

Gender, Seksualitas & Hak Asasi Manusia

*** Disampaikan pada Kursus Gender dan Seksualitas III
Gaya Nusantara-Hivos, Hotel Equator, Surabaya 5-15 Agustus 2008**

R. Herlambang Perdana Wiratraman
Dosen Hukum Tata Negara dan Hak Asasi Manusia,
Fakultas Hukum Universitas Airlangga

Pokok Presentasi

- Pemaknaan Gender dan Seksualitas
- Tinjauan Hak Asasi Manusia terhadap gender, identitas gender, dan orientasi seksual
- Bagaimana seseorang mendapatkan hak atas perlindungan dari diskriminasi berdasarkan ketiga dimensi tersebut?
- Bagaimana gender dan seksualitasnya dapat diekspresikan?

Seks dan Gender

- Seks (seks sebagai biologis/*biological sex*) yang seringkali secara keliru dipertukarkan dengan gender (seks sebagai bagian biologis itu sendiri atau peran sosial yang terbentuk terkait dengan seks sebagai biologis).
- Sedangkan aktifitas seksual adalah penggunaan alat-alat kelamin untuk penikmatan atau membentuk keturunan.

Diskriminasi Gender

- Diskriminasi gender adalah ketentuan, persepsi atau aturan publik atau privat atau kebijakan yang menegaskan bahwa seseorang tidak diperkenankan melakukan sesuatu karena terkait gendernya.
- Bentuk-bentuk mayoritas diskriminasi gender (*majority forms of gender discrimination*) adalah bentuk-bentuk yang memberikan dampak sebagian besar bagi mereka yang tidak semuanya perempuan atau tidak semuanya laki-laki.
- Sedangkan bentuk-bentuk minoritas diskriminasi gender (*minority forms of gender discrimination*) adalah bentuk-bentuk yang memberikan dampak pada suatu minoritas kecil bagi perempuan maupun laki-laki.

Orientasi Seksual (1)

- Orientasi seksual adalah orientasi yang terkait dengan pilihan partner seks untuk aktifitas seksual maupun hubungan emosional seksual dalam jangka panjang, atau terkait dengan kombinasi-kombinasi seksual.
- Diskriminasi berbasis pada orientasi seksual dan diskriminasi berbasis pada identitas gender adalah bentuk-bentuk minoritas diskriminasi gender (*gender discrimination minorities*) atau bisa pula disebut sebagai minoritas diskriminasi seksual (*sex discrimination minorities*).

Orientasi Seksual (2)

Orientasi seksual individu-individu	Orientasi seksual dalam aktifitas seksual atau hubungan emosional seksual jangka panjang (yang melibatkan dua orang)
<u>Heteroseksual</u> (perempuan menyukai laki-laki, atau sebaliknya).	<u>Different sex</u> (antara dua orang yang berbeda kelamin, laki-laki dan perempuan)
<u>Biseksual</u> (perempuan menyukai laki-laki maupun perempuan, begitu juga laki-laki yang menyukai laki-laki atau perempuan)	<u>Same sex</u> (antara dua orang yang berkelamin sama, laki-laki dengan laki-laki, atau perempuan dengan perempuan)
<u>Lesbian</u> (perempuan menyukai perempuan)	
<u>Gay</u> (laki-laki menyukai laki-laki)	

Identitas Gender: LGBT (Lesbian, Gay, Bisexual & Transgender)

- LGBT merupakan kombinasi minoritas yang dijelaskan oleh identitas gender (*'gender discrimination minorities'* atau *'sex discrimination minorities'*)
- Sebagian besar LGB bukanlah seorang transgender/transseksual/interseksual, atau seorang transgender/transseksual/interseksual mungkin heteroseksual, L, G atau B.

