



Volume 31 No 1, Januari 2016
DOI: 10.20473/ydk.v31i1.1955

Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Jalan Dharmawangsa Dalam Selatan
Surabaya, 60286 Indonesia, +6231-5023151/5023252
Fax +6231-5020454, E-mail: yuridika@fh.unair.ac.id
Yuridika (ISSN: 0215-840X | e-ISSN: 2528-3103)

by <http://e-journal.unair.ac.id/index.php/YDK/index> under a Creative
Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International License.



FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA

Article history: Submitted 3 November 2016; Accepted 3 January 2016; Available Online 31 January 2016

SIC ET NON: KEBEBASAN DAN PEMBATAHAN HAK KEMUDAHAN DAN PERLAKUAN KHUSUS

Dhia Al Uyun

dhia.aluyun@gmail.com

Universitas Airlangga

Abstract

Sic et Non. Yes and no. Freedom and restriction of the essence of HKPK. Both are located face-to-face. Every country has a unique character in implementing and synthesizing. This matter will be discussed in this article. The main problem is the ratio legis HKPK in the constitution. In Indonesia, the ratio legis is constitutional rights. Ratio Legis HKPK in Indonesia is in the framework of the realization of gender justice it is seen in various minutes of the amendment formulation meeting. As part of human rights, HKPK emerges under a forum agreement to be an integral part of human rights. However, the textual HKPK does not limit the HKPK on gender differences. The decision of the Constitutional Court to legitimize the application of HKPK in cases of gender differences. In India and Pakistan is fundamental rights. In Germany leads to individualistis. In United States showed unwritten constitution. Finally in South Africa show the priority in the equality. Secondly, The freedom and restriction are both, sythese as morallity and realize by rule.

Keywords: *Freedom; Restriction; HKPK; Affirmative Action; Discrimination.*

Abstrak

Sic et Non. Ya dan tidak. Kebebasan dan Pembatasan merupakan hakikat dari HKPK. Keduanya terletak berhadapan. Setiap negara memiliki karakter yang unik dalam menerapkan dan mensintesis keduanya. Hal inilah yang akan dibahas dalam artikel ini. Permasalahan utamanya adalah ratio legis HKPK dalam Konstitusi di Indonesia dan berbagai konstitusi di dunia memperlihatkan karakteristik yang berbeda. Di Indonesia, ratio legisnya adalah constitutional rights, sebagai perwujudan keadilan gender hal ini nampak pada berbagai risalah sidang perumusan amandemen. Sebagai bagian dari HAM, HKPK muncul berdasarkan kesepakatan forum menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari HAM. Namun, tekstual HKPK tidak membatasi HKPK pada perbedaan jenis kelamin. Adapun putusan MK melimitasi penerapan HKPK pada kasus-kasus tentang perbedaan jenis kelamin. Di India dan Pakistan ratio legisnya fundamental rights. Di Jerman mengarah pada individualistis. Di Amerika Serikat memperlihatkan adanya unwritten constitution. Di Afrika Selatan memperlihatkan prioritas pada persamaan. Permasalahan kedua adalah kebebasan dan pembatasan HKPK dalam konstitusi memperlihatkan moral sebagai sintesanya dan aturan sebagai realisasinya.

Kata Kunci: *Kebebasan; Pembatasan; HKPK; Affirmative Action; Diskriminasi.*

Pendahuluan

Hak kemudahan dan perlakuan khusus (selanjutnya disebut HKPK) sama dengan *affirmative action* (selanjutnya disebut AA) merupakan apa yang disebut *the special treatment* yang berasal dari ide dasar *treat like cases alike* atau *different*

cases differently.¹ HKPK merupakan proposisi yang muncul dari frase AA, yakni *a policy or program for correcting the effects of discrimination in the employment or education of member of certain groups as women, black etc.*² Pengaruh positif AA adalah konsepsi ini dapat menunjukkan prinsip yang tidak hanya berakar dari aktivitas, melainkan juga tanggung jawab negara untuk memenuhinya.³ Dworkin berpendapat, di waktu yang sama AA akan mengenalkan institusi untuk melihat *particular light*, yang nampak di dalamnya keuntungan dan beban.⁴ Di samping itu, AA merubah konstitusi dari *moral system* menjadi *political goals*, sehingga tidak memiliki dasar filosofis yang jelas.

Pada dasarnya AA atau HKPK merupakan bagian dari hak asasi manusia. Terdapat perbedaan pengaturan dan pengistilahan HKPK diberbagai negara. Di Indonesia, HKPK ini merupakan hak yang ada pada Konstitusi Indonesia. Hak tersebut tidak ada dalam konstitusi sebelumnya. Untuk itulah Majelis Permusyawaratan Rakyat (lembaga legislatif) melakukan penambahan agar hak tersebut termuat.⁵ Alhasil, hak ini ada bersamaan dengan adanya berbagai pasal tentang Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia. Pasal yang dimaksud adalah Pasal 28H ayat 2 Konstitusi Indonesia. Keberadaan pasal tersebut bermula tanggal 3 Oktober 1999. MPR melakukan Rapat Paripurna Sidang Umum ke-3 untuk membicarakan amandemen.⁶ Kemudian diputuskan pada Rapat Komisi A ke-4 tanggal 12-13 Agustus 2000 tentang keberadaan Pasal 28H ayat 2, Pasal 28I ayat 1, dan Pasal 28D ayat 1.

Di Amerika Serikat hak tersebut dikenal dengan istilah AA. Istilah ini

¹ H.L.A Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 1961).[155].

² Bernard E Whitley Jr; Mary E Kite, *The Psychology of Preduce and Discrimination* (2nd edn, Wadsworth Cengage Learning 2010).[33].

³ Ursula O'Hare, 'Equality and Affirmative Actions in International Human Rights Law and Its Relevances to the European Union' (2000) 4 *International Journals of Discrimination and The Law*. [4].

⁴ Ronald Dworkin, *Freedom's Law ; The Moral Reading of The American Constitution* (Harvard University Press 1996).[62].

⁵ Afan Gaffar, *Amandemen Konstitusi, Dan Strategi Penyelesaian Krisis Politik Indonesia* (Riza Sihbudi; Moch Nurhasim ed, AIPI dan Pathnership for Governance Reformin Indonesia 2002). [432].

⁶ Tim Penyusun, *Buku I Rapat Paripurna MPR RI Sidang Umum MPR RI : Risalah Nomor MJ.240/4/99* (Sekjen MPR RI 1999).[109-124].

merupakan gerakan masyarakat Amerika Serikat berdasarkan *Civil Rights Act* tahun 1866.⁷ Di Eropa, AA diatur melalui *European Convention on Human Rights* dan *Fundamentals Freedom (EC Treaty) Protocol No. 11 (Rome 4 XI, 1950) Article 14*.⁸ Dalam peraturan ini AA merupakan bagian dari hak asasi manusia yang harus dilindungi negara.

AA terus berkembang meskipun terdapat problematika di dalamnya. Harry J. Holzer berpendapat bahwa, “*Views on fairness are very subjective, and sometimes impervious to empirical evidence*”.⁹ Selain itu problematika AA secara konseptual muncul dari makna keadilan sehingga batasan apa yang disebut sulit ditentukan. AA berpotensi menciptakan ketimpangan selanjutnya.¹⁰ AA juga memunculkan hitungan kuantitatif tentang durasi dan kuota tapi tidak memberikan penjelasan tentang dasar penghitungannya,¹¹ AA bersifat sementara. Ketika kelompok masyarakat yang dianggap timpang sudah setara, maka AA dapat dihentikan. Namun penghentian itu juga akan subyektif.

Masuknya HKPK sebagai bagian dari Hak Asasi Manusia memperlihatkan pemikiran HAM sebagai *moral rights* bergeser menjadi *constitutional rights*. Konstitusi Indonesia sebagai peraturan perundang-undangan tertinggi, menjadi landasan bagi peraturan perundang-undangan di bawahnya. Sehingga aturan hak konstitusional dapat ditafsirkan, diubah, diganti bahkan direview terkait tentang pembatasan kekuasaan dan jaminan hak rakyat melalui konstitusi.¹² Salah satu data

⁷ Samuel Leiter dan Wiliam M. Leiter, *Affirmative Action in Antidiscrimination Law and Policy* (State University of New York Press 2002).[2].

⁸ Herron, Rachel dan Claire, *Superficially Similar but Fundamentally Different: A Comparative Analysis of US and UK Affirmative Action* (Durham University 2010) <<http://etheses.dur.ac.uk/662/>>.[6-8].

