 20). Penjelasan tentang *khalwat* ini adalah:

“perbuatan yang dilakukan oleh dua orang yang berlawanan jenis atau lebih, tanpa ikatan nikah atau bukan muhrim pada tempat tertentu yang sepi yang memungkinkan terjadinya perbuatan maksiat di bidang seksual atau yang berpeluang pada terjadinya perbuatan perzinahan”.

Berdasarkan ketentuan pasal 2, ruang lingkup definisi *khalwat* (mesum) ini sangat luas dan multitafsir, dengan adanya frasa “segala kegiatan, perbuatan dan keadaan yang mengarah pada perbuatan zina”. Hal ini berarti bahwa larangan dirumuskan dengan suatu “prasangka” tertentu yang diancam dengan pidana. Ketidakjelasan dan dasar prasangka ini akan berpotensi adanya pelaksanaan yang sewenang-wenang terhadap individu, dan merupakan potensi pelanggaran pasal 15 KIHSP.

Kemudian, potensi pelanggaran qanun ini semakin kuat dengan adanya lembaga WH yang didefinisikan sebagai lembaga yang bertugas membina, melakukan advokasi dan mengawasi pelaksanaan amar makruf nahi munkar dan dapat berfungsi sebagai penyidik (pasal 1 angka 11). Dalam konteks ini tidak begitu jelas fungsi penyidik dari WH karena dalam pengaturan tentang kewenangan WH ini, tidak ada yang spesifik bahwa WH dapat melakukan tindakan penyelidikan dalam konteks penegakan hukum. WH hanya berwenang melakukan pengawasan sebagai kepanjangan tangan dari kekuasaan eksekutif (gubernur dan bupati) dengan kewenangan untuk melakukan pembinaan, nasehat dan laporan kepada penegak hukum jika menemukan pelaku (pasal 13-15). Namun, kewenangan untuk menemukan pelaku ini berpotensi adanya pelaksanaan yang berlebihan karena dalam konteks menemukan ini, WH dapat bertindak secara aktif, termasuk merazia.

Sebagaimana dalam qanun tentang Khamar dan qanun tentang *Maisir*, qanun tentang *Khalwat* ini juga memberikan hukuman cambuk pagi pelakunya. Pelanggaran atas larangan *Khalwat* diancam dengan ‘uqubat ta’zir berupa dicambuk paling tinggi 9 (sembilan) kali (pasal 22 ayat 1).

“Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 4, diancam dengan ‘uqubat ta’zir berupa dicambuk paling tinggi 9 (sembilan) kali, paling rendah 3 (tiga) kali dan/atau denda paling banyak Rp 10.000.000,- (sepuluh juta rupiah), paling sedikit Rp 2.500.000,- (dua juta lima ratus ribu rupiah).”

Ketentuan tentang pelaksanaan hukuman cambuk (pasal 22) ini sama dengan ketentuan sebagaimana yang diatur dalam qanun tentang Khamar dan qanun tentang *Maisir*. Oleh karenanya, merujuk pada analisa sebelumnya, ketentuan hukuman cambuk ini melanggar ketentuan pasal 7 KIHSP.

9. Qanun No. 7 tahun 2004 tentang Pengelolaan Zakat

Qanun No. 7 Tahun 2004 tentang Pengelolaan Zakat yang meliputi seluruh harta yang dimiliki oleh orang Islam dan atau harta badan yang dimiliki oleh orang Islam yang telah memenuhi syarat sebagai *muzakki* dalam wilayah Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam (pasal 1 ayat 1). Setiap orang yang beragama Islam dan atau badan hukum yang berdomisili atau melakukan kegiatan usaha dalam propinsi NAD, yang memenuhi syarat sebagai *Muzakki*, wajib mengeluarkan zakat melalui *Baitul Mal* (pasal 3 ayat 1).

Dalam ketentuan qanun ini juga mencantumkan adanya hukuman cambuk atas beberapa perbuatan yang diantaranya:

1. Barang siapa membuat surat palsu atau memalsukan surat Badan *Baitul Mal* yang dapat menerbitkan sesuatu hak, sesuatu kewajiban atau pembebasan hutang, atau yang dapat dipergunakan sebagai keterangan sesuatu perbuatan, dengan maksud akan menggunakan atau menyuruh orang lain menggunakannya seolah-olah surat itu asli dan tidak dipalsukan dan tidak dipalsukan, dihukum karena pemalsuan surat dengan uqubat ta’zi r berupa cambuk paling banyak tiga kali, paling sedikit satu kali (pasal 39 ayat 1) .

2. Barang siapa dengan sengaja menggunakan surat palsu atau yang dipalsukan seolah-olah surat itu asli dan tidak dipalsukan, yang dapat menimbulkan kerugian bagi Badan *Baitul Mal* atau *Muzakki*, *mustahiq* atau kepentingan lain, dihukum karena menggunakan surat palsu atau yang dipalsukan dengan uqubat ta'zir berupa cambuk paling banyak tiga kali, paling sedikit satu kali dan mengganti kerugian akibat perbuatan tersebut (pasal 39 ayat 2).
3. Barang siapa yang melakukan, turut melakukan atau membantu melakukan penggelapan zakat atau harta agama lain yang seharusnya diserahkan kepada *Baitul Mal*, dihukum karena penggelapan, dengan uqubat ta'zir berupa cambuk sebanyak tiga kali, paling sedikit satu kali dan denda paling banyak dua kali, paling sedikit satu kali dari nilai zakat atau harta lainnya yang digelapkan (pasal 40).
4. Petugas *Baitul Mal* yang menyalurkan zakat kepada orang yang tidak berhak, dihukum karena melakukan jarimah penyelewengan pengelolaan zakat dengan uqubat ta'zir berupa cambuk paling banyak empat kali dan paling sedikit dua kali (pasal 41).

Berdasarkan kajian tentang hukuman cambuk di beberapa qanun di atas, bentuk hukuman berupa hukuman cambuk dalam qanun ini juga melanggar ketentuan pasal 7 KIHSP.

10. Qanun Nomor 12 Tahun 2004 tentang Kebudayaan Aceh

Qanun ini mengatur tentang Penyelenggaraan kebudayaan Aceh yang bertujuan membina dan mengembangkan budi daya orang Aceh, untuk mewujudkan harkat dan martabat diri sebagai orang-orang Aceh, yang berjiwa patriot, berkualitas, berkepribadian, memiliki harga diri, dan mampu menghadapi perkembangan zaman (pasal 3).

Kebudayaan Aceh berdasarkan Islam, Undang-undang Dasar 1945, dan/ atau nilai-nilai luhur yang berkembang dalam masyarakat Aceh (pasal 2). Kebudayaan Aceh berdasarkan Islam dan Undang-undang dasar 1945 serta nilai-nilai luhur yang berkembang dalam masyarakat Aceh adalah hasil cipta, rasa dan karsa masyarakat Aceh yang menganut agama Islam dalam kehidupan berbangsa dan bernegara berdasarkan Undang-undang dasar 1945 serta diilhami oleh nilai-nilai luhur warisan indatum masyarakat Aceh (pasal 2).

Qanun ini memberikan perspektif baru yakni “demokratis” dan “memperhatikan HAM” yang tidak terdapat dalam sejumlah qanun lainnya, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 6:

“Kebudayaan Aceh dilaksanakan secara menyeluruh, terpadu, terbuka, terarah, demokratis dan memperhatikan asasi manusia”.

Dalam hal hak untuk mengembangkan kebudayaan, pada satu sisi memberikan hak yang sama pada semua orang Aceh, namun pada sisi lain juga memberikan pembatasan dengan menyesuaikan terhadap norma-norma dan nilai-nilai yang dijunjung tinggi oleh masyarakat Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Hal ini tercermin dalam pasal 8:

“Dalam menyelenggarakan kegiatan kebudayaan Aceh, semua orang Aceh mempunyai hak yang sama sepanjang sesuai dengan norma-norma dan nilai-nilai yang dijunjung tinggi oleh masyarakat Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam”.

Ketentuan Qanun ini, secara umum lebih maju dari Peraturan Daerah No. 7 tahun 2000 Tentang Penyelenggaraan Kehidupan Adat. Adanya kata “demokratis” dan “memperhatikan HAM” dan “semua orang Aceh mempunyai hak yang sama” merupakan landasan yang mencoba menyesuaikan dengan norma-norma HAM khususnya hak-hak yang dijamin dalam KIHP, namun tetap memberikan batasan tentang landasan utama kebudayaan Aceh yakni Agama Islam, yang berpotensi melanggar hak-hak penganut agama atau keyakinan lainnya diantaranya hak atas kebebasan berfikir, beragama atau berkeyakinan sebagaimana dijamin dalam pasal 18 KIHP dan pelanggaran atas hak-hak kelompok minoritas sebagaimana dijamin dalam pasal 27 KIHP.

E. Analisa Umum

Berdasarkan pada analisa sejumlah Peraturan Daerah dan Qanun yang dikaji, beberapa karakteristik umumnya adalah: *pertama*, Perda/Qanun pada pokoknya mendasarkan pada ketentuan dalam syariat Islam. Meski dalam beberapa qanun, misalnya Qanun tentang kebudayaan Aceh selain berdasarkan Islam, juga merujuk pada UUD 1945 dan/atau nilai-nilai luhur

yang berkembang dalam masyarakat Aceh. Semua ketentuan yang terkait misalnya bidang peradilan dan penegakan hukum, dengan rujukan utama Syariat Islam dan ketentuan perundang-undangan lain yang tidak boleh bertentangan dengan syariat Islam.

Kedua, Perda/Qanun yang dibentuk mengatur hampir semua aspek kehidupan masyarakat dengan mendasarkan pada Syariat Islam. Sebagian besar qanun memang dimaksudkan untuk mengatur para pemeluk agama Islam, namun implikasi pengaturan ini juga berdampak pada semua pihak (yang beragama Islam maupun non Islam).

Ketiga, dalam pelaksanaan Syariat Islam sebagaimana diatur dalam Peraturan Daerah dan Qanun, memberikan kewenangan dan kewajiban pada seluruh elemen masyarakat, baik pemerintah daerah, ulama, masyarakat, dan institusi penegak hukum. Akibatnya banyak terjadi tumpang tindih kewenangan dan bahwa memberikan kewenangan yang berlebihan pada institusi-institusi baru di luar institusi penegakan hukum yang resmi untuk terlibat dalam pencegahan dan penegakan hukum.

a. Pelanggaran Prinsip Non Diskriminasi dan Persamaan

Prinsip non diskriminasi dan kesetaraan di depan hukum dan perlindungan hukum yang sama tanpa adanya diskriminasi merupakan prinsip dasar dan umum sehubungan dengan perlindungan HAM. KIHSP, mewajibkan setiap Negara Pihak untuk menghormati dan menjamin semua orang yang berada di wilayahnya dan menjadi subyek yurisdiksinya hak-hak yang diakui oleh Kovenan tanpa pembedaan atas dasar apa pun, seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik atau lainnya, asal usul sosial atau kebangsaan, kepemilikan, status kelahiran atau status lainnya.

Bahwa istilah “diskriminasi” sebagaimana digunakan dalam Kovenan harus dipahami mencakup pembedaan, pengecualian, pembatasan atau preferensi apa pun yang didasarkan pada alasan apa pun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik atau lainnya, asal usul kebangsaan atau sosial, kepemilikan, status kelahiran atau lainnya, dan yang memiliki tujuan atau dampak mengurangi atau menghapuskan pengakuan,

penikmatan atau penggunaan HAM semua HAM dan kebebasan mendasar bagi semua orang, atas dasar kesetaraan.

Merujuk pada paradigma konstruksi hukum dari keistimewaan Propinsi Aceh yang berlandaskan Syariat Islam, dan kemudian pengaturan dalam Peraturan Daerah dan Qanun yang dikaji, yang merujuk pada landasan Syariat Islam, merupakan regulasi yang melanggar prinsip-prinsip non diskriminasi dari persamaan di depan hukum. Bahwa terdapat larangan diskriminasi dalam hukum dan jaminan perlindungan yang sama dan efektif bagi semua orang terhadap diskriminasi atas dasar apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, harta benda, status kelahiran atau status lainnya.

Dalam sejumlah Peraturan Daerah dan Qanun yang dikaji, tindakan berupa kebijakan keistimewaan berimplikasi pada adanya perbedaan, perkecualian, pembatasan hak-hak yang dijamin dalam KISHP. Tindakan atau langkah-langkah afirmatif (*affirmative actions*) tidak dilakukan guna mengurangi atau menghapuskan kondisi-kondisi yang menyebabkan atau membantu berlanjutnya diskriminasi yang dilarang oleh KIHSP.

Bahwa langkah-langkah afirmatif atau pemberian perlakuan khusus bagi kelompok masyarakat dalam bidang tertentu dibandingkan dengan kebanyakan penduduk lainnya bila tindakan semacam itu dibutuhkan untuk memperbaiki diskriminasi yang terjadi.

Suatu peraturan yang dibuat oleh negara isinya tidak boleh bersifat diskriminatif. Sejumlah Peraturan Daerah dan Qanun yang dikaji, dengan mendasarkan semata-mata pada Syariat Islam atau sumber lainnya yang tidak bertentangan dengan syariat Islam menunjukkan adanya pembuatan regulasi yang berpotensi mendiskriminasi hak-hak warga lainnya yang mempunyai nilai-nilai berbeda dengan syariat Islam. Bahwa tidak semua perlakuan yang membeda-bedakan merupakan tindakan diskriminasi, jika kriteria-kriteria bagi perbedaan tersebut beralasan dan bersifat objektif dan ditujukan untuk mencapai suatu tujuan yang dibenarkan oleh Kovenan.

Penghormatan terhadap nilai-nilai yang berdasarkan pada keyakinan atau kepercayaan non Islam tidak mendapatkan tempat yang memadai dalam

sejumlah kebijakan yang diatur. Meski kebijakan tersebut dalam satu sisi merupakan kebijakan yang bersifat himbauan tetapi lebih banyak lainnya berupa pemaksaan terhadap penggunaan pandangan satu nilai. Bahkan dalam beberapa qanun terdapat ancaman hukuman atas nilai yang dianggap melanggar norma-norma agama, yang jika dianalisa lebih jauh bukan merupakan satu perbuatan yang dilarang berdasarkan nilai lainnya.

Bahwa dalam sejumlah ketentuan menggunakan kata “setiap orang” atau “semua orang”, namun ketentuan tersebut berimplikasi pada adanya penegakan yang berpotensi diskriminatif misalnya terkait dengan penggunaan pakaian Islami, khususnya bagi perempuan. KIHSP memberikan kewenangan untuk adanya perbedaan perlakuan berdasarkan jenis kelamin hanya ketika perbedaan tersebut berdasarkan pada kriteria yang masuk akal dan obyektif, untuk mencapai tujuan sah, dan sepadan dengan tujuan yang ingin dicapai.

b. Pelanggaran Terhadap Hak Atas Pemulihan

Pasal 3 KIHSP menjamin bahwa setiap orang yang hak-hak atau kebebasannya diakui dalam kovenan ini dilanggar, akan memperoleh upaya pemulihan yang efektif, walaupun pelanggaran tersebut dilakukan oleh orang-orang yang bertindak dalam kapasitas resmi. Setiap orang yang menuntut upaya pemulihan tersebut harus ditentukan hak-haknya itu oleh lembaga peradilan, administratif, atau legislatif yang berwenang, atau oleh lembaga berwenang lainnya yang diatur oleh sistem hukum Negara tersebut, dan untuk mengembangkan segala kemungkinan upaya penyelesaian peradilan.

Sejumlah Peraturan Daerah dan qanun tidak memberikan ruang yang cukup untuk adanya pemulihan yang efektif atas pelanggaran hak-hak yang dijamin dalam KIHSP. Justru berbagai qanun tersebut memberikan kewenangan luas kepada sejumlah institusi yang pelaksanaannya sulit dikontrol. Dalam hal ini misalnya adanya Wilayatul Hisbah yang dapat bertindak layaknya penegak hukum, dan justru diberikan kewenangan untuk melakukan gugatan praperadilan kepada Mahkamah (Syariah) apabila laporannya dalam jangka waktu tertentu tidak ditindaklanjuti oleh

penyidik tanpa suatu alasan yang sah. Tidak ada pengawasan terhadap tindakan-tindakan WH, misalnya terkait pelanggaran prosedur pengawasan yang dilakukan WH yang melanggar hak-hak individu.

Dalam sejumlah qanun terkait dengan peradilan dan penegakan hukum, minimnya regulasi tentang hukum acara, diserahkan kepada mekanisme perundang-undangan yang berlaku asal tidak bertentangan dengan syariat Islam. Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) memang telah memberikan peluang adanya hak atas pemulihan bagi orang-orang yang terlanggar hak-haknya dalam proses peradilan, misalnya rehabilitasi dan ganti kerugian. Artinya, mekanisme pemulihan dapat dilakukan dengan prosedur tersebut. Namun, qanun justru mengatur berbagai hal yang tidak sesuai dengan mekanisme ini, misalnya adanya kewenangan untuk penahanan oleh penegak hukum, tetapi hukuman yang diberikan adalah hukuman cambuk. Padahal, hukuman penahanan biasanya dikurangkan dari jumlah hukuman yang diterima. Tidak ada hubungan yang jelas antara penahanan sebagai bagian dari hukuman dengan hukuman cambuk yang diberikan.

c. Pelanggaran Terhadap Hak Untuk Bebas dari Penyiksaan, Perlakuan dan Hukum Lainnya yang Kejam, Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat

Pasal 14 KIHSP menyatakan tidak seorang pun yang dapat dikenakan penyiksaan atau perlakuan atau hukuman lain yang keji, tidak manusiawi atau merendahkan martabat. Pasal ini melindungi baik martabat maupun integritas fisik dan mental individu. Tidak boleh ada dasar atau kondisi apa pun yang dapat dijadikan alasan untuk melanggar pasal 7, termasuk alasan perintah atasan atau pihak berwenang publik. Bahwa Larangan di pasal 7 berkaitan tidak hanya dengan tindakan-tindakan yang menyebabkan rasa sakit secara fisik, tetapi juga tindakan-tindakan yang menyebabkan ketersiksaan mental korban. Khusus terkait dengan hukuman cambuk, jelas melanggar ketentuan pasal 7 KIHSP yang melarang adanya penghukuman fisik

Terdapat setidaknya 5 (lima) qanun yang memberikan hukum cambuk atas pelanggaran dari ketentuan-ketentuan dalam qanun, diantaranya:

- a) Qanun Nomor 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Akidah, Ibadah, dan Syiar
- b) Qanun Nomor 12 tahun 2003 tentang Minuman Khamar dan Sejenisnya
- c) Qanun No. 13 Tahun 2003 Tentang *Maisir* (Perjudian)
- d) Qanun Nomor 14 tahun 2003 tentang *Khalwat* (Mesum)
- e) Qanun No. 7 tahun 2004 tentang pengelolaan Zakat

Hukuman cambuk sebagaimana yang terdapat dalam qanun-qanun di atas merupakan pelanggaran Pasal 7 KIHSP. Hukuman cambuk merupakan hukuman yang tidak hanya menyebabkan rasa sakit secara fisik, tetapi juga hukuman yang menyebabkan ketersiksaan mental korban. Hukuman cambuk ini selain dimaksudkan untuk memberi kesadaran dan peringatan bagi masyarakat untuk tidak melakukan tindak pidana, sebagaimana tujuan hukum pidana diantaranya untuk pencegahan umum dan khusus, ternyata juga dimaksudkan untuk memermalukan pelaku dan dengan alasan biaya semata. Berdasarkan hal tersebut, tidak ada alasan yang cukup memadai untuk adanya hukuman cambuk selain semata-mata dianggap sesuai dengan Syariat Islam.

d. Pelanggaran Atas Penangkapan Sewenang-Wenang

Pasal 9 KIHSP menyatakan bahwa tidak seorang pun dapat ditangkap atau ditahan secara sewenang-wenang, dimana penahanan yang diperbolehkan harus sesuai dengan alasan-alasan penangkapan. Kesewenang-wenangan mencakup elemen-elemen ketidaksesuaian, ketidakadilan, lemahnya dugaan (predictability) dan proses hukum yang adil. Penahanan yang diizinkan oleh hukum haruslah masuk akal, diperlukan dan sepadan dengan mempertimbangkan situasi-situasi khusus kasus tersebut.

Dalam sejumlah peraturan daerah dan qanun yang dikaji, terdapat berbagai perbuatan yang termasuk tindak pidana dan dapat dilakukan penahanan oleh penegak hukum. Namun, sejumlah tindak pidana tersebut dirumuskan secara luas, multitafsir dan tidak mempunyai kepastian perbuatan mana yang dilarang. Merujuk pada ketiadaan rumusan yang jelas tersebut, tindakan penahanan yang dilakukan dapat berpotensi pelanggaran terhadap pasal 9 KIHSP.

e. Pelanggaran terhadap Hak Atas Proses Peradilan Yang Adil dan Tidak Memihak (*Fair Trial*)

Berdasarkan pasal 14 ayat (1) menjamin hak atas persidangan yang adil dan terbuka oleh pengadilan yang kompeten, independen dan tidak memihak yang ditetapkan oleh hukum, dan hak akses ke pengadilan. Pasal ini mengatur tentang hak-hak prosedural dalam peradilan.

Konstruksi sistem penegakan hukum Syariat Islam dalam peraturan daerah dan qanun memberikan dua jalur. Pertama adanya Mahkamah Syariah yang berfungsi sebagai peradilan pada umumnya, dan kedua adalah mekanisme penyelesaian secara adat. Dalam hal penegakan hukum syariat pelaksana penegakan hukum, selain adanya institusi yudisial misalnya kepolisian, kejaksaan dan hakim, terhadap institusi lain yang berperan dalam penagakan hukum yakni Dinas Syariat Islam yang mempunyai kewenangan pengawasan dan penyelidikan dan Walimatul Hisbah yang juga mempunyai fungsi pengawasan dan penyelidikan.

Terdapat beberapa catatan terkait dengan potensi pelanggaran hak atas peradilan yang adil dalam sejumlah Peraturan daerah dan Qanun:

Pertama, terkait dengan Mahkamah Syariah, secara umum, "masih" sesuai dengan prinsip-prinsip sebagaimana dengan pasal 14 KIHPSP karena: *pertama*, masih banyak yang mendasarkan ketentuan-ketentuannya dalam hukum acara pidana yang berlaku (secara nasional). *Kedua*, ketentuan dalam qanun ini telah memberikan pengaturan tentang independensi Mahkamah Syariah yakni jaminan bahwa Mahkamah Syar'iyah yang bebas dari pengaruh pihak manapun. *Ketiga*, penegak hukum dalam pelaksanaan proses peradilan juga tidak jauh menyimpang dari peran-peran institusi penegak hukum lainnya yaitu polisi, jaksa dan hakim. *Keempat*, Peradilan Syariat Islam juga memberikan hak untuk adanya pengujian kepada pengadilan yang lebih tinggi. Struktur peradilan Syariah Islam memungkinkan adanya hak-hak terdakwa atau orang yang telah dijatuhi pidana untuk melakukan pengujian dalam pengadilan yang lebih tinggi. Namun, terdapat potensi intervensi yang bisa melanggar ketentuan tentang kemandirian para hakim dan pejabat-pejabat pengadilan karena terlibatnya kekuasaan eksekutif.

Kedua, adanya mekanisme penyelesaian melalui mekanisme adat, tidak memberikan pengaturan yang memadai untuk menjamin hak-hak atas peradilan yang adil. Dalam pasal 14 KIHSP, meski mekanisme peradilan lain diakui, yang kompeten dan dibentuk berdasarkan hukum harus tetap memberikan jaminan hak-hak dasar untuk terpenuhinya jaminan pemenuhan prinsip-prinsip peradilan yang adil.

Ketiga, adanya kewenangan Dinas Syariat Islam yang mempunyai kewenangan pengawasan dan penyelidikan tidak mempunyai kejelasan fungsi dalam penegakan hukum, selain bahwa institusi ini berada dibawah eksekutif. Kewenangan yang demikian berpotensi melanggar ketentuan pasal 14 KIHSP.

Keempat, adanya Waliyatul Hisbah (WH), yang berdasarkan qanun No. 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Aqidah, Ibadah dan Syiar Islam, adalah badan yang bertugas mengawasi syariat Islam. Badan ini mempunyai kewenangan untuk melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan qanun tersebut, diantaranya untuk pengawasan, menegur, menasehati dan menyerahkan pelanggar qanun ke Pejabat Penyidik. Wilayatul Hisbah dapat dibentuk pada tingkat gampong, kemukiman, kecamatan atau wilayah / lingkungan lainnya, yang berarti sampai pada level terendah dalam komunitas. Dalam sejumlah qanun lainnya, Wilayatul Hisbah mempunyai peranan yang juga sangat besar. Dalam Qanun No. 12 tahun 2003 tentang Khamar, Wilayatul Hisbah bukan hanya mempunyai kewenangan untuk mengawasi, tetapi juga membina dan melakukan advokasi terhadap pelaksanaan amar makruf nahi mungkar. Ketentuan tentang WH ini juga hampir sama sebagaimana yang diatur dalam Qanun No. 13 tahun 2003 tentang Perjudian. Namun, dalam Qanun No. 14 tentang *Khalwat*, pengetahuan WH sedikit berubah meskipun fungsinya hampir sama dengan Qanun No. 12 tahun 2003 tentang Khamar dan Qanun No. 13 tahun 2003 tentang Perjudian, yang memberikan tambahan kata “dan dapat berfungsi sebagai penyelidik”.

Dalam sejumlah pengaturan tentang WH tersebut, peranan WH terlihat sangat besar dan dalam posisi yang seolah masuk dalam penegakan hukum. WH dalam semua qanun yang dikaji, tidak mempunyai kewenangan penangkapan, namun dalam sejumlah praktek yang terjadi, WH seringkali

melakukan razia dan penangkapan terhadap orang-orang yang diduga melanggar Qanun tentang *khalwat*, maisyir dan *khamar*. Kewenangan yang luas dari WH ini berpotensi melakukan pelanggaran pasal 14 KIHSP.

f. Hak Atas Kebebasan Berfikir, Beragama atau Berkeyakinan

Pelanggaran Terhadap Hak atas Kebebasan Beragama atau berkeyakinan sebagaimana dalam Pasal 18 KIHSP terdapat dalam sejumlah Peraturan Daerah dan Qanun yang dikaji. Hal ini sebagai konsekuensi dari landasan semua ketentuan yang diatur dalam Peraturan Daerah dan Qanun yang berlandaskan Syariat Islam, atau berlandaskan utamanya pada satu nilai yang dianut.

Sejumlah pelanggaran hak atas kebebasan berfikir, beragama atau berkeyakinan sebagaimana maksud pasal 18 KISHP adalah:

Pertama, sejumlah qanun hanya mengakui tentang “agama” dan tidak mengakui keyakinan atau kepercayaan yang bersifat non agama, atau pihak yang tidak menganut agama atau kepercayaan apa pun. Bahwa keyakinan ini menjadi subjek pelarangan. Padahal pasal 18 KIHSP memberikan cakupan yang luas terkait dengan definisi agama atau keyakinan.

Kedua, pembatasan yang diberikan dalam peraturan daerah dan qanun tidak berdasarkan pada pembatasan yang diperbolehkan sesuai dengan pasal 18 KIHSP. Meski berbagai kebijakan bersifat himbuan, lebih banyak kebijakan yang bersifat pemaksaan yang disertai dengan sanksi hukum.

Ketiga, tindakan pembatasan hanya berdasarkan pada satu sumber atau satu nilai dan tidak mempertimbangan sumber-sumber lain, dan hal ini merupakan kebijakan yang diskriminatif.

Bahwa pembatasan diperbolehkan dan dilakukan jika diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau hak dan kebebasan mendasar orang lain, suatu persyaratan yang ketat. Pembatasan apapun harus bersifat non-diskriminatif dan sebanding. Sejumlah peraturan daerah dan qanun yang dikaji, pembatasannya sangat longgar dan multi interpretatif, diskriminasi dan tidak sebanding.

g. Pelanggaran Atas Hak Proses Hukum Yang Adil

Pasal 15 KIHSP menyatakan tidak seorang pun dapat dinyatakan bersalah atas suatu tindak pidana karena melakukan atau tidak melakukan tindakan yang bukan merupakan tindak pidana pada saat dilakukannya, baik berdasarkan hukum nasional maupun internasional. Tidak pula diperbolehkan untuk menjatuhkan hukuman yang lebih berat daripada hukuman yang berlaku pada saat tindak pidana tersebut dilakukan. Apabila setelah dilakukannya suatu tindak pidana muncul ketentuan yang lebih ringan hukumannya, maka pelaku harus mendapatkan keuntungan dari ketentuan tersebut. Pasal 15 KIHSP mewajibkan bahwa semua tindak pidana harus secara memadai diuraikan dalam hukum, dengan menerapkan prinsip-prinsip kepastian hukum dan keterdugaan (*foreseeability*), mensyaratkan bahwa hukum pidana harus cukup sempit dan ditarik secara tepat untuk menjadikan perilaku khusus sebagai targetnya.

Merujuk pada sejumlah peraturan daerah dan qanun yang dikaji, berbagai tindak pidana dirumuskan secara luas dan multitafsir, dan tidak dapat diprediksikan secara pasti cakupan tindak pidana tersebut. Dalam hal tindakan penghukuman dilakukan dengan rumusan tersebut, hal ini berpotensi pelanggaran terhadap pasal 15 KIHSP. Selain itu, terdapat sejumlah hukuman cambuk yang dalam beberapa hal merupakan penghukuman yang lebih berat dari hukuman sebagaimana diatur dalam KUHP, sebagai hukum yang terlebih dahulu ada. Hal ini merupakan pelanggaran pasal 15 KIHSP.

h. Pelanggaran Terhadap Hak Privasi

Berdasarkan Pasal 17 KIHSP, tidak boleh seorang pun dapat secara sewenang-wenang atau secara tidak sah dicampuri masalah-masalah pribadinya dan bahwa setiap orang memiliki hak atas perlindungan hukum terhadap campur tangan atau serangan seperti tersebut di atas. Hak ini meliputi "area tertentu", yakni keberadaan individu dan otonomi yang tidak menyentuh area kebebasan dan privasi orang lain. Negara harus melindungi hak ini dan aspek-aspek hak individu lainnya atas otonomi: hak untuk membuat keputusan secara bebas sesuai dengan nilai-nilai, kepercayaan, situasi dan kebutuhan pribadi seseorang. Negara tidak boleh

memberlakukan pembatasan-pembatasan tidak sah dan pemaksaan yang membatasi hak ini, bahkan ketika tujuan pembatasan-pembatasan semacam itu adalah untuk mencegah orang dari mengadopsi gaya hidup yang oleh sebagian besar orang dianggap buruk atau merugikan orang yang melakukannya. Pembatasan apapun terhadap hak atas otonomi harus diarahkan pada tujuan yang sah dan diterapkan secara non-diskriminatif, dan lingkup dampak pembatasan tersebut harus benar-benar sebanding untuk memenuhi tujuan tersebut.¹³

Merujuk pada sejumlah peraturan daerah dan qanun yang dikaji, berbagai pengaturan, pelarangan dan tindak pidana merupakan hak-hak privasi yang dilindungi berdasarkan pasal 17 KIHSP. Hak-hak ini misalnya untuk berbusana sesuai dengan yang diinginkan, sepanjang tidak bertentangan dengan pembatasan yang diperbolehkan berdasarkan KIHSP, adalah tindakan yang merupakan bagian dari hak privasi.

i. Pelanggaran Terhadap Hak-Hak Kelompok Minoritas

Pasal 27 KIHSP menyebutkan bahwa di negara-negara yang memiliki kelompok minoritas berdasarkan suku bangsa, agama atau bahasa, orang-orang yang tergolong dalam kelompok minoritas tersebut tidak boleh diingkari haknya dalam masyarakat, bersama-sama anggota kelompoknya yang lain, untuk menikmati budaya mereka sendiri, untuk menjalankan dan mengamalkan agamanya sendiri, atau menggunakan bahasa mereka sendiri. Orang-orang yang berasal dari kelompok minoritas tersebut harus dapat menikmati hak-haknya, baik dalam masyarakat maupun bersama anggota-anggota lain dalam kelompoknya, untuk menikmati budayanya sendiri, untuk menyatakan dan menerapkan agamanya sendiri, atau untuk menggunakan bahasanya sendiri.

Hak-hak kelompok minoritas tidak boleh diabaikan dan Negara Pihak memiliki kewajiban untuk menjamin bahwa keberadaan dan pelaksanaan

¹³ Human Rights Watch, merujuk pada analisa pasal 17 KIHSP dan sejumlah pandangan terhadap pasal 17 KISHP, diantaranya Manfred Nowak, U.N. *Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* [Kovenan PBB tentang Hak-hak Sipil dan Politik: Komentar CCPR] (Kehl am Rhein, Germany: N.P. Engel, 1993), hlm. 294 dan Komite PBB untuk HAM (HRC), Komentar Umum No. 16 terhadap Pasal 17 ICCPR, "Kompilasi Komentar Umum dan Rekomendasi Umum Diadopsi oleh Badan-badan Perjanjian HAM," UN Doc. HRI/GEN/Rev.3, 15 Agustus 1997.

hak ini dilindungi dari penyangkalan atau pelanggaran sehingga dibutuhkan adanya langkah-langkah perlindungan yang positif tidak hanya dari tindakan-tindakan oleh Negara Pihak itu sendiri, baik melalui kewenangan legislatif, yudisial, maupun administratifnya, tetapi juga dari tindakan orang-orang lain di dalam wilayah Negara Pihak yang bersangkutan.

Berdasarkan pada peraturan daerah dan qanun yang dikaji, sebagian besar ketentuannya telah menyangkal hak-hak kelompok minoritas. Tidak ada ketentuan yang memberikan peluang adanya penghormatan atau upaya pengembangan terhadap hak-hak kelompok minoritas dari sejumlah Peraturan Daerah dan qanun yang dikaji. Hal ini sebagai konsekuensi atas kondisi dalam 2 hal: *pertama*, peraturan dan Qanun merupakan implementasi dari pelaksanaan Syariat Islam, yang berarti pengaturan hanya mencakup aspek yang terkait dengan itu, atau *kedua*, semua konstruksi dan landasan peraturan daerah atau Qanun memang hanya bersumber dari Syariat Islam atau kebudayaan yang berkembang namun tidak bertentangan dengan Syariat Islam.



Daftar Pustaka:

Manfred Nowak, U.N. *Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* [Kovenan PBB tentang Hak-hak Sipil dan Politik: Komentar CCPR] (Kehl am Rhein, Germany: N.P. Engel, 1993), hlm. 294 dan Komite PBB untuk Hak Asasi Manusia (HRC).

Komentar Umum No. 16 terhadap Pasal 17 ICCPR, "Kompilasi Komentar Umum dan Rekomendasi Umum Diadopsi oleh Badan-badan Perjanjian Hak Asasi Manusia," UN Doc. HRI/GEN/Rev.3, 15 Agustus 1997.

BAB II

Analisis Qanun Syariat Islam Aceh dari Implementasi Konvensi Hak Anak (KHA)

Oleh Adzkar Ahsinin

I. Pendahuluan

I.1. Latar Belakang

Pada 1990 Indonesia meratifikasi Konvensi Hak Anak (KHA) melalui Keputusan Presiden No. 36 Tahun 1990. Tindakan ratifikasi ini membawa implikasi yuridis bahwa Indonesia harus melaksanakan kewajiban yang tertera dalam KHA. Implikasi yuridis yang berkontribusi secara signifikan dalam memberikan perlindungan bagi anak yakni kewajiban negara untuk menerjemahkan atau mentransformasikan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA ke dalam hukum nasional.¹⁴

Penekanan pada peran hukum nasional untuk menghormati, melindungi, dan memenuhi Hak Asasi Manusia (HAM) setiap warga negara secara efektif terbaca pada Pembukaan paragraf ketiga Deklarasi Universal HAM:¹⁵

“Bahwa sangat penting untuk melindungi HAM melalui hukum (should be protected by the rule of law) supaya orang tidak akan terpaksa memilih jalan pemberontakan sebagai usaha terakhir menentang tirani dan penindasan.”

¹⁴ Kewajiban lain dalam menegakkan perlindungan anak meliputi pemberian laporan kepada Komite Hak Anak mengenai kemajuan yang telah dilakukan untuk mengimplementasikan KHA, Lihat, Hikmahanto Juwana, *Hukum Internasional dalam Perspektif Indonesia sebagai Negara Berkembang*, Jakarta, PT. Yarsif Watampone, 2010.

¹⁵ Office of The High Commissioner for Human Rights, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Office of The High Commissioner for Human Rights in Cooperation with The International Bar Association, United Nations, New York and Geneva, 2003.

Dalam hal ini, Johan Galtung menyatakan bahwa HAM harus dilihat sebagai konstruksi kompleks imajinatif yang mengkombinasikan unsur hukum nasional dan unsur hukum internasional. HAM diimplementasikan sebagai tindakan yang mengikat negara melalui hukum nasional suatu negara.¹⁶ Selanjutnya H.L.A Hart menunjukkan bahwa persinggungan antara hukum nasional dengan hukum internasional disebabkan karena ketentuan hukum internasional bersifat *open texture*¹⁷ sehingga hukum nasional berperan untuk mengimplementasikan hukum internasional. Ketentuan hukum internasional yang *open texture* menandakan terdapat wilayah tindakan (*conduct*) yang harus diserahkan pada pengadilan atau pejabat-pejabat resmi suatu negara. Menurut H.L.A. Hart, permasalahan *open texture* dalam norma hukum internasional dapat dipecahkan dengan cara mendesentralisasikan hukum internasional kepada negara-negara.¹⁸

Perjanjian internasional mengenai HAM memiliki substansi pembentukan norma (*law making*) maka negara mempunyai kewajiban untuk mentransformasikan ketentuan dalam perjanjian internasional ke dalam hukum nasional. Alasan yang mendasari dibutuhkan transformasi karena perjanjian yang berkategori pembentukan norma¹⁹ bertujuan untuk mengubah ketentuan yang berlaku dalam suatu negara.²⁰ Instrumen Hukum HAM Internasional mensyaratkan negara peratifikasi untuk melakukan transformasi prinsip-prinsip dan norma-norma yang ada ke dalam peraturan perundang-undangan.

Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik pada Pasal 2 ayat (2) dan Kovenan Hak Ekonomi, Hak Sosial, dan Hak Budaya pada Pasal 2 ayat (1) menyerukan kepada negara untuk mengambil tindakan legislatif untuk memasukkan

¹⁶ Naning Mardinia, et. al., *Meneropong Hak Atas Pendidikan dan Layanan Kesehatan*, Jakarta, LP3ES, 2005.

¹⁷ *Open texture* merupakan ketentuan hukum internasional yang seringkali terlalu umum dan samar-samar. Ketentuan seperti ini akan banyak membuka kemungkinan sehingga menimbulkan keraguan terkait dengan apa yang dimaksud dalam ketentuan hukum internasional. Lihat G.J.H.Van Hoof, *Pemikiran Kembali Sumber-Sumber Hukum Internasional*, Bandung, Alumni, 2000.

¹⁸ G.J.H.Van Hoof, *ibid*.

¹⁹ Kategori yang lain adalah perjanjian internasional yang memiliki substansi *treaty contract* memiliki ketentuan-ketentuan yang bersifat aplikatif, semisal perjanjian internasional terkait dengan tapal batas atau pinjam meminjam. Lihat Hikmahanto Juwana, *op.cit*.

²⁰ Hikmahanto Juwana, *ibid*.

ketentuan dalam kedua kovenan di tingkat nasional. Kewajiban serupa juga dapat diketemukan pada Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan yang menekankan pentingnya reformasi konstitusional untuk menjamin pemajuan hak asasi perempuan (Pasal 2 dan Pasal 3). Pasal 2, Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Racial mengatur kewajiban yang sama yakni mengambil semua langkah-langkah yang sesuai guna menyusun kebijakan penghapusan segala bentuk diskriminasi rasial. Demikian pula halnya, Pasal 4 ayat (1) Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat Manusia yang menyatakan Negara Pihak harus mengatur agar tindak penyiksaan merupakan tindak pidana menurut ketentuan hukum pidananya. Selanjutnya, KHA dalam Pasal 4 mengatur hal serupa yakni membebaskan kewajiban negara untuk mengambil semua tindakan legislatif, administratif dan tindakan lainnya yang tepat untuk mengimplementasikan hak yang diakui dalam konvensi. Hal ini bisa diartikan dilakukan melalui tindakan mengubah peraturan perundang-undangan yang ada, membuat peraturan perundang-undangan yang baru, menyelenggarakan pelatihan bagi seluruh aparat negara, mengembangkan mekanisme pemantauan, atau mengelaborasi kebijakan baru atau praktik-praktik penyelenggaraan pemerintahan. Dengan demikian, muara kewajiban negara setelah meratifikasi suatu instrumen Hukum HAM Internasional adalah upaya membangun suatu mekanisme untuk mengimplementasikan prinsip-prinsip dan norma-norma HAM melalui hukum nasional.²¹

Menurut Hikmahanto Juwana, ketentuan-ketentuan tersebut tidak bisa lain ditafsirkan adanya keharusan suatu negara untuk mentransformasikan atau menerjemahkan ke dalam suatu peraturan perundang-undangan nasional suatu perjanjian internasional tersebut. Apalagi, perjanjian internasional HAM menyangkut hak warga negara sebagai individu maka transformasi menjadi keharusan. Mochtar Kusumaatmadja berpandangan bahwa:²²

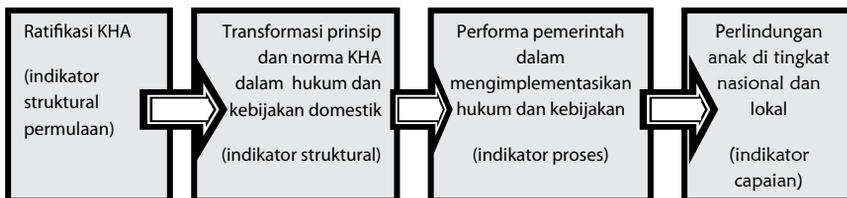
“...pengundangan dalam undang-undang nasional adalah mutlak diperlukan yakni antara lain apabila diperlukan perubahan dalam undang-undang nasional yang langsung menyangkut hak warga negara sebagai perseorangan.”

²¹ UNICEF, *Report of the Conference on Legislative Reform to Achieve Human Rights*, UNICEF & Inter-Parliamentary Union, New York, 2008.

²² Hikmahanto Juwana, *op.cit.*

Mengacu uraian di atas maka permasalahan HAM tidak semata-mata menjadi kewenangan hukum internasional saja, namun bersinggungan dengan hukum nasional karena mensyaratkan tindakan transformasi. Dengan demikian, kewajiban memberikan perlindungan kepada anak membutuhkan langkah implementasi dengan cara mentransformasikan prinsip dan norma KHA dalam hukum nasional. Ratifikasi KHA dalam kaitan ini adalah langkah awal dan mendasar bagi upaya transformasi. Dengan kata lain, setiap negara yang telah meratifikasi KHA wajib melaksanakan komitmen politiknya dan mengerahkan sumber daya yang tersedia untuk memastikan realisasi secara penuh hak anak yang dijamin dalam KHA. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 27 Konvensi Wina mengenai Hukum Perjanjian Internasional tahun 1969 yang menyatakan bahwa negara tidak boleh mengajukan pembenaran atas kegagalan melaksanakan perjanjian karena terdapat hukum domestik yang menyebabkan kegagalan tersebut. Artinya, setiap negara telah diberikan kebebasan untuk memilih modalitas yang dimilikinya untuk mengimplementasikan secara efektif setiap kewajiban hukum internasional dan menghasilkan hukum nasional yang sesuai dengan kewajiban internasional yang diatur dalam KHA.

Langkah transformasi prinsip-prinsip dan norma-norma KHA dalam hukum nasional mensyaratkan reformasi hukum²³ untuk menyesuaikan seluruh peraturan perundang-undangan yang ada dengan KHA. Langkah-langkah implementasi kewajiban negara untuk mengembangkan suatu rezim hukum nasional untuk mengimplementasikan prinsip dan norma KHA dapat dilihat pada visualisasi sebagai berikut:²⁴



²³ Dan O'Donnell, *et.al*, *Law Reform and Implementation of the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF Innocenti Research Centre, Florence, Italy, 2007.

²⁴ Memodifikasi bagan dari Jocelyn E Getgen, Benjamin Mason Meier, *Ratification of human rights treaties: the beginning not the end*, *www.thelancet.com* Vol 374 A.

Dalam hal ini, hukum nasional dapat dijadikan sebagai paramater untuk melihat sejauhmana komitmen dan kemauan suatu negara untuk mengimplementasikan KHA karena pada dasarnya hukum nasional merepresentasikan:

- a. Tingkat kepatuhan negara peratifikasi untuk menyelaraskan hukum nasional dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA ; dan
- b. Upaya negara untuk menegakkan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA dalam menjamin perlindungan anak.

Dalam perspektif sistem hukum, tingkat kepatuhan untuk menyelaraskan hukum nasional dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA berada pada ranah substansi hukum dalam mentransformasikan prinsip dan norma hukum internasional agar berlaku secara efektif dan menjadi hukum positif. Sementara upaya penegakkan hukum berada pada ranah eksekutif dan yudikatif pelaksana peraturan perundang-undang yang akan mengoperasionalkan ketentuan KHA dalam kebijakan publik dan penegakkan hukum.

Sesuai dengan UU NO. 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Propinsi Daerah Istimewa Aceh Sebagai Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam (NAD), yang kemudian dicabut dengan ditetapkannya UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh diberikan keistimewaan dan kewenangan khusus untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat²⁵. Berbeda dari propinsi-propinsi lainnya di Indonesia, berdasarkan undang-undang ini Pemerintahan Aceh diberikan hak menerapkan peraturan daerah yang bersumber dari dasar-dasar agama Islam. Penyelenggaraan keistimewaan dan kewenangan khusus tersebut tercermin dalam Qanun Aceh. Pembentukan qanun²⁶ bertujuan dalam rangka penyelenggaraan Pemerintahan Aceh,²⁷ pemerintahan kabupaten/kota,²⁸ dan penyelenggaraan tugas pembantuan.²⁹ Berdasarkan kewenangannya tersebut maka penghormatan, perlindungan, dan

²⁵ Lihat Pasal 1 angka 2 dan Pasal 7, UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh.

²⁶ Lihat Pasal 1 angka 21 dan angka 22 dan Pasal 233, UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh.

²⁷ Lihat Pasal 16, UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh.