⁹ Harry J Holzer dan David Neumark, ‘Affirmative Action: What Do We Know?’ (2006) 25 *Journals of policy Analysis and Management*. [489-490].

¹⁰ David Simon, ‘Discrimination and Affirmative Action’ (2004) 3 *Undergraduate Research Journal for Human Sciences*. [8].

¹¹ John D Skrentny, ‘Have We Moved Beyond The Civil Rights Revolution?’ (2014) 123 *The Yale Law Journal*. [34]; Daniel E Ho, ‘Affirmative Action’s Affirmative Actions: A Reply to Sander’ (2005) 114 *The Yale Law Journal*. [6]; Jessica Bulman Pozen, ‘Gruitter at Work: A Title VII Critique of Constitutional Affirmative Action’ (2006) 115 *The Yale Law Journal*. [1424-1430].

¹² R. Herlambang Perdana Wiratraman, ‘Konstitusionalisme Dan Hak-Hak Asasi Manusia (Konsepsi Tanggung Jawab Negara Dalam Sistem)’ (2005) 20 *Yuridika*. [32].

disajikan Utari, alasan kebebasan tidak mutlak dalam undang-undang.¹³

Ian McLeod menyebutkan bahwa *fundamental rights* bukan milik *Community Legislation*. *Fundamental Rights* merupakan *Source of Law* bukan *part of law*. Hal ini sesuai dengan apa yang disebutkan Soepomo, bahwa Undang-Undang Dasar adalah hukum dasar tertulis, di luar undang-undang dasar terdapat hukum dasar yang tidak tertulis. Hukum dasar yang tidak tertulis itu disebut Peter Mahmud Marzuki sebagai *moral rights*. Dalam pemikiran Peter Mahmud Marzuki, hukum dasar tidak tertulis adalah hukum dalam pengertiannya sebagai moral, bukan sebagai hukum positif.¹⁴ Secara filosofis, timbul pergeseran makna hukum sebagai *justitia* atau keadilan menjadi hukum yang tertuang pada peraturan perundang-undangan tertulis. Semua fakta menjadi proposisi yang diatur secara detil. Sehingga hukum yang dimaknai demikian, mengakibatkan hukum sebagai moral yang benar menjadi solusi kasus tertentu.

Terbentuknya banyak peraturan yang mendikte hakim menyebabkan hilangnya kewenangan hakim dalam menggali nilai-nilai yang berkembang pada masyarakat (*rechtsvinding*). Pikiran hakim menjadi didikte oleh peraturan, bukan oleh prinsip peraturan. Hal ini tentunya akan menjadikan alam pikir hakim terkonstruksi positivistis dan ragu dalam memutuskan di luar peraturan, meskipun hal tersebut sesuai dengan prinsip hukum.¹⁵ Di sisi lain tercipta celah hukum yang mengaburkan kebenaran moral itu sendiri. Akibat banyaknya peraturan yang berasal dari kasus-kasus spesifik, alternatif-alternatif penyelesaian kasus yang didasarkan pada peraturan juga beragam, sehingga kasus yang diselesaikan 'bisa begini dan bisa begitu' sesuai peraturan mana yang digunakan,¹⁶ yang berupa bentuk penerapan hukum yang salah dalam mengambil kesimpulan proses berlogika. Philipus M Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati menyebutnya dengan nama *ex falso*

¹³ Ni Ketut Sri Utari, *Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia* (Universitas Airlangga 2012).[273].

¹⁴ Ian McLeod, *Legal Method* (MacMillan Press 1996).[216].

¹⁵ Janneke Gerards dan Hanneke Sanden, 'The Structure of Fundamental Rights and The European Court of Human Rights' (2009) 7 *Oxford Journal*. [652].

¹⁶ Philipus M Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum* (Gadjah Mada University Press 2014).[44].

quo libet artinya dari yang palsu (salah) se-enaknya bisa benar bisa salah. Faktor kebetulan berperan dalam hukum bisa terjadi kesewenang-wenangan dan bahkan muncul penyalahgunaan wewenang baru. Berbagai problematika di atas belum terselesaikan hingga saat ini. Adapun beberapa permasalahan yang akan dikaji adalah *ratio legis* HKPK dalam konstitusi di Indonesia dan berbagai konstitusi di dunia dan kebebasan dan pembatasan HKPK dalam konstitusi.

***Sic Et Non* Kebebasan dan Pembatasan HKPK**

Sic et Non adalah istilah dialektika menurut Plato (427-347 SM) yang berpendapat bahwa dialektika mengandung persoalan ide-ide atau pengertian-pengertian umum.¹⁷ Namun, Plato juga menyatakan bahwa dialektika tidak dapat menyelesaikan semua persoalan dan banyak filsuf yang terbelenggu dalam metode ini.¹⁸ Persoalan baik dan buruk, misalnya, diselesaikan dengan *ethics*.¹⁹ Dialektika berasal dari akal bukan pemahaman.²⁰ Dalam buku Aberald tahun 1121 -1122, buku ini mengedepankan argumen dialektik untuk menguatkan dan menentang unsur-unsur dari keduanya.²¹

***Ratio Legis* HKPK dalam Konstitusi-Konstitusi**

Keberadaan HKPK dalam konstitusi-konstitusi dapat dinilai dari tiga hal. Pertama, berdasarkan bentuk perumusan dan maknanya. Dalam hal ini akan dibahas tentang bentuk aturan yang merepresentasikan HKPK, serta akibat dari perumusan tersebut. Kedua, berdasarkan sejarah perumusan hak tersebut. Ketiga, penerapan aturan dalam berbagai kasus.

***Ratio Legis* HKPK di Negara Kesatuan Republik Indonesia**

Ratio Legis HKPK di Indonesia adalah dalam rangka perwujudan keadilan gender hal ini nampak pada berbagai risalah sidang perumusan amandemen.

¹⁷ Lili Rasjidi, *Sari Kuliah Filsafat Hukum* (Universitas Padjajaran 1973).[23].

¹⁸ Bertrand Russell, *Sejarah Filsafat Barat : Terjemahan History of Western Philosophy and Its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day* (Pustaka Pelajar 2002).[124].

¹⁹ Lili Rasjidi.*Op.Cit.*[23].

²⁰ Bertrand Russell.*Op.Cit.*[168].

²¹ *ibid.*[580].

Sebagai bagian dari HAM, HKPK muncul berdasarkan kesepakatan forum menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari HAM. Namun, tekstual HKPK tidak membatasi HKPK pada perbedaan jenis kelamin. Adapun putusan MK melimitasi penerapan HKPK pada kasus-kasus tentang perbedaan jenis kelamin.

Rumusan HKPK terdapat pada Pasal 28h ayat 2 UUD NRI 1945 terdapat beberapa proposisi. Pertama, pada teks Pasal 28h ayat 2 UUD NRI 1945 dengan adanya kata 'keadilan' dan 'persamaan' sebagai manfaat pengaturan hak tersebut. Secara prinsip, terminologi keadilan dan persamaan adalah berbeda. Pencantuman kata 'dan' sebagai kata penghubung dari dua terminologi ini juga menimbulkan hubungan kumulatif. Sedangkan dua terminologi ini memiliki perbedaan dalam teoritis. Akibatnya, penggabungan dua terminologi sebagai tujuan hak kemudahan dan perlakuan khusus merupakan kesalahan dan menimbulkan kontradiksi.

Antara Pasal 28H ayat 2 secara terminologi memiliki kontradiksi dengan ketentuan Pasal 28I ayat 2.²² Ketentuan ini memperlihatkan bahwa diskriminasi tidak boleh dilakukan. Padahal di Pasal 28H ayat 2 UUD NRI 1945 mengatur tentang diskriminasi positif.²³ HKPK bagi suatu golongan berarti kesulitan dan ketidakprioritasan dari golongan yang lain. Sedangkan keadaan semacam ini tidak diperbolehkan berdasarkan Pasal 28I ayat 2.²⁴ UUD NRI 1945 merupakan aturan dasar dalam sebuah negara sehingga ketentuan di dalamnya mengandung prinsip-prinsip dasar yang akan menjadi dasar peraturan perundang-undangan lain.²⁵ Hal ini menjadikan pasal-pasal dalam UUD NRI 1945 tidak boleh kontradiktif.²⁶

Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyebutkan bahwa hak perlakuan khusus dan kemudahan muncul sebagai bentuk dari perluasan pasal-pasal hak asasi manusia.²⁷ Dengan

²² Tim Penyusun, *Buku I Rapat Paripurna MPR RI Sidang Umum MPR RI : Risalah Nomor MJ.240/4/99.Op.Cit.*[299].