²⁸ Lihat Pasal 17, UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh.

²⁹ Lihat Pasal 7, UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh.

pemenuhan HAM juga dialihkan menjadi kewajiban Pemerintahan Aceh.³⁰ Untuk itu, qanun yang dibentuk harus ditujukan dalam rangka menghormati, melindungi, dan memenuhi HAM setiap penduduk Aceh, termasuk anak-anak di seluruh wilayah administrasinya.³¹

Kewenangan untuk menghormati, melindungi, dan memenuhi hak anak secara expressive verbis dinyatakan dalam Pasal 231 :

- (1) Pemerintah, Pemerintah Aceh, dan pemerintah kabupaten/kota serta penduduk Aceh berkewajiban memajukan dan melindungi hak-hak perempuan dan anak serta melakukan upaya pemberdayaan yang bermartabat.
- (2) Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan kewenangan Pemerintah Aceh dan pemerintah kabupaten/kota sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dalam qanun.

Pemberlakuan hukum lokal berbasis adat (budaya) memang dimungkinkan dalam upaya memberikan perlindungan kepada anak. Namun demikian pemberlakuan hukum adat harus bertujuan untuk menguatkan upaya perlindungan anak bukan sebaliknya mereduksi hak-hak anak yang diatur dan dijamin dalam KHA.

Pembukaan KHA menyatakan bahwa:

“Memperhatikan pentingnya tradisi dan nilai-nilai budaya dari masing-masing orang untuk perlindungan dan pengembangan anak yang serasi ...”

Filosofi KHA ini semestinya diinterpretasikan bahwa dalam perlindungan anak tidak perlu mempertentangkan antara pandangan universalitas versus

³⁰ Lihat Pasal 227, Pasal 228, Pasal 229, Pasal 230, dan Pasal 231, UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh. Bahkan Pemerintahan Aceh diberikan mandat berdasarkan aturan Pasal 228 membentuk Pengadilan HAM Aceh untuk memeriksa, mengadili, memutus, dan menyelesaikan perkara pelanggaran HAM yang terjadi sesudah Undang-Undang tersebut berlaku. Kemudian Pasal 229 ditentukan bahwa untuk menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu dan mencari kebenaran dan rekonsiliasi melalui pembentukan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi.

³¹ Oleh karena qanun hanya berlaku dalam wilayah administrasi Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam, maka berdasarkan pandangan Mian Khursid A. Nasim qanun dapat dikelompokkan sebagai undang-undang lokal (*local statute*) karena qanun dibuat oleh pihak yang memiliki kewenangan untuk membuat qanun dan sebutan qanun menunjukkan peraturan daerah yang khusus berlaku di Aceh. Lihat Jimly Asshidiqie, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta, KONPress, 2006.

partikularitas atau barat versus timur karena KHA mengakui interpretasi perlindungan anak secara kultural dan lokal.

Ketentuan serupa juga ditegaskan dalam paragraph 5 Deklarasi Vienna dan Program Aksi yang menyatakan bahwa:

“Semua HAM adalah universal, tidak dapat dipisahkan, saling bergantung dan berkait. Masyarakat internasional secara umum harus memperlakukan HAM di seluruh dunia secara adil dan seimbang, dengan menggunakan dasar dan penekanan yang sama. Sementara kekhususan nasional dan regional serta berbagai latar belakang sejarah, budaya dan agama adalah suatu yang penting dan harus terus menjadi pertimbangan, adalah tugas negara-negara, apapun sistem politik, ekonomi dan budayanya, untuk memajukan dan melindungi semua HAM dan kebebasan asasi.”

Berdasarkan ketentuan pasal di atas maka perlindungan anak yang menjadi kewenangan Pemerintahan Aceh harus masuk dalam setiap qanun. Dengan kata lain, seharusnya qanun-qanun yang dibentuk Pemerintahan Aceh ditujukan dalam rangka mengimplementasikan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA pada tingkat lokal (propinsi). Artinya Qanun-Qanun Aceh harus memperkuat perlindungan anak dan menegaskan pengakuan eksistensi hukum anak sebagai subyek hak atau pemegang hak (*holders of rights*) dalam seluruh aspek kehidupan anak, baik aspek politik, sipil, ekonomi, sosial, dan budaya.

Oleh karena Qanun Aceh merupakan peraturan perundang-undangan sejenis peraturan daerah propinsi dan menjadi sumber hukum formil³² di wilayah NAD maka materi muatan qanun harus sesuai dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA. Perlindungan anak dan pengakuan terhadap eksistensi anak sebagai subyek hukum melalui qanun pada dasarnya dapat dikonstruksikan sebagai upaya mengimplementasikan aturan Pasal 4 KHA. Lebih jauh, pasal 4 KHA menekankan kepada Negara Pihak untuk melakukan reformasi legislasi (*legislative reform*) sebagai salah satu langkah awal dan strategis untuk memajukan hak anak.

³² Pengertian dan ruang lingkup sumber hukum formil dapat diklasifikasikan dalam beberapa unsur berikut : (a) sumber hukum dalam pengertian bentuk perumusan kaidah-kaidahnya; (b) tempat yang menentukan atau menyebabkan berlakunya suatu kaidah hukum; (c) tempat di mana aturan hukum itu dapat diketahui; dan (d) berkaitan dengan cara yang menyebabkan peraturan hukum formil itu berlaku. Lihat Jazim Hamidi, *Revolusi Hukum Indonesia*, Jakarta, KONpress, 2006.

Implementasi Pasal 4 KHA melalui reformasi legislasi menjadi perhatian Komite Hak Anak sebagaimana tertera dalam Pedoman Laporan Awal (*Guidelines for Initial Reports*). Dalam pedoman ini, Komite menekankan pentingnya upaya memastikan undang-undang domestik substansi hukumnya sesuai dengan KHA.³³ Tindakan-tindakan sebagaimana diatur dalam pasal tersebut, meliputi:³⁴

- a. Memastikan bahwa semua peraturan perundang-undangan (*legislative policy*) secara penuh sesuai dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA;
- b. Membuat suatu strategi nasional secara komprehensif guna memenuhi dan melindungi hak-hak anak;
- c. Mengalokasikan dan menganalisis anggaran publik berdasarkan kepentingan terbaik untuk anak.

Ketidaksesuaian substansi hukum Qanun-Qanun Aceh tersebut (*ius constitutum*) berimplikasi secara langsung terhadap perlindungan hak anak dan pengakuan eksistensi anak sebagai subyek hak karena qanun-qanun tersebut menjadi sumber acuan tindakan-tindakan konkret penyelenggara Pemerintahan Aceh, termasuk ketika memperlakukan dan menangani anak-anak (*ius operatum*). Kemudian, hukuman cambuk diperkenalkan dalam Qanun Aceh sebagai bentuk penghukuman (sanksi) bagi setiap pelaku pelanggaran aturan qanun yang diputuskan Mahkamah Syariah. Padahal hukuman cambuk bertentangan dengan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, dan Merendahkan Martabat Manusia, yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia melalui Undang-Undang No. 5 Tahun 1998.

Ketidaksesuaian Qanun Aceh dengan standar universal HAM, terlihat pada laporan studi *Human Rights Watch* yang menyoroti implementasi Qanun Aceh, khususnya qanun yang mengatur larangan *khalwat* dan kewajiban berbusana Islami. Menurut laporan studi tersebut Qanun Aceh pada saat diimplementasikan ternyata melanggar HAM, khususnya kaum miskin, perempuan, dan kaum muda. Pelanggaran HAM ini terkait dengan kebebasan untuk membuat keputusan pribadi yang penting dalam

³³ Rachel Hodgkin & Peter Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Children's Fund, New York, 2002.

³⁴ Rachel Hodgkin & Peter Newell, *ibid*.

menjalankan hidup serta dalam mengekspresikan kepercayaan, identitas, dan moral mereka. Bahkan studi tersebut menemukan kasus anak-anak ditahan karena melanggar aturan qanun.³⁵

Berbagai kasus yang mengemuka menunjukkan keterkaitan antara qanun sebagai sumber hukum formal yang saat ini berlaku (*ius constitum*) dengan cara ber hukum (*ius operatum*) polisi khusus Syariah (Wilayah Hisbah/WH), berpotensi melanggar HAM masyarakat Aceh. Dengan kata lain, situasi ini memperlihatkan bahwa pelanggaran HAM yang terjadi diakibatkan karena 2 (dua) akar permasalahan, yakni:

- a. Substansi hukum Qanun Aceh yang menjadi sumber hukum tindakan aparat penegak hukum tidak sesuai dengan standar universal HAM; dan/ atau
- b. Aparat penegak hukum, khususnya Wilayah Hisbah/WH bertindak di luar kewenangannya.

Untuk itu, perlu ditelisik substansi hukum untuk melihat sejauhmana qanun-qanun yang telah dibentuk oleh otoritas legislasi berkesesuaian dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA. Atas dasar hal-hal tersebut di atas maka studi analisis terhadap Qanun-Qanun Aceh signifikan dilakukan.

I.2. Permasalahan

Studi analisis terhadap substansi hukum Qanun-Qanun Aceh dilakukan untuk menjawab permasalahan utama di bawah ini.

- a. Bagaimana implementasi prinsip-prinsip dan norma-norma KHA di tingkat lokal melalui pembentukan Qanun-Qanun Aceh?
- b. Apakah materi muatan (norma-norma) dalam Qanun-Qanun Aceh sesuai atau tidak sesuai dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA?

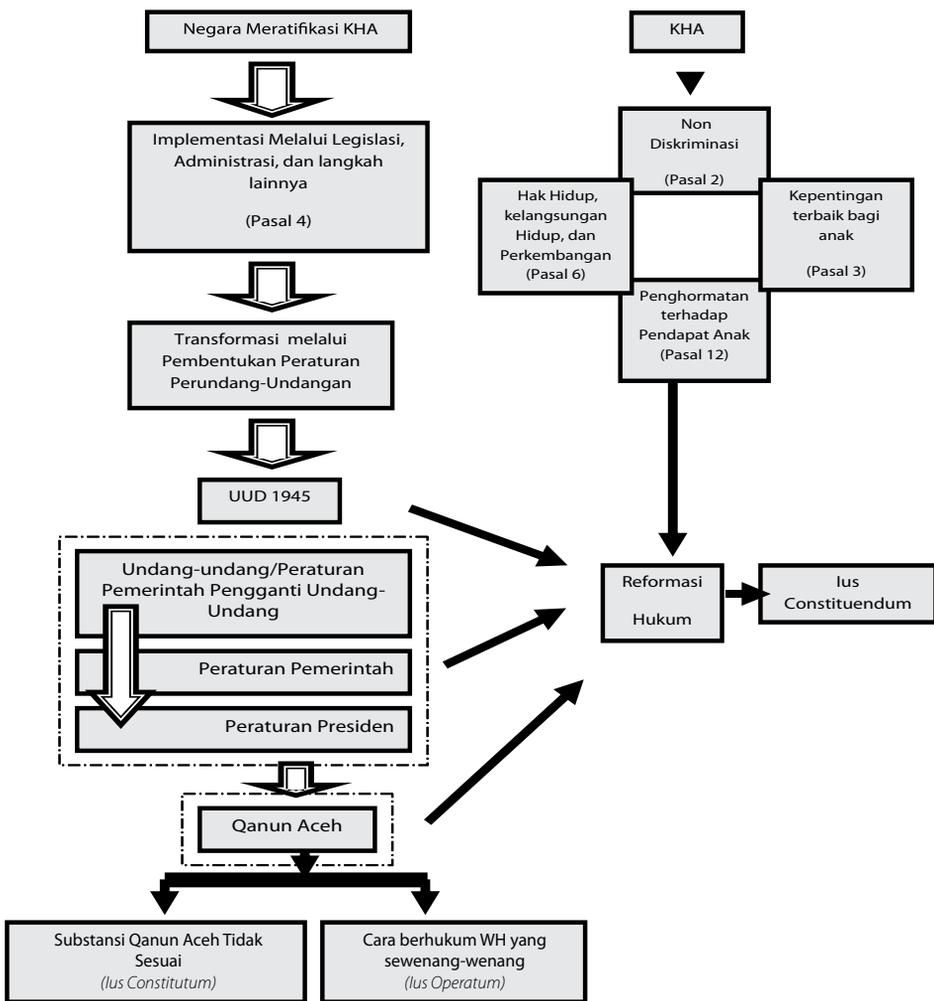
I.3. Metodologi

Untuk menjawab 2 (dua) permasalahan utama di atas, studi ini menggunakan pendekatan analisis isi (*content analysis*) atas sejumlah qanun yang saat ini

³⁵ Christen Broecker, , *Policing Morality Abuses in the Application of Sharia in Aceh, Indonesia*, Human Rights Watch, 2010.

tengah berlaku di Aceh. Analisis isi atas substansi hukum qanun-qanun dilakukan dengan cara membandingkan atau menyandingkan antara materi muatan qanun dengan KHA. Penyandingan ini bertujuan untuk menguji kesesuaian materi muatan Qanun-Qanun Aceh dengan prinsip-prinsip dan norma-norma dalam KHA.

Skema alur studi Qanun Aceh untuk melihat kesesuaiannya dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA melalui analisis isi materi muatan qanun dapat divisualisasikan di bawah ini.



II. Implementasi Prinsip-Prinsip dan Norma-Norma KHA di Tingkat Lokal

II.1. Prinsip-Prinsip dan Norma-Norma KHA sebagai Kerangka Dasar Reformasi Hukum

Adopsi KHA pada 20 November 1989, menjadi titik kulminasi dari proses yang panjang bagi hak asasi anak untuk mendapatkan pengakuan jaminan internasional yang komprehensif. Secara khusus, KHA menjadi tanda yang jelas bagi arah pergerakan pengakuan bahwa anak sebagai pemilik hak yang aktif (*active holder of rights*) dan bukan hanya sekedar sebagai obyek hak yang bersifat pasif (*not merely a passive object of the rights*).³⁶

KHA secara sosiologis lebih memiliki kekuatan hukum karena secara luas dapat diterima oleh masyarakat internasional dibanding instrumen hukum HAM internasional lainnya. Penerimaan yang luas ini karena KHA memiliki karakteristik unik sebagai berikut:³⁷

- a. KHA merupakan hasil konsensus seluruh masyarakat internasional karena hampir seluruh negara-negara di dunia meratifikasi KHA.³⁸ Konsensus ini terwujud karena KHA memiliki sifat yang lentur dan peka terhadap perbedaan kultural dibandingkan instrumen yang lainnya. Popularitas KHA yang sedemikian luas karena mengkombinasikan model yang fleksibel sehingga KHA menjadi instrumen politik yang memiliki kekuatan penuh apabila dilihat dari dampak hukum dan perdebatan konstitusionalitas hak anak dalam banyak negara;
- b. KHA mencakup beragam hak yang sangat luas, sosial, hukum, kultural, sipil, dan HAM. Hal ini merupakan representasi baru

³⁶ Jean Tomkin, *Orphans of Justice In search of the best interests of the child when a parent is imprisoned: A Legal Analysis*, Quaker United Nations Office, 2009.

³⁷ Tali Gal, *Victim to Partners: Child Victims and Restorative Justice*, Thesis Submitted for the degree of PhD at the Australian National University, 2006.

³⁸ KHA merupakan instrument Hukum HAM yang paling luas diterima oleh masyarakat Internasional. Sampai saat ini terdapat 193 negara anggota PBB meratifikasi KHA, hanya 2 negara anggota PBB yang belum meratifikasi KHA yakni Amerika Serikat dan Somalia.

sebagai sebuah pendekatan yang luas terhadap HAM. Dengan demikian, anak-anak tidak hanya diakui semata-mata sebagai obyek perlindungan, meskipun hak atas perlindungan menjadi prinsip utama, anak-anak juga merupakan umat manusia, bagian masyarakat dunia, dan berhak mendapatkan penghormatan atas HAM dan kebebasan mereka. Hal fundamental lain, KHA menyediakan kerangka kerja untuk memperlakukan anak sebagai warga negara (*citizenship for children*) melalui pemberian hak atas partisipasi dalam setiap keputusan yang berdampak pada kehidupannya;

- c. KHA unik karena pasal-pasal nya memiliki sifat pembawaan yang saling bertautan dan tidak terpisah satu dengan yang lain dan pembacaan setiap pasal harus dikaitkan dengan pasal lain guna mewujudkan martabat anak sebagai tema utamanya;
- d. KHA membentuk Komite Hak Anak sebagai mekanisme evaluasi dan tindak lanjut bagi setiap negara anggota. Tidak hanya mekanisme monitoring, KHA menciptakan sistem penyebutan/penamaan (*system of naming and shaming*) untuk mempermalukan negara anggota yang kebijakannya tidak mematuhi dan menyesuaikan dengan spirit KHA;
- e. KHA berisikan pendekatan liberalis secara relatif karena KHA tidak memperlakukan anak sebagai orang dewasa, juga tidak memperlakukan sebagai manusia dewasa dengan tubuh kecil (*mature minors*) yang dilekati otonomi diri secara penuh dan kebebasan dalam membuat keputusan. KHA menetapkan bahwa hak anak untuk berpartisipasi dalam membuat keputusan yang mempengaruhi kehidupannya diberikan secara gradual sesuai dengan usia dan tingkat kematangannya.

Mengacu uraian di atas KHA tidak hanya bersubstansikan hak-hak yang bersifat umum, seperti hak atas perkembangan hidup, serta hak-hak yang ditujukan untuk kesejahteraan, tetapi KHA juga menjamin baik hak sipil, hak politik, hak ekonomi, hak sosial, dan hak budaya. Secara keseluruhan hak-hak anak yang tercantum dalam KHA dapat diklasifikasikan menjadi 3 (tiga), yakni:³⁹

³⁹ Nancy Kanyago, *et.al*, *In the Best Interest of the Child: Harmonising laws in Eastern and Southern Africa*, The African Child Policy Forum, 2007.

- a. Penyediaan (*provision*)
Hak anak untuk disediakan layanan sosial dan layanan lainnya, meliputi layanan dasar atas kesehatan, perawatan, dan pendidikan, serta manfaat jaminan sosial untuk mencapai standar hidup yang layak;
- b. Perlindungan (*protection*)
Hak anak untuk dilindungi dari segala macam tindak kekerasan, termasuk penyalahgunaan, penelantaran, bentuk eksploitasi komersial dan seksual lainnya; penyiksaan dan penahanan sewenang-wenang, dan penghilangan hak atas pengasuhan yang tidak beralasan;
- c. Partisipasi (*participation*)
Hak anak untuk menyatakan pandangannya dan berpartisipasi dalam pengambilan keputusan dalam semua masalah yang mempengaruhi kehidupan mereka dan kehidupan masyarakat secara keseluruhan.

Dalam pedoman pelaporan negara-negara peserta (*CRC Guidelines for Periodic Reports*) yang dikeluarkan oleh Komite Hak Anak, komite menyusun pembagian kelompok (*cluster*) KHA sebagai berikut.⁴⁰

- a. Langkah-langkah implementasi umum (Pasal 4, Pasal 42, dan Pasal 44 paragraph 6);
- b. Definisi anak (Pasal 1);
- c. Prinsip-prinsip umum (Pasal 2, Pasal 3, Pasal 6, dan Pasal 12);
- d. Hak-hak sipil dan kebebasan (Pasal 7, Pasal 8, Pasal 13- 17 dan Pasal 37(a))
- e. Lingkungan keluarga dan pengasuhan pengganti (alternatif) (Pasal 5, Pasal 9-11, Pasal 18-21, Pasal 25, Pasal 27 paragraph 4, dan Pasal 39)
- f. Kesehatan dasar dan kesejahteraan (Pasal 6, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 26, dan Pasal 27, paragraph 1-3)
- g. Pendidikan, waktu luang dan kegiatan budaya (Pasal 28, Pasal 29, dan Pasal 31)

⁴⁰ *CRC General Guidelines Regarding the Form and Content of Initial and Periodic reports to be Submitted by State Parties, CRC/C/5 and CRC/C/58* (selanjutnya sering disebut *CRC Guidelines for Periodic Reports*).

- h. Langkah-langkah perlindungan khusus (Pasal 22, Pasal 32-36, Pasal 37(b)(d), dan Pasal 38-40)

Langkah-langkah perlindungan khusus tersebut ditujukan bagi anak-anak yang membutuhkan perlindungan khusus atau dikenal sebagai *children in need of special protection/CNSP*. Anak-anak yang termasuk dalam kategori ini membutuhkan perlindungan khusus karena tingkat kerentanan dan berisiko tinggi hak-haknya dilanggar. Oleh karena itu, Negara semestinya mengambil langkah-langkah khusus melalui langkah afirmasi untuk memprioritaskan penanganan terhadap pemenuhan hak-hak mereka. Terdapat 4 kategori kelompok anak yang membutuhkan perlindungan khusus yang seharusnya menjadi isu prioritas perlindungan anak (*priority child protection issues*), yakni:⁴¹

- a. Anak-anak dalam situasi darurat atau *children in situation of emergency*, yakni pengungsi anak atau *children refugee* baik pengungsi lintas negara maupun pengungsi dalam negeri atau *internally displaced people* (Pasal 22) dan anak yang berada dalam situasi konflik bersenjata atau *children in situation of armed conflict* (Pasal 38);
- b. Anak dalam situasi eksploitasi, meliputi eksploitasi ekonomi (Pasal 32), penyalahgunaan obat atau *drug abuse* (Pasal 33), eksploitasi seksual (Pasal 34), perdagangan anak atau *trafficking* (Pasal 35), dan eksploitasi bentuk lainnya (Pasal 36);
- c. Anak yang berhadapan dengan hukum atau *children in conflict with the Law* (Pasal 37, Pasal 39, dan Pasal 40);
- d. Anak yang berasal dari masyarakat adat dan kelompok minoritas (*children from indigenous people and minorities*) (Pasal 30).

Kemudian, untuk memahami KHA, dikenal 4 (empat) prinsip utama KHA. Empat prinsip ini sebagai pilar yang menopang implementasi hak-hak anak yang lain. Keempat prinsip tersebut meliputi:⁴²

⁴¹ *Special Committee for The Protection of Children, Protecting Filipino Children from Abuse, Exploitation, and Violence*, December 2006.

⁴² Nancy Kanyago, *et.al*, *op.cit.*

- a. Hak untuk diperlakukan sama (non-diskriminasi);
- b. Hak untuk hidup, kelangsungan hidup dan perkembangan;
- c. Keputusan berdasarkan kepentingan terbaik anak;
- d. Menghormati pandangan anak (partisipasi).

II.2. Hak Anak dalam Perspektif Agama Islam

Mengacu pandangan Jack Donelly, berdasarkan perspektif Hukum Islam terkait dengan perlindungan terhadap HAM, termasuk hak anak, menjadi domain kewajiban negara. Dengan mengutip pandangan Abdul Aziz Said, Jack Donelly menyatakan menurut ajaran (doktrin) Agama Islam, negara memiliki kewajiban untuk memajukan martabat manusia serta mengentaskan berbagai kondisi yang menghalangi individu-individu dalam upaya mereka mencapai kebahagiaan.⁴³ Hal yang sama diungkapkan oleh Fathi Osman yang menyatakan bahwa menurut Al-qur'an, martabat anak-anak Adam (manusia) adalah anugerah Ilahi yang harus dipelihara dengan segala tindakan dan cara, termasuk melalui hukum dan otoritas negara, serta harus dihormati oleh semua pihak. Lebih jauh, untuk memenuhi potensi manusia, semua hambatan dan tekanan harus dihapuskan. Artinya HAM sudah selayaknya dijamin dan dilindungi untuk mempertahankan dan mengembangkan kemanusiaan manusia. Al-Qur'an telah menjamin bahwa martabat setiap manusia harus dipertahankan. Jaminan dan perlindungan HAM merupakan tanggung jawab individu, sosial dan universal umat Islam karena penindasan pada dasarnya bertentangan dengan kehendak Allah.⁴⁴

Penegasan sebangun juga terlihat pada Pembukaan Deklarasi HAM Islam (Deklarasi Kairo) yang menyatakan :

“Hak-hak fundamental dan kebebasan menurut Islam adalah bagian integral dari agama Islam, tak seorangpun memiliki hak menghapuskan baik secara keseluruhan atau sebagian atau melanggar atau mengabaikan HAM orang lain dan upaya menjaga hak dan kebebasan mereka yang mendasar adalah tindakan ibadah, sedangkan kelalaian atau pelanggaran daripadanya adalah dosa keji, dan perlindungan hak-hak mendasar dan kebebasan manusia adalah tanggung jawab setiap orang individual, kolektif, dan tanggung jawab seluruh umat.”

⁴³ Jack Donelly, *Islam dan HAM*, dalam *Hak-HAM: Aneka Suara dan Pandangan*, Editor Frans Ceunfin, SVD, Ledalero, Maumere, 2006.

⁴⁴ Fathi Osman, *Human Rights in Islam*, tanpa tahun.

Dalam membahas pandangan Islam tentang perlindungan anak, penting menyebutkan bahwa sumber utama pembentukan kerangka Hukum Islam adalah Al-Qur'an, Sunnah, Ijma (konsensus) dan Qiyahs (analogi). Keseluruhan sumber kolektif Hukum Islam tersebut dikenal sebagai Syariah, yakni sebagai suatu sistem Hukum Islam yang dibangun berdasarkan pada teks yang ada dalam Syariah dan penafsiran teks. Hukum Islam menurut pendapat Dejo Olowu dengan mengutip pandangan Lauren PG telah memberikan dasar untuk mengatur hal-hal yang berkaitan dengan permasalahan keadilan, kesucian kehidupan, keselamatan pribadi, kebebasan, kasih sayang, dan rasa hormat bagi semua manusia yang berakar pada kewajiban bagi orang-orang yang percaya kepada Allah. Selanjutnya, dalam perkembangan Agama Islam, Piagam Madinah yang dibuat pada masa Nabi Muhammad SAW dan penduduk kota Madinah pada tahun 622 M, merupakan konstitusi pertama yang telah mengakomodasi gagasan HAM yang bersumber pada semangat Al-Qur'an.⁴⁵

Berdasarkan perspektif Hukum Islam, permasalahan tentang HAM dikembangkan selama berabad-abad melalui yurisprudensi Islam, yang dikenal sebagai akar (ushul) dari Hukum Islam (Syariah). Apa yang sekarang kita sebut HAM selalu dipahami sebagai hasil dari kebajikan. Tujuannya bukan untuk mengejar kebebasan dari nilai-nilai moral, tetapi untuk praktek yang menghasilkan nilai-nilai kebebasan. Dalam konteks ini, yang universal dalam sejarah, HAM selalu dieksplorasi dan dikembangkan sebagai bagian dari konsep keadilan yang lebih tinggi, mungkin nilai yang paling universal dalam semua peradaban. Keadilan adalah fenomena normatif yang berasal dari implementasi norma-norma yang lebih tinggi. Aturan yang diterapkan tanpa berpedoman dari tujuan-tujuan yang lebih tinggi dapat menghasilkan ketidakadilan. Dalam Hukum Islam, norma-norma panduan ini dikenal sebagai *maqashid* (tujuan Hukum Islam), yang *daruriyat* (hal yang esensial), atau sebagai *kulliyat* (prinsip-prinsip universal). Keadilan penting karena merupakan terjemahan dari kebenaran dalam praktik dan merupakan ekspresi dari kehendak Tuhan.⁴⁶ Dengan kata lain, konsep di balik HAM dalam perspektif Islam adalah untuk mencapai masyarakat

⁴⁵ Dejo Olowu, *Children's rights, international human rights and the promise of Islamic legal theory*, tanpa tahun.

⁴⁶ Robert Dickson Crane, *Human Rights in Traditionalist Islam: Legal, Political, Economic, and Spiritual Perspectives*, 2007.

(umat) yang ideal melalui *adl*, atau keadilan, dan *ihsan* di mana perlakuan khusus diberikan kepada sosial kurang beruntung, termasuk anak-anak sebagai kelompok yang rentan. Oleh karena itu, penting dalam konteks wacana HAM Islam untuk membedakan antara hak yang bersifat tidak dapat dikurangi (*non derogative rights*), dikaitkan dengan prinsip semua manusia adalah sama di hadapan Allah. Kemudian konsep keadilan terhadap masyarakat berdasarkan pada prinsip perlakuan terhadap masyarakat dapat berbeda sesuai dengan keadaan tertentu yang melekat padanya.⁴⁷

Konsep sebangun juga dapat ditelusuri pada pandangan para sarjana muslim yang menyatakan bahwa pada dasarnya Syariah memiliki 5 (lima) tujuan dasar, yakni keadilan dan kesetaraan, hak dan kewajiban, musyawarah, kepentingan umum dan bagaimana mencapai kesuksesan kehidupan dunia dan akhirat. Selain itu, Syariah ini juga dirancang untuk mempromosikan dan melindungi agama, kehidupan, keturunan (kehormatan), intelektualitas (pikiran) dan kepemilikan (kekayaan). Imam Ibnul Qayyim, seorang sarjana muslim besar di masa lalu, menyatakan Syariah didirikan dan berdasarkan kebijaksanaan dan manfaat bagi setiap orang baik untuk tujuan kebahagiaan di dunia dan di akhirat. Syariah berdasarkan pada nilai-nilai keadilan, belas kasih, manfaat, dan kebijaksanaan. Setiap aturan yang menimbulkan penindasan, kebrutalan, menyakiti, dan kebodohan, bukan merefleksikan Syariah.⁴⁸

Pengaturan hak anak dalam Hukum Islam tidak semata-mata tidak hanya lahir dari keyakinan transendental bahwa anak seperti orang lain, adalah manusia yang harus dimuliakan. Di samping itu juga didasari pada pengakuan instrumen hukum internasional yang menegaskan bahwa anak dengan alasan usia, fisik dan ketidakdewasaan mental memerlukan perlindungan dan perawatan khusus. Pengakuan kerentanan dan perlindungan hukum secara khusus bagi anak bukan hanya eksklusif fenomena modernitas sistem hukum. Lebih dari seribu tahun yang lalu, Hukum Islam telah menjamin perlindungan secara khusus bagi anak-anak demi kesejahteraan mereka. Al-Qur'an sebagai sumber utama Hukum Islam, menyatakan hak-hak dasar tertentu dalam memberikan perlindungan bagi

⁴⁷ Jumana Shehata, *Islam and Human Rights: Revisiting the Debate*, tanpa tahun.

⁴⁸ Zachariah Matthews, *Shariah Debate in Perspective*, 2010.

anak-anak. Pernyataan ini telah memperoleh validitas universal dalam pemikiran Hukum Islam.⁴⁹

Lebih jauh, tradisi (sunnah) yang dibangun Nabi Muhammad SAW yang diuraikan dalam teks-teks (hadist), ruang lingkup perlindungan anak mencakup setidaknya hal-hal berikut:⁵⁰

- a. Hak anak atas keluarga dan asal usul keluarga, termasuk keterkaitan dengan kedua orang tua baik secara biologis (alami) maupun secara hukum;
- b. Hak anak atas asuhan yang tepat yang dimulai sejak saat bayi termasuk perawatan dan perlindungan;
- c. Hak anak atas perwalian termasuk perlindungan secara fisik dan pendidikan serta kepemilikan;
- d. Pembagian mengenai hak anak untuk mendapatkan perlakuan timbal balik mengenai pewarisan dan pemeliharaan.

Dalam konteks perlindungan terhadap anak terdapat 3 (tiga) instrumen HAM berbasis Hukum Islam yang dapat dijadikan sebagai rujukan bagi Pemerintahan Aceh untuk melakukan reformasi hukum. Ketiga sumber hukum tersebut adalah:

- a. Deklarasi HAM Islam/Deklarasi Kairo (*Islamic Declaration of Human Rights Cairo Declaration*);
- b. Piagam Islam tentang Anak (*The Islam Charter on Children*);⁵¹ dan
- c. Piagam Islam tentang Keluarga (*The Islamic Charter on Family*).⁵²

Deklarasi HAM Islam mengatur ketentuan mengenai perlindungan hak anak terkait dengan:

- a. Hak anak atas perlindungan ketika terjadi konflik bersenjata (Pasal 3);
- b. Hak mendapatkan perawatan yang tepat, pengasuhan dari orang tua, pendidikan, dan kesehatan (Pasal 7).

⁴⁹ Dejo Olowu, *op.cit.*

⁵⁰ Dejo Olowu, *ibid.*

⁵¹ Piagam ini dihasilkan oleh *International Islamic Committee for Woman and Child (IICWC)*.

⁵² Piagam ini dihasilkan oleh *International Islamic Committee for Woman and Child (IICWC)*.

Sementara itu, menurut Piagam Islam tentang Anak dinyatakan secara jelas pada Pasal 1 huruf A bahwa anak adalah karunia Ilahi dan dilekati kebutuhan sebagai seorang manusia. Kemudian Pasal 2 menyatakan bahwa anak berhak untuk hak-hak tertentu yang sesuai dengan tahapan perkembangan anak. Piagam Islam tentang Keluarga juga mengatur kewajiban untuk memberikan perlindungan kepada anak dengan rumusan (formulasi) ketentuan yang sama. Ketentuan tersebut dapat ditemukan pada Pasal 91 ayat (1) dan Pasal 92 ayat (2).

Perlindungan anak yang menjadi salah satu kewajiban dasar negara, juga diatur dalam Piagam Islam tentang Anak bab VI tentang Perlindungan Komprehensif (*Comprehensive Protection*) mengatur kewajiban tersebut dari Pasal 27-30. Secara ringkas ketentuan-ketentuan perlindungan tersebut sebagai berikut:

- a. Pasal 27
Setiap anak memiliki hak untuk mendapatkan perlindungan dari segala bentuk kekerasan, melukai, dan penindasan, serta dari pelecehan fisik, mental atau psikologis, mengabaikan, atau merendahkan martabat; dan penghukuman fisik yang tidak sesuai dengan Syariah, hukum, dan ketentuan psikologis.
- b. Pasal 28
Setiap anak memiliki hak untuk mendapatkan perlindungan dari segala bentuk eksploitasi, penyalahgunaan seksual, atau kerugian apapun yang ilegal untuk kehormatan atau reputasi; penggunaan narkotika, psikotropika, alkohol, rokok; dan perlindungan dari penculikan dan perdagangan anak.
- c. Pasal 29
Setiap anak memiliki hak untuk mendapatkan perlindungan dari eksploitasi ekonomi dan pekerjaan yang berbahaya; dan penetapan usia minimal anak untuk bekerja, jam, dan kondisi pekerjaan.
- d. Pasal 30
Setiap anak berhak untuk tidak berpartisipasi secara langsung dalam perang sesuai dengan usia yang ditetapkan oleh undang-undang; dan anak berhak mendapatkan perlindungan secara khusus dan diprioritaskan apabila anak dalam situasi darurat, bencana, dan konflik bersenjata.

Perlindungan serupa juga dapat terbaca pada Piagam Islam tentang Keluarga, khususnya dalam Bagian VI tentang Perlindungan Komprehensif pada pasal-pasal sebagai berikut:

- a. Pasal 116 (Perlindungan dari Dampak Penyalahgunaan dan Kekerasan);
- b. Pasal 117 (Perlindungan dari Hal yang Memalukan dan Defamasi);
- c. Pasal 118 (Perlindungan dari Eksploitasi Seksual);
- d. Pasal 119 (Perlindungan dari Perang dan Kondisi Darurat).

Standar perlindungan yang telah diperkenalkan dalam Hukum Islam, apabila ditelaah lebih jauh telah diadopsi oleh beberapa instrumen HAM internasional yang berkaitan dengan permasalahan anak-anak. Namun demikian, standar perlindungan ini mensyaratkan pendekatan pengembangan aturan hukum (*legal provision*) untuk memperkuat upaya perlindungan tersebut. Pengaturan perlindungan hukum melalui reformasi hukum dengan amandemen dan atau menyusun peraturan perundang-undangan yang baru, tidak cukup hanya mengakui prinsip bahwa anak-anak sebagai kelompok rentan membutuhkan perlindungan secara khusus. Di sisi lain, pengaturan tersebut harus memberikan pengaturan perlindungan secara rinci. Permasalahan lain yang perlu diatur lebih lanjut adalah pelaksanaan kewajiban negara untuk menghormati, melindungi, dan memenuhi hak-hak anak.

Permasalahan perlindungan anak dalam Hukum Islam salah satunya terkait dengan penetapan usia pertanggungjawaban pidana anak. Dalam hal ini terdapat banyak sarjana dan pemikir Islam menawarkan beragam sudut pandang untuk mencoba menjawab pertanyaan usia pertanggungjawaban anak. Hukum Islam menyimpulkan bahwa anak-anak tidak harus bertanggung jawab pada usia terlalu dini. Sebagai contoh, terdapat dua sarjana Hukum Islam dan hukum pidana sekuler telah mengidentifikasi mandat minimal syariat Islam, dimana anak-anak melewati tiga tahapan berbeda untuk dapat dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya:⁵³

- a. Dari lahir sampai usia tujuh tahun:
Anak-anak dalam tahapan ini dianggap belum dapat melakukan

⁵³ UNICEF Regional Office for South Asia, *South Asia and The Minimum Age of Criminal Responsibility: SOUTH Raising the Standard of Protection for Children's Rights*, Kathmandu, Nepal, tanpa tahun.

pembedaan dan tidak bertanggung-jawab pidana untuk alasan apapun.

- b. Dari umur tujuh sampai masa pubertas:
Anak pada masa ini berada dalam tahapan “usia kebebasan untuk mencoba-coba/ bertindak (*discretion*)” seharusnya anak dianggap belum dapat bertanggungjawab secara pidana. Sebagai contoh di Pakistan, mayoritas ahli Hukum Islam menganggap pubertas untuk laki-laki dan anak perempuan adalah usia 15 tahun, tanpa memperhatikan tanda-tanda fisik. Sementara menurut Abu Hanifah usia pubertas untuk anak laki-laki 18 tahun dan untuk anak perempuan 17 tahun.
- c. Dari masa pubertas dan menuju dewasa:
Anak-anak yang telah mencapai pubertas dan memiliki *rusyd* yakni kemampuan untuk membedakan atau telah memiliki kedewasaan dalam bertindak dan anak dapat dibebani tanggung jawab pidana.

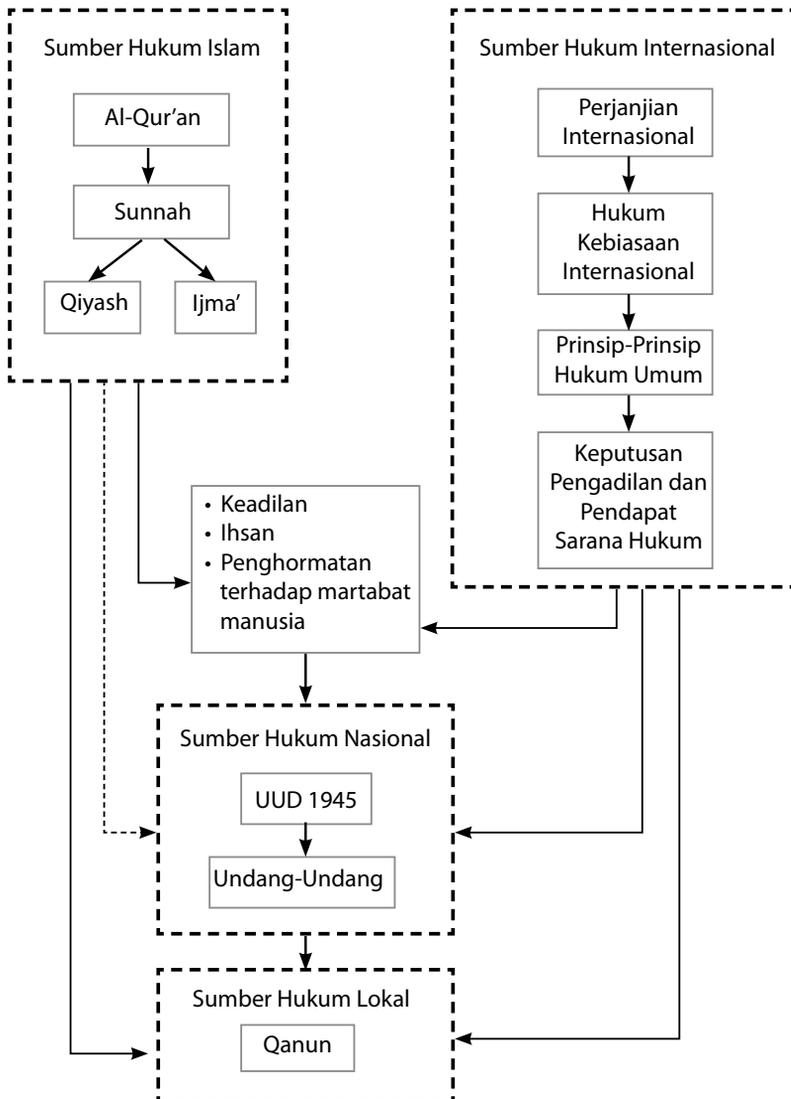
Secara umum anak-anak dianggap memperoleh kapasitas lengkap dan dapat bertanggungjawab harus telah mencapai pubertas dan memiliki kemampuan untuk mempertimbangkan dampak dari perbuatannya. Menurut pandangan mayoritas pertimbangan usia pubertas sehingga anak-anak dapat dianggap memiliki kemampuan bertanggung jawab secara pidana tidak boleh ditetapkan sebelum anak telah berusia 15 tahun.⁵⁴

Terkait dengan upaya reformasi hukum, doktrin HAM telah mengakui universalitas standar normatif HAM, juga mengakui dimensi partikularitas dengan mengacu pada kultural dan agama. Oleh karena itu, upaya reformasi hukum sudah semestinya mengacu pada prinsip-prinsip dan norma-norma HAM yang diatur dalam berbagai instrumen hukum HAM internasional yang ada. Mengadopsi perjanjian internasional akan membantu mengisi kesenjangan dalam perlindungan dalam rezim Hukum Islam, terutama untuk memperkuat prinsip-prinsip Syariah sebagai sumber perundang-undangan nasional maupun lokal. Dengan demikian, Pemerintahan Aceh dalam melakukan reformasi hukum melalui pembentukan qanun harus berdasarkan kebutuhan akan suatu kerangka kerja hukum yang untuk memajukan dan melindungi hak-hak, kebebasan, dan kesejahteraan anak. Salah satu jalan untuk mengembangkan qanun yang berperspektif

⁵⁴ UNICEF Regional Office for South Asia, *ibid*.

hak anak adalah dengan cara mengembangkan *fiqh* (*yurisprudensi Islam*) dan membuka ruang penafsiran sesuai dengan konteks permasalahan anak-anak Aceh.

Keterkaitan isu (*cross cutting issues*) antara Hukum Islam dan instrument HAM internasional dalam membangun perlindungan anak di masa yang akan datang (*ius constituendum*) melalui pengaturan qanun dapat divisualisasikan sebagai berikut:



II.3. Prinsip Kepentingan Terbaik Bagi Anak sebagai Pilar Perlindungan Anak dalam Melakukan Reformasi Hukum

Perkembangan prinsip kepentingan terbaik secara embrionik dalam hukum internasional ditemukan sebelum lahir Konvensi Hak Anak (KHA). Pada 1924, Liga Bangsa-Bangsa (LBB) berhasil menghasilkan Deklarasi Hak Anak (*Declaration of the Rights of the Child*). Sesudahnya, Deklarasi Hak Anak pada 1959 yang dihasilkan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) dalam Prinsip ke-2 juga telah mengakui prinsip kepentingan terbaik ketika mengembangkan perlindungan khusus bagi anak melalui pengembangan hukum. Kemudian Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan mencantumkan prinsip kepentingan terbaik bagi anak pada Pasal 5 huruf (b)⁵⁵ dan Pasal 16 ayat (1) huruf (d).⁵⁶ Instrumen Hukum Internasional yang mengadopsi prinsip kepentingan terbaik bagi anak dapat ditemukan juga pada Deklarasi PBB tahun 1986 mengenai Adopsi dan Penempatan Anak, Piagam Hak dan Kesejahteraan Anak Afrika (*Charter on the Rights and Welfare of the African Child*), 1990, dan putusan Komisi HAM Eropa (*European Commission of Human Rights*).⁵⁷

KHA sebagai instrumen HAM internasional yang bersifat *sui generis* mengatur anak sebagai subyek hak (*rights holders*), menjadikan prinsip kepentingan terbaik bagi anak menjadi prinsip utama KHA. Pasal 3 KHA menegaskan bahwa dalam semua tindakan yang menyangkut anak, baik yang dilakukan oleh lembaga-lembaga kesejahteraan sosial pemerintah atau swasta, lembaga pengadilan, lembaga pemerintah atau badan legislatif, kepentingan terbaik bagi anak harus dijadikan pertimbangan utama. Pasal

⁵⁵ Pasal 5 huruf (b) menyatakan bahwa Negara-negara peserta wajib membuat peraturan-peraturan yang tepat untuk untuk menjamin bahwa pendidikan keluarga melalui pengertian yang tepat mengenai kehamilan sebagai fungsi sosial dan pengakuan tanggung jawab bersama laki-laki dan perempuan dalam membesarkan anak-anak mereka, seyogyanyalah bahwa kepentingan anak-anak adalah pertimbangan utama dalam segala hal.

⁵⁶ Pasal 16 ayat (1) huruf (d) menyatakan bahwa Negara-negara peserta wajib membuat peraturan-peraturan yang tepat untuk menghapus diskriminasi terhadap perempuan dalam semua urusan yang berhubungan dengan perkawinan dan hubungan kekeluargaan atas dasar persamaan antara laki-laki dan perempuan, dan khususnya akan menjamin hak dan tanggungjawab yang sama sebagai orang tua, terlepas dari status kawin mereka, dalam urusan-urusan yang berhubungan dengan anak-anak mereka. Dalam semua kasus, kepentingan anakanaklah yang wajib diutamakan.

⁵⁷ Philips Alston & Bridget Gilmour-Walsh, *The Best Interest for The Children: Toward Synthesis of Children Rights and Cultural Values, Innocenti Studies*, tanpa tahun.

ini secara tegas memandatkan dalam semua tindakan yang menyangkut anak prinsip kepentingan terbaik bagi anak harus menjadi pertimbangan utama. Artinya sebagai prinsip utama dalam KHA, kepentingan terbaik bagi anak menjadi acuan utama dalam mengimplementasikan dan menginterpretasikan seluruh ketentuan dalam KHA.