²³ Sri Wiyanti Eddyono, *Hak Asasi Perempuan Dan Konvensi CEDAW* (Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat 2004).[7].

²⁴ *ibid.*

²⁵ Dahlan Thaib, [*et.,al.*], *Teori Dan Hukum Konstitusi* (Rajawali Pers 2003).[69].

²⁶ Lisa Marshall, 'The Character of Discriminative Law: The Incompatibility of Rule 404 and Employment Discrimination Suits' (2005) 114 *The Yale Law Journal*. [1063].

²⁷ Tim Penyusun, *Buku I Rapat Paripurna MPR RI Sidang Umum MPR RI : Risalah Nomor MJ.240/4/99.Op.Cit.*[219].

adanya hak asasi manusia ke dalam UUD NRI 1945, maka akan memberi karakter yuridis terhadap hak asasi manusia tersebut.²⁸ Sehingga bentuk aturannya berjenis individual bukan umum. Padahal seharusnya hak anak, hak perempuan, hak difabel, hak minoritas tidak diatur secara individual, melainkan secara umum.

Pada tahun 1945, Soepomo dan Soekarno bersikeras untuk tidak memasukkan pasal tentang HAM dengan alasannya adalah paham kekeluargaan. HAM sudah dengan sendirinya diakui sehingga tidak perlu dicantumkan dalam Undang-undang Dasar. Hal ini disampaikan pada pidato Soekarno mengawali rapat Besar BPUPKI 15 Juli 1945.²⁹ Bahkan, usulan komprehensif HAM dianggap menghancurkan karakter khusus dan semangat 1945.

Konstitusi RIS Tahun 1949 dan UUDS 1950 mencantumkan HAM. Namun pasal terbanyak adalah pada Bab XA UUD NRI 1945. Perumusan HKPK bersamaan dengan masuknya ketentuan HAM dalam UUD NRI 1945. Alasan penambahan hak tersebut karena MPR sebagai mandataris rakyat bertanggung jawab untuk memenuhi tuntutan reformasi 1998 yaitu penyelesaian pelanggaran hak asasi manusia di masa lalu.³⁰

Hal ini mempengaruhi disusunnya Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang HAM oleh Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat. Setahun kemudian, pada tanggal 3 Oktober 1999, MPR melakukan Rapat Paripurna Sidang Umum ke-3 untuk membicarakan amandemen UUD 1945.³¹ Pada Rapat ke-3 Badan Pekerja MPR Tanggal 14 Oktober 1999, Harun Kamil, menyampaikan laporan tentang persetujuan seluruh fraksi dalam Panitia Ad Hoc III untuk melakukan proses amandemen tersebut.³² Rapat demi rapat dilakukan, hingga pada Rapat ke-6 Tanggal 23 Mei 2000, Badan Pekerja MPR memutuskan masuknya ketentuan

²⁸ *ibid.*[123].

²⁹ Jimly Asshidiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi Dan Pelaksanaannya Di Indonesia* (Ihtiar Baru Van Hoeve 1994).[68].

³⁰ Majda El Muhtaj, *Hak Asasi Manusia Dalam Konstitusi Indonesia* (Kencana 2013).[90].

³¹ Tim Penyusun, *Buku I Rapat Paripurna MPR RI Sidang Umum MPR RI : Risalah Nomor MJ.240/4/99. Op. Cit.*[109-124].

³² Tim Penyusun, *Buku II Risalah Rapat-Rapat Badan Pekerja MPR Tanggal 4-14 Oktober 1999 Risalah No. MJ.210/3/1999* (Sekjen MPR RI 1999).[80-81].

HAM dan keadilan gender dalam batang tubuh UUD 1945.³³ Rapat ini berlanjut dengan pembagian komisi untuk membicarakan secara khusus hal tersebut. Pada Rapat Komisi A ke-4 tanggal 12-13 Agustus 2000 muncullah ketentuan Pasal 28H ayat 2, Pasal 28I ayat 1, dan Pasal 28D ayat 1.

Ketentuan ini berasal dari Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang HAM, maka materi muatan pasal tentang HAM mencakup lima kelompok yaitu kelompok Hak Sipil, Hak Politik Ekonomi Sosial Budaya, Hak Khusus dan hak atas Pembangunan. Pasal 28D ayat 1 termasuk pada *non derogable rights* sedangkan hak untuk mendapatkan kemudahan dan perlakuan khusus dianggap tidak diskriminatif tapi terjadi karena diskriminasi sehingga termasuk pada *derogable rights* (yang dapat dibatasi).³⁴

Salah satu contoh kasus putusan MK yang melimitasi penerapan HKPK adalah Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009 Tanggal 19 April 2010, yang diajukan pemohon terkait dengan pembedaan agama. Dasar pengujiannya Pasal 1 ayat 3, 27 ayat 1, 28c ayat 2, 28d ayat 1, 28e 1, 2, 3, 28i 1 2, 29 ayat 2 UUD NRI 1945. Petitum pemohon yaitu Pasal 1, 2 ayat 1, 2, 3, dan 4 huruf a Undang-Undang Nomor 1 tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan Penodaan Agama. Pada pasal tersebut, disebutkan tentang batasan pencegahan penyalahgunaan dan penodaan agama. Menurut Pemohon, undang-undang tersebut disharmoni inkonstitusional, tidak menghargai penghayat dan kepercayaan yang sudah lama tinggal di Indonesia, undang-undang tersebut tidak memberikan kepastian hukum sehingga menjadi alat mayoritas ke minoritas, negara mengatur perilaku warga negara bukan menentukan penafsiran agama benar atau salah, rumusan undang-undang multitafsir sehingga adanya intervensi negara terhadap agama. Putusan MK menolak seluruhnya permohonan tersebut. Pertimbangan hukumnya negara tidak melakukan penafsiran tentang agama, tafsir yang tepat diakui penganut agama dan dilakukan ahli atau ulama. Undang-undang tersebut tidak diskriminatif,

³³ Tim Penyusun, *Buku Ke-1 Jilid 1 Risalah Rapat Badan Pekerja MPR RI 4-7* (Sekjen MPR RI 2000).[200].

³⁴ Jimly Asshidiqie, *Konstitusi Dan Konstitusionalisme Indonesia* (Sekjen Mahkamah Konstitusi RI 2006).[108 – 111].

penjelasan umum menyebutkan keyakinan lain boleh berkembang asal tidak melanggar ketentuan dalam peraturan ini. Jika ada diskriminasi merupakan permasalahan penerapan norma.

Selain itu, terdapat pula Putusan Nomor 10-17-23/PUU-VII/2009 Tanggal 25 Maret 2009 tentang jenis kelamin. Petitem pemohon yaitu Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 Tentang Pornografi. Pada undang-undang tersebut, diberikan batasan tentang pornografi serta peran masyarakat dalam melapor. Pemohon berpendapat bahwa pornografi terlalu subyektif dan meletakkan budaya daerah sebagai subyek. Peran serta masyarakat dapat mengakibatkan perbuatan main hakim sendiri. Putusan MK menolak untuk seluruhnya permohonan tersebut. Pertimbangan hukumnya pemohon bukan kategori yang harus dikenakan kebijakan *affirmative action* atau telah mengalami diskriminasi. HAM tidak bisa dilakukan sebebas-bebasnya tapi berbatasan dengan nilai moral, agama, keamanan dan ketertiban. Pornografi telah menjadi kejahatan kesusilaan dalam KUHP. Justru undang-undang ini melindungi perempuan.

***Ratio Legis* HKPK di India**

Ratio legis HKPK di India secara kontekstual menjadi bagian dari *Right to Equality*. Perdebatan muncul saat penerapan pasal tersebut, pada saat perumusan HAM masuk dalam konstitusi sebagai sesuatu yang harus dilakukan. Sehingga pada saat terjadinya kasus, *Fundamental Rights* dimaknai secara positivistik yang mengharuskan adanya aturan. Proses *Rechtsvinding* beberapa hakim menjadikan *fundamental rights* memiliki makna sesuai dengan hukum alam.

HKPK tidak dicantumkan secara tekstual dalam proposisi konstitusi. Namun HKPK nampak secara kontekstual dalam beberapa pasal tentang *Right to Equality Part III Fundamental Rights Constitution of India*. Pasal-pasal yang dimaksud adalah *Article 14 Constitution of India*, “*The State shall not deny to any person equality before the law or the equal Protection of the laws within territory of India*”. Pasal ini menunjukkan bahwa terdapat perlindungan hukum dalam rangka mewujudkan persamaan di hadapan hukum. Proposisi ini menampakan

perlindungan hukum tersebut menggunakan prinsip umum dalam HAM, bukan spesifik mengatur tentang HKPK seperti Konstitusi Indonesia. Selanjutnya pada *Article 15* memperlihatkan prinsip persamaan sebagai prinsip yang lebih umum dan juga mengatur tentang larangan diskriminasi sebagai rangkaian dari persamaan di hadapan hukum. Pengaturan ini menunjukkan pengaturan yang sistematis. Menurut Fuller *congruence*.³⁵ Meskipun terlalu dini untuk mengkaji keseluruhan aturan dalam Konstitusi India. *Rights to Equality* memperlihatkan adanya sistematika logika dan tidak terdapat kontradiksi antar pasal.

Pembeda yang tidak dapat dijadikan alasan diskriminasi adalah *religion, race, caste, place of birth or any of them*. Keluasan aturan mengenai pembeda merupakan bagian dari kesepakatan, namun tidak jelas juga mengapa hanya lima jenis proposisi. Hal ini berbeda pada ayat selanjutnya yang menyebutkan *religion, race, caste, sex, place of birth or any of them*. Pengaturan ini yang menimbulkan permasalahan, karena ketidaksamaan cara pandang pembuat konstitusi.

Konstitusi India dideklarasikan pada tanggal 26 Januari 1950. Pembukaan konstitusi menggambarkan bahwa India negara berdaulat, sosialis, sekuler, demokratis dan republik. Pembukaan konstitusi juga menggambarkan persamaan ras, agama, bahasa, jenis kelamin dan budaya. Mulanya semua kasus tentang pelanggaran hak yang telah diatur dalam Part III Konstitusi India ditolak dengan alasan tidak ada yang mengaturnya. Namun berkat kasus ADM Jabalpur v Syukla, hakim Beg berpendapat bahwa *the object of making certain general aspect of rights of fundamental is to guarantee*. Selanjutnya kasus Golak Nath v State of Punjab hakim Subba Rao menyatakan *fundamental rights are modern name for what have been traditionally known as natural rights*. Kemudian *fundamental rights* mulai diterima dan digunakan dalam penyelesaian-penyelesaian kasus.³⁶ Bahkan *fundamental rights* membuka peluang hak-hak yang diatur juga hak-hak yang belum diatur. Hal ini memberikan kewenangan bagi aparat hukum untuk

³⁵ NE Simmonds, *Central in Issues Jurisprudence: Justice, Law and Rights 'The Morality of Law'* (Swett&Maxwell Ltd 1992).[117-118].

³⁶ Tim Penyusun, 'Human Rights in India: Overview' <<http://shodhganga.infilibnet.ac.in>> accessed 28 January 2016.[61 dan 65].

untuk dapat menemukan pelanggaran hak apa yang tepat pada setiap kasus.

Declaration Universal of Human Rights dianggap sebagai salah satu pedoman untuk penegakan HAM. Meskipun HKPK tidak diatur secara khusus, seperti di Indonesia, namun keluwesan *fundamental rights* menjadikan HKPK bukan sebagai wacana kepastian melainkan sebagai salah satu bentuk perlindungan yang mungkin dapat dilakukan negara. Namun untuk berbagai kasus HKPK ditangani satu pintu oleh *Supreme Court*.

Beberapa kasus yang dimaksud adalah SC10174/2006-07/12/2006 Nagar Nigam, Meerut Vs Al Faheem Meat Exports PVT.LTD&ORS. Nagar Nigam Meerut sebagai kekuasaan tertinggi yang bertanggung jawab pada layanan publik melakukan modernisasi melalui kontrak yang didasarkan favoritisme dan nepotisme sehingga diskriminatif terhadap calon peserta tender yang lain. Kasus lainnya adalah AR1227/2002-29/07/2003 Sanaboina Satyanarayana Vs *Government of Andhra Pradesh & ORS*. Sanaboina S telah melakukan kekerasan terhadap perempuan sehingga harus dipenjara seumur hidup.

Berbagai kasus tersebut memperlihatkan adanya ketidakseimbangan. Kasus Nagar Nigam, Meerut Vs Al Faheem Meat Exports memperlihatkan kasus diskriminasi didasarkan pada golongan. Sedangkan Sanaboina Satyanarayana Vs *Government of Andhra Pradesh* memperlihatkan adanya kasus didasarkan perbedaan jenis kelamin. Namun AA tidak nampak disini. Pada Konstitusi India memberikan peluang untuk menolong korban kekerasan sehingga mendapatkan *remedial rights* berupa penanganan khusus akibat kekerasan.

Kasus selanjutnya yaitu Fomento Resorts & Hotels & ANR Vs Minguel Martins memperlihatkan perbedaan berdasarkan sosial ekonomi. Adapun kasus terakhir, Suchita Srivastava & ANR Vs Chandigarh berdasarkan perbedaan fisik. Pada kasus ini ternyata nampak bahwa India tidak menerapkan HKPK sebagaimana Konstitusi India memberikan peluang itu pengaturan tersebut.

***Ratio Legis* HKPK di The Islamic Republic of Pakistan**

Ratio legis HKPK di Pakistan nampak pada proposisi *special provision*.

Sebagai negara yang dekat dengan India, maka pengaturan rumusan pasal-pasal konstitusi di India berpengaruh pada konstitusi Pakistan. Pengalaman tentang diskriminasi dengan korban anak dan perempuan menjadikan HKPK ditujukan untuk mereka saja. Penerapan hukumnya tidak konsisten, ada yang melindungi, ada yang melanggar HKPK.

Berdasarkan bentuk perumusan dan makna HKPK, HKPK disebutkan secara tekstual dalam Pasal 25 ayat 3 dan 26 ayat 2 *Chapter I Fundamental Rights Part II Fundamental Rights and Principles of Policy Constitution of the Islamic Republic of Pakistan* sebagaimana berikut:

Article 25 3 Nothing in this article shall prevent the State from making any special provision for the Protection of women an Children.

Article 26 2 Nothing in Clause 1 shall prevent the state from making any special provision for women and Children.

Dalam pasal tersebut HKPK disebut dengan special provision dan hanya ditujukan untuk perempuan dan anak. Aturan ini berseberangan dengan proposisi pada Pasal 26 ayat 1 dan 27 ayat 1 bahwa *race, religion, caste, sex, residen of place of birth* merupakan dasar pembedanya. Dalam pengaturan ini terdapat lompatan logika, mengapa ada perbedaan *special provision* atas perempuan dan anak dengan dasar pembeda lainnya, misalnya ras minoritas dan sebagainya.

Tidak sistematisnya pemikiran juga nampak ada Pasal 22 yang menyebutkan tentang hak konstitusional dalam hal keagamaan, yang tidak diberlakukan pada jenis pembeda yang lain. Sama dengan Pasal 25 yang memberikan pengaturan khusus tentang diskriminasi berdasarkan jenis kelamin. Hal ini kurang tepat. Argumentasi selanjutnya juga ditujukan pada pasal ini, tujuan perlindungannya adalah untuk persamaan hukum, pengaturan sistematis nampak pada rangkaian proposisi Pasal 25 yang menyatakan *no discrimination* merupakan bagian dari *equality*.