Eekeelaar memberikan argumentasi mengenai penentuan prinsip kepentingan terbaik bagi anak harus mempertimbangkan unsur tujuan obyektif dan tujuan subyektif. Untuk menguji unsur tersebut bergantung pada konsensus atas nilai-nilai berdasarkan pengalaman yang berbeda-beda dari setiap anak. Dengan demikian maka, *pertama*, anak-anak harus diberikan akses untuk mengungkapkan apa yang mereka inginkan. *Kedua*, meskipun anak mungkin belum memiliki kemampuan untuk memutuskan apakah kesepakatannya sesuai dengan tujuan pengembangan jangka panjang anak, hal ini bukan menjadi alasan untuk tidak memungkinkan bagi anak menentukan dirinya sendiri. Sebaliknya itu berarti bahwa orang tua atau wali lainnya harus menyeimbangkan keinginan langsung anak dengan hubungan sosial anak di masa mendatang. *Ketiga*, tujuan penentuan diri adalah untuk memastikan bahwa anak berkembang menjadi dewasa dengan kesempatan maksimum untuk membentuk dan mengejar tujuan hidup yang mencerminkan sedekat mungkin dengan pilihan otonomnya.⁵⁸

Dalam hal itu maka penerapan prinsip kepentingan terbaik bagi anak, interpretasi Komite Hak Anak dapat menjadi rujukan. Secara umum Komite menggunakan prinsip ini dalam 3 (tiga) konteks yang berbeda, yakni:⁵⁹

- a. Terkait dengan alokasi sumber daya secara menyeluruh;
- b. Sebagai prinsip payung yang menginformasikan semua yang terkait dengan aktivitas pemerintah dalam pembuatan kebijakan publik;
- c. Terkait dengan terbatasnya cakupan isu yang spesifik.

⁵⁸ Philips Alston & Bridget Gilmour-Walsh, *ibid*.

⁵⁹ Philips Alston & Bridget Gilmour-Walsh, *op.cit*.

Untuk menginterpretasikan dan mengaplikasikan prinsip kepentingan terbaik harus sesuai dengan ketentuan KHA dan norma hukum internasional, yang diberikan oleh Komite Hak Anak dalam Komentar Umum No. 6 mengenai perlakuan terhadap anak yang terpisah dan tidak disertai orang tuanya yang berada di luar negara asal sebagai berikut:⁶⁰

- a. Kepentingan terbaik merupakan faktor penentu untuk melakukan tindakan yang khusus misalnya adopsi (Pasal 21) dan memisahkan anak dari orang tua tidak boleh bertentangan dengan kehendak anak (Pasal 9);
- b. Kepentingan terbaik harus menjadi pertimbangan utama bagi semua tindakan yang berpengaruh pada anak apakah dilakukan oleh institusi kesejahteraan sosial swasta atau pemerintahan, pengadilan, lembaga legislatif, maupun penguasa administrasi (Pasal 3).

Oleh karena prinsip kepentingan terbaik bagi anak menjadi prinsip pokok KHA maka prinsip ini dapat memainkan peran sebagai:⁶¹

- a. Bantuan untuk pengembangan norma-norma HAM serta elemen yang perlu dipertimbangkan sepenuhnya dalam melaksanakan hak-hak lainnya;
- b. Bertindak sebagai prinsip mediasi yang dapat membantu dalam menyelesaikan konflik antara hak-hak yang berbeda dimana ini muncul dalam kerangka keseluruhan konvensi;
- c. Berfungsi untuk mengevaluasi undang-undang, praktik, dan kebijakan yang berkaitan kewajiban mengimplementasikan konvensi.

Berdasarkan hal tersebut maka penerapan kepentingan terbaik bagi anak harus memperhatikan:⁶²

⁶⁰ United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, 2008.

⁶¹ Philips Alston & Bridget Gilmour-Walsh, *op.cit.*

⁶² United Nations High Commissioner for Refugees, *ibid.*

- a. Tindakan tersebut berdampak pada anak-anak secara umum atau pada kelompok khusus;
- b. Tindakan tersebut berdampak pada anak-anak sebagai seorang individual.

Pelaksanaan prinsip kepentingan terbaik, menurut komite juga harus mengkaitkan dengan ketentuan Pasal 4 KHA. Komite memberikan interpretasi hukum atas Pasal 4 dalam Komentar Umum (*General Comment*) No. 5 Komentar Komite pada Paragraf 51 menekankan setiap negara dalam perencanaan ekonomi dan sosial, pembuatan kebijakan publik, dan penetapan anggaran harus memastikan prinsip kepentingan terbaik untuk anak sebagai pertimbangan utama. Dengan demikian implikasi prinsip kepentingan terbaik bagi anak dalam konstruksi ini sudah sangat jelas bahwa otoritas publik dalam melakukan reformasi hukum dan mengalokasikan anggaran publik harus mempertimbangkan kepentingan terbaik bagi anak.⁶³ Lebih jauh, konsep kepentingan terbaik anak memerlukan pembangunan masyarakat yang ramah anak yang mencakup peraturan perundang-undangan yang ramah anak.⁶⁴

Prinsip kepentingan terbaik bagi anak dalam Hukum Islam dapat ditemui dalam permasalahan pewarisan.⁶⁵ Namun demikian, penafsiran prinsip ini harus diperluas tidak hanya dalam lingkup permasalahan pewarisan semata namun juga dalam seluruh aspek kehidupan yang terkait dengan permasalahan anak.

Piagam Islam tentang Anak menganut penafsiran yang meluas dalam menerapkan prinsip kepentingan terbaik bagi anak. Hal ini dapat ditemukan dalam Pasal 31, Pasal 32, dan Pasal 33. Terkait dengan reformasi hukum Pasal 33 menyatakan bahwa dalam seluruh prosedur yang berhubungan dengan anak-anak, apakah oleh otoritas legislatif, yudikatif, atau administrasi, atau oleh publik atau lembaga swasta yang fokus pada kepedulian sosial, perhatian utama harus diberikan untuk kepentingan terbaik anak. Pengaturan yang sama juga dapat ditemukan pada Pasal 122 Piagam Islam tentang Keluarga.

⁶³ Philips Alston & Bridget Gilmour-Walsh, *ibid*.

⁶⁴ www.childjustice.org.

⁶⁵ www.childjustice.org.

II.4. Prinsip Partisipasi sebagai Pilar Perlindungan Anak dalam Melakukan Reformasi Hukum

II.4.1. Konsep Partisipasi

P. Bishop dan Davies mendefinisikan partisipasi sebagai proses di mana setiap warga negara turut mengambil bagian dalam pengambilan keputusan (kebijakan). Lebih jauh, keduanya menyatakan bahwa partisipasi selalu bertumpu pada upaya untuk membagi kekuasaan antara warga negara (yang diatur) dan pemerintah (yang mengatur). Selanjutnya, Hart mengelaborasi pandangan ini dengan menitikberatkan pada proses berbagi keputusan di mana keputusan tersebut mempengaruhi kehidupan seseorang dan kehidupan masyarakat di mana mereka hidup. Dalam hal ini maka aspek penting dari partisipasi adalah bahwa orang bebas untuk melibatkan diri secara aktif dalam proses, keterlibatan bersifat sukarela, dan yang terlibat terinformasikan terkait keputusan tersebut.⁶⁶

Wilson mengklasifikasikan partisipasi anak dalam 2 (dua) kategori utama, *pertama*, sebagai partisipasi dangkal atau tokenistik, dimana partisipasi anak hanya berupa tindakan simbolis. Sebaliknya partisipasi dalam merupakan kategori *kedua*, terminologi payung yang meliputi partisipasi anak yang bersifat aktif, otentik dan bermakna. Partisipasi anak merupakan pengakuan terhadap diri anak sebagai subyek dan unsur warga negara. Lebih jauh, partisipasi anak merupakan upaya memaknai demokrasi dalam kehidupan sehari-hari. Lebih khusus, Checkoway mendefinisikan partisipasi anak sebagai proses melibatkan anak dalam pengambilan keputusan yang mempengaruhi kehidupan mereka.⁶⁷

Mengecualikan anak-anak untuk berpartisipasi sama halnya mendiskriminasi⁶⁸ anak-anak secara ganda (*twofold discrimination*)

⁶⁶ Shimelis Tsegaye, *Youth Participation: Concepts, Models, and Experiences*, The African Child Policy Forum, 2006.

⁶⁷ Shimelis Tsegaye, *ibid*.

⁶⁸ Pasal 2 KHA mengatur bahwa :

- 1) Negara-negara Pihak harus menghormati dan menjamin hak-hak yang ditetapkan dalam Konvensi ini bagi setiap anak yang berada di dalam wilayah hukum mereka tanpa diskriminasi dalam bentuk apa pun, tanpa memandang ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik atau pendapat lainnya, kewarganegaraan, asal usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kecacatan, kelahiran atau status lain.
- 2) Negara-negara Pihak harus mengambil langkah-langkah yang layak untuk memastikan bahwa anak dilindungi dari segala bentuk diskriminasi atau hukuman yang didasarkan pada status, kegiatan, pendapat yang disampaikan, atau kepercayaan orang tua anak, walinya yang sah, atau anggota keluarganya.

on children). Penolakan hak mendasar untuk didengar akan mengakibatkan tereduksinya kepentingan anak dalam kebijakan publik yang tertuang dalam legislasi, regulasi, alokasi anggaran, program, dan perencanaan.⁶⁹

Mengapa anak harus diberikan akses untuk berpartisipasi?

Setidaknya terdapat dua alasan yang mendasar:⁷⁰

- a. Di bawah hukum internasional anak memiliki hak untuk didengar pendapatnya atas semua keputusan yang berdampak pada kehidupan mereka;
- b. Anak-anak sebenarnya lebih mengetahui kehidupannya sendiri sedangkan orang dewasa merasa berhak membuat keputusan mengenai kehidupan anak-anak berdasarkan informasi yang hanya disediakan orang dewasa. Padahal orang dewasa sudah tidak dapat berpikir, merasakan, dan melihat sebagai anak-anak sehingga keputusan yang diambil jika tanpa mendengar anak-anak bisa jadi berdampak negatif.

Keterlibatan anak dalam partisipasi harus memperhatikan usia dan kematangan anak. Hal ini dapat dilihat pada pasal 12 KHA yang menyatakan bahwa negara harus menjamin anak yang mampu membentuk pandangan sendiri, berhak untuk mengekspresikan pandangan mereka secara bebas dalam segala hal yang mempengaruhi anak, pandangan anak diberi bobot yang sesuai dengan usia dan tingkat kematangan anak.

Pasal 12 secara eksplisit menyatakan bahwa semakin bertambah usia dan meningkatnya kemampuan anak, seharusnya pandangan mereka lebih serius dipertimbangkan dan diperhatikan. Terkait dengan hal ini Komite Hak Anak telah mengidentifikasi bahwa pasal 12 merupakan salah satu prinsip dasar konvensi yang menuntut perubahan mendasar pendekatan konvensional yang menganggap anak-anak hanya sebagai penerima pasif perawatan dan perlindungan dari orang dewasa. Sebaliknya pasal 12

⁶⁹ Gerison Lansdown, *Promoting Children's Participation in Democratic Decision Making*, UNICEF Innocenti Insight, 2001.

⁷⁰ Paul Stephenson, Steve Gourley & Glenn Miles, *Child participation*, Tearfund 2004.

memberikan pengakuan terhadap anak sebagai pelaku aktif yang berhak untuk berpartisipasi.⁷¹

Terkait dengan pertimbangan usia dan kematangan anak dalam partisipasi, pasal 5 KHA memberikan pengakuan terhadap kapasitas anak yang tengah bertumbuhkembang (*evolving capacities*) dalam proses pengambilan keputusan yang berdampak pada kehidupan anak. Pasal 5 KHA menyatakan bahwa negara menghormati tanggung jawab, hak dan kewajiban orang tua, atau jika berlaku, anggota-anggota keluarga besar atau komunitas sebagaimana ditentukan oleh adat setempat, wali hukum yang sah atau orang lain yang secara hukum bertanggung jawab atas anak tersebut, untuk memberikan pengarahan dan bimbingan dalam pelaksanaan hak-hak anak yang diakui dalam konvensi ini, dengan cara yang sesuai dengan perkembangan kemampuan seorang anak.

Konsep kapasitas anak yang tengah berkembang adalah pusat keseimbangan yang memberikan pengakuan anak-anak sebagai pelaku aktif dalam kehidupan mereka sendiri, berhak untuk didengarkan, dihormati dan diberikan otonomi tanpa memaksakan anak-anak bertanggung jawab penuh terlampau dini. Untuk itu, anak-anak berhak atas perlindungan yang disesuaikan dengan tingkat kematangan mereka. Di samping itu, pasal 5 memberikan pengakuan kapasitas anak secara moral, sosial, kognitif, psikis, dan emosional. Dengan demikian setiap anak memiliki kapasitas yang unik dan khas yang berbeda dan bukan kapasitas dengan pola seragam. Artinya kapasitas anak tidak terlepas dari pengalaman, konteks sosial, dan kemampuan individu anak.⁷²

Terkait dengan hal tersebut terdapat 4 (empat) tingkat partisipasi dalam proses pengambilan keputusan, yakni:⁷³

1. Untuk diinformasikan;
2. Untuk mengungkapkan pandangan atas informasi yang diterima;

⁷¹ Gerison Lansdown, *The Evolving Capacities of the Child*, UNICEF, The Innocenti Research Centre, 2005.

⁷² Gerison Lansdown, *The Evolving Capacities of the Child*, *ibid*.

⁷³ Gerison Lansdown, *The Evolving Capacities of the Child*, *ibid*.

3. Untuk diperhitungkan pandangan mereka;
4. Untuk menjadi bagian utama atau terlibat bersama dalam proses pembuatan keputusan.

Selanjutnya, pasal 12 menyatakan bahwa semua anak memiliki kemampuan untuk mengekspresikan pandangan berhak atas tiga tingkat pertama keterlibatan anak dalam proses pengambilan keputusan. Meskipun tidak memuat ketentuan eksplisit mengenai keterkaitan antara hak untuk mendapatkan informasi dengan hak menyatakan pandangannya. Namun dapat dikatakan, informasi merupakan bagian penting dari kewajiban negara untuk menjamin hak untuk menyatakan pandangan secara bebas. Dengan kata lain, Pasal 12 memandatkan hak anak untuk terlibat dalam proses partisipasi dalam semua hal yang berpengaruh padanya, tetapi orang dewasa tetap memiliki tanggung jawab atas hasilnya. Hasil tersebut akan diputuskan oleh orang dewasa dengan mempertimbangkan informasi dan pandangan anak. Kapasitas anak yang tengah berkembang sebagaimana diatur dalam Pasal 5, secara tersurat mengacu pada Pasal 14 yang menjamin hak atas kebebasan berfikir, berkeyakinan, dan beragama. Senada dengan ketentuan pasal ini, Pasal 13, Pasal 15, dan Pasal 16 menjamin setiap anak dilekati hak atas kebebasan untuk berekspresi, berorganisasi, dan privasi.⁷⁴

Selanjutnya, David Hodgson mengidentifikasi lima (5) kondisi yang dibutuhkan agar anak-anak dapat berpartisipasi sehingga tujuan perlindungan anak melalui reformasi hukum dapat terealisasi, yakni:⁷⁵

- a. Akses ke dalam proses pembuatan kebijakan;
- b. Akses untuk memperoleh informasi yang relevan;
- c. Kebebasan untuk memilih sesuai dengan pilihannya;
- d. Terdapat institusi independen dan terpercaya yang dapat mendorong terepresentasikannya kepentingan dan kebutuhan anak;
- e. Terakomodasikannya tata cara untuk mengajukan perbaikan.

⁷⁴ Gerison Lansdown, *The Evolving Capacities of the Child*, *ibid*.

⁷⁵ Inter-Agency Working Group on Children's Participation (IAWGCP), *Children's participation in decision making: Why do it, When to do it, How to do it*, 2007.

Senada dengan pemikiran di atas, UNICEF memberikan prasyarat yang harus dipenuhi suatu negara dalam memberikan akses dan ruang partisipasi bagi anak-anak yaitu:⁷⁶

- a. Anak-anak harus memahami suatu kebijakan, proses pembuatan kebijakan, dan bagaimana mereka terlibat dalam proses tersebut;
- b. Relasi kuasa dan struktur pembuatan kebijakan harus transparan;
- c. Anak-anak harus dilibatkan pada setiap tahap yang paling memungkinkan dari setiap inisiatif pembentukan kebijakan;
- d. Semua anak-anak harus diperlakukan dengan penghargaan yang setara tanpa memandang usia, kondisi, etnisitas, kemampuan, dan faktor lainnya;
- e. Aturan-aturan dasar harus dibangun dengan berdasarkan keterlibatan semua anak dalam proses pembuatan kebijakan;
- f. Partisipasi merupakan kesukarelaan dan anak-anak harus diijinkan untuk meninggalkan setiap tahapan proses pembuatan kebijakan tersebut;
- g. Penghargaan terhadap pandangan dan pengalaman anak-anak yang berbeda-beda.

II.4.2. Partisipasi Anak Menurut Komentar Umum Komite Hak Anak No.12 tahun 2009 mengenai Hak Anak untuk Didengar (*General Comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard*)⁷⁷

Ekspresi pandangan anak relevan untuk menambah perspektif, pengalaman, dan pertimbangan dalam persiapan pembuatan kebijakan publik dan atau langkah-langkah evaluasi. Oleh karena itu, pelaksanaan hak anak untuk didengar merupakan elemen penting proses dan tahapan pembuatan kebijakan. Konsep hak partisipasi anak menekankan bahwa partisipasi tidak hanya berupa tindakan karena ada aktivitas tertentu (*momentary*). Namun seharusnya, partisipasi anak diletakkan dalam keseluruhan proses.

⁷⁶ Unicef, *The State of The World's Children 2007*, 2006.

⁷⁷ Sub bab bagian ini merupakan ringkasan dari Komentar Umum Komite Hak Anak No.12 mengenai Hak Anak untuk Didengar. Lihat dokumen CRC/C/GC/12, 20 Juli 2009.

Dengan demikian karena anak dilibatkan sejak awal maka intensitas pertukaran perspektif dan pengalaman antara anak dan orang dewasa dalam pengembangan kebijakan, program, dan tindakan lain yang relevan dengan konteks kehidupan anak terjalin secara berkelanjutan. Hal yang perlu menjadi catatan bahwa mengekspresikan pandangannya merupakan pilihan bagi anak dan bukan sebagai suatu kewajiban.

Selanjutnya hak anak untuk didengar membebaskan kewajiban kepada negara untuk meninjau atau mengubah legislasi mereka dalam rangka memperkenalkan mekanisme yang menyediakan bagi anak akses informasi yang mencukupi, dukungan yang layak, jika diperlukan umpan balik atas pandangan yang telah diberikan dan prosedur keluhan dan perbaikan apabila hak ini dilanggar.

Pasal 12 sebagai prinsip umum, terkait dengan prinsip umum KHA yang lain seperti, Pasal 2 (hak untuk tidak didiskriminasi), Pasal 6 (hak untuk hidup, kelangsungan hidup, dan tumbuh kembang), dan utamanya dengan Pasal 3 (kepentingan terbaik bagi anak sebagai pertimbangan utama); kedua prinsip ini tidak dapat berdiri sendiri. Pasal ini juga sangat dekat keterkaitannya dengan hak sipil dan kebebasan, khususnya Pasal 13 (hak untuk bebas menyatakan ekspresi) dan Pasal 17 (hak atas informasi). Lebih jauh, Pasal 12 ini juga terkait dengan seluruh pasal dalam KHA karena tanpa partisipasi aturan tersebut tidak dapat diimplementasikan sepenuhnya dan anak tidak dihargai sebagai subyek hak yang memiliki hak untuk menyatakan pendapat.

Terkait dengan hak anak untuk didengar, komite memberikan catatan sebagai hasil analisis secara literal terhadap Pasal 12, khususnya paragraf 1 sebagai berikut:

- a. Frasa "harus menjamin".
Harus menjamin merupakan istilah hukum yang menguatkan secara khusus peran negara. Negara tidak dapat memperpanjang waktu untuk mengambil diskresi menunda pelaksanaan hak ini. Dengan demikian, negara memiliki kewajiban segera untuk mengambil langkah yang layak untuk mengimplementasikan secara penuh hak partisipasi kepada seluruh anak. Kewajiban ini terdiri dari 2 (dua) elemen yakni:

- 1) Mengembangkan suatu mekanisme guna memastikan pandangan dapat terakomodasi;
 - 2) Upaya memberikan bobot yang seharusnya terhadap pandangan anak.
- b. Frasa “mampu membentuk pandangannya sendiri”.
- Frasa ini bukan ditujukan untuk membatasi anak dalam mengungkapkan pandangannya, namun justru menekankan kewajiban negara untuk menilai sejauhmana kapasitas anak ketika menyatakan opini otonomnya. Artinya negara tidak boleh mulai dengan asumsi bahwa anak tidak memiliki kemampuan untuk menyatakan pandangannya. Selanjutnya Komite menekankan bahwa Pasal 12 tidak mengatur penentuan batas usia bagi anak untuk mengekspresikan pandangannya. Di samping itu komite mendesak negara untuk mengubah atau menghapus ketentuan hukum dan praktik yang membatasi hak anak untuk didengar.
- c. Frasa “hak untuk mengekspresikan pandangannya secara bebas”.
- Bebas dimaknai bahwa anak dapat mengekspresikan pandangannya tanpa tekanan dan dapat memilih apakah mereka akan menggunakan hak untuk didengar atau tidak. Bebas juga dimaknai bahwa pandangan anak tidak boleh dimanipulasi atau ditundukkan. Secara instrinsik frasa ini terkait dengan perspektif anak itu sendiri, oleh karenanya anak memiliki hak untuk mengekspresikan pandangannya sendiri dan bukan pandangan pihak lain. Dengan demikian, negara harus memastikan kondisi yang mendukung pengekspresian hak anak dengan mempertimbangkan individu setiap anak, situasi sosial kultural dan lingkungan sehingga anak merasa dihargai dan aman ketika mengekspresikan pandangannya.
- d. Frasa “semua masalah yang berdampak pada kehidupan anak”.
- Negara harus memastikan bahwa anak dapat mengekspresikan pandangannya terhadap semua masalah yang berdampak pada dirinya. Hal ini menunjukkan kualifikasi kedua hak ini bahwa anak harus didengar terhadap setiap proses pembahasan setiap permasalahan yang berdampak pada anak. Ini merupakan

prasyarat mendasar agar pandangan anak dihargai dan dipahami secara lebih luas. Komite mendukung secara luas definisi dari “permasalahan”, yang juga mencakup tidak hanya isu yang secara eksplisit disebutkan dalam KHA. Pengakuan klausul “yang berdampak pada anak” menambah kejelasan bahwa tidak ada mandat politik yang ditujukan untuk membatasi isu anak yang hanya diatur dalam KHA. Pertemuan Tingkat Tinggi Dunia bagi Anak (*The World Summit for Children*) menunjukkan interpretasi yang luas dari frasa ‘permasalahan yang berdampak pada anak’, termasuk proses sosial yang berada dalam kehidupan bermasyarakat. Dalam hal ini negara harus dengan teliti mendengarkan pandangan anak-anak apakah perspektif mereka dapat mempertinggi kualitas solusi atas permasalahan tersebut.

- e. Frasa “pendapat anak diberikan bobot sesuai dengan usia dan tingkat kematangan anak”.

Klausul ini merujuk kapasitas anak diberikan penilaian dalam rangka memberikan bobot terhadap pandangan anak atau mengkomunikasikan kepada anak agar pandangannya tersebut dapat mempengaruhi proses yang akan dihasilkan. Pasal 12 menentukan bahwa untuk menetapkan suatu keputusan tidak hanya cukup untuk mendengarkan pandangan anak. Pandangan anak harus secara sungguh-sungguh dipertimbangkan manakala anak telah memiliki kemampuan untuk membentuk pandangannya. Prasyarat pemberian bobot sesuai dengan usia dan tingkat kematangannya harus dipahami pandangan anak tidak seragam karena terkait dengan usia biologis mereka. Hasil penelitian menunjukkan bahwa informasi, pengalaman, lingkungan, harapan sosial dan budaya, dan tingkat dukungan terhadap anak berkontribusi terhadap pengembangan kapasitas anak dalam membentuk pandangannya. Untuk alasan ini, pandangan anak harus dinilai dan diuji secara kasuistis (*case by case*). Sedangkan kematangan merujuk pada kemampuan anak untuk memahami dan menilai implikasi suatu permasalahan yang berdampak pada dirinya. Hal ini terkait dengan kemampuan anak mengekspresikan pandangannya terhadap permasalahan yang ada dengan cara yang layak dan mandiri.

Lebih jauh, menurut Komite untuk mengimplementasikan ketentuan pasal 12 KHA terdapat 5 (lima) langkah sebagai prasyarat merealisasikan hak anak untuk didengar. Kelima langkah tersebut, meliputi:

a) Persiapan (*preparation*)

Memastikan anak telah diinformasikan mengenai hak mereka untuk mengekspresikan opininya terhadap setiap masalah yang berdampak pada diri anak dan mengenai dampak atau hasilnya (*outcome*) setelah anak mengekspresikan pandangannya tersebut. Anak-anak juga harus menerima informasi mengenai pilihan cara-cara anak mengkomunikasikan permasalahannya apakah secara langsung atau melalui perwakilan. Anak-anak juga harus diinformasikan kemungkinan konsekuensi yang muncul akibat pilihannya tersebut. Dalam hal ini pengambil kebijakan harus mempersiapkan anak-anak secara layak sebelum dengar pendapat, memberikan penjelasan kapan, dimana, bagaimana menempatkan anak sebagai partisipan, dan mengakomodasi pandangan anak sebagai pertimbangan dalam proses pengambilan keputusan.

b) Dengar Pendapat (*the hearing*)

Dalam konteks melaksanakan hak anak untuk didengar, anak harus dimampukan dan didorong untuk mengekspresikan pendapatnya. Sementara orang dewasa, yang bertanggung jawab untuk melakukan dengar pendapat, harus memiliki kemauan untuk mendengarkan dan secara sungguh-sungguh mempertimbangkan pandangan anak.

c) Penilaian terhadap kapasitas anak (*Assesment of the capacity of the child*)

Untuk menilai kapasitas anak maka pandangan anak harus diberikan bobot yang semestinya. Di samping itu, perlu melakukan analisis berdasarkan kasus per kasus sehingga akan terlihat setiap anak memiliki kemampuan untuk membentuk pendapatnya. Apabila anak memiliki kemampuan untuk membentuk pandangannya dengan cara yang layak dan mandiri, maka pengambil keputusan harus mempertimbangkan pandangan tersebut sebagai faktor yang signifikan bagi upaya menyelesaikan suatu permasalahan (isu).

- d) Informasi mengenai bobot yang diberikan terhadap pandangan anak (umpan balik) (*Information about the weight given to the views of the child –feedback-*)
Sejak anak menikmati haknya untuk menyatakan pandangannya dan diberikan bobot yang layak, pengambil keputusan seharusnya memberikan informasi kepada anak atas hasil proses tersebut. Selain itu, pengambil keputusan juga harus menjelaskan bagaimana pandangan anak dipertimbangkan. Umpan balik adalah jaminan bahwa pandangan anak secara formalitas tidak hanya didengar melainkan diambil secara sungguh-sungguh sebagai masukan.
- e) Keluhan, Pemulihan, dan Perbaikan (*Complaints, remedies and redress*)
Legislasi dibutuhkan untuk menyediakan saluran bagi prosedur dan mekanisme untuk menyampaikan keluhan dan perbaikan manakala hak anak untuk didengar dan mengungkapkan pandangan tidak dihormati dan dilanggar. Anak-anak dimungkinkan untuk mengajukan keluhannya kepada ombudsman atau seseorang yang memiliki peran terkait pada semua institusi anak, *inter alia*, sekolah dan pusat layanan anak.

II.4.3. Belajar dari Partisipasi Anak dalam Proses Penganggaran di Barra Manza, Brasil⁷⁸

Pengalaman anak di Kota Barra Mansa, Brasil⁷⁹ dalam proses penganggaran melalui dewan penganggaran anak partisipatif (*Children's Participatory Budget Council - CPCB*) dapat dijadikan sebagai pembelajaran (*lesson learn*) bagaimana menempatkan partisipasi anak dalam proses pengambilan suatu keputusan. Dewan ini, beranggotakan 18 anak laki-laki dan 18 perempuan yang dipilih oleh teman-teman mereka untuk memastikan bahwa kebutuhan dan prioritas mereka dapat terakomodasi dalam anggaran kota. Dalam hal ini dewan berfungsi sebagai forum bagi setiap warga negara, khususnya anak-anak untuk mempraktikkan hak partisipasi dalam mendefinisikan kepentingan publik dan terlibat dalam penyusunan dan pelaksanaan kebijakan publik.

⁷⁸ Sub bagian ini merupakan ringkasan dari artikel yang ditulis oleh Eliana Guerra yang berjudul *Citizenship Knows No Age: Children's Participation in the Governance and Municipal Budget of Barra Mansa, Brazil*, dalam *Children, Youth and Environments* 15(2) tahun 2005.

⁷⁹ Barra Mansa adalah sebuah kota yang terletak di negara bagian Rio de Janeiro, sebagai poros yang menghubungkan dua kota terbesar di Brasil: Rio de Janeiro dan Sao Paulo.

Partisipasi difokuskan pada proses penganggaran karena melalui anggaran kota berbagai isu penting, baik itu merupakan urusan sosial, politik, dan ekonomi kota, yang akan dibahas dan berdampak bagi perkembangan anak-anak dapat terakomodasi. Di samping itu, melalui dewan anggaran ini pengakuan anak-anak sebagai subyek hak dan warga negara penuh sebagaimana ditetapkan dalam undang-undang anak-anak semakin diperkuat.

Penekanan partisipasi pada proses penganggaran sesuai dengan tujuan pembentukan dewan penganggaran anak partisipatif yang meliputi:

- a. Mendorong anak-anak untuk memainkan peran aktif sebagai warga negara dalam rangka meningkatkan pengembangan pribadi dan rasa memiliki terhadap komunitas mereka;
- b. Membantu mengembangkan kepemimpinan model baru untuk partisipasi dalam sistem demokrasi;
- c. Meningkatkan kontribusi anak-anak sebagai warga kota dalam mengelola kota dan pemerintahan;
- d. Menentukan penggunaan anggaran kota berdasarkan pendapat anak-anak yang berpartisipasi dalam majelis-majelis pemukiman;
- e. Mendorong partisipasi anak dalam proses-proses demokratis melalui diskusi, pemilihan delegasi, mendefinisikan masalah yang dihadapi, dan penetapan prioritas.

Keberhasilan mengintegrasikan partisipasi anak dalam proses penganggaran kota Barra Manza, tidak terlepas dari peran para pelaku lokal utama yang terdiri dari:

- a. Anak-anak setempat yang berusia antara 9-15 tahun;
- b. Para orang tua yang mendukung anak-anak;
- c. Dewan kota, termasuk anggota dewan, kantor walikota, sekretaris pendidikan kota dan dewan kota perlindungan anak;
- d. Koordinator dan fasilitator dari dewan anggaran anak partisipatif;
- e. LSM lokal yang memiliki fokus pada isu anak-anak;
- f. Sekolah negeri dan swasta di Barra Manza;
- g. Organisasi-organisasi warga kota setempat;
- h. Pemimpin gereja.

Pengembangan dewan penganggaran anak partisipatif merupakan titik kunci dalam upaya mendefinisikan kegiatan pengintegrasian anak-anak dan remaja ke dalam proses manajemen perkotaan. Pemilihan yang partisipatif merupakan pendekatan utama dalam mengembangkan dewan ini. Anak-anak dan remaja berpartisipasi dalam majelis-majelis pemukiman untuk mendialogkan dan memperdebatkan permasalahan yang mereka hadapi dan memilih delegasi yang berasal dari lingkungan mereka. Selanjutnya, delegasi ini akan berpartisipasi dalam majelis distrik dan memilih delegasi kabupaten.

Setiap tahun, lebih dari 6.000 anak-anak menghadiri majelis-majelis pemukiman. Melalui pertemuan dalam majelis permukiman anak-anak dipersiapkan untuk mengambil peran kewarganegaraan secara aktif. Konsultasi anak menjadi media partisipasi anak untuk menyalurkan aspirasinya. Proses konsultasi berpusat pada tema "Pemerintahan yang partisipatif dan kewarganegaraan anak-anak". Proses konsultasi tersebut mendapatkan dukungan dari Dewan Kota Barra Manza melalui pengembangan kegiatan yang membuka akses partisipasi publik, termasuk inovasi anak-anak dalam memecahkan permasalahan kota.

Partisipasi anak dalam penganggaran di kota Barra Manza melalui forum konsultasi anak telah memberikan kontribusi tidak hanya meningkatkan transparansi dan melegitimasi proyek tetapi juga untuk memajukan perdebatan tentang peran anak sebagai warga kota dan hak anak. Selain itu, dalam penyelenggaraan pemerintahan, Dewan Kota Barra Manza telah memperluas proses partisipatif dalam penetapan penggunaan anggaran dan mendefinisikan ulang tema lokal pemerintahan melalui partisipasi anak.

II.5. Instrumen HAM yang Sui Generis Melindungi Anak sebagai Rujukan dalam Melakukan Reformasi Hukum

Selain KHA, terdapat beberapa instrumen hukum HAM internasional yang juga memberikan perlindungan secara khusus terhadap anak. Keseluruhan instrument hukum ini dapat dijadikan sebagai rujukan dalam melakukan

reformasi hukum baik di tingkat nasional maupun di tingkat lokal. Instrumen-instrumen hukum tersebut antara lain:

- a. Protokol Opsional KHA.
Terdapat 2 Protokol Opsional KHA yang mengatur perlindungan anak dalam situasi yang spesifik, yakni:⁸⁰
 - 1) Protokol Opsional Konvensi Hak Anak mengenai Pelibatan Anak dalam Konflik Bersenjata (*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict*)
 - 2) Protokol Opsional Konvensi Hak Anak mengenai Perdagangan Anak, Prostitusi Anak dan Pornografi Anak (*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography*)
- b. Instrumen HAM yang melindungi anak yang berkonflik dengan hukum.
Instrumen hukum HAM internasional yang khusus memberikan perlindungan terhadap anak yang berkonflik dengan hukum antara lain:⁸¹
 - a) Peraturan-Peraturan Minimum Standar Perserikatan Bangsa-Bangsa Mengenai Administrasi Peradilan bagi Anak (*United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules)*) Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985;
 - b) Pedoman Perserikatan Bangsa-Bangsa dalam Rangka Pencegahan Tindak Pidana Remaja (*United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines)*) Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 45/112 of 14 December 1990;
 - c) Peraturan-Peraturan PBB bagi Perlindungan Anak yang Kehilangan Kebebasannya (*United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*) Adopted by General Assembly resolution 45/113 of 14 December 1990;

⁸⁰ <http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm#instruments>.

⁸¹ <http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm#instruments>.

- d) Administrasi Peradilan Pidana Anak atau *Administration of Juvenile Justice: the 'Vienna Guidelines' UN Resolution 1997 / 30, 1997.*
- c. Instrumen HAM yang memberikan perlindungan terhadap anak yang dipekerjakan. ILO mengeluarkan instrumen hukum HAM internasional yang khusus memberikan perlindungan terhadap pekerja. Terkait dengan perlindungan terhadap anak yang dipekerjakan terdapat 2 (dua) instrumen yang penting, yakni:⁸²
- 1) Konvensi ILO No. 138 tentang Usia Minimum Bekerja Anak;
 - 2) Konvensi ILO No. 182 tentang Pelarangan dan Penghapusan Segera Bentuk-Bentuk Pekerjaan Terburuk bagi Anak.
- d. Komentar Umum Komite Hak Anak
- Terkait dengan perlindungan anak, perlu diperhatikan Komentar Umum (*General Comment*) yang diberikan oleh Komite Hak Anak. Komentar Umum merupakan upaya interpretasi legal yang dikeluarkan oleh Komite Hak Anak terhadap ketentuan KHA. Komentar Umum berfungsi untuk memberikan pedoman implementasi KHA. Ruang lingkup Komentar Umum mencakup interpretasi secara komprehensif atas substansi ketentuan KHA dan petunjuk umum mengenai informasi atas pasal khusus KHA terkait dengan penyerahan laporan. Sampai saat ini terdapat 13 (tiga belas) Komentar Umum Komite Hak Anak, yaitu:⁸³

⁸² <http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm#instruments>.

⁸³ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>.

Nomor	Substansi	Tahun
13	Hak Anak untuk Bebas dari Segala Bentuk Kekerasan	2011
12	Hak Anak untuk Didengar	2009
11	Anak-Anak Masyarakat Adat dan Hak Mereka di bawah KHA	2009
10	Hak Anak dalam Sistem Peradilan Pidana Anak	2007
9	Hak Anak dengan Disabilitas	2006
8	Hak Anak Mendapatkan Perlindungan dari Penghukuman Badan dan Bentuk Tindakan Kejam Penghukuman yang Merendahkan	2006
7	Implementasi hak anak pada masa kanak-kanak usia dini	2005
6	Perlakuan terhadap Anak yang Tidak Disertai atau Terpisah yang Berada di luar Negara Asal	2005
5	Langkah-Langkah Umum Implementasi Hak Anak	2003
4	Kesehatan Remaja	2003
3	HIV/AIDS dan hak anak	2003
2	Peran Institusi Hak Anak Nasional yang Independen	2002
1	Tujuan Pendidikan	2001

II.6. Reformasi Hukum Berdasarkan pada Pendekatan Berbasis Hak

Setelah meratifikasi KHA, Negara Pihak berkewajiban untuk menyelaraskan hukum nasional untuk mencerminkan komitmen negara terikat dalam perjanjian internasional mengenai hak anak ini. Langkah awal penyelarasan ini dilakukan dengan upaya transformasi dengan cara domestikasi prinsip dan norma KHA dalam hukum nasional. Kemudian ditindaklanjuti dengan upaya harmonisasi (penyelarasan) seluruh produk hukum nasional dengan substansi KHA.

Terkait dengan upaya melakukan reformasi hukum melalui tindakan legislatif, maka upaya yang mengikuti tindakan ini adalah mengharmonisasikan hukum nasional yang berlaku dengan ketentuan KHA. Harmonisasi dapat dilakukan dengan dua cara yakni:⁸⁴

a. Harmonisasi Eksternal (*External harmonisation*)

Harmonisasi ini dilakukan melalui upaya harmonisasi keberadaan regulasi dan hukum nasional mengenai anak dengan ketentuan perjanjian internasional. Harmonisasi hukum nasional mensyaratkan perubahan (amandemen) ketentuan yang telah ada atau membuat ketentuan yang baru.

b. Harmonisasi Internal (*Internal harmonisation*)

Harmonisasi internal dilakukan terhadap ketentuan hukum nasional sebagai upaya untuk menghilangkan ketidakkonsistenan, kontradiksi, atau kesenjangan. Komite Hak Anak mengeluarkan rekomendasi harmonisasi juga ditujukan terhadap ketentuan hukum kebiasaan, hukum adat atau hukum agama dengan ketentuan hukum nasional.

Berdasarkan hal di atas, upaya harmonisasi melalui domestikasi hukum dilakukan baik melalui ketentuan konstitusional dan/atau dengan memberlakukan undang-undang yang baru atau melakukan perubahan terhadap undang-undang yang ada. Selanjutnya, harmonisasi tersebut diimplementasikan di tingkat pemerintahan lokal. Upaya reformasi legislatif ini bertujuan untuk mengurangi perbedaan antara sistem hukum nasional dan prosedur yang berkaitan dengan penegakan hak anak-anak dengan KHA.⁸⁵ Sehubungan dengan hal ini, terdapat tingkatan yang berbeda di mana harmonisasi dapat dicapai:⁸⁶

- a) peninjauan luas terhadap kebijakan dan undang-undang yang ada serta konsolidasi hukum yang berkaitan dengan isu anak-anak untuk dijadikan menjadi satu bagian undang-undang; atau

⁸⁴ Jaap E Doek, *Harmonisation of national laws with the Convention on the Rights of the child: Some observations and suggestions*, The African Child Policy Forum, 2007.

⁸⁵ Nancy Kanyago, *et.al, op.cit.*

⁸⁶ Nancy Kanyago, *et.al, op.cit.*

- b) perubahan *ad hoc* dan/ atau perumusan undang-undang yang berkaitan dengan penargetan keberadaan anak-anak sebagai subyek hukum atau isu baru dan menyebabkan perubahan tertentu atau undang-undang yang ditujukan secara khusus bagi isu-isu tertentu.

Dalam mengupayakan penghormatan, perlindungan pemenuhan hak-hak anak, melalui reformasi hukum untuk membangun sistem perlindungan anak dapat mengacu pada *Indicator for Global Monitoring of Child Rights*, yang dihasilkan oleh *Working Groups Session on General measures of implementation*. Indikator-indikator tersebut, meliputi:⁸⁷

1. Terdapatnya strategi nasional dan lokal yang komprehensif bagi upaya pemajuan dan perlindungan hak anak;
2. Sistem pelaporan yang rutin dan terjadwal dalam rangka mengimplementasikan strategi nasional dan strategi lokal bagi upaya pemajuan dan perlindungan hak anak;
3. Terdapatnya sebuah institusi untuk mengkoordinasi dan memonitoring implementasi strategi nasional bagi upaya pemajuan dan perlindungan hak anak;
4. Representasi NGO/LSM dalam institusi tersebut;
5. Sumber daya yang mencukupi agar institusi dapat berfungsi secara efektif;
6. Pembatasan persyaratan-persyaratan (reservasi) pemerintah terhadap ketentuan spesifik KHA yang dapat membatasi ruang lingkup implementasi KHA;
7. Kesesuaian hukum nasional dan hukum lokal dengan KHA;
8. Terdapatnya analisis yang sistematis atas rancangan peraturan perundang-undangan dan kebijakan publik yang berdampak pada anak;
9. Terdapatnya institusi yang formal dan mandiri bagi upaya pemajuan dan perlindungan hak anak;
10. Pendidikan mengenai hak-hak anak dan termasuk upaya pengintegrasian KHA dalam kurikulum sekolah;
11. Terdapatnya aktivitas-aktivitas pelatihan KHA bagi pekerja profesional yang bekerja dengan anak dan bagi anak, termasuk guru, hakim, pekerja sosial, dan aparat penegak hukum.

⁸⁷ Peter Newell, *Indicator for global monitoring of child rights, Summary Report Background papers: International meeting*, Geneva, Switzerland, 9-12 February 1998.

Setelah melakukan peninjauan atas produk legislasi, negara-negara dapat memilih untuk mengkonsolidasikan semua hukum mengenai hak-hak anak dalam undang-undang yang komprehensif tunggal, atau memilih untuk undang-undang tematik terpisah, misalnya, pada isu administrasi keadilan anak, atau kesejahteraan anak. Hal ini tergantung pada kebutuhan khusus anak-anak. Apapun pilihannya, yang terpenting bahwa perundang-undangan yang dibentuk bersifat komprehensif dengan mengakomodasi semua hak-hak anak. Selain itu, negara juga harus secara terus menerus memperkuat upaya mereka untuk mengubah atau mengadopsi undang-undang agar sesuai sepenuhnya dengan perjanjian internasional HAM yang diratifikasi dengan cara yang paling ramah terhadap anak.⁸⁸

Untuk dapat mewujudkan indikator-indikator di atas maka upaya reformasi hukum (reformasi legislatif) harus berlandaskan pada pendekatan berbasis hak (*human rights approach to legislative reform*). Reformasi legislatif dimaknai sebagai suatu upaya yang mencakup lebih dari sekedar "menempatkan hukum pada tempatnya dalam tatanan kenegaraan" namun juga melibatkan tinjauan keseluruhan produk-produk hukum nasional. Lebih jauh, upaya reformasi hukum bukan hanya tertuju pada peraturan perundang-undangan, melainkan juga pengambilan langkah-langkah lain yang diperlukan untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan tersebut secara efektif, penguatan institusi, dan alokasi anggaran untuk merealisasikan hak anak yang dijamin dalam peraturan perundang-undangan tersebut. Dengan demikian reformasi legislatif bertujuan untuk menyelaraskan dengan produk hukum yang ada dengan standar internasional. Namun demikian upaya reformasi ini tidak terbatas pada legislatif, namun juga membangun suatu jejaring dalam proses implementasi yang efektif melalui keterlibatan para pemangku kepentingan yang berbeda, dukungan kebijakan sosial, dukungan kelembagaan dan alokasi sumber daya yang memadai.⁸⁹

Prinsip-prinsip HAM yang utama yang dapat dijadikan pedoman dalam menginisiasi reformasi legislatif berbasis pendekatan hak adalah:⁹⁰

⁸⁸ Nancy Kanyago, *et.al*, *op.cit.*

⁸⁹ Nadine Perrault, *et.al.*, *Handbook on Legislative Reform: Realising Children's Rights* (Volume 1), Unicef, New York 2008.

⁹⁰ Nadine Perrault, *et.al.*, *ibid.*

- a. Universalitas hak;
- b. Ketergantungan dan keterkaitan hak (visi holistik dengan penekanan pada strategi dan prioritas guna menjamin perlindungan dan pemenuhan dalam konteks ketersediaan sumber daya);
- c. Non diskriminasi dan kesetaraan;
- d. Partisipasi secara inklusif seluruh pemangku kepentingan sebagai subyek hak (kepemilikan dan keberlanjutan);
- e. Akuntabilitas seluruh pemegang kewajiban (*all duty bearers for human rights*) dan pemerintahan berdasarkan hukum (*rule of law*).

Dalam konteks hak anak, sebagai tambahan pendekatan berbasis hak dalam reformasi legislatif harus memperhitungkan prinsip-prinsip dalam KHA, sebagai contoh prinsip kepentingan terbaik bagi anak harus menjadi dasar bagi seluruh upaya melakukan reformasi legislasi, kebiasaan, dan praktik-praktik yang tidak sesuai dengan prinsip tersebut.