Sebagaimana yang terjadi di India dan Indonesia, HKPK muncul sebagai bagian dari HAM. Perdebatan pemikiran di Pakistan juga diawali dengan berbagai kasus konstitusional. Diantaranya kasus *Jabindera Kishore v Province of East Pakistan (PLD 1957 SC 9)*. Kasus ini memperdebatkan bahwa tidak ada hak selama tidak diatur dalam undang-undang atau konstitusi. Hal ini memicu

munculnya pemaknaan ulang tentang *fundamental rights*. Kebebasan dalam kasus Nasrullah Khan v District Magistrate (PLD 1965 Lahore 642), dianggap berbahaya bagi *collective good of society*. Konstitusi Pakistan muncul karena proklamasi kemerdekaan hak-hak yang tercederai. Terutama hak-hak bidang keagamaan. Oleh karenanya hak beragama diatur secara khusus berbeda dengan pembeda lainnya.³⁷

Kasus-kasus tersebut diputus oleh *Supreme Court of Pakistan*. Beberapa kasus tentang diskriminasi adalah *Murder Reference No. 614 of 2010 Criminal Appeal No. 2509 of 2010 Mst. Asia Bibi v The State & another*. Posisi Kasus ini adalah Asia Bibi seorang Kristiani dianggap menghina Nabi Muhammad sehingga harus dihukum mati. Bermula dari memetik berry dan kehausan kemudian meminum air sumur. Kemudian pemilik sumur berteriak, karena ia tidak dapat minum air sumur itu akibat telah najis oleh orang Kristen. Pengadilan Lahore memutuskan hukuman mati untuknya tanggal 16 Oktober 2014, kemudian 22 Juni 2015 kemudian menunda putusan setelah 6 tahun dipenjara dan mengalami sakit parah. Kasus lainnya adalah *Constitutional Petition No.77 of 2010 President Balochistan High Court Bar Association v Federation of Pakistan*. Kasus ini terjadi karena pembunuhan massal antara pemeluk sunni dan syiah yang juga mengakibatkan banyak korban lainnya dan butuh penanganan karena *fundamental rights* tidak terwujud. Kedua kasus ini tidak menggambarkan kemungkinan bagi terwujudnya HKPK, walaupun telah jelas terjadi diskriminasi. Diskriminasi hanya ditanggulangi, diselesaikan kasusnya, namun tidak mempengaruhi negara untuk melakukan tindakan khusus bagi korban atau minoritas.

***Ratio Legis* HKPK di Federal Republic of Germany**

Ratio legis HKPK di Jerman muncul dari revolusi atas kondisi masyarakat yang tertekan oleh tirani. Kebebasan adalah ciri utama pemikiran HAM termasuk di dalamnya HKPK. Perkembangan HKPK mengarah pada *individualistis* sehingga unsur *pleasure* atau kenyamanan individu menjadi hal utama. Namun penerapan aturannya tidak konsisten. Proporsional keadilan dalam pendapat Mahkamah di Jerman tidak sepenuhnya mencerminkan hakikat kebebasan.

³⁷Tim Penyusun, 'Rights and Constitutional Fundamental Rights in Pakistan' <<http://Zklawaassociates.com>> accessed 28 January 2016.

Berdasarkan bentuk perumusan dan makna HKPK, HKPK terdapat dalam Pasal 3 ayat 1 Part 1 *Basic Rights Grundgesetz/Basic Law for Federal Republic of Germany* dinyatakan dengan kalimat “*promote the actual implementation of equal rights for women and men and take steps to eliminate disadvantages that now exist.*” Kalimat tersebut ditujukan untuk mencegah pembeda dan diskriminasi berdasarkan jenis kelamin. Ayat ini tidak sesuai dengan ayat 3 yang menyebutkan, *No person shall be favoured or disfavoured because of sex, parentage, race, language, homeland and origin, faith, religious or political opinions. No person shall be disfavoured because of disability (42nd Amendment (27.10.94))*. Pada ayat 3 pembuat *Grundgesetz* mengidentifikasi hal-hal yang dapat menimbulkan diskriminasi yaitu jenis kelamin, orang tua dan anak, ras, bahasa, asal, kepercayaan, agama, keyakinan politik dan disabilitas. Namun tidak mengatur tentang bagaimana bantuan pemerintah untuk membuat kelompok minoritas atau yang dirugikan mendapat haknya. Di sisi lain, *equal before the law* dijabarkan secara sistematis pada ayat-ayat selanjutnya. Tidak terpisahkan pasalnya, sehingga memperlihatkan kesatuan pemikiran.

Pada 1848, Parlemen Frankfurt menetapkan *Imperial Act* yang merubah hak sipil dan politik menjadi aturan. Tahun 1949, Konstitusi Frankfurt disahkan menjadi konstitusi Imperium Jerman. Kemudian terjadi kekacauan pemerintahan. Pangeran menolak melepas kedaulatannya. Konfederasi diberhentikan satu tahun setelahnya. Perang Auto Prussian tahun 1866 membawa konstitusi baru untuk Jerman, diikuti perang-perang dalam Perang Dunia I dan revolusi yang diakhiri dengan berdirinya Republik Jerman dengan *Weimar Constitution*. Konstitusi ini meningkatkan kepercayaan diri pada bangsanya, kebebasan dan kesejahteraan. Partai Nazy berkuasa, menjadikan Hitler sebagai pemimpin totalitarian. Kemudian Jerman terpisah menjadi dua negara dalam dekade Perang Dunia II dan menyatu pada tahun 1990. Perumus konstitusi melakukan perumusan konstitusi walaupun dalam masa peperangan. Hasil itu tersebar an disatukan untuk disusun kembali oleh *Parlemen Council* yang dibentuk *Western Power* dan disahkan tahun 1949.³⁸

³⁸ Tim Penyusun, ‘Constitutional History of Germany’ <constitutional net.org/country/constitutional-history-germany> accessed 29 January 2016.

Penerapan aturan-aturan tentang HKPK nampak pada putusan pengadilan konstitusi yang bernama *bundesverfassungsgerichts*. Beberapa kasus diantaranya yaitu BvR 3295 Tanggal 1 Januari 2011, kasus ini tentang bentuk HKPK bagi Transeksual. *Transsexuellengesetz* (TSG) mengatur tentang solusi pengakuan dari Transgender yaitu dengan mengubah nama pertamanya dengan gender yang dimaksud dan melakukan operasi alat kelamin. Seorang laki-laki dengan gender perempuan ingin diakui pernikahannya dengan perempuan, dia sudah merubah nama pertamanya menjadi perempuan tapi tidak operasi karena alasan kesehatan.

Mahkamah berpendapat bahwa meskipun tidak operasi alat kelamin, pergantian itu juga berimplikasi pada anak yang muncul (adopsi). Hal utama yang harus dilakukan adalah mengganti '*civil status*' baru legalisasi untuk dapat mengadopsi anak. Dalam hal ini, hakim menganggap bahwa HKPK, meskipun tidak disebut secara tekstual dalam Konstitusi Jerman, namun terdapat peraturan di bawahnya yang memberikan perlindungan pada jenis kelamin ketiga yaitu *transeksual*. Bagi Mahkamah penting untuk mengatur tentang jenis kelamin ketiga untuk dapat memasukkan pada dua jenis kelamin yang lain.

Pandangan Mahkamah ini tidak tegas. Di satu sisi mengakui hak dalam kebebasan dalam memilih keyakinan gendernya. Namun di sisi lain tidak menerima kebebasan itu sepenuhnya. Keyakinan mahkamah tetap pada adanya dua jenis kelamin sehingga melalui *transsexuellengesetz* yang dipaksakan adalah jenis kelamin ketiga agar menyesuaikan dengan jenis kelamin yang lain. Selain itu, *civil status* digunakan sebagai syarat pemberian hak. Padahal hakikat hak itu melekat pada manusia, bukan pada status warga negara.

Kasus yang lain adalah BvR 1282 tanggal 30 Juni 2015. Kasus ini adalah Pengakuan badan hukum publik menjadi komunitas religius Peraturan Parlemen (*Korperschaft des öffentlichen Rechts*). Padahal Federal Jerman mengakui prinsip pemisahan kekuasaan. Hal ini mendorong komunitas lain untuk mendapat pengakuan. Permohonan ini dikabulkan (kesaksian jehovas). Kasus kedua ini menampakkan adanya pembagian secara adil pada kelompok keagamaan. Mahkamah tidak memandang esensi mayoritas tetapi lebih menitikberatkan pada dapat atau tidak

menjadi badan publik sehingga hak badan publik bisa didapatkan.

***Ratio Legis* HKPK di United States of Amerika**

Ratio legis HKPK di Amerika Serikat memperlihatkan adanya *unwritten constitution* yang menjadi pedoman hakim. Meskipun Amerika Serikat memiliki konstitusi tertulis, namun karena sistem hukumnya Anglo Saxon, sehingga *unwritten constitution* muncul di sana. Konstitusi Amerika sangat umum dan tidak memperlihatkan pengaturan HKPK. Namun penerapan hukumnya memperlihatkan kemajuan pemikiran tentang HKPK.

HKPK tidak diatur secara tekstual dalam *Constitution of United States of Amerika* dan amandemennya. Bahkan konstitusi ini tidak menegaskan tentang *equality before the law* dalam klausul pasalnya. Namun secara kontekstual terdapat prinsip-prinsip pembatasan kekuasaan, *equality before the law* dan penjaminan hak-hak individu. Pengaturan pasal-pasal tentang pengakuan prinsip *non discrimination* tidak sistematis. Misalnya *Article (I) Ratifikasi 15-12-1791*, *Article XIII Ratifikasi 06-12-1865*, *Article XV Ratifikasi 03-02-1870*, *Article (XIX) Ratifikasi 18-08-1920*. Pengaturan ini memperlihatkan tidak sistematisnya pemikiran perumus Konstitusi Amerika. Perumus tidak membuat pasal yang panjang keberlakuannya. Konstitusi Amerika menampilkan kondisi konstitusi yang mudah berubah tapi adanya prinsip-prinsip yang dipegang teguh dalam Konstitusi yang dipertahankan. Prinsip-prinsip justru hidup dalam masyarakat sebagai *Living Constitution*.

Kasus AA yang terjadi di Amerika Serikat yang menghasilkan kesimpulan adanya pergeseran menarik perbedaan antara Whites dan Blacks yang mana Whites melawannya, dan Blacks mempertahankannya.³⁹ Perbedaan pendapat dimulai dengan pemikiran AA. Menurut Chang program pembeda (*diversity programme*) diperlukan untuk mengkalkulasi kebutuhan AA.⁴⁰ Hal ini ditegaskan juga oleh Paul Channey, untuk memulai AA dari persamaan berarti diskriminasi, karena

³⁹ Hillary Haley; Jim Sidanius, 'The Positive and Negative Framing of Affirmative Action: A Group Dominance Perspective' (2006) 32 *Personality and Sociology Psychology Bulletin*. [666].

⁴⁰ Lisa E Chang, *Gutter v. Bollinger, [et Al.]*: 'Affirmative Action Lessons for the Private Employer' (2004) 30 *Employee Relations Law Journal*. [6].

kebutuhannya berbeda.⁴¹ Kritik Susanne Baer terhadap hal ini adalah tidak tepat menggunakan AA dalam hal tersebut, karena yang tepat adalah kebebasan bukan persamaan, misalnya perbedaan agama.⁴² Tentu sulit mengukur pembedanya.⁴³ Misalnya, Amerika Serikat. Secara teori menganut persamaan hak, namun faktanya tidak. *African Americans, women, hispanis American, the disabled, jews, native American, catholics, asian American, homosexuals victim of discrimination.*⁴⁴

Hal inilah yang kemudian menjadikan mayoritas pemilih meninggalkan minoritas sehingga muncul hak kemudahan dan pelayanan khusus dalam memberikan keadilan bagi minoritas atau kelompok rentan. Konsepsi yang merealisasikan hak ini disebut *affirmative action* atau AA. Menurut Powell hak tersebut diatur di hukum konstitusi dapat dimaknai sama dengan *The Right Remedy Gap*.⁴⁵ Powell menyatakan bahwa *willing to Seattle for something less, full individual remediation remain the ideal*.⁴⁶ Argumen ini dikritik oleh Gerald Gunther. Ia menjelaskan bahwa hakim Powell tidak dapat dimaknai *transisi* tapi terus menerus⁴⁷ yang menimbulkan permasalahan *remedy* yang tidak tepat.

Beberapa kasus yang memperlihatkan diskriminasi yang pada akhirnya memicu HKPK atau AA adalah kasus *Green v. County School Board of New Kent County*, (No.695) Tanggal 27 Mei 1968. Bermula dari Kasus Brown V the Board Of Education 349 US 294 (Brown I dan II) memerintahkan pengadaan sistem sekolah ganda bagian putih dan negro untuk penyatuan sekolah tanpa ras. Tapi standar ganda membawa implikasi tidak hanya pada perbedaan fisik tapi juga fakultas, staf, transportasi, kegiatan ekstrakurikuler dan fasilitas. Sehingga penting untuk *Supreme*

⁴¹ Paul Chaney, 'Quasi-Federalism and the Administration of Equality and Human Rights: Recent Developments and Future Prospects – A Preliminary Analysis from the UK's Devolution Programme' (2011) 27 Public Policy and Administration Journals.[72].

⁴² Susanne Baer, 'European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination' (2012) 49 Common Market Law Review.[1496].

⁴³ *ibid.*

⁴⁴ Thomas E Patterson, *We The People* (Mc Grawhill 2002).[121-122].

⁴⁵ John C. Jeffries Jr, 'The Rights Remedy Gap in Constitutional Law' (1999) 109 The Yale Law Journal.[87].

⁴⁶ H Jefferson Powell, 'Reasoning About The Irrational: The Robert Court and The Future of Constitutional Law' (2011) 82 Washington Law Review.[280].

⁴⁷ Gerald Gunther, 'In Search of Judicial Quality on a Changing Court: The Case of Justice Powell' (1972) 24 Stanford Law Review.[1001].

Court membatasi waktu pengintegrasian, tanpa menyebut sekolah putih hitam tapi hanya sekolah (hakim Brennann).

Kasus *Grutter v. Bollinger* (02-241) 539 US 306 (2003) 288 F. 3d 732 Tanggal 23 Juni 2003 merupakan awal dari masuknya AA sebagai penyelesaian kasus terkait. Kasus ini bermula dari kebingungan universitas untuk menentukan mempertahankan kualitas atau melakukan penerimaan dengan pertimbangan ras netral. Faktor obyektif untuk tes harus dilakukan. Faktor subyektif memberikan keuntungan bagi orang Afrika-Amerika, Latin dan Asli Amerika untuk mendapat prioritas subyektif. Barbara Grutter, orang kulit putih secara obyektif telah memenuhi syarat, namun secara subyektif dia tidak bisa menjadi kandidat karena kebijakan pemerataan ras tersebut. Melalui Hakim Sandra Day O'Connor hal itu konstitusional, promosi sekolah untuk mencapai keberagaman ras itu cukup menarik sehingga memberikan kesempatan ras minoritas tampil di elit bangsa.

***Ratio Legis* HKPK di The Republic of South Africa**

Ratio Legis HKPK di Afrika Selatan memperlihatkan rumusan yang paling baik dibandingkan negara lainnya. Prinsip umum hingga turunannya digambarkan dengan bahasa yang sederhana namun bermuatan luas. Sejarah perumusan menjadi alasan baiknya rumusan ini, yaitu adanya keinginan untuk mewujudkan persamaan setelah pada era sebelumnya terjadi konflik yang melegalkan ketidaksamaan. Penerapan hukum juga sejalan dengan maksud pengaturan pasal.

Afrika Selatan memiliki perumusan sistematis tentang aturan *equality before the law*. Bentuk rumusannya tertuang dalam Article 9 ayat 2 dan 5 *Equality Chapter 2 Bill of Rights Constitution of the Republic of South Africa*. Proposisi yang digunakan adalah *to promote the achievement of equality, legislative and other Measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken and established that the discrimination is fair*. Kedua ayat ini memungkinkan penerapan hukum tentang HKPK, sebagai efek dari diskriminasi, bukan tanpa alasan seperti dalam teksual Pasal 28H ayat 2 UUD NRI 1945.

Ketentuan pembeda dalam pasal ini cukup banyak dan tidak terpisah. Paling lengkap diantara konstitusi-konstitusi yang lain. Pembeda yang dimaksud adalah *race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic, or social origin, colour, sexual orientation, age, dissability, religion, conscience, belief, culture, language and birth*, bahkan ketentuan ini masih membuka kemungkinan pengembangan konsep diskriminasi di kemudian hari. Hal ini menunjukkan bahwa desain rumusan konstitusi di Afrika Selatan dilakukan dengan baik, sehingga penataan ide dan kesesuaian prinsip dengan turunan prinsip sistematis.

Peristiwa Sharpeville Tahun 1960 merupakan awal dari pemikiran pentingnya perumusan HAM dalam konstitusi Afrika Selatan. Peristiwa ini membuat 69 orang mati, 180 orang luka akibat protes tentang *aphartheid* yang diatur dalam *Pass Law*. Tahun 1948 Partai Nasionalis menang dalam pemilu dan melakukan formalisasi dari *segregation* melalui *The Native Laws Amendment Act of 1952*. Hal ini tidak membuat peluang orang kulit hitam meningkat di parlemen. Puncaknya saat pemerintahan Nelson Mandela yang diikuti dengan dirumuskan konstitusi dengan sumber hukum *Declaration of Human Rights*.⁴⁸ Unsur keaslian dari Konstitusi Afrika Selatan adalah *moral vision* negara untuk menghilangkan *aphartheid*, penjajahan dan perbudakan. Hal ini nampak pada rumusan pasal yang mendetail tentang HAM yang disebut *Basic Rights* dalam konstitusi tersebut. HKPK dalam hal ini, menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari *Basic Rights* tersebut.