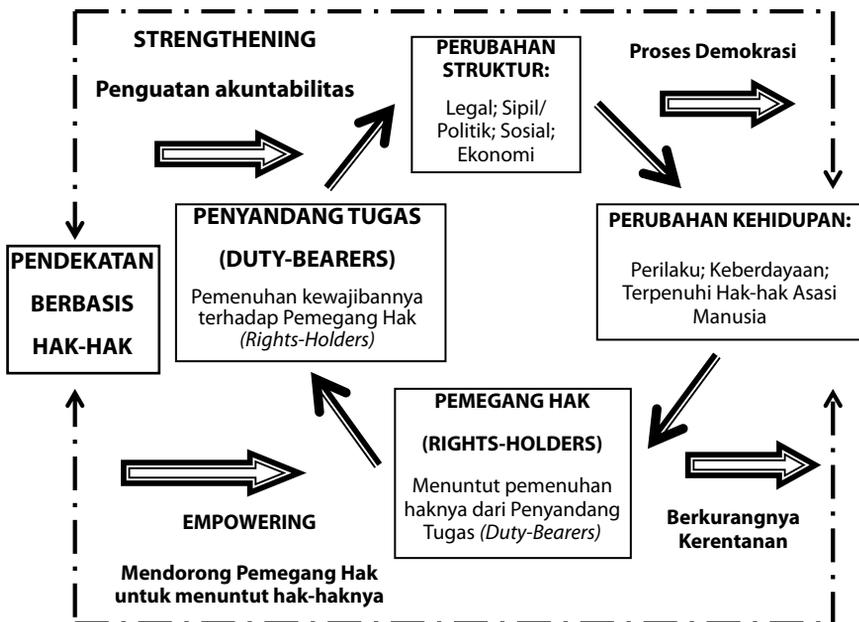
Adapun keuntungan reformasi legislatif berbasis hak adalah:⁹¹

- a. Memajukan hak anak secara holistik dan reformasi legislatif secara komprehensif;
- b. Menstimulasi diskusi hambatan-hambatan terhadap upaya reformasi;
- c. Mengarahkan reformasi pada upaya penghapusan ketidakadilan gender dan diskriminasi terhadap perempuan dan anak perempuan;
- d. Memastikan bahwa hukum berkontribusi untuk memperkuat kapasitas perempuan dan anak perempuan dalam menikmati hak-haknya;
- e. Memajukan partisipasi warga negara secara luas dalam kehidupan politik;
- f. Memajukan diseminasi instrumen HAM Internasional secara luas dan meningkatkan pemahaman terhadap hukum (*legal literacy*);
- g. Memajukan implementasi kesesuaian norma hukum nasional dengan prinsip dan norma HAM;
- h. Memastikan perlindungan khusus bagi kelompok rentan dan anak yang termajinal;

⁹¹ Nadine Perrault, *et.al.*, *ibid.*

- i. Menghapus praktik sosial yang berdampak negatif terhadap anak dan perempuan dan mendorong perubahan praktik sosial ke arah yang positif;
- j. Memajukan sistem peradilan yang terprediksi, yang dapat diandalkan, efektif, dan terakses oleh seluruh warga negara;
- k. Mendorong pengembangan mekanisme pengawasan yang layak dan terlembaga;
- l. Memajukan mekanisme penerapan pemulihan yang efektif;
- m. Memastikan bahwa hukum berkontribusi bagi kesejahteraan anak dan perempuan.

Pendekatan berbasis hak dalam upaya melakukan reformasi legislatif dapat divisualisasikan seperti alur proses di bawah ini.⁹²



Uraian di atas menggambarkan bahwa pendekatan berbasis hak untuk reformasi legislatif memiliki karakteristik sebagai berikut: *pertama*,

⁹² Cecilia Ljungman, *Applying A Rights-Based Approach to Development: Concepts and Principles*; Sage Publications, New Delhi, February 2005.

pendekatan berbasis hak untuk reformasi legislatif adalah intrinsik dengan realisasi HAM karena melalui harmonisasi legislasi nasional dengan standar norma universal HAM menyebabkan instrumen hukum HAM internasional selalu hidup dalam kehidupan bernegara. *Kedua*, reformasi legislatif berbasis pendekatan hak menggabungkan perspektif gender pada semua tahap proses reformasi legislatif. *Ketiga*, mendorong reformasi kelembagaan dan penegakan hukum yang efektif melalui alokasi anggaran, pendidikan kewarganegaraan, pelatihan untuk menghapus buta hukum dalam masyarakat. Dengan demikian, pendekatan reformasi legislatif mensyaratkan pengintegrasian perspektif HAM dalam keseluruhan proses tersebut sehingga dapat meningkatkan penegakan hukum secara efektif. *Keempat*, partisipasi yang lebih luas dan kemitraan antara aktor-aktor yang terlibat dalam reformasi legislatif menjadi faktor yang signifikan. Partisipasi dan kemitraan ini untuk menjamin internalisasi dan kepatuhan terhadap norma-norma dan standar universal HAM yang dijadikan acuan. Selain itu, partisipasi dan kemitraan ini akan menyediakan suatu metodologi reformasi hukum yang terejawantahkan dalam suatu kerangka hukum yang melindungi hak-hak dan sekaligus meningkatkan pemberdayaan warga negara. Selanjutnya, nilai tambah, pendekatan berbasis hak untuk reformasi legislatif sebagai dasar untuk menetapkan kebijakan sosial yang berkelanjutan dalam mendukung perlindungan anak. Oleh karena itu, prinsip dan norma KHA menjadi dimensi tak terpisahkan dari upaya reformasi hukum sehingga keseluruhan hak anak dapat dimasukkan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan.⁹³

Karakteristik pertama dari upaya reformasi legislatif berbasis hak yakni harmonisasi produk peraturan perundang-undangan dengan norma HAM internasional karena mengimplikasikan langkah-langkah yang perlu dilakukan, antara lain:⁹⁴

- a. Membuat pernyataan yang jelas tentang status dari KHA dalam hukum domestik suatu negara;
- b. Internalisasi KHA melalui pengintegrasian prinsip dan norma KHA dalam peraturan perundang-undangan sehingga semakin memperkuat perlindungan anak;

⁹³ Nadine Perrault, *et.al., op.cit.*

⁹⁴ Nadine Perrault, *et.al., ibid.*

- c. Mengidentifikasi seluruh perundang-undangan yang ada yang harus diubah atau dihapuskan dalam rangka menyelaraskan undang-undang nasional dengan standar KHA;
- d. Meninjau reservasi yang dibuat berkenaan dengan perjanjian HAM dengan tujuan untuk menghilangkan hambatan hukum dalam melakukan reformasi hukum;
- e. Menghapus kendala dan hambatan untuk mewujudkan kesetaraan;
- f. Meminimalkan diskriminasi dan ketidaksetaraan dalam rangka menciptakan budaya menghormati HAM dan penguatan tata kelola pemerintahan yang baik berdasarkan hukum. Dalam hal ini, reformasi hukum dapat membantu untuk mengurangi praktik-praktik sosial, tabu dan budaya yang melanggar HAM;
- g. Menguji penggunaan KHA dan undang-undang hasil reformasi dalam praktik di pengadilan dan cara-cara pengadilan berkontribusi dalam melakukan reformasi hukum mengenai hak-hak anak melalui interpretasi;
- h. Menguji cara hukum dilaksanakan dan disebarluaskan;
- i. Menguji lembaga-lembaga negara dalam melaksanakan penegakan hukum.

Upaya untuk mengaplikasikan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA sehingga terwujud suatu kebijakan yang kondusif bagi pemenuhan hak-hak anak, dapat digambarkan dalam diagram berikut :⁹⁵



II.7. Hambatan Struktural Upaya Reformasi Legislasi

II.7.1. Hak Anak belum Menjadi Hak Konstitusional Secara Penuh

Konstitusionalitas HAM bagi warga negara terjadi apabila HAM terjamin dan diatur dalam hirarki norma hukum tertinggi yakni substansi HAM ditempatkan dalam suatu konstitusi atau undang-undang dasar. Pasca Amendemen, UUD 1945 mengatur jauh lebih lengkap dibandingkan

⁹⁵ Langkah-langkah ini telah diujicobakan pada 3 (tiga) negara di Amerika Latin, yakni : Costa Rica, Venezuela, dan Brazilia. Semua proses selalu diawali pada upaya mereformasi tatanan hukum melalui program legislasi nasional dalam rangka penyesuaian dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA. Lihat, Dorothy Rozga, *Applying a Human Rights Based Approach to Programming : Experiences of UNICEF*, Presentation Paper prepared for the Workshop on Human Rights, Assets and Livelihood Security, and Sustainable Development, London, UK, 2001.

sebelum amendemen. Konstitusionalitas hak anak sudah dijamin dan diatur dalam UUD 1945 yakni:

- a. Pasal 28B ayat (2) yang menyatakan bahwa :
Hak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.
- b. Pasal 34 ayat (1) yang menyatakan bahwa:
Anak-anak yang terlantar dipelihara oleh Negara.

Meskipun UUD 1945 hasil amendemen telah mengatur norma perlindungan hak anak, namun demikian UUD 1945 belum secara penuh mengakomodasi norma dan prinsip hak anak yang menjadi semangat Konvensi Hak Anak. Dari 4 (empat) prinsip KHA, 2 (dua) prinsip KHA tersebut yakni: (i) prinsip kepentingan terbaik bagi anak dan (ii) prinsip menghormati pandangan anak (partisipasi) belum terakomodasi dalam UUD 1945. Dengan demikian, prinsip kepentingan terbaik bagi anak dan prinsip menghormati pandangan anak belum menjadi norma konstitusi. Implikasi yuridis akibat belum diaturnya kedua prinsip ini dalam konstitusi maka hak anak belum sepenuhnya terjamin dalam sistem hukum yang ada. Hal sebaliknya terjadi apabila seluruh prinsip KHA diakomodasi menjadi norma konstitusi maka semua peraturan perundang-undangan yang ada harus merujuk dan tidak boleh bertentangan dengan norma konstitusi yang berlaku. Komitmen penuh Negara untuk menjamin hak-hak anak mensyaratkan negara mengabadikan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA dalam konstitusi.

Seperti pendapat Mosikatsana T.L., pengaturan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA menjadi norma konstitusi sangat signifikan dalam mengimplementasikan KHA secara efektif di negara pihak karena konstitusionalitas tersebut akan berdampak positif sebagai berikut:⁹⁶

- a. Pengaturan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA dalam konstitusi secara spesifik akan memicu dan memberikan loncatan bagi upaya reformasi legislatif;

⁹⁶ Nadine Perrault, *et.al*, *op.cit*.

- b. Kemanfaatan minimal, konstitusionalitas akan memberikan legitimasi bagi wacana politik hak-hak anak dan memberikan justifikasi politik bagi pemerintah dalam menetapkan dan mengeluarkan anggaran untuk program sosial bagi anak-anak;
- c. Dengan adanya alokasi pengaturan khusus bagi hak anak pada hukum tertinggi (*supreme law*) negara, maka anak secara legal dilekati hak dan dipandang sebagai subyek hak;
- d. Anak dimungkinkan untuk melakukan tuntutan (*claim*) substansial kepada negara karena anak memiliki hak konstitusional yang harus dijamin dan dilindungi;
- e. Memungkin anak mempergunakan mekanisme hukum sebagai upaya untuk melindungi dari erosi kemanfaatan sosial yang seharusnya menjadi kewajiban negara;
- f. Meningkatkan justisiabilitas hak anak sehingga hak anak dapat ditegakkan;
- g. Penawaran pemerintah dapat terjustifikasi secara politik untuk penyediaan dan kemanfaatan bagi anak sehingga isu anak menjadi prioritas dalam pendistribusian sumber daya yang terbatas;
- h. Memberikan justifikasi secara moral dan legal terhadap pemerintah untuk menetapkan pengeluaran belanja untuk kesejahteraan sosial karena akan mempengaruhi kebijakan fiskal di suatu negara.

Selain permasalahan di atas, upaya mengajukan *judicial review* oleh Mahkamah Konstitusi (MK) untuk mengeksaminasi (menguji) konstitusionalitas suatu undang-undangan yang dianggap melanggar prinsip kepentingan terbaik bagi anak dan prinsip hak anak untuk berpartisipasi tidak dapat dilakukan. Hal ini disebabkan karena kedua prinsip ini belum diatur dalam UUD 1945 sehingga belum menjadi hak konstitusional untuk mengontrol norma hukum suatu undang-undang.

Menurut ketentuan Pasal 24A ayat (1) UUD 1945, pengujian undang-undang merupakan kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK) dan referensi atau batu penguji atas undang-undang yang akan ditinjau oleh MK adalah konstitusi Negara yaitu UUD 1945. Pasal 24A ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Kemudian berdasarkan

ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (MK) sebagaimana dijabarkan dalam Pasal 3 Peraturan MK No. 06/PMK/2005 ditentukan bahwa pemohon⁹⁷ adalah pihak yang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang. Selanjutnya penjelasan ayat ini menyatakan bahwa yang dimaksud dengan hak konstitusionalitas adalah hak-hak yang diatur dalam UUD 1945.⁹⁸

Berdasar ketentuan di atas maka upaya menjadikan prinsip kepentingan terbaik bagi anak dan prinsip hak anak untuk berpartisipasi menjadi hak konstitusi merupakan prasyarat mendasar untuk membangun mekanisme perlindungan anak. Dengan demikian, amandemen terhadap UUD 1945 untuk mengatur prinsip kepentingan terbaik bagi anak dan prinsip hak anak atas partisipasi menjadi signifikan dilakukan agar kedua prinsip ini menjadi hak konstitusional sehingga dapat dijadikan sebagai norma pengontrol untuk menguji undang-undang.

II.7.2. Pemberian Landasan Hukum Ratifikasi KHA Hanya dengan Keputusan Presiden

Berdasarkan doktrin ilmu peraturan perundang-undangan, pada dasarnya norma hukum itu berjenjang dan berlapis dalam suatu hierarki (tata susunan). Dengan adanya hierarki norma hukum berarti suatu norma hukum yang lebih rendah berlaku, bersumber, dan berdasarkan pada norma yang lebih tinggi.⁹⁹ Berdasarkan hierarki norma hukum maka kedudukan hukum Keputusan Presiden (Keppres) lebih rendah dibandingkan dengan undang-undang. Dengan demikian, keputusan presiden tidak dapat dijadikan sebagai sumber yuridis untuk membentuk undang-undang karena secara hierarkis memiliki kedudukan hukum lebih rendah dibandingkan dengan undang-undang.

⁹⁷ Pemohon yang dimaksud yaitu (a) perorangan warga Negara Indonesia; (b) kesatuan masyarakat hukum adat; (c) badan hukum publik atau privat; atau (d) lembaga Negara.

⁹⁸ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Penerbit Konstitusi Press, Jakarta, 2006.

⁹⁹ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan (1): Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2007.

Hierarki norma hukum dianut Indonesia dengan diundangkannya UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Menurut Pasal 7 jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia terdiri dari:

- a. UUD 1945
- b. Undang-undang (UU) / Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU)
- c. Peraturan Pemerintah (PP)
- d. Peraturan Presiden (Perpres)
- e. Peraturan Daerah (Perda)

Apabila membaca Pasal 7 undang-undang di atas, saat ini Keputusan Presiden (Keppres) tidak termasuk peraturan perundang-undangan. Keppres merupakan keputusan normatif yang berisi dan bersifat penetapan administratif (*beschikking*).¹⁰⁰ Oleh karena bersifat penetapan administratif maka Keppres termasuk keputusan tata usaha negara. Keputusan tata usaha negara bersifat "einmahlig" karena sifat normanya individual, konkret, dan sekali selesai (*einmahlig*). Sementara, norma suatu peraturan perundang-undangan selalu bersifat umum, abstrak dan berlaku terus menerus (*dauerhaftig*).¹⁰¹

Meskipun pada saat meratifikasi KHA, Keputusan Presiden No. 36 Tahun 1990 sebagaimana diatur dalam Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966¹⁰² dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan. Berdasarkan Lampiran II tentang Tata Urutan Peraturan Perundangan menurut UUD 1945 dirumuskan sebagai berikut:

- a. UUD 1945;
- b. Ketetapan MPR (TAP MPR);
- c. Undang-undang (UU) / Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU)
- d. Peraturan Pemerintah (PP);
- e. Keputusan Presiden (Keppres)

¹⁰⁰ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, op.cit.

¹⁰¹ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan (1): Jenis Fungsi, dan Materi Muatan*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2007.

¹⁰² Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPRGR mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia.

Mengacu pada hierarki norma menurut Ketetapan MPRS tersebut, kedudukan hukum Keputusan Presiden di bawah undang-undang. Dengan demikian, ratifikasi KHA melalui Keputusan Presiden No. 36 Tahun 1990 menimbulkan implikasi hukum bagi upaya melakukan reformasi hukum karena keputusan Presiden tidak dijadikan sebagai dasar yuridis dalam membentuk undang-undang. Hal ini sesuai dengan teori jenjang norma hukum yang diperkenalkan oleh Hans Kelsen bahwa norma hukum itu selalu bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, tetapi ke bawah norma hukum itu juga menjadi sumber dan menjadi dasar bagi norma yang lebih rendah darinya.¹⁰³

Di samping itu, ratifikasi KHA dengan Keputusan Presiden No. 36 Tahun 1990, juga akan menghambat upaya masyarakat sipil apabila akan melakukan pengujian norma hukum (*norm control mechanism*), baik melalui mekanisme peradilan maupun melalui mekanisme non peradilan. Jika pengujian suatu peraturan perundang-undangan dilakukan oleh lembaga peradilan, maka proses pengujiannya disebut *judicial review*. Sementara, pengujian di luar lembaga peradilan dapat dilakukan melalui upaya politik agar peraturan perundang-undangan yang dipandang merugikan diubah. Upaya politik semacam ini dapat disebut sebagai *legislative review*. Tujuan dilakukannya *legislative review* ini adalah untuk mempengaruhi lembaga legislatif dan pemerintah sebagai pemegang kuasa legislasi untuk merubah atau membuat undang-undang atau peraturan daerah yang baru.¹⁰⁴

Perlindungan anak melalui *judicial review* tentu tidak dapat dilakukan karena itu Keputusan Presiden tidak dapat dijadikan sebagai norma hukum pengontrol peraturan perundang-undangan yang dipandang melanggar hakanakatau merugikan upaya perlindungan anak. Dengan kata lain, prinsip-prinsip dan norma KHA tidak dapat dipergunakan untuk mengeksaminasi (menguji) peraturan perundang-undangan yang bertentang dengan KHA baik menguji isi (substansi) maupun prosedur pembentukannya.

Menurut ketentuan Pasal 24c ayat (1) UUD 1945, pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang merupakan kewenangan

¹⁰³ Maria Farida Indrati, *op.cit.*

¹⁰⁴ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Penerbit Kompas, Jakarta, 2010.

Mahkamah Agung (MA). Batu penguji yang dijadikan pegangan bagi MA adalah undang-undang. Pengujian oleh MA dikatakan sebagai pegujian legalitas berdasarkan undang-undang. Lebih jauh, menurut UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, peraturan daerah merupakan bentuk peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Oleh karenanya pengujian peraturan daerah berdasarkan ketentuan Pasal 24A ayat (1) UUD 1945 hanya dapat dilakukan oleh MA. Apabila memperhatikan ketentuan di atas maka reformasi hukum untuk mengimplementasi KHA melalui *judicial review* terkendala secara struktural. Kendala ini bersumber dari keputusan presiden yang melandasi ratifikasi KHA sehingga prinsip-prinsip dan norma-norma KHA tidak dapat dijadikan sebagai batu uji untuk menguji legalitas peraturan perundang-undangan.

Demikian juga, dengan upaya politik untuk melakukan perubahan suatu peraturan perundang-undangan yang dianggap bertentangan dengan norma dan prinsip KHA. Sebagaimana diatur dalam UU No.10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan keputusan presiden tidak termasuk peraturan perundang-undangan. Artinya, Keputusan Presiden No. 39 / 1990 yang melandasi ratifikasi KHA, tidak dijadikan sebagai dasar pembentukan atau mengubah perundang-undangan.

III. Otonomi Aceh, Qanun Aceh, dan Potensi Pelanggaran terhadap Hak Anak

III.1. Propinsi Nangroe Aceh Darussalam sebagai Ruang Hidup Sistem Makro Anak Aceh

Sudah dipastikan apapun kebijakan yang diambil oleh para politisi, termasuk pembuatan Qanun Aceh, berdampak pada anak-anak karena mereka secara psikologis menggantungkan kehidupannya pada orang-orang dewasa yang di sekitarnya. Apalagi peraturan perundang-undangan merupakan produk politik tempat di mana kepentingan yang beragam saling berkompetisi. Seringkali pada akhirnya pihak-pihak yang memiliki

kuasa baik karena otoritasnya maupun karena kuasa modal finansial yang dimilikinya, yang akan diuntungkan oleh peraturan perundang-undangan tersebut. Dengan demikian, apabila kebijakan yang ditetapkan menutup akses bagi orang dewasa, tempat anak-anak bergantung, untuk menikmati hak asasinya, maka dampaknya akan dirasakan oleh anak-anak. Artinya setiap terjadi pelanggaran HAM akibat ditetapkannya suatu kebijakan termasuk peraturan perundang-undangan, anggaran publik, perencanaan, dan program maka sudah dapat dipastikan terjadi pula pelanggaran hak asasi anak.

Terkait dengan permasalahan penghormatan, perlindungan pemenuhan, dan pemajuan hak anak tidak terlepas dengan bagaimana masing-masing orang-orang dewasa yang dilekati peran-peran sosial mempersepsikan dan menempatkan anak dalam cara pandangnya. Dalam konteks ini, kerangka analisis Urie Bronfenbrenner yang menggambarkan sistem jaring hirarki yang melingkupi kehidupan anak dapat dipergunakan untuk memotret kondisi dan permasalahan yang dihadapi oleh anak-anak. Dengan kata lain sistem jaring hirarki tersebut berpengaruh terhadap pertumbuhan dan perkembangan anak-anak. Secara garis besar, sistem jaring hirarki Urie Bronfenbrenner meliputi: *pertama*, sistem mikro (*microsystem*), terdiri dari orang-orang dan ruang sosial yang mana seorang anak menjalin relasi dengan orang-orang yang terdekat seperti keluarga, teman, rumah, dan sekolah. *Kedua*, sistem meso (*mesosystem*) yang terdiri dari relasi yang lebih bervariasi yang menghubungkan relasi antar sistem mikro yang satu dengan sistem mikro yang lain. *Ketiga*, sistem ekso (*exosystem*), terdiri dari struktur berketetapan dan komunitas, termasuk semua jenis relasi kekuasaan lokal yang berdampak pada kehidupan anak. *Keempat*, sistem makro (*macrosystem*), terdiri dari pertemuan kekuatan budaya, politik, dan ekonomi yang mempengaruhi pengalaman-pengalaman anak di tingkat lokal.¹⁰⁵

Berdasarkan teori jaringan Urie Bronfenbrenner di atas maka setiap Qanun Aceh yang dihasilkan oleh Pemerintahan Aceh akan berdampak pada kehidupan anak. Artinya Qanun Aceh apabila tidak sesuai dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA maka sudah dapat dipastikan melanggar hak-hak anak.

¹⁰⁵ Caroline Arnold, et.al, *Bringing up Children in a Changing World: Who's Right? Whose Rights?: Conversations with Families in Nepal*, Save The Children & UNICEF, 2000.

III.2. Titik Kritis Potensi Pelanggaran Hak Anak melalui Qanun Aceh

Menurut F. Budi Hardiman, di era reformasi peranan negara dalam sosialisasi nilai-nilai sangat melemah. Hal ini dibuktikan proses demokratisasi dan otonomi daerah malah menjadi pemicu relativisme nilai-nilai yang bermuara pada tribalisme, sektarianisme, dan fundamentalisme agama. Situasi politik demikian, pada akhirnya menghilangkan daya normatif nilai keadilan sebagai nilai utama kehidupan berbangsa dan bernegara. Hal ini disebabkan karena keadilan bukan hanya sekedar suatu nilai yang didefinisikan secara politis melalui hukum, melainkan juga suatu nilai yang diinterpretasi secara kultural, religious, dan ideologis. Jika sistem hukum nasional lemah dan kehilangan kredibilitasnya karena tidak dapat mengintegrasikan berbagai tafsir keadilan pra politis. Akibatnya, terjadi pertarungan antara konsep keadilan pra politis¹⁰⁶ yang dibawa oleh kelompok-kelompok partikular. Dengan demikian, keadilan dapat terwujud apabila konsep keadilan dapat mentransformasikan berbagai keadilan politis dalam masyarakat sehingga dapat diterima oleh semua kelompok masyarakat tanpa melenyapkan perbedaan yang ada.¹⁰⁷

Pemberlakuan hukuman cambuk sebagai sanksi atas pelanggaran qanun di Aceh dan pemberlakuan peraturan daerah berbasis syariah memperlihatkan kecenderungan berlakunya model keadilan komunitarian. Keadilan komunitarian ditentukan oleh nilai-nilai keutamaan suatu komunitas *religio cultural* yang dominan yang diangkat ke ranah politis menjadi hukum positif bukan hasil konsensus politis berbagai pihak. Intensi untuk menegakkan keadilan versi agama tertentu yang diangkat ke ranah politik justru akan menghasil ketidakadilan politis. Ketidakadilan politis ini dikarenakan nilai keadilan hanya ditakar berdasarkan pemahaman moral religious kelompok dominan. Oleh karena nilai keadilan ditentukan oleh kelompok dominan, pada akhirnya akan menghasilkan ketidakadilan politis karena akan merepresi, memarginalisasi, dan mendiskriminasi kelompok yang lain.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Keadilan pra politis adalah pengertian-pengertian tentang keadilan yang berasal dari berbagai kelompok agama dan budaya dan yang belum menjadi hukum positif. Lihat F. Budi Hardiman, Tuhan: *Altar, Pasar, dan Tahta*, makalah pada Kursus Filsafat Ketuhanan, STF Driyarkara, 2011.

¹⁰⁷ F. Budi Hardiman, *ibid.*

¹⁰⁸ F. Budi Hardiman, *ibid.*

Qanun Aceh yang memuat sanksi hukuman cambuk memperlihatkan kecenderungan dianutnya keadilan komunitarian karena keadilan ini hanya didasarkan pada pandangan kelompok agama tertentu. Hukuman cambuk mungkin dianggap adil di daerah Aceh, namun belum tentu adil di wilayah lain karena hukuman cambuk menurut pandangan universal bertentangan dengan HAM.¹⁰⁹ Negara dalam kasus tersebut telah melakukan pelanggaran HAM karena menetralisasi diri dan menoleransi situasi ketidakadilan akibat berlakunya beberapa Qanun Aceh.

Pasal 28 i UUD 1945, ayat (1) menyatakan bahwa hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah HAM yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun. Dengan demikian, penerapan hukum cambuk bertentangan dengan Pasal 28l UUD 1945 karena dalam konvensi Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, dan Merendahkan Martabat Manusia (*Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*) definisi dari suatu tindak penyiksaan adalah setiap perbuatan yang menyebabkan sakit parah atau penderitaan (*severe pain or suffering*).

Di samping itu, berdasarkan UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh dinyatakan Pemerintahan Aceh berada dalam kerangka Negara Kesatuan RI dan tunduk pada peraturan perundangan nasional. Artinya, Aceh, tetap leluasa mengatur tata pemerintahan dan kehidupan politik, ekonomi dan sosialnya melalui penerbitan Peraturan daerah, yang disebutnya Qanun, sepanjang tidak bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi, yaitu undang-undang dan UUD 1945. Dengan memperhatikan ketentuan dalam UUD 1945 maka hukuman cambuk secara substansi bertentangan dengan Pasal 28 l UUD1945. Dengan kata lain, larangan hukum cambuk, yang berasal dari keadilan pra politis karena berasal dari rasa keadilan dari kelompok agama tertentu, melanggar hak konstitusional warga negara untuk bebas dari penyiksaan, yang sudah disepakati sebagai keadilan politis.

¹⁰⁹ F. Budi Hardiman, *ibid.*

III.3. Hukuman Cambuk dalam Perspektif HAM

Pasal 1 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, dan Merendahkan Martabat Manusia (*Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*) menyatakan bahwa:

Penyiksaan berarti setiap perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, sehingga menimbulkan rasa sakit atau penderitaan yang hebat, baik jasmani maupun rohani, pada seseorang untuk memperoleh pengakuan atau keterangan dari orang itu atau dari orang ketiga, dengan menghukumnya atas suatu perbuatan yang telah dilakukan atau diduga telah dilakukan oleh orang itu atau orang ketiga, atau mengancam atau memaksa orang itu atau orang ketiga, atau untuk suatu alasan yang didasarkan pada setiap bentuk diskriminasi, apabila rasa sakit atau penderitaan tersebut ditimbulkan oleh, atas hasutan dari, dengan persetujuan, atau sepengetahuan pejabat publik. Hal itu tidak meliputi rasa sakit atau penderitaan yang semata-mata timbul dari, melekat pada, atau diakibatkan oleh suatu sanksi hukum yang berlaku.

Kemudian Pasal 16 memperluas ruang lingkup konvensi dengan menambahkan kualifikasi perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia, yang tidak termasuk tindak penyiksaan sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 1.

Dalam konteks perlindungan anak Pasal 37 huruf (a) KHA yang menyatakan bahwa tidak seorang anak pun dapat menjadi sasaran penyiksaan atau perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat.¹¹⁰ Pasal 19 ayat (1) KHA memperkuat kewajiban negara untuk mengambil langkah-langkah legislatif, administratif, sosial dan pendidikan yang layak guna melindungi anak dari semua bentuk kekerasan fisik atau mental, penganiayaan, penelantaran, perlakuan buruk atau eksploitasi, termasuk pelecehan seksual, sementara mereka ada dalam pemeliharaan orangtua, walinya yang sah, atau setiap orang lain yang memelihara anak tersebut.

¹¹⁰ Pasal 5 Deklarasi Universal HAM dan Pasal 7 Kovenan Hak Sipil dan Politik berisi ketentuan-ketentuan secara substansial identik dengan yang terkandung dalam pasal 37 (a) dari KHA bahwa tidak seorangpun dapat dikenakan penyiksaan atau perlakuan kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat.

KHA mengatur pemisahan antara ketentuan kekerasan terhadap anak dan ketentuan penyiksaan dan perlakuan buruk terhadap anak. Dalam kaitan ini terdapat 3 (tiga) perbedaan antara penyiksaan (*torture*) dan penganiayaan anak-anak (*child abuse*) menurut hukum internasional. Perbedaan antara penyiksaan dan penganiayaan anak sebagai berikut:¹¹¹

- a. Tindakan yang menyebabkan sakit mental atau fisik atau penderitaan merupakan penyiksaan dan hanya jika dilakukan oleh pejabat publik atau dengan keterlibatan signifikan dari seorang pejabat publik atau orang lain yang bertindak dalam beberapa kapasitas resmi;
- b. Perbedaan hukum kedua antara penyiksaan dan penganiayaan terhadap anak adalah bahwa perlakuan buruk bukan termasuk tindakan penyiksaan kecuali tindakan itu menyebabkan rasa sakit atau penderitaan (*severe pain or suffering*). Sementara penganiayaan terhadap anak mungkin menyebabkan sakit parah atau namun bukan bagian dari lingkup definisi penyiksaan. Kekerasan fisik atau mental dapat dianggap penganiayaan terhadap anak-anak terlepas dari derajat nyeri atau cedera yang dialaminya. Memang, perlakuan yang menyerang martabat anak dapat dianggap penganiayaan terhadap anak, terlepas dari apakah hal itu menyebabkan rasa sakit atau penderitaan;
- c. Perbedaan hukum ketiga adalah bahwa suatu perlakuan dikualifikasikan sebagai penyiksaan bawah definisi universal yang telah diterima, harus dilakukan untuk tujuan tertentu, seperti hukuman, pemaksaan, intimidasi, atau diskriminasi. Motif orang yang melakukan kekerasan terhadap anak tidaklah penting.

Penganiayaan anak-anak dapat dikategorisasikan dalam 3 (tiga) kategori, yakni: (i) yang dilakukan oleh orang tua atau orang lain yang mempunyai tanggung jawab seperti orang tua; (ii) yang dilakukan oleh perwakilan dari otoritas publik, seperti polisi; dan (iii) yang dilakukan oleh orang yang selain kedua kategori tersebut. Kategori *pertama* termasuk ruang lingkup

¹¹¹ Dan O'Donnell & Norberto Liwski, *Child Victims of Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, Innocenti Working Paper*, UNICEF Innocenti Research Centre, 2010.

Pasal 19 ayat (1), sementara yang *kedua* termasuk lingkup Pasal 37 huruf (a) KHA. Kedua pasal ini, yakni Pasal 19 dan 37 akan berlaku bila aparat negara yang memiliki tanggung jawab selayaknya orang tua berhadapan *vis-à-vis* anak-anak. Perlakuan kekerasan terhadap anak oleh aparat dapat merupakan penyiksaan jika mengakibatkan rasa sakit dan penderitaan yang parah serta dipergunakan untuk salah satu tujuan yang disebutkan di atas, seperti penghukuman.¹¹²

Pada tahun 2006, Komite Hak Anak mengadopsi Komentar Umum tentang hak anak atas perlindungan dari hukuman fisik dan bentuk penghukuman yang kejam atau merendahkan martabat (Pasal 19, Pasal 28 paragraf 2; dan Pasal 37). Komentar ini menunjukkan bahwa semua hukuman fisik yang dimaksudkan untuk menyebabkan rasa sakit atau ketidaknyamanan, penghukuman yang merendahkan, termasuk kekerasan non-fisik yang melecehkan, menghina, mencemarkan, mengkambinghitamkan, mengancam, menakutkan atau menertawakan anak adalah kejam dan merendahkan. Keseluruhan tindakan ini menurut Komite tidak sesuai dengan KHA.¹¹³ Yurisprudensi Pengadilan Eropa menekankan faktor usia sebagai hal yang harus diperhitungkan dalam menentukan apakah penganiayaan dapat dipertimbangkan sebagai tindakan penyiksaan atau perlakuan kejam dan tidak manusiawi. Yurisprudensi Pengadilan Eropa menyatakan bahwa:¹¹⁴

“...Masih harus dikembangkan dalam menangani kasus anak-anak apakah rasa sakit atau penderitaan yang ditimbulkan... dapat didefinisikan sebagai penderitaan yang hebat (parah) dalam arti Pasal 1 Konvensi Anti Penyiksaan. Pengadilan menganggap bahwa “penderitaan yang hebat” adalah relatif tergantung pada semua keadaan dari kasus tersebut, seperti durasi penanganan, dampak terhadap fisik atau mental dan, dalam beberapa kasus juga mempertimbangkan jenis kelamin, usia, dan kondisi kesehatan korban, dll”

Berdasarkan uraian di atas, hukum internasional secara tegas melarang tindakan penyiksaan dan perlakuan kejam, tidak manusiawi atau merendahkan, meskipun perbedaan antara tindakan-tindakan tersebut

¹¹² Dan O'Donnell & Norberto Liwski, *ibid.*

¹¹³ Dan O'Donnell & Norberto Liwski, *ibid.*

¹¹⁴ Dan O'Donnell & Norberto Liwski, *ibid.*

tidak didefinisikan secara jelas. Bila korban adalah seorang anak, kerentanan yang lebih besar harus diperhitungkan dalam menentukan apakah tindakan yang ditimbulkan merupakan penyiksaan atau perlakuan kejam, tidak manusiawi atau merendahkan. Dalam hal ini Pasal 39 KHA menentukan anak-anak korban penelantaran, eksploitasi, atau penyalahgunaan, penyiksaan atau bentuk lain dari perlakuan kejam, tidak manusiawi atau merendahkan atau hukuman, atau konflik bersenjata harus disediakan dengan pemulihan fisik dan psikologis dan sosial reintegrasi. Dengan demikian, pasal ini berlaku untuk korban anak-anak dari berbagai bentuk penganiayaan dilarang oleh Pasal 37 (a) dan Pasal 19 ayat (1).¹¹⁵

Terkait dengan pemberlakuan hukuman cambuk bagi pelanggar Qanun Aceh, pandangan dari Komite HAM perlu dijadikan acuan guna melakukan reformasi hukum untuk menghapus hukuman cambuk di wilayah Aceh. Menurut Komite Anti Penyiksaan hukuman cambuk, rajam, dan amputasi merupakan penghukuman badan yang tidak sesuai dengan Konvensi Anti Penyiksaan, meskipun tanpa penjelasan lebih lanjut mengenai apakah praktek-praktek tersebut dapat dikategorikan penyiksaan. Selanjutnya Komisi Hak Asasi Manusia melalui resolusi 1998/38 menyatakan kemungkinan praktek-praktek penghukuman fisik yang kejam, hukuman tidak manusiawi atau merendahkan sebagai bentuk penyiksaan. Kemudian, Nigel Rodley, Pelapor Khusus PBB tentang Penyiksaan, melakukan analisis terhadap hukuman cambuk, rajam, dan amputasi dalam kerangka Pasal 1 Konvensi Menentang Penyiksaan (CAT). Meskipun dalam laporan tersebut, Nigel Rodley tidak menunjuk tindakan-tindakan tersebut sebagai bentuk perlakuan sewenang-wenang, namun diakui bahwa hukuman-hukuman tersebut mengakibatkan penderitaan yang hebat (parah) sehingga mencapai tingkat penyiksaan yang digambarkan dalam Pasal 1.¹¹⁶

Pandangan serupa juga diungkap oleh *World Organisation Against Torture (OMCT)* yang menyatakan bahwa amputasi dan rajam harus dianggap merupakan penyiksaan dalam segala keadaan karena kedua praktek ini menyebabkan penderitaan yang sangat. Namun, untuk hukuman cambuk apakah akan dikategorikan sebagai tindak penyiksaan tergantung pada

¹¹⁵ Dan O'Donnell & Norberto Liwski, *ibid.*

¹¹⁶ OMCT, *OMCT's Position on Flogging, Stoning and Amputation*, 2002.

konteks, dengan memperhitungkan durasi tindakan, jumlah cambukan, efek yang ditimbulkan baik fisik dan mental, jenis kelamin, usia, dan kesehatan korban.¹¹⁷

III.4. Dampak Penyiksaan terhadap Anak

Protokol Istanbul¹¹⁸ meneliti karakteristik, efek dan cakupan penyiksaan terhadap anak dari perspektif universal. Pokok-pokok penting dari protokol ini meliputi:¹¹⁹

- a. Penyiksaan dapat membahayakan anak secara langsung atau tidak langsung. Bahaya mungkin timbul dari anak yang disiksa atau ditahan, orang tua atau anggota keluarga yang disiksa atau setelah menyaksikan penyiksaan atau kekerasan. Ketika orang-orang terdekat di sekitar anak disiksa dampak terhadap anak tidak bisa dihindari, meskipun tidak langsung mengalami, penyiksaan akan mempengaruhi seluruh keluarga korban dan masyarakat;
- b. Ketika memeriksa seorang anak diduga telah disiksa atau menyaksikan penyiksaan, klinik harus memastikan bahwa anak memiliki dukungan dari orang yang peduli agar anak merasa aman. Untuk memastikan rasa nyaman selama pemeriksaan perlu dipertimbangkan untuk menghadirkan orang tua anak atau orang yang dipercaya oleh anak tersebut. Klinik juga harus memperhitungkan bahwa anak-anak sering mengungkapkan pikiran atau emosi tentang trauma tidak secara verbal tetapi melalui perilaku mereka. Sejauh mana anak-anak dapat mengungkapkan pikiran dan perasaan mereka secara verbal tergantung

¹¹⁷ OMCT, *ibid*.

¹¹⁸ Panduan Investigasi yang Efektif dan Dokumentasi Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, dan Merendahkan Martabat Manusia (Protokol Istanbul), disampaikan kepada Komisaris Tinggi PBB untuk HAM, pada tanggal 9 Agustus 1999, ditetapkan sebagai pedoman internasional untuk penilaian orang yang mengalami penyiksaan dan penganiayaan, untuk menyelidiki kasus dugaan penyiksaan dan untuk melaporkan temuan ke pengadilan atau badan investigasi lainnya. Protokol Istanbul disusun dengan mempertimbangkan pengalaman dan upaya profesional, institusi akademis, nasional dan internasional dan mencakup pertimbangan khusus tentang penyiksaan dan dampaknya terhadap anak-anak dan implikasi etis dari profesional kesehatan yang mengambil bagian dalam penyiksaan.

¹¹⁹ Dan O'Donnell & Norberto Liwski, *op.cit*.

pada usia, tingkat perkembangan, dan faktor lain seperti keluarga dan norma budaya di mana anak tersebut bertempat tinggal;

- c. Reaksi anak-anak yang mengalami penyiksaan tergantung pada usia, tingkat perkembangan dan keterampilan kognitif anak. Semakin dini usia anak, maka semakin besar pengaruh dampaknya terhadap anak. Oleh karena itu, perawat anak harus memahami pengalaman dan pemahaman peristiwa traumatik yang dialami anak sesuai dengan usia dan tingkat perkembangannya;
- d. Anak-anak mungkin menunjukkan gejala *post-traumatic stress disorder*. Gejala-gejala mungkin serupa dengan orang dewasa, tetapi dalam pengamatan klinik lebih menekankan pada perilaku anak bukan pada ekspresi verbal, misalnya, permainan yang monoton dan berulang mewakili aspek dari peristiwa traumatis. Anak tersebut dapat kehilangan kontrol untuk buang air kecil, menarik diri dari pergaulan sosial, menahan emosi, mengubah sikap mereka tentang diri mereka sendiri dan orang lain dan merasa mereka tidak lagi memiliki masa depan. Konsekuensi lain mungkin muncul, hiper-eksitasi dan teror malam, gangguan tidur, refleks terkejut yang berlebihan, mudah tersinggung, gangguan konsentrasi. Ketakutan dan perilaku agresif yang belum muncul sebelum peristiwa traumatis mungkin akan muncul seperti agresi terhadap teman, orang dewasa atau binatang, takut gelap atau sendirian di kamar mandi dan fobia. Anak mungkin menunjukkan perilaku seksual yang tidak pantas untuk usianya dan reaksi somatik tertentu. Gejala kecemasan juga dapat muncul, seperti ketakutan berlebihan terhadap orang asing, kecemasan yang luar biasa, panik, agitasi, amukan dan menangis tidak terkendali, dan mengalami gangguan makan;
- e. Keluarga memainkan peran yang penting dan dinamis untuk menangani gejala-gejala akibat penyiksaan yang dialami anak baik yang langsung maupun tidak langsung.

IV. Tinjauan Singkat Kesesuaian Substansi Hukum terhadap Qanun Aceh dengan Prinsip-Prinsip dan Norma-Norma KHA

IV.1. Analisis Terhadap Substansi Qanun Aceh Berdasarkan Perspektif KHA

Analisis substansi hukum atas qanun-qanun didasarkan pada materi muatan yang terdapat di dalam qanun itu sendiri. Analisis ini dilakukan dengan membandingkan substansi pengaturan yang ada di dalam qanun itu dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA.

IV.1.1. Peraturan Daerah Propinsi Daerah Istimewa Aceh No. 5 Tahun 2000 tentang Pelaksanaan Syariat Islam

Peraturan Daerah Propinsi Daerah Istimewa Aceh No. 5 Tahun 2000 tentang Pelaksanaan Syariat Islam secara substantif terdapat beberapa ketentuan yang tidak sesuai dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA. Prinsip-prinsip dan norma-norma KHA tidak terintegrasi dalam peraturan daerah ini. Di samping itu, perda ini hanya mengatur pembebanan kewajiban masyarakat, termasuk anak-anak, namun luput mengatur hak-hak masyarakat, termasuk hak-hak anak. Kemudian dalam konsideran perda ini tidak menyebutkan ketentuan dalam UUD 1945 sebagai rujukan pembentukan perda sehingga hak konstitusional warga negara tidak terintegrasi di dalam perda tersebut. Selanjut Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tentang ratifikasi KHA, tidak tercantum dalam konsideran, namun mencantumkan Keputusan Presiden Nomor 44 Tahun 1999 tentang Teknik Penyusunan Peraturan Perundang-Undangan. Hal ini menunjukkan penyusunan perda ini tidak memiliki perspektif hak anak sehingga perlindungan hak anak tidak terakomodasi di dalamnya.

Tabel di bawah ini mendeskripsikan beberapa titik-titik kritis substansi perda yang tidak sesuai dengan dengan prinsip dan norma KHA.

Prinsip/Norma KHA	Pasal yang Mengatur	Titik-Titik Kritis
Definisi anak	Pasal 1	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Definisi anak menjadi penting karena akan menentukan apakah anak termasuk menjadi subyek hukum yang diatur dalam perda sehingga memiliki hak dan dibebani kewajiban atau dikecualikan karena dianggap belum memiliki kapasitas melakukan perbuatan hukum. ▪ Terminologi hukum yang dipergunakan adalah setiap pemeluk Agama Islam, setiap orang, barang siapa (Pasal 4, Pasal 6, Pasal 8, Pasal 13, Pasal 15). Hal ini menunjukkan anak tidak dikecualikan sehingga termasuk sebagai subyek yang diatur sehingga anak-anak memiliki hak dan kewajiban yang sama dengan orang dewasa. Padahal anak-anak karena usia dan tingkat kematangannya harus diberikan perlindungan yang khusus dan berbeda dengan orang dewasa. ▪ Terdapat penyebutan sejak masa kanak-kanak namun tidak diikuti dengan aturan pengecualian aturan tersebut tidak diberlakukan untuk anak-anak (Pasal 6).
Prinsip non diskriminasi	Pasal 2	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ketentuan perda hanya menempatkan perempuan dan anak perempuan sebagai objek yang diatur karena ketubuhan, pakaian, dan tindak-tanduknya yang dianggap dan berpotensi merusak akhlak dan moral masyarakat (Pasal 11, Pasal 15). ▪ Pada praktiknya kewajiban menggunakan busana yang Islami dalam praktiknya hanya ditujukan kepada kelompok perempuan dan anak perempuan. ▪ Tubuh anak perempuan dipaksakan sama dengan tubuh orang dewasa yang harus ditutupi dengan busana Islami karena dianggap sebagai sumber kerusakan moral dan akhlak.

Prinsip kepentingan terbaik bagi anak	Pasal 3	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Kepentingan terbaik bagi anak belum menjadi pertimbangan utama dalam pelaksanaan syariat Islam khususnya terkait dengan jinayat (Pasal 18, Pasal 19). ▪ Pengelolaan <i>Baitul Mal</i> belum memperhatikan kepentingan terbaik bagi anak dalam penggunaan kekayaan <i>Baitul Mal</i> sehingga hak-hak anak dapat terpenuhi (Pasal 14). ▪ Belum ada skala penetapan skala prioritas yang ditujukan bagi pemenuhan hak-hak anak yang membutuhkan perlindungan khusus, seperti anak-anak dari keluarga miskin, anak-anak korban konflik, anak jalanan, dll (Pasal 14). ▪ Dalam menyusun langkah terpadu untuk pencegahan penodaan, pengurangan, dan pelemahan keagungan Islam, seharusnya mempertimbangkan kepentingan terbaik bagi anak sehingga anak tidak dikriminalisasi atau dikecualikan sebagai penoda agama (Pasal 17).
Prinsip hak anak untuk didengar pandangannya (partisipasi)	Pasal 12	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Anak memiliki hak untuk menyatakan pandangannya terkait dengan masalah yang menyangkut kehidupannya dan kehidupan masyarakat secara keseluruhan, padahal pelaksanaan syariat Islam mencakup seluruh dimensi kehidupan masyarakat. Namun tidak ada ketentuan yang membuka akses dan ruang bagi anak untuk berpartisipasi (Pasal 5). ▪ Pengaturan tata tertib pergaulan hidup yang disusun oleh pemerintah daerah dan masyarakat seharusnya melibatkan anak karena anak memiliki hak untuk berkumpul, bermain, bersenang-senang dengan teman sebaya (Pasal 11, Pasal 12).

<ul style="list-style-type: none"> • Hak anak atas bermain, hak bersenang-senang 	<p>Pasal 31</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Cara berbicara, cara pergaulan, bentuk permainan, bentuk tarian, dan bentuk oleh raga harus didasarkan pada nilai kesopanan, kelayakan, dan kepatutan (Penjelasan Pasal 11).
<ul style="list-style-type: none"> • Hak anak untuk berkumpul 	<p>Pasal 15</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ KHA telah menetapkan anak bebas mengekspresikan pandangannya sesuai dengan media yang dipilihnya., termasuk tarian. Nilai-nilai kesopanan, kelayakan, dan kepatutan sangat subyektif sehingga berpotensi mengancam ekspresi bebas anak-anak.
<ul style="list-style-type: none"> • Hak anak menyatakan pendapat 	<p>Pasal 13</p>	

IV.1.2. Peraturan Daerah Propinsi Daerah Istimewa Aceh No. 7 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Kehidupan Adat

Peraturan Daerah Propinsi Daerah Istimewa Aceh No. 7 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Kehidupan Adat secara substantif memuat beberapa ketentuan yang tidak sesuai dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA. Di samping itu, konsideran perda ini tidak mencantumkan Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tentang ratifikasi KHA, namun mencantumkan Keputusan Presiden Nomor 44 Tahun 1999 tentang Teknik Penyusunan Peraturan Perundang-Undangan. Hal ini menunjukkan penyusunan perda ini tidak memiliki perspektif hak anak sehingga prinsip dan norma KHA tidak terintegrasi dalam perda tersebut. Situasi ini berdampak pada lemahnya perlindungan hak anak ketika terlibat dalam sengketa dan penyelesaian sengketa berdasarkan adat. Prinsip-prinsip dan norma-norma KHA yang tidak terintegrasi dalam peraturan daerah ini antara lain:

Prinsip/Norma KHA	Pasal yang Mengatur	Titik-Titik Kritis
Definisi anak	Pasal 1	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Definisi anak menjadi penting karena akan menentukan apakah anak termasuk menjadi subyek hukum yang memiliki hak dan dibebani kewajiban atau dikecualikan dianggap belum memiliki kapasitas melakukan perbuatan hukum. ▪ Definisi penting karena substansi yang diatur dalam perda ini berkaitan dengan peran lembaga adat dalam penyelesaian sengketa.
Prinsip non diskriminasi	Pasal 2	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Keterlibatan anak dalam penyelesaian sengketa tidak diatur secara khusus padahal hasil penyelesaian tersebut berdampak pada kehidupan anak (Pasal 10-18).
Prinsip kepentingan terbaik bagi anak	Pasal 3	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Lembaga-lembaga adat seharusnya mempertimbangkan kepentingan terbaik bagi anak dalam penyelesaian sengketa karena keputusan penyelesaian sengketa akan berdampak pada kehidupan anak (Pasal 10-18) ▪ Jenis sanksi berupa pengucilan dan pengeluaran dari gampong dapat menciptakan stigma bagi anak (Pasal 19).
Prinsip hak anak untuk didengar pandangannya (partisipasi)	Pasal 12	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Anak harus diperhatikan pandangannya dalam proses peradilan, termasuk penyelesaian lewat mekanisme adat (Pasal 10-18). ▪ Mekanisme keterlibatan dalam proses tersebut harus melindungi anak, ramah terhadap anak, dan memperhatikan usia dan kematangan (Pasal 10-18).
Pengaturan Anak yang membutuhkan perlindungan khusus	Pasal 30	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Perlindungan khusus bagi Anak yang berasal dari masyarakat adat dan kelompok minoritas atau <i>children from indigenous people and minorities</i> belum diatur.

IV.1.3. Peraturan Daerah Propinsi Daerah Istimewa Aceh No. 33 Tahun 2001 tentang Pembentukan Susunan Organisasi dan Tata Kerja Dinas Syariah Islam Provinsi Daerah Istimewa Aceh

Secara substantif ketentuan yang diatur dalam Peraturan Daerah Propinsi Daerah Istimewa Aceh No. 33 Tahun 2001 tentang Pembentukan Susunan Organisasi dan Tata Kerja Dinas Syariah Islam Propinsi Daerah Istimewa Aceh terdapat beberapa ketentuan yang belum mengakomodasi prinsip-prinsip dan norma-norma KHA. Prinsip-prinsip dan norma-norma KHA belum terakomodasi dalam peraturan daerah ini dapat dilihat pada tabel berikut:

Prinsip/Norma KHA	Pasal yang Mengatur	Titik-Titik Kritis
Definisi anak	Pasal 1	<ul style="list-style-type: none"> Definisi anak menjadi penting karena akan menentukan apakah anak termasuk menjadi subyek hukum yang memiliki hak dan dibebani kewajiban atau dikecualikan dianggap belum memiliki kapasitas melakukan perbuatan hukum. Hal ini terkait dengan dengan fungsi Sub Dinas Pengawasan Pelaksanaan Syariah Islam dalam penyelidikan pelanggaran syariah (Pasal 30).
Prinsip non diskriminasi	Pasal 2	<ul style="list-style-type: none"> Tidak terdapat kelembagaan yang secara khusus menangani permasalahan anak, anak perempuan, dan perempuan. Pelaksanaan Syariah Islam dalam praktiknya hanya menyasar kepada kelompok perempuan dan anak perempuan sehingga perlu ditangani oleh lembaga yang khusus (Pasal 33-37)
Prinsip kepentingan terbaik bagi anak	Pasal 3	<ul style="list-style-type: none"> Dalam melaksanakan fungsinya, Sub Dinas Pengawasan Pelaksanaan Syariah Islam harus mempertimbangkan kepentingan terbaik bagi anak khususnya dalam penyidikan terhadap bentuk pelanggaran syariah (Pasal 30).
Prinsip hak anak untuk didengar pandangannya (partisipasi)	Pasal 12	<ul style="list-style-type: none"> Penyiapan sarana peradilan yang dilakukan oleh Sub Dinas Bina Peradilan harus memperhatikan metode dan mekanisme yang melindungi dan ramah terhadap anak (Pasal 34, Pasal 35).

IV.1.4. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syariat Islam

Beberapa ketentuan-ketentuan Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syariat Islam belum sesuai dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA. Prinsip-prinsip dan norma-norma KHA yang belum menjadi acuan dalam penyusunan Qanun ini sehingga berpotensi melanggar hak anak antara lain sebagai berikut:

Prinsip/Norma KHA	Pasal yang Mengatur	Titik-Titik Kritis
Definisi anak	Pasal 1	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Definisi anak menjadi penting karena akan menentukan apakah anak termasuk menjadi subyek hukum yang memiliki hak dan dibebani kewajiban atau dikecualikan dianggap belum memiliki kapasitas melakukan perbuatan hukum. ▪ Hal ini terkait dengan peradilan, mekanisme peradilan, dan penentuan batas usia pertanggungjawaban pidana anak untuk dihadapkan di peradilan syariat Islam.
Prinsip non diskriminasi	Pasal 2	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Tidak terdapat ketentuan yang mengatur proses dan mekanisme pengadilan ketika anak menjadi pelaku pelanggaran syariat Islam yang ramah dan melindungi hak anak. ▪ Aparat penegak hukum yang memiliki perspektif hak anak belum diatur secara khusus. ▪ Ketersediaan sarana dan prasana khusus bagi anak belum diatur secara khusus seperti ruang pengadilan dan ruang tahanan.
Prinsip kepentingan terbaik bagi anak	Pasal 3	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pengaturan diversif yakni pengalihan penanganan anak melalui mekanisme peradilan formal belum diatur. ▪ Penyelesaian kasus berbasis keadilan restoratif dengan melibatkan pelaku, korban, dan masyarakat dalam menangani anak belum diatur.

Prinsip hak anak untuk didengar pandangannya (partisipasi)	Pasal 12	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Partisipasi anak dalam proses peradilan belum diatur secara khusus
Batas usia pertanggung jawaban pidana anak	Pasal 1, Pasal 37, dan Pasal 40	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Batas usia pertanggung jawaban pidana anak sangat penting untuk mencegah anak terlalu dini berhadapan dengan mekanisme hukum, termasuk peradilan syariat Islam
Hak anak atas perlindungan pencabutan kebebasan	Pasal 37	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pengaturan mengenai pencabutan kebebasan seorang anak harus merupakan upaya terakhir dan dilaksanakan dengan waktu sesingkat mungkin belum diatur secara khusus ▪ Pemisahan ruang tahanan yang tersegregasi berdasarkan jenis kelamin, usia, dan jenis tindak pidana yang dilakukan belum diatur ▪ Pemisahan ruang tahanan antara anak-anak dengan dewasa belum diatur
Hak anak atas administrasi peradilan	Pasal 40	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Jaminan minimum hak asasi anak dalam administrasi peradilan pidana, termasuk praduga tak bersalah, akses mendapatkan bantuan hukum, kerahasiaan, belum diatur secara khusus ▪ Jenis tindak pidana yang dikecualikan bagi anak belum diatur

Konsideran qanun ini tidak menyebutkan UU No. 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak sehingga perlakuan khusus bagi anak yang sudah diatur di dalam undang-undang ini tidak tercantum. Peradilan syariat Islam sebagaimana diatur dalam Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2002 seharusnya mengintegrasikan karakteristik sistem peradilan pidana anak yang adil dan ramah terhadap anak.

Karakteristik peradilan anak tersebut meliputi:

- a. Berlandaskan hak anak;
- b. Menerapkan prinsip keadilan restoratif;
- c. Menempatkan kepentingan terbaik bagi anak sebagai acuan pertama dan utama;

- d. Fokus pada pencegahan sebagai tujuan utama;
- e. Menjadikan sanksi penahan sebagai alternatif terakhir (*the last resort*) dan jika memungkinkan menahan anak dalam waktu yang sesingkat-singkatnya;
- f. Prinsip proporsionalitas;
- g. Menekankan rehabilitasi dan reintegrasi;
- h. Melakukan intervensi secara layak dan tepat waktu;
- i. Prosedur khusus untuk memberikan perlindungan terhadap hak anak.

IV.1.5. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Aqidah, Ibadah, dan Syi'ar Islam

Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Aqidah, Ibadah, dan Syi'ar Islam substantif ketentuannya dapat berdampak pada hilangnya penikmatan hak oleh anak. Selain itu, konsideran qanun ini tidak menyebutkan ketentuan dalam UUD 1945, khususnya Pasal 28B ayat (2) sebagai rujukan pembentukan perda sehingga hak konstitusional anak terkait dengan perlindungan dari tindak kekerasan dan diskriminasi tidak terintegrasi dalam qanun ini.

Beberapa ketentuan yang potensial melanggar hak anak karena tidak sesuai dengan prinsip dan norma-norma KHA.

Tabel di bawah ini memperlihatkan ketentuan-ketentuan yang berpotensi melanggar hak anak.

Prinsip/Norma KHA	Pasal yang Mengatur	Titik-Titik Kritis
Definisi anak	Pasal 1	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Definisi anak menjadi penting karena akan menentukan apakah anak termasuk menjadi subyek hukum yang memiliki hak dan dibebani kewajiban atau dikecualikan dianggap belum memiliki kapasitas melakukan perbuatan hukum. ▪ Penetapan batas usia anak dibebani kewajiban untuk menjalankan syariat Islam perlu mendapatkan perhatian.
Prinsip non diskriminasi	Pasal 2	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Perlindungan terhadap anak tidak memandang agama dan kepercayaan orang tua (Pasal 4-6)
Prinsip kepentingan terbaik bagi anak	Pasal 3	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Penyidikan dan penuntutan pelanggaran aqidah yang dilakukan anak harus mempertimbangkan kepentingan terbaik bagi anak (Pasal 14) ▪ Penggunaan mekanisme hukum sebagai langkah terakhir untuk menangani anak seharusnya menjadi spirit utama belum diatur (Pasal 14-19)
Prinsip hak anak untuk didengar pandangannya (partisipasi)	Pasal 12	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Partisipasi anak dalam proses peradilan belum diatur secara khusus (Pasal 14-19)
Hak anak atas kebebasan beragama	Pasal 14	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Kebebasan beragama bersifat sangat personal negara tidak berhak mencampuri pilihan anak untuk beragama. ▪ Pemerintah tidak dapat melakukan intervensi atas pilihan ini dan menyatakan suatu agama adalah sesat (Pasal 4-6)

Hak mendapatkan perlindungan dari penyalahgunaan atau perlakuan buruk	Pasal 19	<ul style="list-style-type: none"> Anak seharusnya dikecualikan dari penggunaan mekanisme hukum (Pasal 14-19)
Hak anak atas perlindungan pencabutan kebebasan	Pasal 37	<ul style="list-style-type: none"> Pengaturan mengenai pencabutan kebebasan seorang anak harus merupakan upaya terakhir dan dilaksanakan dengan waktu sesingkat mungkin belum diatur secara khusus (Pasal 14-19)
Hak anak atas administrasi peradilan	Pasal 40	<ul style="list-style-type: none"> Jaminan minimum hak asasi anak dalam administrasi peradilan pidana, termasuk praduga tak bersalah, akses mendapatkan bantuan hukum, kerahasiaan, belum diatur secara khusus (Pasal 14-19)

IV.1.6. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 12 Tahun 2003 tentang Minuman Khamar dan Sejenisnya

Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 12 Tahun 2003 tentang Minuman Khamar dan sejenisnya pada dasarnya secara substantif tidak terdapat kontradiksi dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA. Tujuannya sesuai dengan perlindungan anak agar tidak mengonsumsi minuman yang membahayakan kesehatan dirinya (Pasal 24). Namun demikian titik kritisnya adalah ketiadaan aturan penanganan anak yang melanggar Qanun ini. Penanganan anak yang melanggar Qanun ini harus berdasarkan kepentingan terbaik bagi anak, artinya anak harus dipandang sebagai korban. Pandangan ini didasari pertimbangan anak dapat mengakses minuman khamar karena kelemahan aparat dalam mengawasi distribusi khamar sehingga anak bisa memperoleh secara bebas. Oleh karenanya penggunaan mekanisme hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 19-25 semestinya tidak diberlakukan kepada anak-anak.

Di samping itu, ketentuan pidana cambuk belum dikecualikan bagi anak-anak yang mengkonsumsi minuman khamar dan sejenisnya karena rumusan Pasal 26 menyebutkan setiap orang yang melanggar ketentuan pasal 5, diancam dengan *uqubat hudud* 40 kali cambuk. Ketiadaan ketentuan dapat mengancam perlindungan anak dari tindakan kekerasan. Pemberlakuan hukuman cambuk dengan tidak mengecualikan pada anak bertentangan dengan Pasal 37 KHA yang mengatur jaminan anak dari penyiksaan atau perlakuan kejam yang lain, tidak manusiawi atau hukuman yang merendahkan martabat anak.

IV.1.7. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 13 Tahun 2003 Tentang Maisir (Perjudian)

Permasalahan yang patut untuk dicermati adalah pengembangan mekanisme penanganan anak yang melanggar Qanun Perjudian dengan berdasarkan pada kepentingan terbaik bagi anak. Anak juga harus dipandang sebagai korban, bukan pelaku karena anak belum memiliki motivasi dan intensi untuk berjudi. Keterlibatan anak dalam perjudian mungkin dilandasi dengan motivasi bermain, bukan untuk menghasilkan keuntungan (motivasi ekonomi). Oleh karenanya penetapan batasan usia anak dapat bertanggung jawab secara pidana perlu diatur. Di samping itu anak harus dijauhkan menjalani mekanisme hukum formal sebagaimana diatur dalam Pasal 17-22 Qanun ini.

Anak seharusnya dikecualikan untuk menerima sanksi pidana cambuk karena rumusan Pasal 23 menyebutkan setiap orang yang melanggar ketentuan pasal 5, diancam dengan 'uqubat cambuk' di depan umum paling banyak 12 kali dan paling sedikit 6 kali. Ketentuan pengecualian hukuman jambuk bagi anak belum diatur. Lebih jauh, jenis sanksi cambuk bertentangan dengan Pasal 37 KHA yang mengatur jaminan anak dari penyiksaan atau perlakuan kejam yang lain, tidak manusiawi atau hukuman yang merendahkan martabat anak. Hal lain adalah pencambukan di muka umum akan menimbulkan stigma negatif bagi anak. Untuk itu aturan pengecualian hukuman cambuk bagi anak menjadi signifikan untuk melindungi anak dari tindak kekerasan oleh Negara.

IV.1.8. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 14 Tahun 2003 Tentang *Khalwat* (Mesum)

Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 14 Tahun 2003 Tentang *Khalwat* (Mesum) secara substantif terdapat kontradiksi dengan prinsip-prinsip dan norma-norma KHA. Konsideran qanun ini tidak merujuk pada Pasal 28B ayat (2) yang menjamin konstiusionalitas anak untuk tumbuh kembang. Qanun Aceh sudah semestinya mengatur kembali dan menegaskan pengakuan konstutitusi tersebut dengan menjamin hak tumbuh kembang anak. Jaminan ini dapat dimanifestasikan dengan memfasilitasi hak anak untuk berkumpul, berorganisasi, bermain, beristirahat, dan memanfaatkan waktu luang anak. Selain itu UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak juga tidak dijadikan konsideran. Pemberlakuan qanun ini dapat berdampak terhalangnya anak-anak untuk menikmati hak-haknya secara penuh untuk berkumpul dan bermain karena adanya ancaman dikenakan sangkaan anak melakukan *khalwat*.

Ketentuan-ketentuan dalam qanun yang kontradiktif dengan ketentuan KHA sehingga berpotensi melanggar hak anak antara lain sebagai berikut:

Prinsip/Norma KHA	Pasal yang Mengatur	Substansi Perda yang Tidak Sesuai dengan KHA
Definisi anak	Pasal 1	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Definisi anak menjadi penting karena akan menentukan apakah anak termasuk menjadi subyek hukum yang memiliki hak dan dibebani kewajiban atau dikecualikan dianggap belum memiliki kapasitas melakukan perbuatan hukum. ▪ Penetapan batas usia anak dianggap mampu bertanggung jawab secara pidana melakukan tindak pidana <i>khalwat</i>
Prinsip kepentingan terbaik bagi anak	Pasal 3	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Penyidikan dan penuntutan pelanggaran aqidah yang dilakukan anak harus mempertimbangkan kepentingan terbaik bagi anak (Pasal 16-21) ▪ Penggunaan mekanisme hukum sebagai langkah terakhir untuk menangani anak belum diatur (Pasal 16-21) ▪ Pengaturan mekanisme diversi dan keadilan restoratif belum diatur dalam menangani anak yang melanggar qanun <i>khalwat</i> ▪ Pengecualian anak untuk dikenakan sanksi cambuk belum diatur (Pasal 22)

Prinsip hak anak untuk didengar pandangannya (partisipasi)	Pasal 12	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Partisipasi anak dalam proses peradilan belum diatur secara khusus (Pasal 16-21) ▪ Mekanisme kesaksian anak dalam proses peradilan belum diatur
Hak anak untuk berkumpul	Pasal 15	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Perbuatan <i>khalwat</i> antara 2 orang atau lebih berpotensi melanggar hak anak untuk berkumpul (Pasal 1 angka 20, Pasal 2, 5).
Hak anak untuk bermain, bersenang-senang	Pasal 31	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Perbuatan <i>khalwat</i> antara 2 orang atau lebih berpotensi melanggar hak untuk bermain, bersenang-senang, dan menikmati waktu luang (Pasal 1 angka 20, Pasal 2, 5)
Hak anak atas perlindungan pencabutan kebebasan	Pasal 37	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pengaturan pengecualian anak untuk menjalani hukuman cambuk belum diatur. Padahal hukuman cambuk merupakan bentuk hukuman yang tidak manusiawi dan merendahkan martabat anak (Pasal 22)
Hak anak atas administrasi peradilan	Pasal 40	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Jaminan minimum hak asasi anak dalam administrasi peradilan pidana, termasuk praduga tak bersalah, akses mendapatkan bantuan hukum, kerahasiaan, belum diatur secara khusus (Pasal 16-21) ▪ Mekanisme perlindungan saksi apabila anak menjadi korban <i>khalwat</i> juga belum diatur

IV.1.9. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 7 Tahun 2004 tentang Pengelolaan Zakat

Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 7 Tahun 2004 tentang Pengelolaan Zakat dapat dipergunakan sebagai sumber daya untuk menjamin penikmatan hak anak khususnya hak yang termasuk rumpun hak ekonomi, sosial, dan budaya. Pengalokasian anggaran khusus untuk menjamin pemenuhan hak anak merupakan salah satu upaya implementasi ketentuan Pasal 4 KHA. Tindakan yang tercakup oleh Pasal 4 adalah mengalokasikan dan menganalisis anggaran publik berdasarkan

kepentingan terbaik untuk anak. dalam *The Guidelines for Periodic Report CRC Committee*, sebagai berikut:

- a. Mengambil langkah-langkah guna memastikan terdapatnya koordinasi antara kebijakan ekonomi dan kebijakan layanan sosial;
- b. Pembagian anggaran publik yang proporsional untuk belanja layanan sosial baik di level pemerintah pusat maupun pemerintah daerah bagi kepentingan anak, termasuk kesehatan, kesejahteraan, dan pendidikan;
- c. Terdapatnya kecenderungan kenaikan anggaran publik untuk kepentingan anak;
- d. Mengambil langkah-langkah guna memastikan semua kompetensi nasional dan daerah, termasuk para pengambil kebijakan anggaran publik, diorientasikan untuk kepentingan anak serta mengevaluasi penetapan prioritas alokasi anggaran yang ditujukan bagi kepentingan terbaik untuk anak;
- e. Memastikan tindakan-tindakan yang telah diambil tidak menimbulkan disparitas antar wilayah dan kelompok anak dan tindakan tersebut dapat menjembatani keterkaitan kebijakan alokasi anggaran publik dengan perlindungan sosial;
- f. Memastikan tindakan-tindakan yang diambil berdampak pada anak-anak khususnya kelompok anak yang tidak beruntung sehingga anak mendapatkan perlindungan terhadap risiko perubahan kebijakan ekonomi termasuk pengurangan alokasi anggaran untuk sektor sosial.

Pengelolaan zakat yang bertujuan untuk peningkatan layanan sosial juga sesuai dengan Pasal 26 KHA yang mengakui hak anak atas kemanfaatan dan jaminan sosial. Zakat dapat diinterpretasikan sebagai skema jaminan sosial yang dapat diarahkan untuk menjamin hak anak. Namun, dalam qanun ini perlu pengaturan prioritas penggunaan zakat untuk kelompok anak yang membutuhkan perlindungan khusus dan anak-anak dari kelompok rentan (anak yang membutuhkan perlindungan khusus).

IV.1.10. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 12 Tahun 2004 tentang Kebudayaan Aceh

Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 12 Tahun 2004 Kebudayaan Aceh merupakan intervensi positif dari Pemerintahan Aceh untuk memfasilitasi hak anak seperti yang dijamin dalam KHA. Hak-hak anak yang dapat terfasilitasi dengan dikeluarkannya qanun ini antara lain:

- a. Hak anak atas kebebasan mengeluarkan pendapat melalui media seni budaya (Pasal 13);
- b. Hak atas pendidikan (Pasal 28-29)
- c. Hak minoritas etnis atau linguistik untuk menikmati budaya dan mempergunakan bahasanya (Pasal 30)

Namun hal lain yang perlu mendapatkan perhatian adalah perlindungan khusus bagi anak-anak dari masyarakat adat dan kelompok minoritas sehingga kebudayaan Aceh tidak memarjinalisasi atau mendiskriminasi kebudayaan masyarakat adat dan kelompok minoritas lain yang ada di Aceh.

Pasal 30 KHA menyatakan bahwa di negara-negara yang memiliki kelompok minoritas sukubangsa, agama dan bahasa atau komunitas penduduk asli, seorang anak dari kalangan minoritas atau penduduk asli seperti itu, tidak boleh diingkari haknya untuk menikmati budayanya sendiri, untuk menganut dan menjalankan agamanya sendiri, atau untuk menggunakan bahasanya sendiri, dalam masyarakat dengan anggota-anggota lain dari kelompoknya.

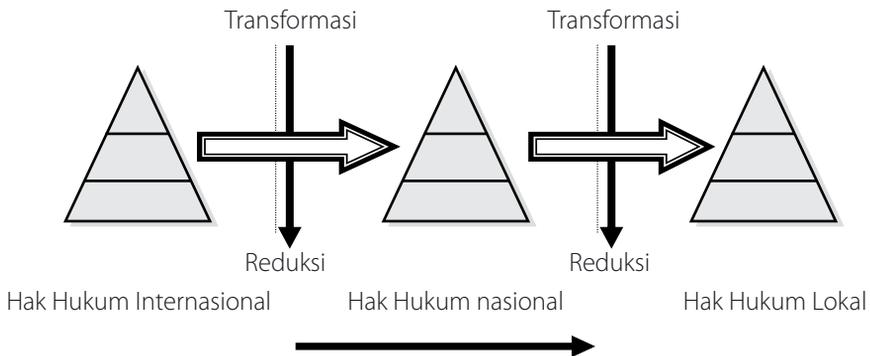
V. Kesimpulan dan Rekomendasi

V.1. Kesimpulan

Dalam proses transformasi hak hukum internasional menjadi hak hukum nasional dan lokal semestinya memperkuat jaminan HAM warga negara, termasuk hak anak. Namun realitanya, justru malah melemahkan HAM yang dimiliki oleh warga negara. Reduksi jaminan hak asasi yang universal ini justru terjadi pada saat terjadi transformasi dari hak hukum internasional menjadi hak hukum nasional dan lokal. *Permasalahan mendasar* yang menghambat reformasi hukum di Indonesia untuk mewujudkan jaminan perlindungan anak, justru terletak pada UUD 1945 karena belum menjadikan prinsip kepentingan terbaik bagi anak dan prinsip hak anak atas partisipasi menjadi norma konstitusi. *Permasalahan kedua*, terkait dengan landasan hukum ratifikasi KHA berupa keputusan presiden. Landasan hukum ratifikasi KHA dengan keputusan presiden mengakibatkan reformasi legislatif terkendala karena keputusan presiden tidak dapat dipergunakan sebagai acuan yuridis dalam menyusun undang-undang. Akibatnya prinsip-prinsip dan norma-norma KHA tidak terintegrasi dalam undang-undang. Dampak lebih jauh dari ratifikasi KHA melalui Keputusan Presiden terjadi dapat mengakibatkan disharmoni hukum karena prinsip dan norma KHA tidak dapat dijadikan norma pengontrol.

Dalam konteks di Aceh, Qanun Aceh pada akhirnya lebih cenderung mengakomodasi kepentingan politik dari kelompok agama tertentu sehingga berpotensi mendiskriminasi dan memarjinalisasi kelompok minoritas lainnya. Di samping itu, standar universal HAM yang sudah diatur dalam instrumen hukum HAM, termasuk KHA sebagai instrumen hukum *sui generis* yang menjamin perlindungan anak, tidak termanifestasikan di dalam penyusunan Qanun-Qanun Aceh. Hukum Syariah yang dijadikan referensi dalam penyusunan Qanun Aceh justru berkaitan dengan hal-hal yang bersifat formalitas bukan pada hal-hal yang substansial seperti keadilan, perlindungan dan pemenuhan HAM. Sudah saatnya Qanun Aceh dibangun dengan melakukan interpretasi terhadap sumber-sumber Hukum Islam sehingga konflik antara doktrin Islam dengan HAM dapat dipertemukan karena pada dasarnya doktrin Islam mengajarkan keadilan dan memuliakan manusia.

Skema proses reduksi nilai-nilai universalisme HAM karena proses transformasi ke dalam hukum domestik dapat divisualisasikan sebagai berikut:



Ketiadaan akses dan ruang partisipasi anak dalam penyusunan kebijakan baik di tingkat nasional maupun lokal juga menjadi titik krusial dalam upaya memberikan perlindungan kepada anak. Padahal partisipasi anak dalam pengambilan kebijakan merupakan *condition sine quanon* agar setiap kebijakan yang diambil berpihak pada kepentingan anak terbaik bagi anak. Pengalaman dewan penganggaran anak partisipatif di kota Barra Manza di atas dapat dijadikan contoh bagaimana seharusnya menempatkan partisipasi anak. Di Kota Barra Manza, konsultasi anak merupakan proses pendidikan kewarganegaraan sebagai prasyarat fundamental untuk mewujudkan warga negara yang berkomitmen dan aktif dalam pengembangan bentuk-bentuk pemerintahan lokal yang demokratis. Di samping itu, penganggaran partisipatif telah terbukti menjadi alat yang penting bagi warga negara untuk mengontrol dan memonitor administrasi publik dalam melaksanakan kewajibannya.

V.2 Rekomendasi

Berdasarkan uraian di atas maka rekomendasi umum yang dapat diberikan sebagai berikut:

- a. Melakukan amandemen terhadap UUD 1945 dengan cara mengadopsi seluruh prinsip dan norma dalam KHA menjadi norma-norma konstitusi untuk memperkuat hak-hak konstitusi anak-anak;
- b. Meningkatkan landasan hukum ratifikasi KHA dari keputusan presiden menjadi undang-undang guna memudahkan reformasi legislatif;
- c. Prinsip dan norma KHA seharusnya ditransformasikan secara utuh ke dalam produk peraturan perundangan-undangan baik di tingkat nasional maupun lokal untuk menjamin perlindungan hak anak dan penegasan anak sebagai subyek hak;
- d. Melakukan reformasi hukum terhadap seluruh produk peraturan perundang-undangan untuk menyelaraskan substansi peraturan perundang-undangan dengan prinsip dan norma KHA;
- e. Pemerintah pusat meninjau kembali substansi Qanun Aceh yang bertentangan dengan prinsip dan norma KHA atau ketentuan hukum nasional lainnya;
- f. Melibatkan partisipasi penuh anak-anak sesuai dengan usia dan kematangan anak dalam proses reformasi produk peraturan perundang-undangan.



Daftar Pustaka:

- Hikmahanto Juwana, *Hukum Internasional dalam Perspektif Indonesia sebagai Negara Berkembang*, Jakarta, PT. Yarsif Watampone, 2010.
- Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Office of The High Commissioner for Human Rights in Cooperation with The International Bar Association, United Nations, New York and Geneva, 2003.
- Naning Mardinia, *et. al.*, *Meneropong Hak Atas Pendidikan dan Layanan Kesehatan*, Jakarta, LP3ES, 2005.
- G.J.H.Van Hoof, *Pemikiran Kembali Sumber-Sumber Hukum Internasional*, Bandung, Alumni, 2000.
- UNICEF, *Report of the Conference on Legislative Reform to Achieve Human Rights*, UNICEF & Inter-Parliamentary Union, New York, 2008.
- Dan O'Donnell, *et.al.*, *Law Reform and Implementation of the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF Innocenti Research Centre, Florence, Italy, 2007.
- Jocelyn E Getgen, Benjamin Mason Meier, *Ratification of human rights treaties: the beginning not the end*, www.thelancet.com Vol 374 A.
- Jimly Asshidiqie, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta, KONPress, 2006.
- Jazim Hamidi, *Revolusi Hukum Indonesia*, Jakarta, KONpress, 2006.
- Rachel Hodgkin & Peter Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Children's Fund, New York, 2002.
- Christen Broecker, *Policing Morality Abuses in the Application of Sharia in Aceh, Indonesia*, Human Rights Watch, 2010.
- Jean Tomkin, *Orphans of Justice In search of the best interests of the child when a parent is imprisoned: A Legal Analysis*, Quaker United Nations Office, 2009.

Tali Gal, *Victim to Partners: Child Victims and Restorative Justice*, Thesis Submitted for the degree of PhD at the Australian National University, 2006.

Nancy Kanyago, *et.al, In the Best Interest of the Child : Harmonising laws in Eastern and Southern Africa*, The African Child Policy Forum, 2007.

CRC *General Guidelines Regarding the Form and Content of Initial and Periodic reports to be Submitted by State Parties, CRC/C/5 and CRC/C/58* (selanjutnya sering disebut *CRC Guidelines for Periodic Reports*).

Special Committee for The Protection of Children, Protecting Filipino Children from Abuse, Exploitation, and Violence, December 2006.

Jack Donelly, *Islam dan Hak Asasi Manusia*, dalam *Hak-Hak Asasi Manusia: Aneka Suara dan Pandangan*, Editor Frans Ceunfin, SVD, Ledalero, Maumere, 2006.

Fathi Osman, *Human Rights in Islam*, tanpa tahun.

Dejo Olowu, *Children's rights, international human rights and the promise of Islamic legal theory*, tanpa tahun.

Robert Dickson Crane, *Human Rights in Traditionalist Islam: Legal, Political, Economic, and Spiritual Perspectives*, 2007.

Jumana Shehata, *Islam and Human Rights: Revisiting the Debate*, tanpa tahun.

Zachariah Matthews, *Shariah Debate in Perspective*, 2010.

UNICEF *Regional Office for South Asia, South Asia and The Minimum Age of Criminal Responsibility: SOUTH Raising the Standard of Protection for Children's Rights*, Kathmandu, Nepal, tanpa tahun.

Philips Alston & Bridget Gilmour-Walsh, *The Best Interest for The Children: Toward Synthesis of Children Rights and Cultural Values*, Innocenti Studies, tanpa tahun.

United Nations *High Commissioner for Refugees, UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, 2008.

www.childjustice.org

Shimelis Tsegaye, *Youth Participation: Concepts, Models, and Experiences*, The African Child Policy Forum, 2006.

Gerison Lansdown, *Promoting Children's Participation in Democratic Decision Making*, UNICEF Innocenti Insight, 2001.

Paul Stephenson, Steve Gourley & Glenn Miles, *Child participation*, Tearfund 2004.

Gerison Lansdown, *The Evolving Capacities of the Child*, UNICEF, The Innocenti Research Centre, 2005.

Inter-Agency Working Group on Children's Participation (IAWGCP), Children's participation in decision making: Why do it, When to do it, How to do it, 2007.

UNICEF, *The State of The World's Children 2007*, 2006.

Dokumen CRC/C/GC/12, 20 Juli 2009.

Eliana Guerra, *Citizenship Knows No Age: Children's Participation in the Governance and Municipal Budget of Barra Mansa, Brazil*, dalam *Children, Youth and Environments* 15(2) tahun 2005.

<http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm#instruments>

Jaap E Doek, *Harmonisation of national laws with the Convention on the Rights of the child: Some observations and suggestions*, The African Child Policy Forum, 2007.

Peter Newell, *Indicator for global monitoring of child rights, Summary Report Background papers: International meeting*, Geneva, Switzerland, 9-12 February 1998.

Nadine Perrault, et.al., *Handbook on Legislative Reform: Realising Children's Rights (Volume 1)*, Unicef, New York 2008.

Cecilia Ljungman, *Applying A Rights-Based Approach to Development: Concepts and Principles*; Sage Publications, New Delhi, February 2005.

Dorothy Rozga, *Applying a Human Rights Based Approach to Programming : Experiences of UNICEF, Presentation Paper prepared for the Workshop on Human Rights, Assets and Livelihood Security, and Sustainable Development*, London, UK, 2001.

Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Penerbit Konstitusi Press, Jakarta, 2006.

Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan (1): Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2007.

Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPRGR mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia.

Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Penerbit Kompas, Jakarta, 2010.

Caroline Arnold, et.al, *Bringing up Children in a Changing World: Who's Right? Whose Rights?: Conversations with Families in Nepal*, Save The Children & UNICEF, 2000.

F. Budi Hardiman, *Tuhan: Altar, Pasar, dan Tahta, makalah pada Kursus Filsafat Ketuhanan*, STF Driyarkara, 2011.

Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia.

Dan O'Donnell & Norberto Liwski, *Child Victims of Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment*, Innocenti Working Paper, UNICEF Innocenti Research Centre, 2010.

OMCT, *OMCT's Position on Flogging, Stoning and Amputation*, 2002.

Protokol Istanbul, 1999.

BAB III

Analisis Qanun Syariat Islam Aceh dari Perspektif Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan (*Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women - CEDAW*)

oleh Afridal Darmi

I. Pendahuluan

Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3893) memberikan kewenangan khusus bagi Pemerintah Daerah Aceh untuk melaksanakan kewenangan istimewa yang meliputi, penyelenggaraan kehidupan beragama, adat, pendidikan dan peran ulama dalam penetapan kebijakan daerah (Pasal 3 ayat 2).

Dalam bidang penyelenggaraan kehidupan beragama keistimewaan ini diwujudkan dalam bentuk pelaksanaan syariat Islam bagi pemeluknya dan menyelenggarakan kehidupan beragama dengan tetap menjaga kerukunan hidup antar umat beragama (Pasal 4), termasuk membentuk lembaga agama dan mengakui lembaga agama yang sudah ada (Pasal 5). Dalam bidang penyelenggaraan kehidupan adat daerah dapat menetapkan berbagai kebijakan dalam upaya pemberdayaan, pelestarian dan pengembangan adat serta lembaga adat diwilayahnya yang dijiwai dan sesuai dengan syariat Islam (Pasal 6). Persoalan syariat juga memiliki keterkaitan dengan bidang pendidikan dalam bentuk kewenangan

menambah materi muatan lokal sesuai dengan syariat Islam, dan mengembangkan dan mengatur lembaga pendidikan agama Islam bagi pemeluknya di berbagai jalur, jenis, dan jenjang pendidikan (Pasal 8). Sementara peran ulama dalam penetapan kebijakan daerah adalah membentuk sebuah badan yang anggotanya terdiri dari para ulama, yang bersifat independen yang berfungsi memberikan pertimbangan terhadap kebijakan daerah, termasuk bidang pemerintahan, pembangunan, dan kemasyarakatan serta tatanan ekonomi yang islami (Pasal 9).

Kewenangan-kewenangan itu diwujudkan dengan pembentukan peraturan perundang-undangan setingkat peraturan daerah dan peraturan perundang-undangan lain di bawahnya. Salah satu pendekatan untuk mewujudkan keadilan dalam perumusan peraturan perundangan adalah pendekatan pengintegrasian gender dalam kebijakan pemerintah. Karena kedua hal ini saling berkaitan dan saling memperkuat. Namun perumusan kebijakan negara seringkali menafikan hal ini sehingga meski secara umum kebijakan bersifat netral tetapi dampaknya sendiri tidak pernah netral. Kebijakan netral gender justru menjadi faktor pencetus atau bisa juga menjadi faktor pemicu terjadinya kesenjangan atau ketidakadilan dalam penerima manfaat pembangunan.

Kebijakan responsif gender tidak harus kebijakan yang dirancang khusus bagi perempuan namun merupakan kebijakan yang peka terhadap dampak kebijakan itu bagi kehidupan kaum yang marginal secara gender, dengan melihat kesenjangan yang terjadi antara kebijakan yang telah ditetapkan dengan sumber daya yang disediakan untuk melaksanakan kebijakan tersebut.

Kepekaan itu dapat dicermati jika dalam kebijakan negara itu dapat ditemui ciri-ciri:

- a. Memberikan kesempatan yang setara bagi setiap kelompok masyarakat, termasuk kelompok miskin dan perempuan untuk terlibat secara aktif dalam penyusunan kebijakan.
- b. Mengurangi kesenjangan sosial antar kelompok masyarakat, terutama kesenjangan yang merugikan bagi kehidupan kaum yang marginal secara gender.
- c. Mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh kelompok masyarakat, terutama dengan memperhatikan kebutuhan dan kondisi kehidupan kaum yang marginal secara gender.

Dari perspektif ini maka Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan atau *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*¹²⁰ adalah instrumen yang baik untuk menilai integrasi keadilan gender di dalam peraturan perundangan.¹²¹ Konvensi ini telah disahkan/diratifikasi Indonesia dengan UU Rerpublik Indonesia No. 7 tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women - CEDAW*) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1984 Nomor 29, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3277).

Sebagai sebuah instrumen hukum, CEDAW harusnya dijadikan sebagai landasan pijak dalam melakukan berbagai kegiatan yang berkaitan dengan kebijakan agar lebih responsif dan lebih dekat pada keadilan gender. Namun dalam realitasnya, persoalan kesetaraan dan keadilan antara perempuan dan laki-laki dalam menikmati hak-hak dasarnya sebagai manusia, sampai saat ini masih menimbulkan perdebatan yang panjang. CEDAW sendiri kerap diabaikan dalam penyusunan kebijakan, sesuatu yang patut disayangkan karena sesungguhnya CEDAW mengandung muatan yang sangat penting untuk memberikan acuan dalam melakukan perjuangan untuk menegakkan keadilan gender yang sangat baik dan melindungi perempuan.

Dengan memperhatikan kewenangan-kewenangan istimewa itu analisis diarahkan untuk mengidentifikasi qanun yang relevan dengan kewenangan itu, seperti:

- a. Melakukan kajian terhadap Qanun-Qanun Aceh tentang syariat Islam dengan memeriksa **kepekaan** kebijakan itu terhadap nilai-nilai kesetaraan gender dan pengintegrasian gender dalam kebijakannya sebagaimana dicantumkan dalam CEDAWnya.

¹²⁰ CEDAW diadopsi oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada tahun 1979 dan mulai berlaku pada tanggal 3 Desember 1981. Pada tanggal 18 Maret 2005, konvensi ini telah ditandatangani oleh 180 negara. Lebih dari 90% (sembilan puluh persen) negara-negara anggota PBB, merupakan negara peserta konvensi.

¹²¹ Lihat Hikmahanto Juwana, *Hukum Internasional dalam Perspektif Indonesia sebagai Negara Berkembang*, Jakarta, PT. Yarsif Watampone, 2010.

- b. Melakukan kajian terhadap Qanun-Qanun Aceh tentang syariat Islam dengan memeriksa **kecocokan** kebijakannya terhadap nilai-nilai keadilan gender universal sebagaimana dicantumkan dalam CEDAW.

Hasil yang didapatkan dari kajian ini adalah teridentifikasinya kebijakan yang membutuhkan dukungan agar responsif gender serta dirumuskannya alternatif rekomendasi perbaikan kebijakan agar menjadi responsif gender.

II. Metode Analisis

Penelitian ini bersifat deskriptif analitis, yaitu penelitian yang hanya menggambarkan secara sistematis fakta-fakta terhadap permasalahan yang telah dikemukakan dengan tujuan untuk membatasi kerangka kajian kepada suatu analisis atau suatu klasifikasi tanpa secara langsung bertujuan untuk menguji hipotesis-hipotesis atau teori-teori.

Metode penelitian yang digunakan dalam tulisan ini adalah metode penelitian hukum normatif/doktrinal. Pada penelitian ini hukum dikonsepsikan sebagai sesuatu yang tertulis di dalam perundang-undangan atau hukum dikonsepsikan sebagai kaidah atau norma yang merupakan patokan berperilaku manusia yang dianggap pantas dan dengan demikian meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka. Penelitian hukum normatif mencakup penelitian terhadap asas-asas hukum, penelitian terhadap sistematika hukum, penelitian terhadap sinkronisasi vertikal dan horizontal, perbandingan hukum, sejarah hukum dan inventarisasi hukum positif.¹²²

Inventarisasi hukum positif dilakukan dengan identifikasi yang kritis-analitis serta logis-sistematis terhadap sekelompok Qanun Aceh yang memuat aturan-aturan yang relevan dengan penegakan syariat Islam. Kegiatan ini tidak berdiri sendiri, melainkan merupakan salah satu tahap dari serangkaian proses penelitian yang menyeluruh.¹²³

¹²² Lihat Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004, hlm. 13-14.

¹²³ Lihat Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Graffiti Press, 2006, hlm. 120-121.

Qanun-Qanun Aceh tentang syariat Islam pada periode 1999 sampai dengan 2010 dikumpulkan dan dianalisis untuk menelaah sinkronisasi peraturan perundang-undangan secara horizontal. Yang diteliti adalah sejauh mana qanun-qanun tersebut mengatur tentang hal-hal yang berkaitan dengan perlindungan terhadap perempuan, peningkatan partisipasi perempuan dan pemenuhan hak-hak perempuan sebagai warga negara secara baik dan konsisten dengan menggunakan CEDAW sebagai kerangka analisis dan menjadikan UU No 11 Tahun 2006 sebagai landasan hukum yang di dalamnya dengan tegas juga mengatur beberapa ketentuan yang terkait dengan pemberdayaan perempuan.

Pengumpulan data dengan cara deskriptif ini dilakukan dengan pendekatan yuridis normatif yaitu dengan melakukan analisis terhadap permasalahan dan penelitian melalui pendekatan terhadap asas-asas hukum serta mengacu pada norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan.

a. Pendekatan Teoritik

Dasar pemikiran yang digunakan dalam melakukan analisis terhadap qanun-qanun pelayanan dasar pada masyarakat berkenaan dengan prinsip-prinsip yang terkandung pada CEDAW yaitu prinsip kewajiban Negara, prinsip non dikriminasi dan prinsip kesetaraan.

Perbedaan utama antara kebijakan yang buta gender dan berperspektif gender terletak pada kepekaan para pembuat kebijakan dalam melihat perbedaan pengalaman dan kebutuhan antara laki-laki dan perempuan. Kebijakan yang berperspektif gender bukan berarti kebijakan tersebut hanya diperuntukkan bagi kaum perempuan saja tapi kebijakan yang berbasis pada pengalaman dan kebutuhan masyarakat yang terdiri dari jenis kelamin yang berbeda tersebut.

Sebuah kebijakan pada intinya adalah penyelesaian atas masalah yang dialami anggota masyarakat dengan latar belakang dan pengalaman berbeda-beda. Namun proses perumusan kebijakan tidak selamanya berlangsung dalam ruang yang *fair*, terbuka dan akuntabel. Kadang

pengambil kebijakan didominasi oleh kelompok sehingga kebijakan yang dihasilkan akhirnya bias kepentingan kelompok dominan tersebut. Oleh karena itu pemahaman tentang kondisi yang didukung oleh data terpilah, sangat membantu kepekaan pengambil kebijakan dalam merumuskan kebijakan yang berkeadilan dan berkesetaraan.