Kasus-kasus yang dimaksud adalah LJ1161-04; J1161-2004- Willemse v Patelia NO and Others 19 Oktober 2006. Willemse adalah pelamar yang memenuhi persyaratan obyektif lamaran. Namun kekurangannya adalah saat memenuhi lembar persetujuan aplikasi dia menjawab bahwa dirinya *disability*. Hal ini menjadi pertimbangan tidak diterimanya Willemse di posisi yang seharusnya (Direktur Jenderal), melainkan di *Management* karena dikalahkan berdasarkan *affirmative action* gender dan ras. Putusan Mahkamah yang dipimpin Hakim Deon Nel melihat ketidakadilan muncul pada pengumuman tidak diterimanya Dr Willemse, sehingga

⁴⁸ Parliament of The Republic of South Africa, 'Human Rights Day' <http://www.parliament.gov.za/live/content.php/item_ID1481> accessed 29 January 2016.

harus dibayarkan ganti rugi. Alasan Patelia NO adalah diterima atau tidaknya berdasarkan pertimbangan *prerogative comite*.

Kasus lainnya adalah LC435/04; C435/04 *Public Servants Assosiation (PSA) obo Karriem v South African Police Services (SAPS)* Tanggal 23 Februari 2006. Mrs. Kariem adalah pekerja pada South African Police Service, berdasarkan kualifikasi pekerjaannya masuk pada level 7 dengan gaji level 7. Namun dengan alasan rasial dia dianggap level 6. Mahkamah yang dipimpin Hakim Nel Aj. meminta Mrs. Kariem dinaikkan menjadi level 7 sebagaimana seharusnya dan membayar ganti rugi atasnya. Kasus-kasus di Afrika Selatan memperlihatkan konsistensi hakim dengan pengaturan tekstual HKPK dalam perwujudan *Equality Before The Law*. Dengan sistem negara yang Eropa Kontinental, pengaturan ini hendaknya menjadi inspirasi perbaikan UUD NRI 1945 di Indonesia.

Kebebasan dan Pembatasan HKPK dalam Konstitusi

Kebebasan dan pembatasan HKPK dalam berbagai konstitusi di atas bergantung pada tiga hal yaitu rumusan pasal, alasan keberadaannya dalam konstitusi, dan penerapan hukum. Berdasarkan ketiga hal tersebut, setiap negara memiliki karakter yang berbeda. Di Indonesia, kebebasan dan pembatasan diatur bersamaan. Hal ini pada akhirnya menjadi media untuk menarik dan mengulur kebebasan dan pembatasan pada bandul kekuasaan yang berdaulat. Penerapan hukum yang ada, memperlihatkan adanya konsistensi yang justru tidak dapat menangkap esensi perdebatan pemikiran tentang HAM termasuk HKPK. Hak konstitusional menjadi dasar utama penyelesaian kasus tentang HAM dan HKPK. Pembatasan lebih dominan dalam penerapan hukum. Di India, kebebasan dan pembatasan terpengaruh oleh *fundamental rights as natural rights*. Kebebasan lebih dominan dibandingkan pembatasan. Namun, penerapan hukum justru memperlihatkan pembatasan lebih dominan. Hal ini juga terjadi di Pakistan.

Di Amerika Serikat dan Jerman, kebebasan dan pembatasan HKPK lebih didominasi oleh kebebasan. Kedua negara ini sedang mencari konstruksi HKPK, sehingga putusan-putusan terus berkembang dalam menimbang porsi keadilan

dalam HKPK. Adapun Afrika Selatan adalah negara yang merumuskan pembatasan dengan baik. Kebebasan dalam perwujudan HKPK bukan kebebasan mutlak tapi kebebasan untuk persamaan.

Moral sebagai Sintesa HKPK

Pemikiran tentang moral tidak terlepas dari *neo Aristotelian* dan *neo Kantian*.⁴⁹ Bahkan, suri Ratnapala, menambahkan pemikiran Dworkin sebagai pemikiran yang ketiga.⁵⁰ India dan Pakistan merupakan negara yang memandang HKPK sebagai moral *belief*. Perry memandang moral terbagi menjadi moral *belief* dan moral *knowledge*. Sindhunata, memandang ini adalah pertentangan tentang *mithos* dan *logos*, antara rasio dan di luar rasio. Horkheimer mengatakan usaha untuk menghilangkan *mithos* adalah tidak mungkin.⁵¹ Bertens meluruskan bahwa kata *logos* tidak hanya berarti rasio tapi juga akal, budi dan sabda.⁵² Terdapat dua alasan perkembangan pemikiran tentang moral *belief* ini yaitu berdasarkan apa yang disebut Aristoteles *prudential* dan apa yang disebut Theresia *consciousness*.⁵³ Franz von Magnis menyebutnya *hetero nomos* atau hukum yang lain, melakukan *morality* karena dorongan sesuatu dari luar.⁵⁴ Bruggink, mengutip dari Scholten, moral adalah putusan nurani (*gewetensbeslissing*).⁵⁵ Sedangkan John Rawls membagi moral menjadi moral otoritas dan moral perkumpulan.⁵⁶

Jerman dan Amerika Serikat memandang moral *knowledge*. Moral jenis ini dikembangkan dari pemikiran Immanuel Kant, (1724-1804) dalam karyanya *the Critique of Pure Reason*, menjelaskan empat antinomi yaitu ruang dan waktu, sederhana dan tidak, hukum alam dan hukum kebebasan, entitas mutlak dan tidak mutlak.⁵⁷ Menurutnya, *morality arises and can only arise from freedom*. Manusia tidak selalu melakukan tindakan sesuai moral. Hukum dapat sesuai dengan moral

⁴⁹ Michael J Perry, *Morality, Politics, and Law* (Oxford University Press 1988).[7].

⁵⁰ Suri Ratnapala, *Jurisprudence* (Cambridge University Press 2009).[173].

⁵¹ Sindhunata, *Dilema Usaha Manusia Rasional* (Gramedia 1982).[124].

⁵² Bertens, *Sejarah Filsafat Yunani* (Kanisius 1975).[15].

⁵³ *ibid.*[21 dan 23].

⁵⁴ Franz von Magnis, *Masalah-Masalah Pokok Filsafat Moral: Etika Umum* (Kanisius 1979).[54].

⁵⁵ JJ H. Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum* (Citra Aditya Bakti 2011).[227].

⁵⁶ John Rawls, *Theory of Justice (Terjemahan)* (Pustaka Pelajar 2011).[602 dan 608].

⁵⁷ Bertrand Russell. *Op. Cit.*[925].

dan dapat mengorbankan kebebasan.⁵⁸ Indonesia memadukan pemikiran Lon Fuller (1902-1978) dalam *Morality of Law* menemukan perpaduan kemiripan prinsip aturan berbagai aliran hukum alam, yaitu memungkinkan orang untuk menemukan kenyamanan⁵⁹ dan Suri Ratnapala, pandangan Fuller berdasar *moral basis of law: external and internal moralities of law*.⁶⁰

Pemikiran Hart tersebut dilakukan setelah memaparkan pemikiran Dworkin dan Joseph Raz. Dworkin berpandangan *legally rights is also always morally rights*.⁶¹ Suri Ratnapala menyebutnya dengan *integrity of law*.⁶² Dworkin menyebut salah satu *integrity in law*, adalah, “*law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process*.”⁶³ lebih luas dari apa yang disampaikan Suri. Afrika Selatan termasuk pada bentuk ini.

Roscoe Pound melihat permasalahan bukan pada kaidah yang ditetapkan tapi kelonggaran memakai kebijaksanaan dengan ukuran satu pendapat kesesuaian misalnya adil, ukuran tersebut meminta pikiran yang sehat atau ilham yang terlatih, ukuran tersebut diterapkan secara relatif, karena tiap perkara unik.⁶⁴ Secara konseptual pemikiran Roscoe Pound berusaha mempertemukan dan mengintegrasikan moral *belief* dan moral *knowledge*. Namun fakta hukum yang terjadi ukuran yang relatif dan pikiran yang terlatih membawa hukum berdasarkan cara pandang seseorang. Maka dialektika yang tidak pernah terhenti adalah apakah cara pandang seseorang akan selalu menghasilkan moral yang baik? Maka akan kembalilah semuanya pada pemikiran tentang keadaan alami.

Kesimpulan

Ratio legis HKPK dalam Konstitusi di Indonesia dan berbagai konstitusi di dunia memperlihatkan karakteristik yang berbeda. Di Indonesia, *ratio legis*nya adalah *constitutional rights*. Di India dan Pakistan, *ratio legis*nya *fundamental*

⁵⁸ MDA Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (7th edn, Sweet & Maxwell 2001).[118].

⁵⁹ *ibid.*[126-127].

⁶⁰ Suri Ratnapala.*Op.Cit.*[167].

⁶¹ H.L.A Hart.*Op.Cit.*[147].

⁶² Suri Ratnapala.*Op.Cit.*[173].

⁶³ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (The Belknap Press 1986).[243].

⁶⁴ Roscoe Pound, *Pengantar Filsafat Hukum* (Bhatara 1972).[72-73].

rights. Di Jerman mengarah pada individualistis. Amerika Serikat memperlihatkan *unwritten constitution*. Afrika Selatan memperlihatkan prioritas pada persamaan. Permasalahan kedua adalah kebebasan dan pembatasan HKPK dalam konstitusi memperlihatkan moral sebagai sintesanya dan aturan sebagai realisasinya.

Daftar Bacaan

Buku

Afan Gaffar, *Amandemen Konstitusi, Dan Strategi Penyelesaian Krisis Politik Indonesia* (Riza Sihbudi; Moch Nurhasim ed, AIPI dan Pathnership for Governance Reformin Indonesia 2002).

Bernard E Whitley Jr dan Mary E Kite, *The Psychology of Preduce and Discrimination* (2nd edn, Wadsworth Cengange Learning 2010).

Bertens, *Sejarah Filsafat Yunani* (Kanisius 1975).

Bertrand Russell, *Sejarah Filsafat Barat : Terjemahan History of Western Philosophy and Its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day* (Pustaka Pelajar 2002).

Dahlan Thaib, [et., al.], *Teori Dan Hukum Konstitusi* (Rajawali Pers 2003).

Franz von Magnis, *Masalah-Masalah Pokok Filsafat Moral: Etika Umum* (Kanisius 1979).

H.L.A Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 1961).

Ian McLeod, *Legal Method* (MacMillan Press 1996).

Jimly Asshidiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi Dan Pelaksanaannya Di Indonesia* (Ichtiar Baru Van Hoeve 1994).

———, *Konstitusi Dan Konstitutionisme Indonesia* (Sekjen Mahkamah Konstitusi RI 2006).

JJ H. Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum* (Citra Aditya Bakti 2011).

John D Skrentny, 'Have We Moved Beyond The Civil Rights Revolution?' (2014) 123 *The Yale Law Journal*.

John Rawls, *Theory of Justice (Terjemahan)* (Pustaka Pelajar 2011).

- Lili Rasjidi, *Sari Kuliah Filsafat Hukum* (Universitas Padajaran 1973).
- Majda El Muhtaj, *Hak Asasi Manusia Dalam Konstitusi Indonesia* (Kencana 2013).
- MDA Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (7th edn, Sweet & Maxwell 2001).
- Michael J Perry, *Morality, Politics, and Law* (Oxford University Press 1988).
- Ni Ketut Sri Utari, *Pengujian Undang-Undang Oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia* (Universitas Airlangga 2012).
- NE Simmonds, *Central in Issues Jurisprudence: Justice, Law and Rights 'The Morality of Law'* (Swett&Maxwell Ltd 1992).
- Philipus M Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum* (Gadjah Mada University Press 2014).
- Ronald Dworkin, *Law's Empire* (The Belknap Press 1986).
- , *Freedom's Law ; The Moral Reading of The American Constitution* (Harvard University Press 1996).
- Roscoe Pound, *Pengantar Filsafat Hukum* (Bhatara 1972).
- Samuel Leiter dan Wiliam M. Leiter, *Affirmative Action in Antidiscrimination Law and Policy* (State University of New York Press 2002).
- Sindhunata, *Dilema Usaha Manusia Rasional* (Gramedia 1982).
- Sri Wiyanti Eddyono, *Hak Asasi Perempuan Dan Konvensi CEDAW* (Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat 2004).
- Suri Ratnapala, *Jurisprudence* (Cambridge University Press 2009).
- Thomas E Patterson, *We The People* (Mc Grawhill 2002).
- Tim Penyusun, *Buku I Rapat Paripurna MPR RI Sidang Umum MPR RI : Risalah Nomor MJ.240/4/99* (Sekjen MPR RI 1999).
- , *Buku II Risalah Rapat-Rapat Badan Pekerja MPR Tanggal 4-14 Oktober 1999 Risalah No. MJ.210/3/1999* (Sekjen MPR RI 1999).
- , *Buku Ke-1 Jilid 1 Risalah Rapat Badan Pekerja MPR RI 4-7* (Sekjen MPR RI 2000).

Jurnal

Daniel E Ho, 'Affirmative Action's Affirmative Actions: A Reply to Sander' (2005) 114 *The Yale Law Journal*.

David Simon, 'Discrimination and Affirmative Action' (2004) 3 *Undergraduate Research Journal for Human Sciences*.

Gerald Gunther, 'In Search of Judicial Quality on a Changing Court: The Case of Justice Powell' (1972) 24 *Stanford Law Review*.

Herron dan Rachel dan Claire, *Superficially Similar but Fundamentally Different: A Comparative Analysis of US and UK Affirmative Action* (Durham University 2010) <http://etheses.dur.ac.uk/662/>.

H Jefferson Powell, 'Reasoning About The Irrational: The Robert Court and The Future of Constitutional Law' (2011) 82 *Washington Law Review*.

Harry J Holzer dan David Neumark, 'Affirmative Action: What Do We Know ?' (2006) 25 *Journals of policy Analysis and Management*.

Hillary Haley dan Jim Sidanius, 'The Positive and Negative Framing of Affirmative Action: A Group Dominance Perspective' (2006) 32 *Personality and Sociology Psychology Bulletin*.

Janneke Gerards; Hanneke Sanden, 'The Structure of Fundamental Rights and The European Court of Human Rights' (2009) 7 *Oxford Journal*.

Jessica Bulman Pozen, 'Gruitter at Work: A Title VII Critique of Constitutional Affirmative Action' (2006) 115 *The Yale Law Journal*.

John C. Jeffries Jr, 'The Rights Remedy Gap in Constitutional Law' (1999) 109 *The Yale Law Journal*.

Lisa E Chang, *Gruiter v. Bollinger*, [et., al.], 'Affirmative Action Lessons for the Private Employer' (2004) 30 *Employee Relations Law Journal*.

Lisa Marshall, 'The Character of Discriminative Law: The Incompatibility of Rule 404 and Employment Discrimination Suits' (2005) 114 *The Yale Law Journal*.

Paul Chaney, 'Quasi-Federalism and the Administration of Equality and Human Rights: Recent Developments and Future Prospects – A Preliminary Analysis from the UK's Devolution Programme' (2011) 27 *Public Policy and Administration Journals*.

R. Herlambang Perdana Wiratraman, 'Konstitusionalisme Dan Hak-Hak Asasi Manusia (Konsepsi Tanggung Jawab Negara Dalam Sistem)' (2005) 20 Yuridika.

Susanne Baer, 'European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination' (2012) 49 Common Market Law Review.

Ursula O'Hare, 'Equality and Affirmative Actions in International Human Rights Law and Its Relevances to the European Union' (2000) 4 International Journals of Discrimination and The Law.

Laman

Parliament of The Republic of South Africa, 'Human Rights Day' <http://www.parliament.gov.za/live/content.php/item_ID1481> accessed 29 January 2016.

Tim Penyusun, 'Constitutional History of Germany' <constitutional.net.org/country/constitutional-history-germany> accessed 29 January 2016.

———, 'Human Rights in India: Overview' <<http://shodhganga.infilibnet.ac.in>> accessed 28 January 2016.

———, 'Rights and Constitutional Fundamental Rights in Pakistan' <<http://Zklawaassociates.com>> accessed 28 January 2016.

HOW TO CITE: Dhia Al Uyun, 'Sic Et Non: Kebebasan Dan Pembatasan Hak Kemudahan Dan Perlakuan Khusus' (2016) 31 Yuridika.