Berdasarkan teori yang dikembangkan oleh Naila Kabeer, kebijakan dapat dikategorikan menjadi tiga jenis yaitu:

1. Kebijakan yang **netral gender**

Kebijakan yang disusun dengan fokus pada pencapaian tujuan tidak dengan didasarkan pada informasi yang akurat mengenai pembagian sumber daya dan tanggungjawab berbasis gender. Kebijakan jenis ini umumnya berorientasi pada target kelompok tertentu dan tidak secara spesifik bertujuan mengubah ketidakadilan gender.

2. Kebijakan yang **spesifik gender**

Kebijakan yang disusun dengan mempertimbangkan realitas ketidakadilan gender yang dialami dan merugikan sekelompok perempuan pada masa lalu. Kebijakan jenis ini lebih berorientasi untuk memberikan manfaat pada kelompok perempuan dan secara khusus memberikan dukungan atas program dan kegiatan yang memberikan manfaat bagi perempuan.

3. Kebijakan yang **transformatif gender**

Kebijakan yang penyusunannya didasarkan pada kesadaran bahwa perempuan sering menjadi kelompok yang tidak diuntungkan dalam akses terhadap sumber daya, termasuk sumber daya keuangan maupun dalam proses pengambilan kebijakan. Kebijakan jenis ini harus berorientasi untuk memberikan pemulihan atas praktek ketidakadilan gender yang dialami oleh perempuan. Fokus utama pendekatan ini adalah:

- Memberikan alokasi sumber daya finansial untuk memulihkan keadilan gender
- Membahas mengenai representasi dan partisipasi perempuan dalam proses pengambilan kebijakan.

Kriteria dan pembagian yang disusun oleh Nayla Kabeer tersebut digunakan sebagai basis teoritik dalam menilai qanun-qanun Syariat Islam yang menjadi obyek analisis ini

b. Pendekatan Normatif

Langkah kedua setelah analisis dengan menilai qanun dari perspektif teoritis adalah analisis horizontal. Analisis ini menggunakan pendekatan horizontal normatif, dalam arti akan membandingkan kata per kata antara ketentuan dalam instrumen HAM internasional terkait issue keadilan gender yaitu ICCPR dan CEDAW. Untuk membimbing dalam perbandingan itu maka Komentar Umum Komite HAM PBB No 04 Tanggal 30 Juli 1981 mengenai penafsiran terhadap Pasal 3 ICCPR tentang Kesetaraan antara kedua jenis kelamin dan kemudian diubah dan ditambah dengan Komentar Umum Nomor 28 tanggal 29 Maret 2000 tentang Persamaan hak antara laki-laki dan perempuan untuk menafsirkan kembali ketentuan Pasal 3 ICCPR untuk melengkapi Komentar Umum Nomor 3 Tahun 1981 digunakan sebagai pedoman.

Pasal 3 ICCPR menunjukkan bahwa semua manusia harus menikmati hak yang diatur dalam kovenan, atas dasar yang sama dan dalam totalitas mereka. Ketentuan ini menjadi tidak terpenuhi setiap kali seseorang ditolak penikmatan penuh dan kesetaraan hak apapun. Konsekuensinya, Negara harus menjamin untuk laki-laki dan perempuan sama-sama menikmati semua hak yang diatur dalam kovenan.

Kewajiban untuk memastikan bahwa semua individu hak yang diakui dalam kovenan, mensyaratkan bahwa Negara Pihak mengambil semua langkah yang diperlukan untuk memungkinkan setiap orang untuk menikmati hak-hak tersebut. Langkah-langkah ini mencakup penghapusan hambatan untuk menikmati hak yang sama tersebut, pendidikan warga dan pejabat negara dalam HAM, dan penyesuaian undang-undang domestik sehingga memberi efek pada usaha yang diatur dalam kovenan. Negara Pihak tidak boleh hanya mengadopsi langkah-langkah perlindungan, tetapi juga tindakan positif di semua bidang sehingga mencapai pemberdayaan yang efektif dan setara bagi perempuan. Negara-negara Pihak harus memberikan informasi mengenai peran perempuan

yang sebenarnya dalam masyarakat sehingga komite dapat memastikan apa langkah-langkah, di samping ketentuan-ketentuan legislatif, telah atau harus diambil untuk memberikan efek terhadap kewajiban-kewajiban ini, apa kemajuan yang telah dibuat, apa kesulitan yang dihadapi dan apa langkah yang diambil untuk mengatasinya.

Negara-negara Pihak juga mengemban tanggung jawab untuk memastikan pemenuhan hak-hak yang sama tanpa diskriminasi apapun. Pasal 2 dan 3 memandatkan Negara Pihak untuk mengambil semua langkah yang diperlukan, termasuk larangan diskriminasi atas dasar jenis kelamin, untuk mengakhiri tindakan diskriminatif, baik di publik maupun sektor swasta, yang mempengaruhi penikmatan hak-hak yang sama.

Negara-negara Pihak diwajibkan untuk menjamin bahwa sikap-sikap tradisional, sejarah, agama atau budaya tidak digunakan untuk membenarkan pelanggaran terhadap hak perempuan untuk kesetaraan di hadapan hukum dan kenikmatan yang sama terhadap semua hak yang diatur dalam kovenan. Negara Pihak harus memberikan informasi yang tepat pada aspek-aspek tradisi, sejarah, praktek budaya dan sikap keagamaan yang membahayakan, atau mungkin membahayakan, sesuai dengan pasal 3, dan menunjukkan langkah-langkah apa yang mereka telah mengambil atau bermaksud untuk mengambil untuk mengatasi faktor-faktor tersebut.

Dalam rangka untuk memenuhi kewajiban yang ditetapkan dalam pasal 3, negara harus mempertimbangkan faktor-faktor yang menghambat penikmatan setara oleh perempuan dan laki-laki dari setiap hak yang ditentukan dalam Kovenan. Sehingga Komite mendapatkan gambaran yang lengkap tentang situasi perempuan di setiap Negara Pihak mengenai pelaksanaan hak-hak dalam kovenan.

CEDAW menekankan pada kesetaraan dan keadilan (*equality and equity*) antara perempuan dan laki-laki, yaitu persamaan dalam hak, kesetaraan dalam kesempatan dan akses serta hak yang sama untuk menikmati manfaat di segala bidang kehidupan dan segala kegiatan.

Konvensi ini mengakui perbedaan biologis atau kodrati antara perempuan dan laki-laki; perbedaan perlakuan yang berbasis gender

yang mengakibatkan kerugian pada perempuan. Kerugian itu berupa subordinasi kedudukan dalam keluarga dan masyarakat, maupun pembatasan kemampuan dan kesempatan dalam memanfaatkan peluang yang ada. Peluang itu dapat berupa peluang untuk tumbuh kembang secara optimal, secara menyeluruh dan terpadu, peluang untuk berperan dalam pembangunan di semua bidang dan tingkat kegiatan, peluang untuk menikmati manfaat yang sama dengan laki-laki dari hasil-hasil pembangunan, dan peluang untuk mengembangkan potensinya secara optimal. Terakhir konvensi ini juga mengakui adanya perbedaan kondisi dan posisi antara perempuan dan laki-laki, dimana perempuan ada dalam kondisi dan posisi yang lemah karena mengalami diskriminasi atau mananggung akibat karena perlakuan diskriminatif di masa lalu atau karena lingkungan keluarga dan masyarakat tidak mendukung kemandirian perempuan.

Dengan memperhatikan keadaan dan kondisi itu, Konvensi CEDAW menetapkan prinsip-prinsip dan ketentuan-ketentuan untuk menghapus kesenjangan, subordinasi serta tindakan yang merugikan kedudukan dan peran perempuan dalam hukum, keluarga dan masyarakat, di bidang sosial, ekonomi, politik dan bidang-bidang lainnya. Prinsip-prinsip itu adalah Prinsip Keadilan Substantif, Prinsip Non-Diskriminasi dan Prinsip Kewajiban Negara.

Secara singkat prinsip keadilan substantif yang dianut CEDAW adalah:¹²⁴

- a) Tindakan untuk merealisasi hak perempuan yang ditujukan untuk mengatasi perbedaan, kesenjangan atau keadaan yang merugikan perempuan,

¹²⁴ Lihat Achie Sudiarti Luhulima, Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia No. 44 Tahun 2008 tentang Pornografi Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Instrumen HAM Internasional Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita disahkan dengan UU Republik Indonesia No. 7 Tahun 1984 dan UU Republik Indonesia No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Azasi Manusia, UU Republik Indonesia No. 11 tahun 2005 Tentang Pengesahan *International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights* (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya), UU Republik Indonesia No. 12 Tahun 2005 Tentang Pengesahan *International Covenant On Civil And Political Rights* (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil Dan Politik) dan *Convention On The Rights Of The Child* (Konvensi Hak-Hak Anak) disahkan melalui Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 36 tahun 1990 dan UU Republik Indonesia No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

- b) Tindakan untuk melakukan perubahan lingkungan, sehingga perempuan dan laki-laki mempunyai kesetaraan dalam kesempatan, kesetaraan dalam akses dan persamaan hak dalam menikmati manfaat dari kesempatan dan peluang yang ada,
- c) Komitmen dan tindakan untuk selalu mendasarkan setiap kebijakan dan tindakan pemerintah pada prinsip-prinsip: (1) kesetaraan dalam kesempatan bagi perempuan dan laki-laki, (2) kesetaraan dalam akses bagi perempuan dan laki-laki, (3) persamaan hak dalam menikmati manfaat yang sama bagi perempuan dan laki-laki dari hasil menggunakan kesempatan dan peluang yang ada,
- d) Persamaan hak hukum bagi laki-laki dan perempuan, dalam (i) kewarganegaraan, (ii) kesetaraan dan keadilan dalam perkawinan dan hubungan keluarga, (iii) kewarisan, (iv) dalam perwalian anak (*guardianship*).
- e) Persamaan kedudukan dalam hukum dan persamaan perlakuan di hadapan hukum.

Sedangkan Prinsip Non-Diskriminasi secara ringkas dapat diuraikan sebagai berikut:¹²⁵

- a. CEDAW menegaskan kembali bahwa semua manusia dilahirkan bebas, memiliki bakat dan martabat serta hak yang sama. Oleh karena itu negara wajib menjamin persamaan hak laki-laki dan perempuan di bidang ekonomi, sosial, budaya, sipil dan politik, dan di bidang lainnya. Jaminan ini hendaknya tertuang secara yuridis dalam peraturan perundang-undangan, diberlakukan secara nyata, dan yang paling penting hak serta persamaan hak antara laki-laki dan perempuan itu benar-benar dinikmati perempuan secara nyata. Jadi bukan hanya *de-jure* atau formal, tetapi juga akses dan manfaat secara *de-facto*, bukan hanya persamaan formal, tetapi persamaan substantif, riil, nyata.
- b. Para pakar yang menyusun Konvensi CEDAW berpendapat bahwa jika berpangkal tolak dari "persamaan" menurut Deklarasi Universal HAM menegaskan asas mengenai tidak dapat diterimanya

¹²⁵ Lihat Achie Sudiarti Luhulima, *Ibid*.

diskriminasi dan menyatakan bahwa semua manusia dilahirkan bebas dan sama dalam martabat dan hak, dan bahwa tiap orang berhak atas semua hak dan kebebasan yang dimuat di dalamnya, tanpa perbedaan apapun, termasuk perbedaan berdasarkan jenis kelamin (dan juga Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 [*Segala warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya*]) akan sulit mengetahui atau mengidentifikasi apakah ada diskriminasi terhadap perempuan. Cara yang digunakan untuk mengetahui apakah ada diskriminasi terhadap perempuan, dilakukan dengan mempelajari pengalaman yang dialami perempuan secara nyata. Untuk mengidentifikasi secara yuridis apakah ada diskriminasi terhadap perempuan, perlu ketentuan hukum yang memberikan definisi atau rumusan (unsur-unsur) tentang diskriminasi terhadap perempuan sebagai tolok ukur atau pegangan. Hal ini telah dilakukan oleh Konvensi CEDAW yang mengawali dalam Pasal 1 Konvensi dengan definisi tentang Diskriminasi Terhadap Perempuan, yang dapat digunakan sebagai definisi kerja.

- c. Pasal 1 Konvensi CEDAW: "Untuk tujuan konvensi ini, istilah 'diskriminasi terhadap perempuan' berarti setiap perbedaan, pengucilan, atau pembatasan yang dibuat berdasarkan jenis kelamin, yang memiliki dampak atau tujuan menghalangi atau menghapuskan pengakuan, penikmatan atau pelaksanaan HAM dan kebebasan pokok di bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, sipil atau apapun lainnya oleh perempuan, terlepas dari status perkawinan mereka, atas dasar persamaan antara perempuan dan laki-laki"

Pasal 1 Konvensi CEDAW merupakan definisi kerja arti diskriminasi terhadap perempuan. Pasal 1 dapat digunakan untuk melakukan identifikasi kelemahan peraturan perundang-undangan atau kebijakan formal atau netral. Perhatikan kata-kata kunci ...*pengaruh* ...atau ...*tujuan* ... Mungkin suatu peraturan perundang-undangan atau kebijakan tidak dimaksudkan untuk meniadakan penikmatan hak perempuan, tetapi apabila mempunyai pengaruh atau dampak merugikan perempuan – untuk jangka pendek atau

jangka panjang – maka aturan atau kebijakan itu merupakan diskriminasi terhadap perempuan.

- d. Yang tidak dianggap sebagai diskriminasi ialah:
- Tindakan-khusus-sementara (Pasal 4 ayat (1) Konvensi CEDAW), yaitu langkah-tindak yang dilakukan untuk mencapai kesetaraan dalam kesempatan dan perlakuan bagi perempuan dan laki-laki. Tindakan tersebut wajib dihentikan jika tujuan kesetaraan dan perlakuan telah tercapai. Dikenal sebagai tindakan afirmasi (*affirmative action*), tetapi sekarang dianjurkan oleh Komite CEDAW dalam Rekomendasi Umum 25 tahun 2004 tentang Tindakan-Khusus- Sementara untuk menggunakan istilah tindakan-khusus-sementara (*temporary special measures*)
 - Perlindungan kehamilan (Pasal 4 ayat 2) yang merupakan tindakan khusus bagi perempuan, dan kehamilan sebagai fungsi sosial (Pasal 5 ayat 2). Sebaliknya, suatu tindakan proaktif seperti melarang perempuan melakukan suatu jenis pekerjaan tertentu, dapat dianggap sebagai diskriminasi, karena dalam jangka panjang dapat bertentangan dengan kepentingan perempuan.
- e. Pada tahun 1992 disadari bahwa definisi tersebut dalam Pasal 1 Konvensi CEDAW perlu dilengkapi dengan “kekerasan terhadap perempuan”. Hal ini dilengkapi dengan:
- Terbitnya Rekomendasi Umum Komite CEDAW No. 19 tahun 1992 tentang Kekerasan terhadap Perempuan, yang menentukan bahwa kekerasan terhadap perempuan adalah suatu bentuk diskriminasi terhadap perempuan seperti ditentukan dalam Pasal 1 konvensi.
 - Pada tahun 1993 Konferensi Dunia tentang HAM di Wina menghasilkan Deklarasi dan Rencana Aksi Wina, yang menyatakan bahwa:
 - ▶ Semua HAM adalah universal, tidak dapat dipisah-pisahkan, saling tergantung dan saling terkait,
 - ▶ HAM perempuan adalah bagian dari HAM yang tidak dapat dicabut, integral dan tidak dapat dipisahkan,
 - ▶ Hak atas pembangunan adalah HAM.

- Pada tahun 1993 Majelis Umum PBB mengadopsi Deklarasi Penghapusan Kekerasan terhadap Perempuan¹²⁶ (Pasal 1) dan unsur-unsur kekerasan terhadap perempuan (Pasal 2) Ketiga pokok itu saling melengkapi, yang memperluas arti “diskriminasi terhadap perempuan” dengan memasukkan kekerasan terhadap perempuan sebagai suatu bentuk diskriminasi.

Dan yang terakhir CEDAW menjelaskan prinsip Kewajiban Negara meliputi hal-hal sebagai berikut:¹²⁷

- a. Menjamin hak perempuan melalui hukum dan kebijakan, serta menjamin hasilnya;
- b. Menjamin pelaksanaan praktis dari hak itu melalui langkah-tindak atau tindakan-khusus sementara, menciptakan kondisi yang kondusif untuk meningkatkan akses perempuan pada peluang dan kesempatan yang ada;
- c. Negara tidak saja menjamin tetapi juga merealisasi hak perempuan;
- d. Tidak saja menjamin secara *de-jure* tetapi juga *de-facto*;
- e. Negara tidak saja harus bertanggung jawab dan mengaturnya di sektor publik, tetapi juga terhadap tindakan orang-orang dan lembaga di ranah privat (keluarga) dan ranah swasta.

¹²⁶ Pasal 1 Deklarasi: “Dalam Deklarasi ini, yang dimaksud dengan kekerasan terhadap perempuan adalah setiap tindakan berdasarkan perbedaan jenis kelamin yang berakibat atau mungkin berakibat kesengsaraan atau penderitaan perempuan secara fisik, seksual atau psikologis, termasuk ancaman tindakan tertentu, pemaksaan atau perampasan kemerdekaan secara sewenang-wenang, baik yang terjadi di ranah publik atau dalam kehidupan pribadi”. Pasal 2: “Kekerasan terhadap perempuan harus dipahami mencakup, tetapi tidak hanya terbatas pada, hal-hal sebagai berikut: (a) Tindak kekerasan secara fisik, seksual atau psikologis yang terjadi dalam keluarga, termasuk pemukulan, penyalahgunaan seksual atas anak-anak perempuan dalam keluarga, kekerasan yang berhubungan dengan mas kawin, perkosaan dalam perkawinan, perusakan alat kelamin perempuan dan praktek-praktek kekejaman tradisional lain terhadap perempuan, kekerasan di luar hubungan suami-isteri dan kekerasan yang berhubungan dengan eksploitasi; (b) Kekerasan secara fisik, seksual dan psikologis yang terjadi dalam masyarakat luas, termasuk perkosaan, penyalahgunaan seksual, pelecehan dan ancaman seksual di tempat kerja, dalam lembaga-lembaga pendidikan dan di manapun juga, perdagangan perempuan dan pelacuran paksa; (c) Kekerasan secara fisik, seksual dan psikologis yang dilakukan atau diabaikan oleh Negara, di manapun terjadinya”.

¹²⁷ Lihat Achie Sudiarti Luhulima, *Op cit*.

Menurut Pasal 2 CEDAW, *negara wajib*:

- a. Mengutuk diskriminasi, melarang segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan melalui peraturan perundang-undangan, termasuk sanksi-sanksinya di mana perlu, dan kebijakan serta pelaksanaannya;
- b. Menegakkan perlindungan hukum bagi perempuan melalui peradilan nasional yang kompeten dan badan-badan pemerintah lainnya, serta perlindungan yang efektif bagi perempuan dari setiap tindakan diskriminasi;
- c. Mencabut semua aturan dan kebijakan, kebiasaan dan praktek yang diskriminatif terhadap perempuan.

Pasal 3 CEDAW *mewajibkan negara* untuk melakukan langkah-tindak proaktif di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, serta menciptakan lingkungan dan kondisi yang menjamin pengembangan dan kemajuan perempuan. Mewajibkan negara untuk menjamin agar perempuan melaksanakan dan menikmati HAM dan kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan (keadilan dan kesetaraan) antara laki-laki dan perempuan.

Pasal 4 Konvensi *mewajibkan negara* melakukan tindakan-khusus-sementara (*temporary special measures*) untuk mempercepat kesetaraan *de-facto* serta mencapai kesetaraan dalam perlakuan dan kesempatan bagi perempuan dan laki-laki (ayat 1). Tindakan tersebut wajib dihentikan apabila tujuan mencapai kesetaraan telah tercapai. Peraturan atau tindakan khusus yang ditujukan untuk melindungi kehamilan tidak dianggap sebagai diskriminasi (ayat 2). Negara mengakui adanya ketimpangan dalam hubungan antara laki-laki dan perempuan, karena ketertinggalan, kekurangan atau ketidakberdayaan perempuan, sehingga perlu dilakukan upaya dan peraturan khusus agar kesetaraan dan keadilan "*de-facto*" dapat lebih cepat dicapai.

Peraturan khusus itu tidak dianggap diskriminatif dan akan dihentikan jika kesetaraan telah tercapai (Pasal 4 ayat (1)), sedangkan peraturan khusus untuk melindungi fungsi reproduksi (kehamilan) perempuan tidak dianggap diskriminatif tanpa batas waktu (Pasal 4 ayat (2)).

Pasal 5 Konvensi CEDAW *mewajibkan negara* melakukan langkah-tindak yang tepat untuk:

- a. Mengubah tingkah laku sosial budaya laki-laki dan perempuan dengan maksud untuk mencapai penghapusan prasangka dan kebiasaan dan segala praktek lainnya yang didasarkan atas inferioritas atau superioritas salah satu jenis kelamin atau peran stereotipe bagi laki-laki dan perempuan;
- b. Menjamin bahwa pendidikan keluarga memberikan pengertian yang tepat mengenai kehamilan sebagai fungsi sosial dan tanggung jawab bersama laki-laki dan perempuan dalam membesarkan anak-anak mereka, dan bahwa anak-anak adalah pertimbangan utama dalam segala hal.

III. Hasil Analisis

1. Peraturan Daerah Propinsi Daerah Istimewa Aceh Nomor 3 Tahun 2000 tentang Pembentukan Organisasi dan Tata Kerja Majelis Permusyawaratan Ulama (MPU) Propinsi Daerah Istimewa Aceh

Prinsip Non Diskriminasi

Perda Aceh Nomor 3 Tahun 2000 tidak memuat dalam ketentuannya sesuatu yang secara langsung berkaitan dengan hak-hak perempuan. Ia disusun dengan fokus pada pencapaian tujuan kebijakan itu sendiri yaitu untuk menyelenggarakan dan menegaskan hak-hak istimewa yang telah diberikan berdasarkan Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999. Dalam konsideran menimbang perda ini disebutkan bahwa perlu diberikan legitimasi kepada ulama dengan membentuk suatu lembaga ulama dan untuk memberi peran kepada ulama dalam penetapan kebijakan daerah. Perda ini umumnya berorientasi pada target kelompok tertentu dan tidak secara spesifik bertujuan mengubah ketidakadilan gender. Karena itu dapat dikatakan perda ini secara umum netral gender.

Namun dari perspektif Pasal 3¹²⁸ dan Pasal 4¹²⁹ CEDAW maka ada satu titik yang dapat ditunjuk sebagai masalah dalam perda ini yaitu ketiadaan suatu pasal pun yang menjamin posisi perempuan dalam struktur MPU sebagai salah satu bentuk *affirmative actions*. Adanya pasal ini akan bermakna bahwa Pemerintah Aceh melaksanakan suatu tindakan-khusus-sementara (*temporary special measures*) untuk mempercepat kesetaraan *de-facto* serta mencapai kesetaraan dalam perlakuan dan kesempatan bagi perempuan dan laki-laki, *a contratio*, ketiadaan ketentuan ini dalam perda dimaksud bermakna dari perspektif CEDAW, perda ini tidak sinkron dengan nilai-nilai non diskriminasi

Prinsip Keadilan Substantif

Perda ini tidak dapat langsung dinilai sebagai memuat keadilan substantif bagi perempuan dari perspektif CEDAW karena yang menjadi objek yang diatur oleh qanun ini adalah pelaksanaan pemerintahan yang fungsi pokoknya adalah menyediakan dasar hukum untuk bekerjanya lembaga pemerintahan itu. Jadi keterkaitan dengan issue gender akan sangat tergantung pada kebijakan negara yang dilaksanakan oleh institusi negara dimaksud.

Namun demikian, sebagaimana telah diuraikan di atas jika definisi Pasal 1 CEDAW digunakan untuk melakukan identifikasi kelemahan peraturan perundang-undangan atau kebijakan formal atau netral maka perda ini dapat menimbulkan *pengaruh* atau *tujuan* yang bertentangan dengan Prinsip Keadilan Substantif. Sekalipun perda ini tidak dimaksudkan untuk meniadakan penikmatan hak perempuan, tetapi apabila mempunyai pengaruh atau dampak merugikan perempuan baik untuk jangka pendek atau jangka panjang maka aturan ini dipandang diskriminatif. Prinsip keadilan substantif menuntut agar negara bertindak untuk memberlakukan.

¹²⁸ Mewajibkan negara untuk melakukan langkah-tindak *proaktif* di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, serta menciptakan lingkungan dan kondisi yang menjamin pengembangan dan kemajuan perempuan.

¹²⁹ Mewajibkan negara untuk melakukan tindakan-khusus-sementara (*temporary special measures*) untuk mempercepat kesetaraan *de-facto* serta mencapai kesetaraan dalam perlakuan dan kesempatan bagi perempuan dan laki-laki (ayat 1).

Persamaan hak hukum bagi laki-laki dan perempuan, dalam (i) kewarganegaraan, (ii) kesetaraan dan keadilan dalam perkawinan dan hubungan keluarga, (iii) kewarisan, (iv) dalam perwalian anak (*guardianship*) dan persamaan kedudukan dalam hukum dan persamaan perlakuan di hadapan hukum. Sementara sebagian pemahaman dan mazhab Islam yang jelasnya akan menjadi doktrin dalam bekerjanya lembaga yang diatur oleh perda ini masih berisi pemahaman yang diskriminatif pula sehingga keberadaan lembaga ini kelak akan berdampak atau membawa *pengaruh* dilahirkannya kebijakan negara yang diskriminatif.

Prinsip Kewajiban Negara

Sebagaimana telah jelaskan dalam implementasi terhadap prinsip non diskriminasi di atas Prinsip Kewajiban Negara juga tidak terpenuhi dalam perda ini. Menurut CEDAW negara wajib membuat peraturan perundang-undangan yang tepat, termasuk sanksi-sanksinya, melarang segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Negara juga berkewajiban untuk melakukan langkah-tindak yang tepat, termasuk membuat peraturan perundang-undangan, di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, untuk menjamin perkembangan dan kemajuan perempuan sepenuhnya, dengan tujuan untuk menjamin bahwa perempuan melaksanakan dan menikmati HAM dan kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan (keadilan dan kesetaraan) dengan laki-laki (Pasal 3 Konvensi CEDAW).

Ketiadaan ketentuan yang mengidentifikasi suatu *affirmative action* dalam perda ini dapat ditunjuk sebagai bentuk tiadanya pemenuhan kewajiban negara.

2. Peraturan Daerah No. 5 Tahun 2000 Tentang Pelaksanaan Syariat Islam

Prinsip Non Diskriminasi

Perda ini tidak mengatur sesuatu yang secara langsung berkaitan dengan hak-hak perempuan. Ia disusun dengan fokus pada pencapaian tujuan kebijakan itu sendiri yaitu untuk menyelenggarakan dan menegaskan hak-hak istimewa yang telah diberikan berdasarkan Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999 dan bertujuan mengisi bidang agama dengan menerapkan syariat Islam dan berfungsi sebagai pedoman dasar dalam menerapkan pokok-pokok syariat Islam di daerah. Hal ini ditegaskan dalam konsideran menimbang dan ketentuan Pasal 2 peraturan daerah ini. Peraturan ini secara umum dimaksudkan untuk mengatur pelaksanaan Syariat Islam dengan menentukan pedoman penerapan pelaksanaan Syariat Islam di Aceh.

Tampaknya penyusunan perda ini tidak didahului dengan pengumpulan informasi mengenai pembagian sumber daya dan tanggungjawab berbasis gender sebagaimana dikehendaki dalam suatu kebijakan yang sensitif gender. Sebagaimana halnya kebijakan-kebijakan lainnya yang sejenis perda ini umumnya berorientasi pada target kelompok tertentu dan tidak secara spesifik bertujuan mengubah ketidakadilan gender. Karena itu dapat dikatakan perda ini secara umum non diskriminatif gender.

Namun materi muatan pasal-pasal dan ayat tertentu berpeluang untuk multi-interpretasi dan dengan demikian mengandung ketidakpastian hukum dan dampak pelaksanaan pasal-pasal dan ayat itu menjadikan perempuan dan anak sebagai obyek pelarangan dan hukuman, dan dengan demikian mengandung potensi terjadinya tindak kekerasan terhadap perempuan dan anak. Pasal 1 Deklarasi Penghapusan Kekerasan Terhadap Perempuan (Resolusi Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa No. 48/104, Desember 1993) menyatakan definisi Kekerasan terhadap perempuan adalah "setiap tindakan berdasarkan jenis kelamin yang berakibat atau mungkin berakibat kesengsaraan atau penderitaan perempuan secara fisik, seksual dan psikologis, termasuk ancaman tindakan tertentu, pemaksaan atau perampasan kemerdekaan secara sewenang-wenang, baik yang terjadi di ranah publik atau dalam kehidupan pribadi"

Dikaitkan dengan Pasal 1 CEDAW, maka materi muatan dan dampak pelaksanaan beberapa pasal dalam perda ini dapat dinilai sebagai diskriminasi terhadap perempuan. Pasal 1 CEDAW, yaitu: “setiap perbedaan, pengucilan atau pembatasan yang dibuat atas dasar jenis kelamin, yang mempunyai pengaruh atau tujuan untuk mengurangi atau menghapuskan pengakuan, penikmatan atau penggunaan HAM dan kebebasan pokok di bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, sipil atau apapun lainnya oleh perempuan, terlepas dari status perkawinan mereka, atas dasar persamaan antara laki-laki dan perempuan” diperluas dengan kekerasan terhadap perempuan sebagai suatu bentuk diskriminasi (Rekomendasi Umum Komite CEDAW No. 19 tahun 1992 menentukan bahwa kekerasan terhadap perempuan adalah suatu bentuk diskriminasi terhadap perempuan, dan memenuhi ketentuan Pasal 1 Konvensi CEDAW).

Pasal 1 CEDAW menentukan pula bahwa, walaupun tujuan suatu aturan itu adalah untuk melindungi perempuan, tetapi apabila pelaksanaannya mempunyai dampak yang merugikan perempuan, mengurangi atau menghapuskan pengakuan, penikmatan atau penggunaan HAM, maka aturan atau tindakan itu adalah diskriminatif terhadap perempuan, dan dengan demikian menjadi suatu bentuk diskriminasi terhadap perempuan.

Sebagai contoh adalah ketentuan dalam Pasal 15 ayat (3) Perda Nomor 7 Tahun 2000 ini tampaknya menunjukkan indikasi bertentangan dengan Pasal 1 CEDAW ini. Pasal 15 ayat (3) Perda menyatakan: “Setiap muslim dan muslimah wajib berbusana sesuai tuntunan ajaran Islam, baik dalam kehidupan keluarga maupun dalam pergaulan masyarakat”. Perbedaan seperti ini mengindikasikan ketidaksetaraan yang ditentang oleh Pasal 1 CEDAW.

Prinsip Keadilan Substantif

Perda ini tidak dapat langsung dinilai sebagai memuat keadilan substantif bagi perempuan dari perspektif CEDAW karena yang menjadi objek yang diatur oleh qanun ini adalah pelaksanaan pemerintahan yang fungsi pokoknya adalah menyediakan dasar hukum untuk bekerjanya lembaga pemerintahan itu. Jadi keterkaitan dengan issue gender akan

sangat tergantung pada kebijakan negara yang dilaksanakan oleh organ pemerintahan dimaksud. Beberapa di antara kebijakan tersebut merugikan perempuan, atau setidaknya tidak berpihak pada kepentingan perempuan, sementara sebagian kebijakan negara yang lain berpihak bahkan memperkuat posisi perempuan. Konsekuensi dari sifatnya yang generik ini ada peluang qanun ini memperkuat dan memfasilitasi kebijakan negara yang berkecenderungan negatif terhadap perempuan sama besarnya dengan peluangnya dalam memfasilitasi kebijakan negara yang mendukung atau memperkuat posisi perempuan.

Namun demikian Komentar Umum Komite HAM PBB Nomor 28 tanggal 29 Maret 2000¹³⁰ dapat digunakan sebagai pedoman untuk memberikan panduan yang lebih rinci tentang prinsip keadilan substantif bagi perempuan ini dengan menyusun semacam daftar hak yang harus diperiksa keberadaannya atau ketidakberadaannya dalam kebijakan negara. Hanya dengan menggunakan Komentar Umum Nomor 28 Tahun 1993 inilah analisis ini kemudian menemukan sejumlah masalah dalam ketentuan-ketentuan perda ini yang terkait dengan jaminan hak-hak yang diatur dalam CEDAW.

Pasal 3 ICCPR menunjukkan bahwa semua manusia harus menikmati hak yang diatur dalam kovenan, atas dasar yang sama dan dalam totalitas mereka. Ketentuan ini menjadi tidak terpenuhi setiap kali seseorang ditolak penikmatan penuh dan kesetaraan hak apapun. Konsekuensinya, negara harus menjamin untuk laki-laki dan perempuan sama-sama menikmati semua hak yang diatur dalam kovenan. Kesamaan itu membuat setiap tindakan yang mengindikasikan pelanggaran terhadap penikmatan dan pemenuhan hak terhadap laki-laki adalah juga dan sama dengan pelanggaran terhadap penikmatan dan pemenuhan hak terhadap perempuan.¹³¹

¹³⁰ Komentar Umum Komite HAM PBB Nomor 28 Tahun 1993 tentang persamaan hak antara laki-laki dan perempuan untuk menafsirkan kembali ketentuan Pasal 3 ICCPR untuk melengkapi Komentar Umum Nomor 3 Tahun 1981.

¹³¹ Penjelasan lebih detail tentang hak-hak yang berpotensi dilanggar oleh perda ini dapat dilihat dalam Analisis Qanun-Qanun Syariat Islam Aceh dari perspektif Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang terdapat di bagian lain dari analisis ini.

Prinsip Kewajiban Negara

Dengan memperhatikan hasil dari analisis terhadap Prinsip Non Diskriminasi dapat dikatakan bahwa Prinsip Kewajiban Negara juga tidak terpenuhi dalam perda ini. Menurut CEDAW negara wajib membuat peraturan perundang-undangan yang tepat, termasuk sanksi-sanksinya, melarang segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Negara juga berkewajiban untuk melakukan langkah-tindak yang tepat, termasuk membuat peraturan perundang-undangan, di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, untuk menjamin perkembangan dan kemajuan perempuan sepenuhnya, dengan tujuan untuk menjamin bahwa perempuan melaksanakan dan menikmati HAM dan kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan (keadilan dan kesetaraan) dengan laki-laki (Pasal 3 Konvensi CEDAW). Namun dengan adanya ketentuan Pasal 15 ayat (3) Perda Nomor 7 Tahun 2000 ini tampaknya menunjukkan indikasi bertentangan dengan Pasal 1 dan Pasal 3 CEDAW sebagaimana telah diuraikan di atas, dan dengan demikian maka negara dapat dipandang gagal memenuhi kewajibannya untuk membuat peraturan yang tidak diskriminatif.

3. Peraturan Daerah Propinsi Daerah Istimewa Aceh Nomor 7 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Kehidupan Adat

Pembuat qanun ini mengakui bahwa adat dan adat istiadat yang berkembang dalam kehidupan masyarakat Aceh sejak dahulu hingga sekarang telah melahirkan nilai-nilai budaya, norma adat dan aturan yang sejalan dengan Syariat Islam sebagai kekayaan budaya bangsa sehingga pembuat peraturan ini merasa adat dan adat istiadat Aceh itu perlu dibina, dikembangkan dan dilestarikan. Pembuat peraturan memandang pembinaan, pengembangan dan pelestarian Adat dan Adat Istiadat haruslah berkesinambungan antar generasi sehingga generasi berikutnya dapat memahami nilai-nilai adat dan budaya yang berkembang dalam kehidupan masyarakat Aceh.

Konsideran ini sesuai dengan perspektif HAM terutama perspektif Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya. Kesesuaian itu terletak pada posisi negara yang menjalankan kewajiban menghormati (*to respect*) sebagaimana terlihat dalam pertimbangan pertama dan kewajiban memajukan (*to promote*) sebagaimana terlihat dalam pertimbangan kedua.

Namun demikian dari perspektif gender belum terkandung secara jelas apa saja yang menjadi landasan qanun dalam upaya pemenuhan asas kesetaraan gender. Padahal ada tuntutan dalam Inpres Nomor 9 Tahun 2000 tentang Pengarusutamaan Gender bahwa perencanaan, penyusunan, pelaksanaan, pemantauan dan evaluasi atas kebijakan dan program pembangunan nasional haruslah beperspektif gender dalam rangka mewujudkan kesetaraan dan keadilan gender dalam kehidupan berkeluarga, bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Tuntutan ini semakin kuat karena Pemerintah Aceh diberi wewenang dalam Pasal 6 Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintah antara Pemerintah Daerah Propinsi, dan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota, yang salah satu urusan wajib Pemerintah Aceh dalam pelayanan dasar adalah pemberdayaan perempuan dan perlindungan anak.

Demikian pula pada penjelasan qanun, tidak ada penjelasan tentang pentingnya qanun dibuat untuk dapat dijadikan pedoman bagi pemerintah daerah dan para pengambil kebijakan dalam pengarusutamaan gender ini.

Qanun ini dibentuk untuk menindaklanjuti Pasal 16 dan Pasal 17 Undang-undang Nomor 44 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Aceh. Dengan demikian qanun ini merupakan qanun organik terhadap undang-undang tersebut.

Prinsip Kewajiban Negara

Dalam qanun ini tanggung jawab negara diimplementasikan dalam pembangunan struktur dan infrastruktur keorganisasian adat, sesuatu yang sesuai dengan kepentingan masyarakat Aceh sendiri dan juga

sesuai dengan nilai-nilai HAM secara universal yang tercantum dalam Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya. Namun dari perspektif CEDAW tidak terlihat pemenuhan tanggung jawab negara untuk pemberdayaan kaum perempuan secara khusus.

Prinsip Non Diskriminasi

Tidak terlihat keberadaan asas non diskriminasi dan keadilan gender pada ketentuan qanun ini. Namun demikian qanun ini dapat dipandang telah memenuhi tuntutan non diskriminasi gender. Sebagaimana ditunjukkan oleh ketentuan Pasal 10 ayat (1) bahwa “Pembinaan dan pengembangan kehidupan adat dan adat istiadat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 dapat dilakukan dengan... kaderisasi tokoh adat baik generasi muda maupun perempuan”.

Sebagaimana telah dijelaskan di atas ketiadaan *affirmative action* untuk perempuan dalam qanun ini membuat keberadaan Pasal 10 di atas terkesan adil bagi perempuan, namun dalam realitas sosialnya akan berdampak tidak adil bagi perempuan dan kelompok rentan lainnya yang pada saat ini berada dalam posisi marginal untuk kesempatan berpartisipasi. Karena ketiadaan ketentuan yang secara tegas mengidentifikasi ketimpangan perempuan ini membuat qanun ini digolongkan sebagai netral gender.

Prinsip Keadilan Substantif

Qanun ini tidak dapat langsung dinilai sebagai memuat keadilan substantif bagi perempuan atau tidak karena yang menjadi objek yang diatur oleh qanun ini adalah perikehidupan adat yang sangat bervariasi antara satu kelompok adat dengan kelompok adat lain di Aceh. Beberapa di antara ketentuan adat tersebut merugikan perempuan, atau setidaknya tidak berpihak pada kepentingan perempuan, sementara sebagian ketentuan adat yang lain berpihak bahkan memperkuat posisi perempuan.

Konsekuensi dari sifatnya yang generik ini ada peluang qanun ini memperkuat dan memfasilitasi ketentuan adat yang berkecenderungan negatif terhadap perempuan sama besarnya dengan peluang ia memfasilitasi ketentuan adat yang mendukung atau memperkuat posisi perempuan.

Demikian juga tidak ada perlakuan khusus bagi perempuan untuk mendapat akses pada pendampingan atau pembelaan di hadapan institusi adat bila perempuan berada dalam konflik hukum adat. Dari sisi peluang partisipasi perempuan tidak ada ditemukan dalam qanun ini penugasan khusus untuk pengembangan kapasitas perempuan sehingga dapat berpartisipasi lebih luas dalam pengembangan adat ini. Padahal kedua hal ini amat diperlukan sebagai *affirmative action* terlebih-lebih bagi perempuan berpendidikan rendah dan atau berada di pedesaan.

4. Peraturan Daerah Propinsi Daerah Istimewa Aceh Nomor 33 Tahun 2001 tentang Pembentukan Organisasi dan Tata Kerja Dinas Syariat Islam Propinsi Daerah Istimewa Aceh

Dalam konsideran menimbanginya pembuat qanun ini menyatakan dasar sosiologis penyusunannya adalah untuk meningkatkan kelancaran pelaksanaan tugas operasional Pemerintah Propinsi Daerah Istimewa Aceh di bidang pelaksanaan syariat Islam yang lebih berdaya guna dan berhasil sesuai dengan karakteristik, potensi dan kemampuan daerah.

Konsideran ini tidak memberi petunjuk apapun tentang keberadaan pengarusutamaan gender dan HAM pada umumnya dalam qanun ini sekalipun ada tuntutan bahwa perencanaan, penyusunan, pelaksanaan, pemantauan dan evaluasi atas kebijakan dan program pembangunan nasional haruslah beperspektif gender dalam rangka mewujudkan kesetaraan dan keadilan gender dalam kehidupan berkeluarga, bermasyarakat, berbangsa dan bernegara sebagaimana diatur dalam Inpres Nomor 9 Tahun 2000 tentang Pengarusutamaan Gender. Tuntutan ini semakin kuat karena Pemerintah Aceh diberi wewenang dalam Pasal 6 Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintah antara Pemerintah Daerah Propinsi, dan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota, yang salah satu urusan wajib Pemerintah Aceh dalam pelayanan dasar adalah pemberdayaan perempuan dan perlindungan anak.

Qanun ini dibentuk untuk menindaklanjuti pelaksanaan Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Daerah Istimewa Aceh.

Prinsip Kewajiban Negara

Dalam qanun ini negara membentuk organ-organ pelaksana pemerintahan dalam struktur keorganisasian Pemerintah Aceh sebagai bentuk pelaksanaan asas desentralisasi. Dari perspektif CEDAW pemenuhan kewajiban negara untuk pemberdayaan kaum perempuan tidak terindikasi dengan cukup agar kalangan perempuan mendapatkan manfaat dari kinerja pemerintahan dengan membentuk organ-organ pemerintahan yang memberi pelayanan dan pemberdayaan bagi perempuan, termasuk kebutuhan khusus perempuan sebagai ibu dalam menjalankan hak reproduksinya.

Sekilas dari keberadaan ketentuan-ketentuan pasal tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa qanun ini tergolong qanun yang netral gender karena dibentuk semata-mata untuk mencapai tujuannya. Namun karena qanun ini dibentuk tidak dengan didasarkan pada kesadaran bahwa perempuan memiliki kebutuhan khusus yang berbeda dengan kebutuhan masyarakat secara umum dan perempuan sering menjadi kelompok yang tidak diuntungkan dalam akses terhadap sumber daya, termasuk sumber daya keuangan, fasilitas, maupun dalam proses pengambilan kebijakan maka ia juga berpotensi menjadi kebijakan yang diskriminatif.

Demikian juga catatan perlu diberikan dalam keberadaan kantor Dinas Syariat Islam dan Satuan Polisi Pamong Praja dan Wilayahul Hisbah. Lembaga-lembaga penegak hukum atau fasilitator bagi penegakan hukum syariat Islam di Aceh ini tidak menyediakan organ khusus pembelaan hukum bagi perempuan yang terkait masalah hukum syariat. Seharusnya keberadaan organ ini di dalam pemerintahan akan memberikan jaminan akses pada pembelaan/pendampingan jika perempuan bermasalah dengan hukum syariat Islam di Aceh.

Prinsip Non Diskriminasi

Qanun ini tidak ada yang mengatur hak-hak masyarakat secara langsung, juga tidak mengatur hak-hak perempuan. Qanun ini secara umum non diskriminatif, tiadanya perumusan hak sebagaimana yang tertuang di atas terkesan adil bagi semua pihak, namun dalam realitas sosialnya akan berdampak tidak adil bagi perempuan dan kelompok rentan lainnya yang

mebutuhkan suatu *affirmative action* dalam bentuk pemastian posisi tertentu dalam pemerintahan yang menjamin fasilitasi pemenuhan hak perempuan oleh negara itu terpenuhi.

Prinsip Keadilan Substantif

Qanun ini tidak dapat langsung dinilai sebagai memuat keadilan substantif bagi perempuan atau tidak karena yang menjadi objek yang diatur oleh qanun ini adalah pelaksanaan pemerintahan yang fungsi pokoknya adalah menyediakan dasar hukum untuk bekerjanya lembaga pemerintahan itu. Jadi keterkaitan dengan issue gender akan sangat tergantung pada kebijakan negara yang dilaksanakan oleh lembaga pemerintahan dimaksud dan program kerja lembaga dimaksud. Beberapa di antara kebijakan pemerintahan dan program kerja tersebut dapat saja merugikan perempuan, atau setidaknya tidak berpihak pada kepentingan perempuan, sementara sebagian kebijakan negara yang lain berpihak bahkan memperkuat posisi perempuan. Konsekuensi dari sifatnya yang generik ini ada peluang qanun ini memperkuat dan memfasilitasi kebijakan negara atau program pemerintahan yang berkecenderungan negatif terhadap perempuan sama besarnya dengan peluang ia memfasilitasi kebijakan negara yang mendukung atau memperkuat posisi perempuan.

Demikian juga pengarusutamaan gender dalam pemerintahan Aceh akan sangat tergantung pada ada tidaknya program penguatan perempuan dan pelayanan untuk kebutuhan khusus perempuan dalam program-program masing-masing organ, serta amat pula tergantung pada kinerja Badan Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak sebagai salah satu lembaga teknis daerah dalam mempengaruhi dan mengintroduksi program-program instansi lain dalam pemerintah Aceh untuk menempatkan program penguatan perempuan dan pelayanan untuk kebutuhan khusus perempuan dalam instansi-instansi lain itu.

Dari sisi peluang partisipasi perempuan tidak ada ditemukan dalam qanun ini ketentuan yang khusus memberi *affirmative action* bagi perempuan untuk terlibat dalam pemerintahan, misalnya penentuan quota tertentu bagi perempuan atau jaminan kesempatan yang setara bagi perempuan

untuk menjabat pada jabatan-jabatan strategis di pemerintahan. Namun tiadanya bagian, seksi dan badan yang ditunjuk untuk melakukan pelayanan khusus untuk perempuan sebagaimana dijelaskan di atas dapat dipandang sebagai salah satu bentuk tiadanya fasilitasi untuk kalangan perempuan rakyat Aceh di yang dituntut oleh Pasal 3 dan 4 CEDAW.

5. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syariah Islam

Prinsip Non Diskriminasi

Qanun ini tidak memuat dalam ketentuannya sesuatu yang secara langsung berkaitan dengan hak-hak perempuan. Ia disusun dengan fokus pada pencapaian tujuan kebijakan itu sendiri yaitu untuk menyelenggarakan dan menegaskan hak-hak istimewa yang telah diberikan berdasarkan Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999. Dalam konsideran menimbang qanun ini disebutkan bahwa perlu diberikan legitimasi kepada ulama dengan membentuk suatu lembaga ulama dan untuk memberi peran kepada ulama dalam penetapan kebijakan daerah. Perda ini umumnya berorientasi pada target kelompok tertentu dan tidak secara spesifik bertujuan mengubah ketidakadilan gender. Karena itu dapat dikatakan perda ini secara umum netral gender.

Namun dari perspektif Pasal 3 dan Pasal 4 CEDAW maka ada satu titik yang dapat ditunjuk sebagai masalah dalam perda ini yaitu ketiadaan suatu pasal pun dalam pasal-pasal yang mengatur struktur kelembagaan¹³² yang menjamin posisi perempuan dalam struktur Mahkamah Syar'iyah sebagai salah satu bentuk *affirmative action*. Adanya pasal ini akan bermakna bahwa Pemerintah Aceh melaksanakan suatu tindakan-khusus-sementara (*temporary special measures*) untuk mempercepat kesetaraan *de-facto* serta mencapai kesetaraan dalam perlakuan dan kesempatan bagi perempuan dan laki-laki, *a contratio*, ketiadaan ketentuan ini dalam perda dimaksud bermakna dari perspektif CEDAW perda ini tidak sinkron dengan nilai-nilai non diskriminasi.

¹³² Pasal 10 sampai Pasal 48 Qanun Nomor 10 Tahun 2002.

Prinsip Keadilan Substantif

Perda ini tidak dapat langsung dinilai sebagai memuat keadilan substantif bagi perempuan dari perspektif CEDAW karena yang menjadi objek yang diatur oleh qanun ini adalah pelaksanaan pemerintahan yang fungsi pokoknya adalah menyediakan dasar hukum untuk bekerjanya lembaga pemerintahan itu. Jadi keterkaitan dengan issue gender akan sangat tergantung pada kebijakan negara yang dilaksanakan oleh institusi negara dimaksud.

Namun demikian, sebagaimana telah diuraikan di atas jika definisi Pasal 1 CEDAW digunakan untuk melakukan identifikasi kelemahan peraturan perundang-undangan atau kebijakan formal atau netral maka qanun ini dapat menimbulkan *pengaruh* atau *tujuan* yang bertentangan dengan Prinsip Keadilan Substantif. Sekalipun qanun ini tidak dimaksudkan untuk meniadakan penikmatan hak perempuan, tetapi apabila mempunyai pengaruh atau dampak merugikan perempuan baik untuk jangka pendek atau jangka panjang maka aturan ini dipandang diskriminatif. Prinsip keadilan substantif menuntut agar negara bertindak untuk memberlakukan persamaan hak hukum bagi laki-laki dan perempuan, dalam (i) kewarganegaraan, (ii) kesetaraan dan keadilan dalam perkawinan dan hubungan keluarga, (iii) kewarisan, (iv) dalam perwalian anak (*guardianship*) dan persamaan kedudukan dalam hukum dan persamaan perlakuan di hadapan hukum. Sementara sebagian pemahaman dan mazhab Islam yang jelasnya akan menjadi doktrin dalam bekerjanya lembaga yang diatur oleh perda ini masih berisi pemahaman yang diskriminatif pula sehingga keberadaan lembaga ini kelak akan berdampak atau membawa pengaruh dilahirkannya kebijakan negara yang diskriminatif.

Prinsip Kewajiban Negara

Sebagaimana telah jelaskan dalam implementasi terhadap prinsip non diskriminasi di atas Prinsip Kewajiban Negara juga tidak terpenuhi dalam qanun ini. Menurut CEDAW negara wajib membuat peraturan perundang-undangan yang tepat, termasuk sanksi-sanksinya, melarang segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Negara juga berkewajiban untuk melakukan langkah-tindak yang tepat, termasuk membuat peraturan

perundang-undangan, di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, untuk menjamin perkembangan dan kemajuan perempuan sepenuhnya, dengan tujuan untuk menjamin bahwa perempuan melaksanakan dan menikmati HAM dan kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan (keadilan dan kesetaraan) dengan laki-laki (Pasal 3 Konvensi CEDAW).

Ketiadaan ketentuan yang mengidentifikasi suatu *affirmative action* dalam qanun ini dapat ditunjuk sebagai bentuk tiadanya pemenuhan kewajiban negara.

6. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Aqidah, Ibadah dan Syi'ar Islam

Prinsip Non Diskriminasi

Qanun ini disusun dengan fokus pada pencapaian tujuan kebijakan itu sendiri yaitu untuk melindungi dan membina aqidah dan ibadah sebagai bagian pokok pengamalan syariat Islam dan mewujudkan kesejahteraan lahir dan batin baik pribadi keluarga dan masyarakat serta menyelenggarakan dan menegaskan hak-hak istimewa yang telah diberikan berdasarkan Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999. Kesemua ini ditegaskan dalam pertimbangan menimbang qanun ini. Qanun ini umumnya berorientasi pada target kelompok tertentu dan tidak secara spesifik bertujuan mengubah ketidakadilan gender, tidak memuat dalam ketentuannya sesuatu yang secara langsung berkaitan dengan hak-hak perempuan dan karena itu dapat dikatakan secara umum netral gender.

Namun materi muatan pasal-pasal dan ayat tertentu berpeluang untuk multi interpretasi dan mengundang dampak pelaksanaan pasal-pasal dan ayat itu menjadikan perempuan dan anak sebagai obyek pelarangan dan hukuman, dan dengan demikian mengandung potensi terjadinya tindak kekerasan terhadap perempuan dan anak. Pasal 1 Deklarasi Penghapusan Kekerasan Terhadap Perempuan (Resolusi Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa No. 48/104, Desember 1993) menyatakan definisi Kekerasan

Terhadap Perempuan adalah “setiap tindakan berdasarkan jenis kelamin yang berakibat atau mungkin berakibat kesengsaraan atau penderitaan perempuan secara fisik, seksual dan psikologis, termasuk ancaman tindakan tertentu, pemaksaan atau perampasan kemerdekaan secara sewenang-wenang, baik yang terjadi di ranah publik atau dalam kehidupan pribadi”

Dikaitkan dengan Pasal 1 CEDAW, maka materi muatan dan dampak pelaksanaan beberapa pasal dalam qanun ini dapat dinilai sebagai diskriminasi terhadap perempuan. Pasal 1 CEDAW, yaitu: “setiap perbedaan, pengucilan atau pembatasan yang dibuat atas dasar jenis kelamin, yang mempunyai pengaruh atau tujuan untuk mengurangi atau menghapuskan pengakuan, penikmatan atau penggunaan HAM dan kebebasan pokok di bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, sipil atau apapun lainnya oleh perempuan, terlepas dari status perkawinan mereka, atas dasar persamaan antara laki-laki dan perempuan” diperluas dengan kekerasan terhadap perempuan sebagai suatu bentuk diskriminasi (Rekomendasi Umum Komite CEDAW No. 19 tahun 1992 menentukan bahwa kekerasan terhadap perempuan adalah suatu bentuk diskriminasi terhadap perempuan, dan memenuhi ketentuan Pasal 1 Konvensi CEDAW).

Pasal 1 CEDAW menentukan pula bahwa, walaupun tujuan suatu aturan itu adalah untuk melindungi perempuan, tetapi apabila pelaksanaannya mempunyai dampak yang merugikan perempuan, mengurangi atau menghapuskan pengakuan, penikmatan atau penggunaan HAM, maka aturan atau tindakan itu adalah diskriminatif terhadap perempuan, dan dengan demikian menjadi suatu bentuk diskriminasi terhadap perempuan.

Sebagai contoh adalah ketentuan dalam Pasal 13 Qanun ini tampaknya menunjukkan indikasi bertentangan dengan Pasal 1 CEDAW ini. Pasal 13 ayat (1) Qanun menyatakan: “Setiap muslim dan muslimah wajib berbusana islami”. Sedangkan ayat (2) pasal yang sama mewajibkan pimpinan instansi pemerintah, lembaga pendidikan, badan usaha dan atau institusi masyarakat untuk membudayakan busana islami di lingkungannya. Perbedaan seperti ini mengindikasikan ketidaksetaraan yang ditentang oleh Pasal 1 CEDAW. Pasal 23 Qanun ini adalah ketentuan pidana bagi pelanggar ketentuan Pasal 13 tersebut dan karena itu memiliki sifat diskriminatif yang sama.

Prinsip Keadilan Substantif

Keberadaan prinsip keadilan substantif bagi perempuan dari perspektif CEDAW juga tidak dapat langsung dinilai dari ketentuan qanun ini secara kasat mata. Hal ini disebabkan karena objek yang diatur oleh qanun ini adalah pelaksanaan pemerintahan yang fungsi pokoknya adalah menyediakan dasar hukum untuk bekerjanya lembaga pemerintahan itu. Jadi keterkaitan dengan issue gender akan sangat tergantung pada kebijakan negara yang dilaksanakan oleh institusi negara dimaksud.

Namun demikian, sebagaimana telah diuraikan di atas jika definisi Pasal 1 CEDAW digunakan untuk melakukan identifikasi kelemahan peraturan perundang-undangan atau kebijakan formal atau netral maka perda ini dapat menimbulkan *pengaruh* atau *tujuan* yang bertentangan dengan Prinsip Keadilan Substantif. Sekalipun Perda ini tidak dimaksudkan untuk meniadakan penikmatan hak perempuan, tetapi apabila mempunyai pengaruh atau dampak merugikan perempuan baik untuk jangka pendek atau jangka panjang maka aturan ini dipandang diskriminatif. Prinsip keadilan substantif menuntut agar negara bertindak untuk memberlakukan persamaan hak hukum bagi laki-laki dan perempuan, dalam (i) kewarganegaraan, (ii) kesetaraan dan keadilan dalam perkawinan dan hubungan keluarga, (iii) kewarisan, (iv) dalam perwalian anak (*guardianship*) dan persamaan kedudukan dalam hukum dan persamaan perlakuan di hadapan hukum. Sementara sebagian pemahaman dan mazhab Islam yang jelasnya akan menjadi doktrin dalam bekerjanya lembaga yang diatur oleh perda ini masih berisi pemahaman yang diskriminatif pula sehingga keberadaan lembaga ini kelak akan berdampak atau membawa *pengaruh* dilahirkannya kebijakan negara yang diskriminatif.

Prinsip Kewajiban Negara

Sebagaimana telah jelaskan dalam implementasi terhadap prinsip non diskriminasi di atas Prinsip Kewajiban Negara juga tidak terpenuhi dalam perda ini. Menurut CEDAW negara wajib membuat peraturan perundang-undangan yang tepat, termasuk sanksi-sanksinya, melarang segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Negara juga berkewajiban untuk melakukan langkah-tindak yang tepat, termasuk membuat peraturan

perundang-undangan, di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, untuk menjamin perkembangan dan kemajuan perempuan sepenuhnya, dengan tujuan untuk menjamin bahwa perempuan melaksanakan dan menikmati HAM dan kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan (keadilan dan kesetaraan) dengan laki-laki (Pasal 3 Konvensi CEDAW).

Ketiadaan ketentuan yang mengidentifikasi suatu *affirmative action* dalam perda ini dapat ditunjuk sebagai bentuk tiadanya pemenuhan kewajiban negara.

7. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 12 Tahun 2003 tentang Minuman Khamar dan Sejenisnya

Prinsip Non Diskriminasi

Qanun Nomor 12 Tahun 2003 tentang Minuman Khamar dan Sejenisnya disusun dengan fokus pada pencapaian tujuan kebijakan itu sendiri yaitu untuk melindungi masyarakat dari berbagai bentuk kegiatan dan atau perbuatan yang merusak akal; mencegah terjadinya perbuatan atau kegiatan yang timbul akibat minuman khamar dalam masyarakat; dan meningkatkan peran serta masyarakat dalam mencegah dan memberantas terjadinya perbuatan minuman khamar dan sejenisnya. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 3. Dengan demikian dari perspektif CEDAW secara umum qanun ini berorientasi pada target kelompok tertentu dan tidak secara spesifik bertujuan mengubah ketidakadilan gender, tidak memuat dalam ketentuannya sesuatu yang secara langsung berkaitan dengan hak-hak perempuan dan karena itu dapat dikatakan secara umum netral gender.

Prinsip Keadilan Substantif

Keberadaan prinsip keadilan substantif bagi perempuan dari perspektif CEDAW juga tidak dapat langsung dinilai dari ketentuan qanun ini secara kasat mata. Hal ini disebabkan karena objek yang diatur oleh qanun ini adalah pelaksanaan pemerintahan yang fungsi pokoknya adalah

menyediakan dasar hukum untuk bekerjanya lembaga pemerintahan itu. Jadi keterkaitan dengan issue gender akan sangat tergantung pada kebijakan negara yang dilaksanakan oleh institusi negara dimaksud.

Prinsip Kewajiban Negara

Sebagaimana halnya implementasi terhadap prinsip non diskriminasi dan keadilan substantif di atas Prinsip Kewajiban Negara juga tidak dapat dinilai segera dalam qanun ini. Menurut CEDAW negara wajib membuat peraturan perundang-undangan yang tepat, termasuk sanksi-sanksinya, melarang segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Negara juga berkewajiban untuk melakukan langkah-tindak yang tepat, termasuk membuat peraturan perundang-undangan, di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, untuk menjamin perkembangan dan kemajuan perempuan sepenuhnya, dengan tujuan untuk menjamin bahwa perempuan melaksanakan dan menikmati HAM dan kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan (keadilan dan kesetaraan) dengan laki-laki (Pasal 3 Konvensi CEDAW).

Ketiadaan ketentuan yang mengidentifikasi suatu *affirmative action* dalam qanun ini dapat ditunjuk sebagai bentuk tiadanya pemenuhan kewajiban negara.

8. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 13 Tahun 2002 tentang Maisir (Perjudian)

Prinsip Non Diskriminasi

Memelihara dan melindungi harta kekayaan; mencegah anggota masyarakat melakukan perbuatan yang mengarah kepada *maisir*; melindungi masyarakat dari pengaruh buruk yang timbul akibat kegiatan dan/atau perbuatan *maisir*; dan meningkatkan peran serta masyarakat dalam upaya pencegahan dan pemberantasan perbuatan *maisir*. Itulah tujuan-tujuan dikeluarkannya Qanun Nomor 13 Tahun 2003 tentang *Maisir* (Perjudian). Hal ini ditegaskan dalam Pasal 3 Qanun ini. Dengan demikian dari perspektif

CEDAW secara umum qanun ini berorientasi pada target kelompok tertentu dan tidak secara spesifik bertujuan mengubah ketidakadilan gender, tidak memuat dalam ketentuannya sesuatu yang secara langsung berkaitan dengan hak-hak perempuan dan karena itu dapat dikatakan secara umum netral gender.

Prinsip Keadilan Substantif

Keberadaan prinsip keadilan substantif bagi perempuan dari perspektif CEDAW juga tidak dapat langsung dinilai dari ketentuan qanun ini secara kasat mata. Hal ini disebabkan karena objek yang diatur oleh qanun ini adalah pelaksanaan pemerintahan yang fungsi pokoknya adalah menyediakan dasar hukum untuk bekerjanya lembaga pemerintahan itu. Jadi keterkaitan dengan issue gender akan sangat tergantung pada kebijakan negara yang dilaksanakan oleh institusi negara dimaksud.

Prinsip Kewajiban Negara

Sebagaimana halnya implementasi terhadap prinsip non diskriminasi dan keadilan substantif di atas Prinsip Kewajiban Negara juga tidak dapat dinilai segera dalam qanun ini. Menurut CEDAW negara wajib membuat peraturan perundang-undangan yang tepat, termasuk sanksi-sanksinya, melarang segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Negara juga berkewajiban untuk melakukan langkah-tindak yang tepat, termasuk membuat peraturan perundang-undangan, di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, untuk menjamin perkembangan dan kemajuan perempuan sepenuhnya, dengan tujuan untuk menjamin bahwa perempuan melaksanakan dan menikmati HAM dan kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan (keadilan dan kesetaraan) dengan laki-laki (Pasal 3 Konvensi CEDAW).

Ketiadaan ketentuan yang mengidentifikasi suatu *affirmative action* dalam qanun ini dapat ditunjuk sebagai bentuk tiadanya pemenuhan kewajiban negara.

9. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 14 Tahun 2003 tentang *Khalwat* (Mesum)

Prinsip Non Diskriminasi

Sekalipun qanun ini disusun dengan fokus pada pencapaian tujuan kebijakan itu sendiri namun tampaknya qanun ini berpeluang untuk tidak sejalan dengan prinsip non diskriminasi sebagaimana dituntut oleh CEDAW. Dalam Pasal 3 qanun ini ditentukan bahwa tujuan larangan *khalwat*/mesum adalah yaitu untuk menegakkan syariat Islam dan adat istiadat yang berlaku dalam masyarakat di Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam; melindungi masyarakat dari berbagai bentuk kegiatan dan/atau perbuatan yang merusak kehormatan; mencegah anggota masyarakat sedini mungkin dari melakukan perbuatan yang mengarah kepada zina; meningkatkan peran serta masyarakat dalam mencegah dan memberantas perbuatan *khalwat*/mesum; dan menutup peluang terjadinya kerusakan moral. Menyelenggarakan dan menegaskan hak-hak istimewa yang telah diberikan berdasarkan Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999 sebagaimana ditegaskan dalam konsideran menimbang adalah juga tujuan qanun ini. qanun ini umumnya berorientasi pada target kelompok tertentu dan tidak secara spesifik bertujuan mengubah ketidakadilan gender, tidak memuat dalam ketentuannya sesuatu yang secara langsung berkaitan dengan hak-hak perempuan dan karena itu dapat dikatakan secara umum netral gender.

Namun budaya patriarkhal yang sangat kuat di Aceh yang menjadi tempat dilaksanakannya qanun ini mengundang dampak menjadikan perempuan sebagai obyek diskriminasi, dan dengan demikian mengandung potensi terjadinya tindak kekerasan terhadap perempuan. Pasal 1 Deklarasi Penghapusan Kekerasan Terhadap Perempuan¹³³ menyatakan definisi Kekerasan terhadap perempuan adalah “setiap tindakan berdasarkan jenis kelamin yang berakibat atau mungkin berakibat kesengsaraan atau penderitaan perempuan secara fisik, seksual dan psikologis, termasuk ancaman tindakan tertentu, pemaksaan atau perampasan kemerdekaan secara sewenang-wenang, baik yang terjadi di ranah publik atau dalam kehidupan pribadi”

¹³³ Resolusi Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa No. 48/104, Desember 1993.

Lebih lanjut Pasal 1 CEDAW menentukan: "setiap pembedaan, pengucilan atau pembatasan yang dibuat atas dasar jenis kelamin, yang mempunyai pengaruh atau tujuan untuk mengurangi atau menghapuskan pengakuan, penikmatan atau penggunaan HAM dan kebebasan pokok di bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, sipil atau apapun lainnya oleh perempuan, terlepas dari status perkawinan mereka, atas dasar persamaan antara laki-laki dan perempuan" diperluas dengan kekerasan terhadap perempuan sebagai suatu bentuk diskriminasi. Rekomendasi Umum Komite CEDAW No. 19 tahun 1992 menentukan bahwa kekerasan terhadap perempuan adalah suatu bentuk diskriminasi terhadap perempuan, dan memenuhi ketentuan Pasal 1 Konvensi CEDAW.

Implikasi dari ketentuan Pasal 1 CEDAW di atas adalah walaupun tujuan suatu aturan adalah netral atau bahkan ditujukan untuk melindungi perempuan, tetapi apabila pelaksanaannya mempunyai dampak yang merugikan perempuan, mengurangi atau menghapuskan pengakuan, penikmatan atau penggunaan HAM, maka aturan atau tindakan itu adalah diskriminatif terhadap perempuan, dan dengan demikian menjadi suatu bentuk diskriminasi terhadap perempuan.

Dalam budaya patriarkhal perempuan adalah selalu pihak yang lemah dan dilemahkan bahkan dipersalahkan khususnya dalam segala sesuatu yang berkaitan dengan yang disebut sebagai kehormatan dalam Pasal 3 qanun ini. Hal ini bila dihubungkan dengan ketentuan Pasal 8 dan Pasal 9 qanun ini yang menentukan tentang keterlibatan warga masyarakat dalam penegakan qanun. Masalahnya adalah dalam qanun ini tidak ditemukan satu ketentuan pun yang melarang penghakiman sendiri (*eigenrechting*) terhadap tersangka pelaku pelanggaran qanun oleh masyarakat. Ketiadaan ketentuan yang melarang penghakiman sendiri itu, sementara disadari adanya kebiasaan mempersalahkan dan memperlakukan pelaku perempuan lebih buruk daripada pelaku laki-laki adalah potensi diskriminatif qanun ini.

Prinsip Keadilan Substantif

Keberadaan prinsip keadilan substantif bagi perempuan tidak dapat langsung dinilai dari ketentuan-ketentuan yang tertulis dalam qanun. Untuk mengidentifikasi kelemahan peraturan perundang-undangan atau

kebijakan formal yang sepintas terlihat netral maka qanun ini dapat dipertanyakan apakah berpotensi menimbulkan pengaruh atau tujuan yang bertentangan dengan Prinsip Keadilan Substantif. Sekalipun qanun ini tidak dimaksudkan untuk meniadakan penikmatan hak perempuan, tetapi apabila mempunyai pengaruh atau dampak merugikan perempuan baik untuk jangka pendek atau jangka panjang maka aturan ini dipandang diskriminatif. Prinsip keadilan substantif menuntut agar negara bertindak untuk memberlakukan persamaan perlakuan di hadapan hukum. Sementara disadari bahwa budaya patriarkhal yang sangat sensitif dengan segala sesuatu yang berkaitan dengan “kehormatan” cenderung diskriminatif terhadap perempuan. Sehingga bila keberadaan lembaga ini kelak akan berdampak atau membawa pengaruh memperkuat budaya itu, atau sekurang-kurangnya tidak berupaya menghapuskan ketidakadilan itu maka kebijakan negara tersebut adalah juga yang diskriminatif.

Prinsip Kewajiban Negara

Sebagaimana telah dijelaskan dalam implementasi terhadap prinsip non diskriminasi dan keadilan substantif di atas Prinsip Kewajiban Negara juga tidak terpenuhi dalam qanun ini. Menurut CEDAW negara wajib membuat peraturan perundang-undangan yang tepat, termasuk sanksi-sanksinya, melarang segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Negara juga berkewajiban untuk melakukan langkah-tindak yang tepat, termasuk membuat peraturan perundang-undangan, di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, untuk menjamin perkembangan dan kemajuan perempuan sepenuhnya, dengan tujuan untuk menjamin bahwa perempuan melaksanakan dan menikmati HAM dan kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan (keadilan dan kesetaraan) dengan laki-laki (Pasal 3 Konvensi CEDAW). Kewajiban-kewajiban itulah yang tidak terpenuhi sebagaimana telah dipaparkan di atas

Dapat ditambahkan lagi adalah ketiadaan ketentuan yang mengidentifikasi suatu *affirmative action* dalam qanun ini dapat ditunjuk sebagai bentuk tiadanya pemenuhan kewajiban negara. Bila perempuan bermasalah di hadapan hukum, adalah wajar dari perspektif CEDAW bila negara memberi penanganan khusus. Terkait dengan qanun ini negara

mengabaikan kebutuhan akan adanya suatu mekanisme dan/atau institusi yang melakukan pembelaan hukum terhadap tersangka perempuan yang bermasalah dengan hukum syariat.

10. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 7 Tahun 2004 tentang Pengelolaan Zakat

Prinsip Non Diskriminasi

Pembentukan qanun ini berlandaskan pelaksanaan syariat Islam dan dengan filosofi bahwa pendayagunaan zakat sebagai sumber dana potensial dalam mewujudkan kesejahteraan keadilan sosial guna meningkatkan taraf hidup kaum dhuafa dan sebagai salah satu sumber daya pembangunan umat di Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Pembentukan qanun ini merupakan perintah langsung Undang-undang Nomor 38 Tahun 1999, Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999 dan Undang-undang Nomor 18 tahun 2001. Penegasan-pengasan ini ditemukan dalam konsideran menimbang.

Pasal 3 ayat (1) yang menyatakan bahwa setiap orang yang beragama Islam atau badan yang dimiliki oleh orang Islam dan berdomisili dan/atau melakukan kegiatan usaha di Aceh yang memenuhi syarat sebagai *muzakki* menunaikan zakat melalui *Baitul Mal*. Dengan demikian, dapat dinyatakan bahwa pembayaran zakat oleh *muzakki* dibebankan secara setara pada laki-laki atau perempuan sesuai dengan ketentuan.

Demikian juga ketentuan Pasal 7 yang menyatakan setiap orang yang bersomisili dalam Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam yang termasuk dalam salah satu *senif mustahiq* berhak mendapat bagian dari zakat yang dikumpulkan oleh *Badan Baitul Mal*. Penerima zakat (*mustahik*) terdiri dari 8 snif, yakni *fakir, miskin, amil, muallaf, riqab, gharim, fisabilillah dan ibnu sabil*. Memang tidak disebutkan secara tegas tentang jenis kelamin tertentu yang berhak menerima bagian dari zakat yang terkumpul.

Tidak ditemukan dalam ketentuannya sesuatu yang secara langsung bertentangan dengan hak-hak perempuan. Ia disusun dengan fokus pada

pencapaian tujuan kebijakan itu sendiri yaitu untuk menyelenggarakan dan menegaskan hak-hak istimewa yang telah diberikan berdasarkan Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999. qanun berorientasi pada target kelompok tertentu dan tidak secara spesifik bertujuan mengubah ketidakadilan gender. Karena itu dapat dikatakan qanun ini secara umum netral gender.

Prinsip Keadilan Substantif

Qanun ini tidak dapat langsung dinilai sebagai memuat keadilan substantif bagi perempuan dari perspektif CEDAW karena yang menjadi objek yang diatur oleh qanun ini adalah pelaksanaan pemerintahan yang fungsi pokoknya adalah menyediakan dasar hukum untuk bekerjanya lembaga pemerintahan itu. Jadi keterkaitan dengan issue gender akan sangat tergantung pada kebijakan negara yang dilaksanakan oleh institusi negara dimaksud.

Namun demikian, sebagaimana telah diuraikan di atas jika definisi Pasal 1 CEDAW digunakan untuk melakukan identifikasi kelemahan peraturan perundang-undangan atau kebijakan formal atau netral maka qanun ini dapat menimbulkan pengaruh atau tujuan yang bertentangan dengan Prinsip Keadilan Substantif. Sekalipun qanun ini tidak dimaksudkan untuk meniadakan penikmatan hak perempuan, tetapi apabila mempunyai pengaruh atau dampak merugikan perempuan baik untuk jangka pendek atau jangka panjang maka aturan ini dipandang diskriminatif.

Prinsip Kewajiban Negara

Sebagaimana telah jelaskan dalam implementasi terhadap prinsip non diskriminasi di atas Prinsip Kewajiban Negara juga tidak terpenuhi dalam Perda ini. Menurut CEDAW negara wajib membuat peraturan perundang-undangan yang tepat, termasuk sanksi-sanksinya, melarang segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Negara juga berkewajiban untuk melakukan langkah-tindak yang tepat, termasuk membuat peraturan perundang-undangan, di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, untuk menjamin perkembangan dan kemajuan perempuan sepenuhnya, dengan tujuan untuk menjamin

bahwa perempuan melaksanakan dan menikmati HAM dan kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan (keadilan dan kesetaraan) dengan laki-laki (Pasal 3 Konvensi CEDAW). bhufho79ej69

Ketiadaan ketentuan yang mengidentifikasi suatu *affirmative action* dalam perda ini dapat ditunjuk sebagai bentuk tiadanya pemenuhan kewajiban negara. Jika mengacu pada pasal 11 ayat (1), diketahui bahwa *Baitul Mal* mempunyai fungsi dan kewenangan untuk mengurus dan mengelola zakat, wakaf, dan harta agama. Untuk kepentingan itu maka *Baitul Mal* berwenang melakukan pengumpulan, penyaluran dan pendayagunaan zakat; melakukan sosialisasi zakat, wakaf dan harta agama lainnya. *Baitul Mal* bertugas melaksanakan pengelolaan zakat pembinaan *mustahiq* dan *muzakki* serta pemberdayaan harta agama sesuai dengan ketentuan syariat Islam (Pasal 14). Untuk menyelenggarakan tugas itu Badan *Baitul Mal* berfungsi untuk mendata *muzakki*, mengumpulkan zakat, mendata *mustahiq*, menyalurkan zakat, menginventarisasi dan meneliti harta agama, memelihara dan mengamankan zakat, meningkatkan kualitas harta agama dan memberdayakan harta agama.

Jika dilihat dengan ketentuan di atas, dapat diketahui bahwa *Baitul Mal* merupakan lembaga yang memiliki kewenangan luas untuk untuk bidang zakat dan harta agama ini. Namun pertanyaannya dari perspektif CEDAW yaitu “adakah lembaga ini melakukan pendekatan *affirmative action* dalam melaksanakan kewenangan, tugas dan fungsinya?”. Misalnya jika lembaga ini menyalurkan zakat kepada *mustahiq* adakah *mustahiq* perempuan didahulukan daripada *mustahiq* laki-laki? Nampaknya keputusan untuk itu diserahkan kepada kebijaksanaan masing-masing *Baitul Mal* dan karena itu pula itulah yang menjadi kelemahan qanun ini dari perspektif CEDAW. Qanun ini tidak memuat ketentuan yang afirmatif dan dapat diartikan sebagai tindakan mempercepat penghilangan ketidaksetaraan yang dituntut oleh CEDAW.

Pendekatan *affirmative action* untuk menguatkan pemberdayaan zakat bagi perempuan ini semakin mendesak jika diingat kondisi Aceh pasca konflik dan bencana tsunami yang membuat banyak laki-laki tewas dan meninggalkan perempuan sebagai kepala keluarga dan penyandang ekonomi keluarga yang utama dan bahkan satu-satunya. Padahal, jika

didasarkan atas kondisi sosial Aceh paska tsunami dan konflik, seharusnya pemuatan bagian khusus tentang peran dan fungsi perempuan dalam hal pengelolaan dan pendayagunaan zakat, wakaf serta harta agama lainnya akan menjadi dukungan yang kuat terutama dalam hal penguatan ekonomi kepala keluarga (utamanya perempuan). Mengingat, saat ini peran perempuan kepala keluarga juga sebuah kenyataan yang berlangsung.

Qanun ini netral gender. Namun demikian, sangat terbuka untuk mendiskusikan lebih lanjut tentang penetapan bagian khusus dukungan terhadap perempuan sebagai kepala keluarga, terutama dalam hal pendayagunaan zakat bagi keperluan produktif dan konsumtif. Untuk memastikan hal tersebut, pendataan tentang perempuan kepala keluarga menjadi sebuah kegiatan yang dapat dilangsungkan secara berjenjang, mulai dari gampong, kemukiman, kabupaten/kota hingga propinsi. Kegiatan ini dapat dijadikan bagian yang tak terpisahkan dari peran dan fungsi *Baitul Mal* yang telah terbentuk. Dengan demikian, para *mustahik* dapat dipilah antara laki-laki dan perempuan. Secara umum, *mustahik* yang punya usaha tapi membutuhkan dukungan adalah kelompok perempuan. Sedangkan pengelola usaha produktif dapat memperoleh dukungan perbankan jika membutuhkan perluasan usahanya.

11. Qanun Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 12 Tahun 2004 tentang Kebudayaan Aceh

Prinsip Non Diskriminasi

Konsideran menimbang qanun ini menyatakan tujuan qanun ini disusun adalah untuk menyelenggarakan dan menegaskan hak-hak istimewa yang telah diberikan berdasarkan Undang-undang Nomor 44 Tahun 1999. Sementara Pasal 3 menentukan bahwa penyelenggaraan kebudayaan Aceh bertujuan membina dan mengembangkan budi daya orang Aceh, untuk mewujudkan harkat dan martabat diri sebagai orang Aceh, yang berjiwa patriot, berkualitas, berkepribadian, memiliki harga diri dan mampu menghadapi perkembangan zaman. Namun demikian dari perspektif gender tidak terlihat adanya landasan qanun yang mengupayakan

pemenuhan asas kesetaraan gender. Padahal ada tuntutan dalam Instruksi Presiden Nomor 9 Tahun 2000 tentang Pengarusutamaan Gender bahwa perencanaan, penyusunan, pelaksanaan, pemantauan dan evaluasi atas kebijakan dan program pembangunan nasional haruslah beperspektif gender dalam rangka mewujudkan kesetaraan dan keadilan gender dalam kehidupan berkeluarga, bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Tuntutan ini semakin kuat karena Pemerintah Aceh diberi wewenang dalam Pasal 6 Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintah antara Pemerintah Daerah Propinsi, dan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota, yang salah satu urusan wajib Pemerintah Aceh dalam pelayanan dasar adalah pemberdayaan perempuan dan perlindungan anak. Demikian pula pada penjelasan qanun, tidak ada penjelasan tentang pentingnya qanun dibuat untuk dapat dijadikan pedoman bagi pemerintah daerah dan para pengambil kebijakan dalam pengarusutamaan gender ini.

Tidak terlihat keberadaan prinsip non diskriminasi dan keadilan gender pada ketentuan-ketentuan qanun ini. Bahkan sebenarnya qanun ini sama sekali tidak memuat pasal tentang asas yang lazim ada pada peraturan sejenis. Ketiadaan asas non diskriminasi pada qanun ini tidak serta merta membuat ia menjadi netral terhadap diskriminasi. Justru kelompok-kelompok minoritas dalam masyarakat dan/atau kelompok-kelompok rentan lainnya, termasuk perempuan terdiskriminasi dalam persaingan yang dibiarkan terbuka tanpa *affirmative action* untuk mereka. Ketiadaan jaminan non diskriminasi ini pada realitas sosialnya akan berdampak tidak adil bagi perempuan dan kelompok rentan lainnya yang pada saat ini berada dalam posisi marjinal untuk kesempatan berpartisipasi.

Qanun ini tidak secara spesifik bertujuan mengubah ketidakadilan gender namun juga tidak memuat ketentuan tertentu yang jelas-jelas diskriminatif. Karena itu dapat dikatakan perda ini secara umum netral gender.

Namun dari perspektif Pasal 3¹³⁴ dan Pasal 4¹³⁵ CEDAW maka ada satu titik yang dapat ditunjuk sebagai masalah dalam perda ini yaitu ketiadaan

¹³⁴ Mewajibkan negara untuk melakukan langkah-tindak *proaktif* di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, serta menciptakan lingkungan dan kondisi yang menjamin pengembangan dan kemajuan perempuan.

¹³⁵ Mewajibkan Negara untuk melakukan tindakan-khusus-sementara (*temporary special measures*) untuk mempercepat kesetaraan *de-facto* serta mencapai kesetaraan dalam perlakuan dan kesempatan bagi perempuan dan laki-laki (ayat 1).

suatu pasal pun yang berbentuk *affirmative action*. Adanya Pasal ini akan bermakna bahwa Pemerintah Aceh melaksanakan suatu tindakan-khusus-sementara (*temporary special measures*) untuk mempercepat kesetaraan *de-facto* serta mencapai kesetaraan dalam perlakuan dan kesempatan bagi perempuan dan laki-laki, *a contratio*, ketiadaan ketentuan ini dalam qanun dimaksud bermakna dari perspektif CEDAW Perda ini tidak sinkron dengan nilai-nilai non diskriminasi.

Dari sisi peluang partisipasi perempuan tidak ada ditemukan dalam qanun ini penugasan khusus untuk pengembangan kapasitas perempuan sehingga dapat berpartisipasi lebih luas dalam pengelolaan kebudayaan ini. Padahal kedua hal ini amat diperlukan sebagai *affirmative action* terlebih-lebih bagi perempuan berpendidikan rendah dan atau berada di pedesaan. Pasal 8 hanya menyatakan semua orang Aceh memiliki hak yang sama sepanjang sesuai dengan norma dan nilai budaya Aceh.

Prinsip Keadilan Substantif

Qanun ini tidak dapat langsung dinilai sebagai memuat keadilan substantif bagi perempuan atau tidak karena yang menjadi objek yang diatur oleh qanun ini adalah institusi-institusi kebudayaan yang sangat terikat pada nilai dan norma yang dilaksanakannya, padahal institusi, nilai dan norma itu sangat bervariasi antara satu kelompok masyarakat dengan kelompok masyarakat lain di Aceh. Beberapa di antara institusi, nilai dan norma tersebut merugikan perempuan, atau setidaknya tidak berpihak pada kepentingan perempuan, sementara sebagian yang lain berpihak bahkan memperkuat posisi perempuan. Konsekuensi dari sifatnya yang generik ini ada peluang qanun ini memperkuat dan memfasilitasi tumbuh berkembangnya institusi, nilai dan norma yang berkecenderungan negatif terhadap perempuan sama besarnya dengan peluang ia memfasilitasi institusi, nilai dan norma yang mendukung atau memperkuat posisi perempuan.

Namun demikian, sebagaimana diuraikan di atas jika definisi Pasal 1 CEDAW digunakan untuk melakukan identifikasi kelemahan peraturan perundang-undangan atau kebijakan formal atau netral maka qanun ini dapat menimbulkan *pengaruh* atau *tujuan* yang bertentangan dengan Prinsip Keadilan Substantif. Sekalipun qanun ini tidak dimaksudkan untuk

meniadakan penikmatan hak perempuan, tetapi apabila mempunyai pengaruh atau dampak merugikan perempuan baik untuk jangka pendek atau jangka panjang maka aturan ini dipandang diskriminatif.

Prinsip Kewajiban Negara

Sebagaimana telah jelaskan dalam implementasi terhadap prinsip non diskriminasi di atas Prinsip Kewajiban Negara juga tidak terpenuhi dalam perda ini. Menurut CEDAW negara wajib membuat peraturan perundang-undangan yang tepat, termasuk sanksi-sanksinya, melarang segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Negara juga berkewajiban untuk melakukan langkah-tindak yang tepat, termasuk membuat peraturan perundang-undangan, di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, untuk menjamin perkembangan dan kemajuan perempuan sepenuhnya, dengan tujuan untuk menjamin bahwa perempuan melaksanakan dan menikmati HAM dan kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan (keadilan dan kesetaraan) dengan laki-laki (Pasal 3 Konvensi CEDAW).

Sekalipun disadari bahwa masih ada di antara institusi, nilai dan norma budaya Aceh yang merugikan perempuan, atau setidaknya tidak berpihak pada kepentingan perempuan namun dalam qanun ini tidak terdapat ketentuan yang secara tegas menentang atau melarang institusi nilai dan norma budaya yang negatif. Konsekuensi dari sifatnya yang generik ini ada peluang qanun ini membiarkan berlangsungnya atau bahkan berkembangnya institusi, nilai dan norma budaya Aceh yang berkecenderungan negatif terhadap perempuan. Dengan demikian kewajiban negara untuk "...membuat peraturan perundang-undangan, di semua bidang, khususnya di bidang politik, sosial, ekonomi dan budaya, untuk menjamin perkembangan dan kemajuan perempuan sepenuhnya, dengan tujuan untuk menjamin bahwa perempuan melaksanakan dan menikmati HAM dan kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan (keadilan dan kesetaraan) dengan laki-laki juga tidak terpenuhi oleh qanun ini.

Oleh karena itu perlu dilakukan studi tentang perikehidupan/nilai/norma/institusi budaya dan adat yang merugikan perempuan, atau setidaknya

tidaknya tidak berpihak pada kepentingan perempuan sehingga terhindar dari kemungkinan adanya penguatan/fasilitasi oleh negara terhadap perikehidupan/nilai/norma/ institusi budaya dan adat itu sebagaimana dimandatkan dalam Pasal 14 qanun ini.

Hal ini semakin terasa penting dan mendesak manakala dipertimbangkan bahwa CEDAW menuntut agar "...Negara-negara Pihak diwajibkan untuk menjamin bahwa sikap-sikap tradisional, sejarah, agama atau budaya tidak digunakan untuk membenarkan pelanggaran terhadap hak perempuan untuk kesetaraan di hadapan hukum dan kenikmatan yang sama terhadap semua hak yang diatur dalam kovenan. Negara Pihak harus memberikan informasi yang tepat pada aspek-aspek tradisi, sejarah, praktek budaya dan sikap keagamaan yang membahayakan, atau mungkin membahayakan, sesuai dengan pasal 3, dan menunjukkan langkah-langkah apa yang mereka telah mengambil atau bermaksud untuk mengambil untuk mengatasi faktor-faktor tersebut....". Keberadaan qanun ini mejadi penting dalam kacamata CEDAW dari perspektif ini.

Demikian juga dengan tidak adanya perlakuan khusus bagi perempuan untuk mendapat akses peluang partisipasi dan/atau perlakuan khusus untuk pengembangan kapasitas perempuan sehingga dapat berpartisipasi lebih luas dalam pengembangan kebudayaan ini. Padahal kedua hal ini amat diperlukan sebagai *affirmative action* terlebih-lebih bagi perempuan berpendidikan rendah dan atau berada di pedesaan. Ketiadaan ketentuan yang mengidentifikasi suatu *affirmative action* dalam perda ini dapat ditunjuk sebagai bentuk tiadanya pemenuhan kewajiban negara.



Daftar Pustaka

Achie Sudiarti Luhulima, Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia No. 44 Tahun 2008 tentang Pornografi Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Instrumen HAM Internasional Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita disahkan dengan UU Republik Indonesia No. 7 Tahun 1984 dan UU Republik Indonesia No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Azasi Manusia, UU Republik Indonesia No. 11 tahun 2005 Tentang Pengesahan *International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights* (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya), UU Republik Indonesia No. 12 Tahun 2005 Tentang Pengesahan *International Covenant On Civil And Political Rights* (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil Dan Politik) dan *Convention On The Rights Of The Child* (Konvensi Hak-Hak Anak) disahkan melalui Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 36 tahun 1990 dan UU Republik Indonesia No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak .

Abdullahi. A. An-Naim, *Islam and Human Rights: Beyond Universality Debate*, 94 American Society for International Law Proc, 95, 2000.

Akhtar Khalid Bhatti and Gul-e Jannat, *the Holy Quran and Human Rights*, 1996.

Amina Wadud, *Towards a Quranic Hermeneutics of Social Justice: Race, Class and Gender*, J.L. and Relig, 1995/1996.

Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Graffiti Press, 2006, hlm. 120-121.

Daniel E. Price, *Islamic Political Culture, Democracy, and Human Rights: A Comparative Study*, 1999.

Hikmahanto Juwana, *Hukum Internasional dalam Perspektif Indonesia sebagai Negara Berkembang*, Jakarta, PT. Yarsif Watampone, 2010

Jack Donnelly, *Cultural Relativism and Universal Human Rights*, *Human Rights Quarterly*, 410-19, 1984.

Katerina Dalacoura, *Islam, Liberalism and Human Rights: Implications for International Relations*, 1998

Muhammad Zafrulla Khan, *Islam and Human Rights*, 1999.

Riffat Hassan, *Religious Human Rights and the Qur'an*, 10 *Emory International Law Rev*, 85, 1996.

Shaheen Sardar Ali, *The Conceptual Foundations of Human Rights: A Comparative Perspective*, 3 *European Public Law*, 261, 1997.

Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004, hlm. 13-14.

Urfan Khaliq, *Beyond the Veil?: An Analysis of the Provisions of Women's Convension in the Law as Stipulated in Shari'ah*, *Buff. Journal of International Law*, 1995.

BAB IV

Ringkasan Temuan Dan Kesimpulan

Oleh Roichatul Aswidah

I. Pengantar

Studi ini bertujuan untuk melakukan kajian atas qanun-qanun yang disahkan sejak diberlakukannya UU No. 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Propinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam dan kesesuaiannya dengan hak asasi manusia. Sejak Undang-Undang ini disahkanlah, maka Aceh diperkenankan untuk menerapkan Syariah Islam dan mewujudkannya dalam “Qanun”.¹³⁶ Undang-undang ini kemudian diperbarui dengan UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintah Aceh yang menguatkan keistimewaan Aceh dan memberikan otonomi khusus seluas-luasnya termasuk melaksanakan Syariat Islam. Pasal 125 Undang-undang No. 11 Tahun 2006 menjelaskan bahwa Syariat Islam meliputi aqidah, syari’ah dan akhlak dimana syariah meliputi ibadah, ahwal al-syakhshiyah (hukum keluarga), muamalah (hukum perdata), jinayah (hukum pidana), qadha’ (peradilan), tarbiyah (pendidikan), dakwah, syiar, dan pembelaan Islam. Undang-Undang ini memberikan keistimewaan dan kekhususan terhadap Pemerintah Aceh untuk melaksanakan Syariah Islam termasuk memberi otonomi bagi Pemerintah Aceh guna mengatur hukum pidana (jinayah) berdasarkan Syariat Islam. Disisi lain UU No. 32 tentang Otonomi Daerah mengatur bahwa hal ini merupakan kewenangan Pemerintah Pusat dan dikecualikan untuk menjadi bagian urusan pemerintah daerah.¹³⁷ Untuk mencapai tujuan itu dilihat sejauh mana

¹³⁶ Lihat Kasim, I, “Qanun Di Nanggroe Aceh dan Kompatibilitasnya dengan Hak Asasi Manusia”, dalam Laporan Kajian ini.

¹³⁷ Lihat UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintah Aceh Pasal 125 dan UU No. 32 Tahun 2008 tentang Otonomi Daerah Pasal 10.

qanun-qanun tersebut sesuai dengan prinsip-prinsip hak asasi manusia. Kajian ini diharapkan pula dapat mendorong diterbitkannya qanun yang berperspektif hak asasi manusia pada masa depan.

Kesesuaian qanun dengan hak asasi manusia menjadi komitmen yang dituangkan dalam Ketentuan Pasal 1.4.2 Nota Kesepahaman Helsinki:

"Legislatif Aceh akan merumuskan kembali ketentuan hukum bagi Aceh berdasarkan prinsip-prinsip universal hak asasi manusia sebagaimana tercantum dalam Kovenan International PBB mengenai Hak-hak Sipil Politik dan mengenai Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya".

Ketentuan di atas meminta adanya perbaikan pada ketentuan peraturan perundang-undangan di Aceh dimana semua ketentuan harus sesuai dengan prinsip-prinsip universal hak asasi manusia sebagaimana tercantum dalam Kovenan Internasional PBB mengenai Hak Sipil dan Politik maupun Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya. Hal ini pada dasarnya mendudukkan kembali fungsi dasar dari peraturan perundang-undangan sebagaimana dinyatakan oleh Konstitusi kita. Pasal 28 I (5) UUD 1945 menyatakan bahwa: "... pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan". Jadi, seluruh peraturan perundang-undangan pada intinya adalah instrumen pelaksanaan hak asasi manusia. Di titik inilah studi ini ditempatkan dan di titik ini pulalah seluruh Qanun Aceh harus dilihat, yaitu sejauh mana qanun menjadi instrumen pelaksanaan hak asasi manusia. Untuk itu, qanun-qanun dilihat:

- a. Sejauh mana qanun menjamin pelaksanaan hak asasi manusia terutama pada kelompok yang dipandang rentan. Studi ini melihat sejauh mana qanun-qanun yang disahkan dapat menghormati dan melindungi khususnya dua kelompok besar yaitu anak dan perempuan. Studi juga melihat sejauh mana qanun menjadi instrumen perlindungan bagi hak kelompok minoritas beragama (dalam hal ini non-muslim).
- b. Sejauh mana qanun memuat perlindungan hak asasi manusia yaitu sesuai dengan prinsip-prinsip hak asasi manusia dan justru tidak menjadi alat pelanggaran hak asasi manusia.

Kesesuaian dengan hak asasi manusia dalam studi ini dilakukan dengan melihat qanun berdasarkan instrumen hak asasi manusia relevan yang sudah disahkan oleh Indonesia. Untuk butir (a), qanun akan dilihat dari Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan dan Konvensi Hak Anak. Dua Konvensi ini telah disahkan oleh Indonesia masing-masing melalui UU Republik Indonesia No. 7 tahun 1984 dan Keputusan Presiden No. 36 Tahun 1990. Sementara itu untuk butir (b), qanun dilihat dari Kovenan Hak Sipil dan Politik yang telah disahkan oleh Indonesia melalui UU No. 12 Tahun 2012.

Oleh karena pertimbangan waktu dan biaya, tidak semua qanun yang disahkan sejak diberlakukannya UU No. 18 Tahun 2001. Untuk memilih qanun yang akan dikaji, pertama dilakukan pengelompokan atas qanun-qanun yang disahkan sejak diberlakukannya UU No. 18 Tahun 2001 yang menghasilkan dua kelompok besar, yaitu: a). Qanun yang memuat aturan yang bersifat substantif; b). Qanun yang mengatur kelembagaan. Pada dua kelompok tersebut kemudian dipilih qanun yang dipandang paling bisa mewakili dan berjumlah 11 qanun.¹³⁸

II. Hasil Studi Qanun

Studi atas qanun-qanun di atas menghasilkan beberapa kesimpulan yang pada intinya menangkap ketiadaan kesesuaian qanun-qanun tersebut dengan hak asasi manusia. Temuan-temuan hasil kajian studi qanun-qanun dapat diringkas sebagai berikut:

1. Tentang Perlindungan bagi Kelompok Anak, Perempuan dan Kelompok Minoritas

Kajian berkaitan dengan kelompok anak dan perempuan, dalam studi ini bertitik tumpu pada prinsip-prinsip yang telah diatur oleh hukum internasional (lihat Kajian berdasarkan Konvensi Hak Anak dan Konvensi Anti Diskriminasi terhadap Perempuan dalam laporan ini).

¹³⁸ Daftar rincian Qanun yang dikaji lihat masing-masing kajian pada laporan ini.

A. Kelompok Anak

Berkaitan dengan hak anak, prinsip-prinsip yang dianut adalah: a). Hak untuk diperlakukan sama (non-diskriminasi); b). Hak untuk hidup, kelangsungan hidup dan perkembangan, dll; c). Keputusan berdasarkan kepentingan terbaik anak; d). Menghormati pandangan anak (partisipasi).

Berdasarkan prinsip-prinsip di atas, studi ini menghasilkan kesimpulan bahwa *prinsip-prinsip dan norma-norma KHA tidak terintegrasi dalam qanun-qanun yang dikaji. Selain itu, perda-perda yang dikaji hanya mengatur pembebanan kewajiban masyarakat, termasuk anak-anak, namun luput mengatur hak-hak masyarakat, termasuk hak-hak anak.* Seluruh qanun yang dikaji menunjukkan ketidaksesuaiannya dengan prinsip-prinsip hak anak di atas:

i) ***Berkaitan dengan prinsip non-diskriminasi***

Pesan penting dalam prinsip ini adalah bahwa anak perempuan dan anak minoritas serta anak kelompok rentan lain memperoleh kesempatan yang sama untuk menikmati standar hidup yang layak. Dalam qanun tentang Pelaksanaan Syariat Islam, kajian menyatakan bahwa ketentuan qanun hanya menempatkan perempuan dan anak perempuan sebagai objek yang diatur karena ketubuhan, pakaian, dan tindak-tanduknya yang dianggap dan berpotensi merusak akhlak dan moral masyarakat. Tubuh anak perempuan dipaksakan sama dengan tubuh orang dewasa yang harus ditutupi dengan busana islami karena dianggap sebagai sumber kerusakan moral dan akhlak.

Sementara itu berbagai qanun juga tidak mengatur adanya kelembagaan yang secara khusus menangani permasalahan anak, anak perempuan, dan perempuan. Pelaksanaan Syariat Islam dalam praktiknya menasar kepada kelompok perempuan dan anak perempuan sehingga perlu ditangani oleh lembaga yang khusus.

ii) ***Berkaitan dengan prinsip kepentingan terbaik anak***

Prinsip kepentingan terbaik anak tidak tercermin dalam seluruh qanun. Kajian ini menyimpulkan tidak adanya muatan dalam seluruh qanun yang mengatur adanya mekanisme hukum tersendiri bagi anak. Selain itu tidak

ada muatan yang mengatur pengelolaan zakat (misal. *Baitul Mal*) tersendiri bagi anak. Kajian menemukan bahwa dalam qanun tentang lembaga adat, keterlibatan anak dalam penyelesaian sengketa tidak diatur secara khusus padahal hasil penyelesaian tersebut berdampak pada kehidupan anak.

Qanun tentang peradilan syariat juga tidak memuat pengaturan diversi yakni pengalihan penanganan anak melalui mekanisme peradilan formal. Seharusnya penyelesaian kasus juga berbasis keadilan restoratif dengan melibatkan pelaku, korban, dan masyarakat dalam menangani anak belum diatur. Penyidikan dan penuntutan pelanggaran aqidah yang dilakukan anak harus mempertimbangkan kepentingan terbaik bagi anak. Penggunaan mekanisme hukum sebagai langkah terakhir untuk menangani anak seharusnya menjadi spirit utama belum juga diatur.

Prinsip ini juga tidak dipenuhi dalam perda mengenai *khamar*. Seharusnya anak yang minum *khamar* harusnya dipandang sebagai korban. Hal ini didasari pertimbangan anak dapat mengakses minuman *khamar* karena kelemahan aparat dalam mengawasi distribusi *khamar* sehingga anak bisa memperoleh secara bebas. Oleh karenanya penggunaan mekanisme hukum sebagaimana diatur qanun ini semestinya tidak diberlakukan kepada anak-anak. Ini juga tidak tercerminkan dalam qanun mengenai *khalwat*, mesum.

iii) Berkaitan dengan prinsip hak hidup dan hak untuk berkembang serta jaminan hak-hak lain

Kajian juga menyimpulkan bahwa prinsip hak hidup untuk berkembang tidak dipenuhi dalam berbagai qanun. Kajian ini melacak tidak adanya pengaturan mengenai pencabutan kebebasan seorang anak harus merupakan upaya terakhir dan dilaksanakan dengan waktu sesingkat mungkin. Selain itu tidak ada pengaturan mengenai pemisahan ruang tahanan yang tersegregasi berdasarkan jenis kelamin, usia, dan jenis tindak pidana yang dilakukan. Pemisahan ruang tahanan antara anak-anak dengan dewasa belum diatur. Jaminan minimum hak asasi anak dalam administrasi peradilan pidana, termasuk praduga tak bersalah, akses mendapatkan bantuan hukum, kerahasiaan, juga belum diatur secara khusus. Lebih jauh, jenis tindak pidana yang dikecualikan bagi anak belum diatur. Selain itu, mekanisme perlindungan saksi apabila anak menjadi korban *khalwat* juga belum diatur.

iv) Berkaitan dengan prinsip hak anak untuk didengar pendapatnya

Prinsip ini juga tidak dipenuhi dalam berbagai qanun, misalnya qanun yang mengatur tentang lembaga adat. Tidak ada pengaturan dalam qanun bahwa anak harus diperhatikan pandangannya dalam proses peradilan, termasuk penyelesaian lewat mekanisme adat yang harus melindungi anak, ramah terhadap anak, dan memperhatikan usia dan kematangan. Qanun tentang peradilan syariat juga tidak memuat secara khusus mengenai partisipasi anak dalam proses peradilan. Begitu juga qanun mengenai *khalwat* yang tidak mengatur secara khusus partisipasi anak dalam proses peradilan. Juga belum diatur secara khusus mekanisme kesaksian anak dalam proses peradilan.

Kajian ini juga menyimpulkan bahwa definisi anak tidak masuk dalam muatan seluruh qanun, sehingga anak tidak menjadi pengecualian termasuk dalam hal ini qanun mengenai Pelaksanaan Syariat Islam dan qanun tentang Peradilan Syariat Islam. Anak kemudian termasuk menjadi subyek hukum yang memiliki hak dan dibebani kewajiban atau tidak dikecualikan. Seharusnya anak dianggap belum memiliki kapasitas melakukan perbuatan hukum. Dalam hal ini anak tidak didefinisikan secara khusus terkait dengan peradilan, mekanisme peradilan, tidak ada penentuan batas usia pertanggungjawaban pidana anak untuk dihadapkan di peradilan syariat Islam. Anak juga tidak dikecualikan dari pelaksanaan ketentuan pidana cambuk dalam qanun tentang judi dan *khamar*.

B. Kelompok Perempuan

Sementara itu berkaitan dengan hak perempuan, studi didasarkan pada prinsip-prinsip yang terkandung dalam Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan. Prinsip-prinsip tersebut adalah: (a) Prinsip kesetaraan substantif; (b) Prinsip non-diskriminasi; (c) Prinsip kewajiban negara. Studi ini menghasilkan kesimpulan berkaitan dengan penerapan prinsip-prinsip tersebut, yaitu:

i) Berkaitan dengan prinsip kesetaraan substantif

Kajian ini menghasilkan temuan bahwa hampir semua qanun bukan merupakan langkah atau instrumen untuk pencapaian kesetaraan

substantif. Dalam qanun yang menyangkut kelembagaan, tidak ditemukan adanya muatan yang mengatur tindakan afirmatif (*affirmative action*) bagi kaum perempuan untuk duduk dalam lembaga yang dibentuk. Walaupun tidak ada pelanggaran secara langsung atas prinsip ini, namun kajian ini menyimpulkan bahwa semua qanun bukan pula instrumen bagi penghapusan diskriminasi terhadap perempuan. Kajian ini misalnya menyimpulkan bahwa qanun Propinsi Daerah Istimewa Aceh Nomor 33 Tahun 2001 tentang Pembentukan Organisasi dan Tata Kerja Dinas Syariah Islam Propinsi Daerah Istimewa Aceh, tidak memberi peluang partisipasi perempuan oleh karena tidak memiliki ketentuan khusus yang memberi *affirmative action* bagi perempuan untuk terlibat dalam pemerintahan, misalnya penentuan quota tertentu bagi perempuan atau jaminan kesempatan yang setara bagi perempuan untuk menjabat pada jabatan-jabatan strategis di pemerintahan.

ii) Berkaitan dengan prinsip non-diskriminasi

Kajian ini menyatakan bahwa prinsip ini tidak secara langsung terlanggar. Namun demikian, bersandar pada definisi dari PBB yang menyatakan bahwa non-diskriminasi bukan hanya dilihat dari apakah sebuah ketentuan langsung bersifat diskriminatif, namun diskriminasi haruslah dilihat juga pada akibat yang ditimbulkan. Maka studi ini menyatakan bahwa beberapa qanun memuat aturan yang diskriminatif dan dengan demikian berlawanan dengan prinsip non-diskriminasi.

Pada beberapa qanun yang tidak memuat aturan yang bisa disangkakan diskriminatif, studi ini mengambil kesimpulan tidak pula qanun itu menjadi alat untuk penghapusan diskriminasi terhadap perempuan. Perda tentang Peradilan Syariah misalnya menurut kajian ini secara umum netral gender. Namun kajian ini menyatakan bahwa dari perspektif pasal 3 dan pasal 4 CEDAW, ada satu titik yang dapat ditunjuk sebagai masalah dalam qerda ini yaitu ketiadaan *affirmative action*. Tidak ada satu pasal pun yang mengatur struktur kelembagaan yang menjamin posisi perempuan dalam struktur Mahkamah Syariah. Kajian ini berpandangan bahwa langkah afirmatif dapat merupakan pertanda bahwa Pemerintah Aceh melaksanakan suatu tindakan-khusus-sementara (*temporary special measures*) untuk mempercepat kesetaraan *de-facto* serta mencapai kesetaraan dalam perlakuan dan kesempatan bagi perempuan dan laki-laki. Sebaliknya dari

perspektif CEDAW, *a contratio*, atau ketiadaan ketentuan ini dalam qanun dapat dimaknai bahwa qanun ini tidak selaras dengan nilai-nilai non diskriminasi.

Kajian ini juga menemukan adanya qanun yang bertentangan dengan CEDAW yaitu dalam ketentuan pasal 15 ayat (3) Perda Nomor 7 Tahun 2000 yang menyatakan: "*Setiap muslim dan muslimah wajib berbusana sesuai tuntunan ajaran Islam, baik dalam kehidupan keluarga maupun dalam pergaulan masyarakat*". Ini menunjukkan indikasi bertentangan dengan Pasal 1 CEDAW.

iii) Berkaitan dengan prinsip kewajiban negara

Seperti disebutkan dalam kajian ini, prinsip ini pada intinya menyatakan bahwa negara memiliki kewajiban untuk mengambil langkah-langkah penghapusan diskriminasi terhadap perempuan. Studi ini menghasilkan kesimpulan bahwa prinsip ini tidak terpenuhi yang dilacak dari ketiadaan ketentuan yang mengidentifikasi suatu *affirmative action*. Peraturan Daerah Propinsi Daerah Istimewa Aceh Nomor 7 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Kehidupan Adat adalah salah satu temuan. Dalam qanun ini tanggung jawab negara diimplementasikan dalam pembangunan struktur dan infrastruktur keorganisasian adat, sesuatu yang sesuai dengan kepentingan masyarakat Aceh sendiri dan juga sesuai dengan nilai-nilai HAM secara universal yang tercantum dalam Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya. Namun dari perspektif CEDAW tidak terlihat pemenuhan tanggung jawab negara untuk pemberdayaan kaum perempuan secara khusus.

C. Kelompok Minoritas

Dengan mendasarkan pada Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, studi ini menghasilkan kesimpulan bahwa sebagian besar ketentuan qanun yang dikaji telah menyangkal hak-hak kelompok minoritas terutama minoritas beragama dan tidak ada ketentuan yang memberikan peluang adanya penghormatan atau upaya perlindungan terhadap hak-hak kelompok minoritas. Studi ini menyimpulkan bahwa hal ini merupakan konsekuensi atas kondisi: *pertama*, peraturan dan qanun merupakan

implementasi dari pelaksanaan Syariat Islam, yang berarti pengaturan hanya mencakup aspek yang terkait dengan itu; atau *kedua*, semua konstruksi dan landasan peraturan daerah atau qanun memang hanya bersumber dari Syariat Islam atau kebudayaan yang berkembang namun tidak bertentangan dengan Syariat Islam (lebih lanjut mengenai temuan kelompok minoritas dibahas dalam bagian berikut).

2. Tentang Muatan Perlindungan Hak Asasi Manusia

Seperti disebutkan di atas, studi ini juga melihat sejauh mana qanun memuat perlindungan hak asasi manusia dan sesuai dengan prinsip-prinsip hak asasi manusia dan tidak justru menjadi alat pelanggaran hak asasi manusia. Kajian atas qanun dengan mendasarkan pada Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik menghasilkan kesimpulan bahwa qanun menjadi perangkat pembatasan atas hak yang memang diperbolehkan untuk dibatasi, namun demikian syarat pembatasan tersebut tidak terpenuhi. Selain itu, terdapat beberapa qanun yang memuat ketentuan pengurangan atas hak yang justru tidak boleh dikurangi (*non-derogable rights*). Hal ini mengakibatkan beberapa pelanggaran atas beberapa jenis hak. Pelanggaran-pelanggaran yang diidentifikasi terjadi dapat dikelompokkan menjadi kelompok-kelompok pelanggaran, sebagai berikut:

a) Pelanggaran yang terjadi dalam lingkup kriminalisasi dan sistem hukum

Kajian ini menghasilkan kesimpulan bahwa beberapa qanun yang mengatur pidana memuat kelemahan mendasar. Dalam sejumlah qanun yang dikaji, terdapat berbagai perbuatan yang termasuk tindak pidana namun dirumuskan secara luas, multitafsir dan tidak mempunyai kepastian perbuatan mana yang dilarang. Di sini qanun tersebut juga mengatur dapat dilakukannya penahanan oleh penegak hukum. Kajian ini menyimpulkan bahwa merujuk pada ketiadaan rumusan yang jelas tersebut, tindakan penahanan yang dilakukan dapat berpotensi pelanggaran terhadap pasal 9 KIHSP.

Dalam khasanah hak asasi manusia, langkah dimasukkannya sebuah perbuatan sebagai tindak pidana (kriminalisasi) adalah dalam rangka

melindungi hak asasi manusia baik dari pelanggaran yang dilakukan oleh aparat negara maupun oleh entitas atau pihak lain. Mengkriminalkan sebuah perbuatan adalah langkah terakhir (*last resort*) yang harus dilakukan oleh negara dalam rangka melaksanakan kewajibannya untuk melindungi (*obligation to protect*) apabila langkah-langkah lain dianggap tidak memadai. Akan tetapi, hak asasi manusia memberi persyaratan ketat agar kriminalisasi ini tidak jatuh justru menjadi pelanggaran hak asasi manusia dan mengingkari tujuannya semula, diantaranya kriminalisasi tidak boleh terkesan menimbulkan “overkriminalisasi” yang masuk kategori *‘the misuse of criminal sanction’*. Kriminalisasi harus pula memperhitungkan unsur biaya, hasil dan prinsip ultimum remedium dan kriminalisasi harus menghasilkan perturan yang dapat ditegakkan (*enforceable*). serta harus mendapat dukungan publik.¹³⁹

Kriminalisasi tanpa mengindahkan persyaratan tersebut bisa menyebabkan negara masuk dalam wilayah yang tidak seharusnya dimasuki dan justru menimbulkan pelanggaran. Kajian ini menemukan bahwa beberapa qanun-qanun memuat berbagai tindak pidana yang dirumuskan secara luas dan multitafsir sehingga tidak dapat diprediksikan secara pasti cakupan tindak pidana tersebut. Kajian ini berkesimpulan bahwa dalam hal tindakan penghukuman dilakukan dengan rumusan tersebut, maka berpotensi melanggar pasal 15 KIHSP. Qanun-qanun yang dikaji juga memuat pelarangan dan tindak pidana yang merupakan hak-hak privasi yang dilindungi berdasarkan pasal 17 KIHSP. Dalam hal ini misalnya hak untuk berbusana sesuai dengan yang diinginkan, sepanjang tidak bertentangan dengan pembatasan yang diperbolehkan berdasarkan KIHSP, adalah tindakan yang merupakan bagian dari hak privasi.

Titik penting yang juga menjadi temuan kajian ini adalah bahwa sistem dan mekanisme hukum juga berpotensi menyebabkan pelanggaran. Tidak adanya pengaturan yang memberi jaminan adanya kemandirian bagi sistem dan mekanisme hukum yang bersandar pada syariah. Padahal jaminan kemandirian merupakan inti dari ketentuan pasal 14 KIHSP.¹⁴⁰ Dalam hal

¹³⁹ Lihat Muladi, “Politik Hukum Pidana, Dasar Kriminalisasi dan Dekriminalisasi Serta Beberapa Asas dalam RUU KUHP” *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, (Jakarta: The Habibie Centre, 2002). Hal. 251-257 dan Kajian Perda DKI Jakarta No. 8/2007 tentang Ketertiban Umum, Komnas HAM, 2008.

¹⁴⁰ Lihat Baderin, M. (2007), “Hukum Internasional Hak Asasi Manusia dan Hukum Islam”, Komnas HAM, hal. 98-114.

Mahkamah Syariah, kajian ini memadam walaupun dinyatakan bahwa masih sesuai dengan prinsip-prinsip sebagaimana dengan pasal 14 KIHSP, namun terdapat potensi intervensi yang bisa melanggar ketentuan tentang kemandirian para hakim dan pejabat-pejabat pengadilan karena terlibatnya kekuasaan eksekutif. Selain itu, kajian ini menyatakan bahwa mekanisme penyelesaian melalui mekanisme adat, tidak memberikan pengaturan yang memadai untuk menjamin hak-hak atas peradilan yang adil. Kajian ini juga menghasilkan temuan bahwa Dinas Syariat Islam mempunyai kewenangan pengawasan dan penyelidikan namun tidak mempunyai kejelasan fungsi dalam penegakan hukum, selain bahwa institusi ini berada di bawah eksekutif. Kewenangan yang demikian berpotensi melanggar ketentuan pasal 14 KIHSP. Kajian ini juga menilai bahwa sejumlah pengaturan tentang Waliyatul Hisbah (WH) memberi peran yang sangat besar kepada WH dan memosisikannya seolah masuk dalam penegakan hukum. Selain itu, WH dalam semua qanun yang dikaji, tidak mempunyai kewenangan penangkapan, namun kajian ini menemukan bahwa dalam sejumlah praktik telah terjadi dimana WH seringkali melakukan razia dan penangkapan terhadap orang-orang yang diduga melanggar qanun tentang *khalwat*, *maisyir* dan *khamar*. Kajian kewenangan yang luas dari WH ini berpotensi melanggar pasal 14 KIHSP

Syariat Islam memang lebih mengatur keadilan substantif, sementara prosedur diberikan kepada *fiqih*. Menurut Baderin walaupun Syariat Islam pada intinya menekankan keadilan substantif, dan membiarkan prosedur-prosedur pelaksanaannya pada wewenang negara untuk memutuskan sesuai dengan kemaslahatan terbesar masyarakat.¹⁴¹ Namun demikian, dengan melihat praktik-praktik Nabi dan para Khalifah, Baderin berpandangan bahwa kaum Muslim awal melakukan segala daya untuk menata prosedur-prosedur peradilan (*judicial procedures*) dengan dasar dapat memudahkan pelaksanaan keadilan substantif yang dianjurkan oleh Syariat.¹⁴²

141 Baderin menyatakan bahwa untuk analisis klasik perkembangan prosedur peradilan Islam, lihat, umpamanya, Ibn Khaldun, *al-Muaqaddimah*, Vol. 2, hal. 35-37; Ibn Qayyim, *al-Turuq al-Hukmiyyah fi al-Siyasah al-Shar'iyyah* (1953), hal. 218 dan seterusnya dan al-Mawardi, *al-Ahkam al-Sulthaniyyah*, terjemahan Yate, A., (1996), hal. 69-73. Lihat juga, analisis kontemporer terhadap pokok persoalan ini oleh Awad (c.k. no. 135), hal. 91-92; Al-Alwani, T.J., '*Judiciary and Rights of the Accused in Islamic Criminal Law*', dalam Mahmood, T., et al (ed.), *Criminal Law in Islam and the Muslim World* (1996), hal. 256-263; Mahmood, T., '*Criminal Procedure at the Shari'ah Law as Seen by Modern Scholars: A Review*', dalam Mahmood, T., et al, hal. 292 dan seterusnya; dan secara umum lihat, Lippman, M., et al (ed.), *Islamic Criminal Law and Procedure: An Introduction* (1998), Lihat *ibid*.

142 *ibid*.

Oleh karena itu, Baderin berkesimpulan bahwa prosedur-prosedur peradilan yang tercantum dalam berbagai karya para ahli *fiqih* klasik memanglah tidak secara harfiah mengandung jaminan yang ditetapkan oleh pasal 14 Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik. Akan tetapi, menurutnya tidaklah sulit untuk membuktikan adanya jaminan-jaminan tersebut di dalam Syariat dan prinsip-prinsip administrasi peradilan Islam yang diletakkan oleh para ahli *fiqih*.¹⁴³

b) Pelanggaran pada hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) : Pelanggaran Terhadap Hak untuk Bebas dari Penyiksaan, Perlakuan dan Hukum Lainnya yang Kejam, Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat

Hukum internasional hak asasi manusia mengatur tentang hak yang tak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun. Hal ini diatur dalam pasal 4 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik juga Pasal 28 I Konstitusi kita. Kajian ini menemukan sejumlah qanun memuat aturan yang berpotensi mengurangi beberapa hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*). Kajian ini menemukan terdapat setidaknya 5 (lima) qanun yang memberikan hukum cambuk atas pelanggaran dari ketentuan-ketentuan dalam qanun, yaitu:

1. Qanun Nomor 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Akidah, Ibadah, dan Syiar
2. Qanun Nomor 12 tahun 2003 tentang Minuman Khamar dan Sejenisnya
3. Qanun No. 13 Tahun 2003 Tentang *Maisir* (Perjudian)
4. Qanun Nomor 14 tahun 2003 tentang *Khalwat* (Mesum)
5. Qanun No. 7 tahun 2004 tentang pengelolaan Zakat

Komentar Umum No. 20 yang dikeluarkan oleh Komite Hak Asasi Manusia menyatakan bahwa bahwa tujuan adanya ketentuan pasal 7 adalah terlindunginya martabat manusia dengan menjaga baik integritas fisik maupun mental seseorang. Dalam hal ini Komentar Umum menegaskan bahwa hukuman badan (*corporal punishment*) dinyatakan dilarang oleh

¹⁴³ *ibid.*

karena melanggar ketentuan pasal 7 KIHSP. Kajian ini menyatakan bahwa hukuman cambuk sebagaimana diatur dalam beberapa qanun di atas tidak sesuai dan merupakan pelanggaran atas Pasal 7 KIHSP. Kajian ini juga menilai bahwa hukuman cambuk merupakan hukuman yang tidak hanya menyebabkan rasa sakit secara fisik, tetapi juga hukuman yang menyebabkan ketersiksaan mental korban. Kajian ini menyatakan bahwa hukuman cambuk ini selain dimaksudkan untuk memberi kesadaran dan peringatan bagi masyarakat untuk tidak melakukan tindak pidana, sebagaimana tujuan hukum pidana di antaranya untuk pencegahan umum dan khusus, ternyata juga dimaksudkan untuk memperlakukan pelaku dan dengan alasan biaya semata. Kajian ini sampai pada kesimpulan bahwa berdasarkan hal tersebut, tidak ada alasan yang cukup memadai untuk adanya hukuman cambuk selain semata-mata dianggap sesuai dengan Syariat Islam. Hal ini merupakan pelanggaran Pasal 7 KIHSP. Namun demikian, disini patut kita lihat sebuah pandangan bahwa sesuai dengan Syariat Islam tidak selalu bertentangan dengan prinsip universal hak asasi manusia. Hukuman cambuk dalam Syariah Islam masuk sebagai hukum *takzir* yang masuk dalam golongan hukuman non-*hudud*. Baderin dalam hal ini mengingatkan bahwa berkaitan dengan hukuman non-*hudud*, negara memiliki kebebasan untuk memilih hukuman yang lebih ringan pada pelanggaran non-*hudud*. Baderin menyatakan bahwa negara-negara Muslim dapat menggunakan diskresinya sehingga dapat menjatuhkan bentuk hukuman yang selaras dengan prinsip-prinsip hak asasi manusia, tidak melanggar Pasal 7 KIHSP dan tetap sejalan pula dengan ketentuan syariah yang memberi diskresi.¹⁴⁴

c) Pelanggaran Hak atas Kebebasan Berfikir, Beragama atau Berkeyakinan dan Kelompok Minoritas Beragama

Kajian ini juga menilai adanya pelanggaran terhadap hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan sebagaimana dalam Pasal 18 KIHSP yang terdapat dalam sejumlah peraturan daerah dan qanun yang dikaji. Kajian ini menyatakan bahwa hal ini sebagai konsekuensi dari landasan semua ketentuan yang diatur dalam peraturan daerah dan qanun yang berlandaskan Syariat Islam, atau berlandaskan utamanya pada satu nilai

¹⁴⁴ Lihat *ibid*.

yang dianut. Kajian ini menggolongkan pelanggaran hak atas kebebasan berfikir, beragama atau berkeyakinan sebagaimana maksud pasal 18 KISHP menjadi tiga golongan:

Pertama, sejumlah qanun hanya mengakui tentang “agama” dan tidak mengakui keyakinan atau kepercayaan yang bersifat non agama, atau pihak yang tidak menganut agama atau kepercayaan apa pun. Bahwa keyakinan ini menjadi subyek pelarangan. Padahal pasal 18 KIHSP memberikan cakupan yang luas terkait dengan definisi agama atau keyakinan.

Kedua, pembatasan yang diberikan dalam peraturan daerah dan qanun tidak berdasarkan pada pembatasan yang diperbolehkan sesuai dengan pasal 18 KIHSP. Meski berbagai kebijakan bersifat himbuan, lebih banyak kebijakan yang bersifat pemaksaan yang disertai dengan sanksi hukum.

Ketiga, tindakan pembatasan hanya berdasarkan pada satu sumber atau satu nilai dan tidak mempertimbangan sumber-sumber lain, dan hal ini merupakan kebijakan yang diskriminatif.

Komentar Umum No. 22 yang dikeluarkan oleh Komite Hak Asasi Manusia tentang pasal 18 KIHSP menyatakan bahwa pembatasan hanya diperbolehkan bagi forum eksternal. Namun demikian pembatasan ini tunduk pada semua persyaratan pembatasan. Kajian ini menyebutkan persyaratan dan alasan pembatasan yaitu jika diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau hak dan kebebasan mendasar orang lain, suatu persyaratan yang ketat. Pembatasan apapun harus bersifat non-diskriminatif dan sebanding. Di sini kajian menyimpulkan adanya pembatasan yang sangat longgar dan multi interpretatif, diskriminatif dan tidak sebanding (tidak proporsional). Artinya berbagai ketentuan syarat pembatasan tidak dipenuhi.

Hukum Islam sendiri memang mengakui adanya pembatasan hanya pada menjalankan agamanya. Sementara pada aspek memilih agama dan keyakinan, tafsir yang lebih maju menyatakan bahwa hak ini dijamin sepenuhnya oleh Islam, termasuk untuk pindah agama.¹⁴⁵ Hal ini

¹⁴⁵ Lihat *ibid*, hal. 120-127.

ditunjukkan oleh Baderin yaitu bahwa yang dilarang oleh hukum Islam adalah penampakan dari pindahnya seseorang dari Islam yang menjadi ancaman keamanan publik, moral masyarakat dan kebebasan orang lain atau pun eksistensi negara Islam itu sendiri, akan tetapi bukan pindah agamanya itu sendiri.¹⁴⁶

Kajian ini, seperti telah disebutkan di atas juga menyatakan bahwa beberapa qanun yang dikaji, sebagian besar ketentuannya telah menyangkal hak-hak kelompok minoritas. Tidak ada ketentuan yang memberikan peluang adanya penghormatan atau upaya pengembangan terhadap hak-hak kelompok minoritas dari sejumlah peraturan daerah dan qanun yang dikaji. Hal ini sebagai konsekuensi atas kondisi dalam 2 (dua) hal: *pertama*, peraturan dan qanun merupakan implementasi dari pelaksanaan Syariat Islam, yang berarti pengaturan hanya mencakup aspek yang terkait dengan itu, atau *kedua*, semua konstruksi dan landasan peraturan daerah atau qanun memang hanya bersumber dari Syariat Islam atau kebudayaan yang berkembang namun tidak bertentangan dengan Syariat Islam. Di sini kita lihat pandangan Baderin yang dengan mengutip Hamidullah menyatakan bahwa semua non-Muslim—'Ahlul Kitab', dan juga kaum musyrik—memiliki hak mendapat perlindungan dan memang demikian di bawah hukum Islam baik di masa damai maupun perang.¹⁴⁷

III. Kesimpulan

Kajian ini menyimpulkan bahwa qanun-qanun yang disahkan setelah diberlakukannya UU No. 18 Tahun 2001 memuat ketentuan yang tidak menjamin pelaksanaan hak asasi manusia terutama pada kelompok yang dipandang rentan. Qanun-qanun yang disahkan justru dalam beberapa aspek tidak menghormati hak asasi manusia dan bukan merupakan instrumen untuk melindungi hak asasi manusia khususnya dua kelompok besar yaitu anak dan perempuan. Studi ini juga menemukan bahwa

¹⁴⁶ Lihat *ibid.*

¹⁴⁷ Lihat *ibid.*

qanun-qanun yang dikaji tidak pula menjadi instrumen perlindungan bagi hak kelompok minoritas beragama (dalam hal ini non-muslim), tidak menjadi pula instrumen perlindungan hak asasi manusia yaitu sesuai dengan prinsip-prinsip hak asasi manusia dan dalam beberapa aspek justru menjadi alat pelanggaran hak asasi manusia.

Kajian ini menghasilkan kesimpulan tidak adanya kesesuaian antara berbagai qanun dengan hak asasi manusia. Artinya ketentuan sebagaimana dinyatakan dalam MOU Helsinki poin 1.4.2 bahwa peraturan daerah Aceh disusun sesuai prinsip universal hak asasi manusia tidaklah tercapai. Sekilas tentu kita menyatakan bahwa hal ini disebabkan oleh karena seluruh qanun mendasarkan diri pada Syariah Islam dan dengan demikian Syariah Islam tidak sesuai dengan hak asasi manusia. Namun demikian, tidaklah tepat untuk menyimpulkan bahwa penerapan Syariah Islam tidak sesuai dengan prinsip-prinsip universal hak asasi manusia. Beberapa catatan atas temuan di atas, memperlihatkan bahwa penerapan Syariah Islam tetap sesuai dengan nilai-nilai universal hak asasi manusia. Yang harus ditekankan disini adalah pembuatan peraturan daerah dalam rangka penerapan Syariah Islam haruslah dilakukan berdasarkan tafsir yang lebih maju dan tidak justru mendasarkan pada tafsir yang bertentangan dengan prinsip-prinsip hak asasi manusia.



Daftar Pustaka

Buku/ Tulisan

- Baderin, M. (2007), "*Hukum Internasional Hak Asasi Manusia dan Hukum Islam*", Komnas HAM.
- Kasim, I, "*Qanun Di Nanggroe Aceh dan Kompatibilitasnya dengan Hak Asasi Manusia*", dalam Laporan Kajian ini.
- Muladi (2002) "*Politik Hukum Pidana, Dasar Kriminalisasi dan Dekriminalisasi Serta Beberapa Asas dalam RUU KUHP*" Demokratisasi, *Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, Jakarta: The Habibie Centre.

Undang-Undang dan Laporan Lembaga Negara

- UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintah Aceh Pasal 125 dan UU No. 32 Tahun 2008 tentang Otonomi Daerah Pasal 10
- Kajian Perda DKI Jakarta No. 8/2007 tentang Ketertiban Umum, Komnas HAM, 2008.

Tentang Penulis

Ifdhal Kasim, SH, merupakan pria kelahiran Tapak Tuan, Aceh Selatan, pada 49 tahun lalu dari keluarga tentara. Ayahnya seorang Perwira Menengah dari TNI AD. Menyelesaikan studi hukumnya di fakultas hukum (jurusan hukum dagang) di Universitas Islam Indonesia (UII), Yogyakarta, pada tahun 1990. Pendidikan lanjutan yang pernah diikutinya, antara lain, adalah: *International Human Rights Advocacy* (Montreal, Canada, 1995); *International Human Rights Law* (summer program) di Columbia University, New York, USA, pada 1997; *Training on Economic and Social Rights*, diselenggarakan oleh *Forum Asia and Canadian Human Rights Foundation*, Bangkok, 1999; dan *Training on International Convention on the Rights of Child* diselenggarakan oleh Kantor Komisararis Tinggi HAM PBB, Bangkok, 2002; *Transitional Justice Course*, New York Law School, New York, USA, 2007. Memilih bekerja di bidang hukum dengan memulai berkecimpung dalam pembelaan hukum (membantu LBH Yogyakarta) dan membuka *law office* di Solo (1991); kemudian bergabung ke *Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat* (ELSAM) di Jakarta pada 1993, sampai akhirnya menjadi Direktur Eksekutif ELSAM pada 1999-2006; kemudian bergabung dengan *Reform Institute* di Jakarta sebagai Direktur Program Hukum dan Legislasi pada 2005-2007; sekarang menjadi Ketua Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (2007-2012). Aktif mengikuti berbagai lokakarya dan seminar baik di tingkat nasional maupun internasional. Lokakarya tingkat internasional yang pernah diikutinya, antara lain: "*Human Security Now: Strengthening Policy Networks in Southeast Asia*", Thailand, diadakan oleh *Center for Social Development Studies, Faculty of Political Science, Chulalongkorn University*, 2004; Workshop tentang "*Dealing with Gross Human Rights Violations: Human Rights Courts and International Law*", Oslo Norway, diselenggarakan oleh *Norwegian Centre for Human Rights*, 2003; Workshop tentang *International Criminal Court* (ICC), Bangkok, diselenggarakan oleh the NGO *Coalition for International Criminal Court*, 2000; dan Workshop tentang *International Mining Advocacy*, diadakan oleh *Natural Resources Law Centre*, Philippine, 1998. Dalam perjalanan karirnya itu, ia terlibat dalam berbagai kegiatan legislasi, antara lain; anggota Tim Perumus RUU Perkumpulan (2003); anggota Tim Perumus RUU Tindak Pidana Terorisme (2002-2003); anggota Tim Perumus RUU

Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (2001-2003). Selain aktif dalam berbagai kegiatan advokasi hak asasi manusia, juga menerbitkan beberapa buku, antara lain, *In The Name of Development: Human Rights and the World Bank in Indonesia* (1995); *Tanah sebagai Komoditas* (1996); *Hak-Hak Sipil dan Politik: Esai-esai Pilihan* (2001); *Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya: Esai-Esai Pilihan* (2001); *Pencarian Keadilan Di Masa Transisi* (2003), dan *Keadilan vs. Kebenaran* (2003).

Zainal Abidin, SH, merupakan pria kelahiran Jepara, Jawa Tengah yang saat ini berdomisili di Jakarta. Menempuh pendidikan tinggi hingga lulus sebagai Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada, Yogyakarta. Memfokuskan diri pada topik hukum pidana, khususnya pada tindak pidana serius, dan akses terhadap keadilan. Pernah mengikuti seminar, konferensi dan beberapa pelatihan bidang hukum dan Hak Asasi Manusia (HAM) tingkat nasional dan internasional, seperti *International Session for Practising Lawyer, Raoul Wallenberg Institute and Manheimer Swartling Law Firm* (MSA), Stockholm Sweden pada *January 2008*; dan *International Human Rights Training Program*, EQUITAS, Montreal Canada, pada *June-July 2006*. Merupakan Pengacara Publik anggota *Public Interest Lawyer Network (PIL-NET)* serta Peneliti bidang Hukum dan Ham yang pernah aktif bergabung sebagai staff di Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) pada 2002-2004; Anggota Tim Asistensi Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) untuk penyelidikan Kasus Penghilangan Paksa (2006) dan Talangsari (2007); dan pernah menjadi Direktur Riset Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (2007-2010). Saat ini kembali bergabung dengan ELSAM sebagai Deputi Direktur Pengembangan Sumber Daya Hak Asasi Manusia.

Adzkar Ahsinin, SH, merupakan pria kelahiran Kebumen, Jawa Tengah yang saat ini berdomisili di Jakarta. Menyelesaikan studi Pendidikan Ilmu Hukum, dengan spesialis program Hukum Transnasional dan Diplomatik di Universitas Padjadjaran, Bandung, lulus pada tahun 2001. Sejak masa kuliah menyukai isu-isu Hak Asasi Manusia (HAM) dan menyelesaikan tugas akhir dengan tema "hak untuk menentukan nasib sendiri" (*the right to self-determination*). Sejak lulus kuliah aktif menggeluti kerja-kerja kemanusiaan di lembaga yang memiliki fokus pada isu perlindungan anak. Sejak awal tahun 2004 sampai saat ini bergabung di Yayasan Pemantau Hak Anak

(YPHA) dan ditugasi pada divisi advokasi. Saat ini tengah mengemban sebagai Koordinator Advokasi. Pengetahuan Hukum Hak Asasi Manusia (HAM) diperolehnya dengan mengikuti Kursus Hak Asasi Manusia untuk pengacara di ELSAM dan PBHI. Di samping menggeluti isu hak anak, saat ini tengah magang di kantor hukum "*Dedy Ardian & Partners*" di Jakarta.

Afridal Darmi, SH, LL.M, merupakan pria kelahiran Aceh Selatan yang saat ini berdomisili di Banda Aceh. Sebagai Senior *Partner-Founder* "ARK Law Firm" di Banda Aceh. Menyelesaikan studi Strata Satu di Fakultas Hukum Universitas Syiah Kuala, Banda Aceh dan menempuh Pendidikan Strata Dua pada *Master in Law (Legum Master/LL.M)* di *Northwestern University School of Law*, Chicago, United States of America. Berpengalaman sebagai Advokat Publik di Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI) sejak 1996, dan Direktur Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Banda Aceh pada 2003-2010.

Roichatul Aswidah, merupakan perempuan kelahiran Temanggung, Jawa Tengah yang saat ini berdomisili di Bogor. Menyelesaikan pendidikan Strata 1 di Fakultas Ilmu Sosial dan Politik, Universitas Gajah Mada - Yogyakarta pada 1994. Melanjutkan pendidikan Strata 2 pada Program *MA: Human Rights Theory and Practice*, *University of Essex*, UK. Pernah mengikuti sejumlah pelatihan hak asasi manusia antara lain: "*International Human Rights Law Summer Program, University of Oxford, UK*", "*2nd Asian Regional Training Program, The Role of National Human Rights Commissions in the Promotion and Protection of Economic, Social and Cultural Rights*, diselenggarakan oleh *the Philippines Human Rights Commission-Canadian Human Rights Foundation, Philippines*," dan "*17th Annual International Human Rights Training Program, Canadian Human Rights Foundation*, di Montreal, Canada". Pernah bergabung menjadi staf Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) sejak 1995 sampai Oktober 2009. Selama menjadi staf Komnas HAM pernah menjadi anggota delegasi Komnas HAM pada Sidang Dewan HAM PBB sesi pembahasan Laporan Indonesia berdasarkan Mekanisme *Universal Periodic Review/UPR* pada 2008; delegasi Komnas HAM pada Sidang *Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions* pada 2007; serta delegasi pada Sidang Tahunan ASEAN *National Human Rights Institutions Forum* pada 2008 serta *the 2nd Consultation Meeting the High Level Panel (HLP) on ASEAN Human Rights Body and Stakeholders*, Kuala Lumpur, 2009. Pernah menjadi anggota tim Komnas HAM untuk tugas antara lain: "Kajian terhadap

Peraturan Daerah DKI Jakarta No. 8 Tahun 2007 tentang Ketertiban Umum” dan “Kajian Hukuman Mati dalam Pandangan Hak Asasi Manusia”. Saat ini menjadi Sekretaris Badan Pengurus Perkumpulan Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) di Jakarta. Sehari-hari aktif sebagai peneliti di Perkumpulan DEMOS (Lembaga Kajian Demokrasi dan Hak Asasi) Jakarta sejak Oktober 2009, dan saat ini menjabat sebagai Deputi Riset di DEMOS.



Tentang DEMOS

Organisasi ini berawal pada tahun 1997 ketika Institut Studi Arus Informasi (ISAI) bekerja sama dengan SAREC (*Swedish Agency for Research Cooperation*) melakukan riset mengenai gerakan demokrasi di Indonesia dengan supervisi Profesor Olle Tornquist (*Oslo University*) dan Profesor Arief Budiman (*Melbourne University*) yang kemudian berlanjut menjadi riset mengenai kapasitas aktor demokrasi. Semakin besarnya skala kegiatan menghasilkan keputusan pada akhir tahun 2002 agar riset ISAI-SAREC ini segera dipisahkan dari kelembagaan ISAI yang lebih banyak berkonsentrasi di bidang media, dan membangun sebuah lembaga kajian yang kemudian bernama Demos. Saat ini, ada tiga lembaga utama penopang Demos yaitu ISAI, KontraS, INTERFIDEI. Sebagai lembaga, Demos merupakan sebuah perkumpulan individu dengan pendiri antara lain Th. Sumartana (Alm), Munir (Alm), Asmara Nababan (Alm), Stanley Adi Prasetyo, Nasikun, Arief Budiman, Maria Hartiningsih, AE Priyono, Antonio Pradjasto, Emanuel Lalang.

Visi

Terwujudnya masyarakat dan negara yang menghormati nilai-nilai keadilan, demokrasi, kemajemukan dan kesetaraan serta menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia.

Misi

Meningkatkan dan mengembangkan kapasitas masyarakat untuk pemajuan demokrasi dan hak asasi manusia melalui praktek diskursus; diseminasi dan mendorong pengembangan jaringan kerjasama.

Rumusan Program

Untuk merealisasikan visi dan misi tersebut, Demos memilih tiga isu strategis yang kemudian menjadi pedoman dalam merumuskan program-

program kerja Demos yaitu:

1. Demos bersama-sama dengan aktor pro-demokrasi melakukan pengkajian tema-tema strategis bagi pengembangan demokrasi dan pemenuhan Hak Asasi Manusia khususnya hak ekonomi, sosial dan budaya.
2. Demos memfasilitasi usaha peningkatan peran, kapasitas aktor dan institutsi pro-demokrasi untuk memperkuat representasi masyarakat, terutama di tingkat lokal.
3. Menjalankan Demos sebagai sebuah lembaga yang kapabel, akuntabel, transparan, partisipasif dan berkelanjutan.