Tinjauan Hak Asasi Manusia

- Bagaimana Hak Asasi Manusia (baca: Hukum HAM) mengatur ketentuan mengenai gender, identitas gender, dan orientasi seksual?
- “Tinjauan?”
- Pendekatan HAM tidak hanya satu, dalam filsafat HAM ada sejumlah aliran, dari yang doktrinal hingga yang paling liberal melibatkan cara pandang non-doktrinal.
- Ini berarti melihat HAM tidak sekadar dari soal hukum (legalitas), melainkan berbasis pada pendekatan hak (*rights based approach*) manusia itu sendiri

Klaim Hak Asasi Manusia

- Hak-hak apa sajakah yang terkait dengan ‘orientasi seksual’ dan ‘identitas gender’?
- Apakah hak-hak tersebut seringkali disingkirkan atau dilanggar? Mengapa?
- Lantas, mengapa anda merasa itu hak anda dan anda berhak atas perlindungan hak-hak tersebut?

Perkembangan HAM: Hukum Internasional

- Universal Declaration of Human Rights (1948)
- The European Convention on Human Rights (1950)
- International Covenant on Civil and Political Rights (1966)
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)
- Tidak satupun yang mengacu secara khusus terhadap ‘orientasi seksual’ ataupun ‘identitas gender’, namun jaminan atas persamaan dalam ketentuan hukum internasional tersebut memberikan peluang perlindungan hak asasi manusia.

Perkembangan HAM: Putusan Pengadilan

- **The European Court of Human Rights**
 - *Dudgeon vs. United Kingdom* (1981: 4 EHRR 149), pengakuan atas hak perlindungan kesehatan. Kasus pertama yang melibatkan kaum homoseksual.
 - *Norris vs. Ireland* (1988); *Modinos vs. Cyprus* (1993); *Sutherland vs. United Kingdom* (1997); *Smith & Lustig-Prean vs. United Kingdom* (1999).
 - *Vide: Prof. Douglas Sanders* (2002)

Perkembangan HAM: Dewan Eropa (*Council of Europe*)

- Dewan ini bertanggung jawab terhadap pelaksanaan Konvensi Eropa tentang HAM.
- Ketentuan nasional yang bertentangan dengan konvensi haruslah dibatalkan sebagai prasyarat untuk diterimanya sebagai anggota Uni Eropa. Misalnya: Albania dan Moldova harus mencabut larangan-larangan dalam Undang-Undang Homoseksual (1995). Begitu juga, Armenia dan Azerbaijan harus mencabut terlebih dahulu ketentuan Hukum Pidana mengenai hubungan seks sejenis (2000).
- Langkah pengakuan atas orientasi seksual telah diupayakan pula oleh Uni Eropa (EU), Organisasi bagi Keamanan dan Kerjasama di Eropa (OSCE), dan sejumlah inisiatif ornop (ILGA).
- *Vide*: Prof. Douglas Sanders (2002)

Perkembangan HAM: Partisipasi dalam Mekanisme PBB

- Tiga organisasi lesbian dan gay diakui dalam Konferensi Dunia PBB tentang HAM (Vienna 1993), sebagai peristiwa pertama kalinya diakui dalam Badan PBB.
- ILGA diberi “status konsultasi” secara resmi oleh ECOSOC (Dewan Ekonomi dan Sosial PBB), pada Juli 1993. Namun ECOSOC menanggukkan ILGA pada September 1994 akibat tekanan ‘sayap kanan AS’, dan kemudian mendapat tentangan terus menerus dari sejumlah negara Islam (termasuk Indonesia) dan negara lainnya (Rusia, China, Kuba, India, Kolumbia, dll.)
- Konferensi Dunia IV tentang Perempuan (Beijing 1995): Empat rekomendasi progresif terhadap ‘orientasi seksual’ dalam draft Program Aksi.

Hukum HAM Internasional (1)

- Tujuan PBB, Pasal 1 (3): “.....*promoting and encouraging respect for human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion....*” (diatur kembali pada Pasal 13 (1)b jo. Pasal 55c Piagam PBB).
- UDHR 1948, Pasal 2: “*Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status....*”

Hukum HAM Internasional (2)

- Pasal 2 (1) ICCPR, ratifikasi melalui UU No. 12 Tahun 2005: “Setiap Negara Pihak pada Kovenan ini berjanji untuk menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya, tanpa perbedaan apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya.”
- CEDAW Pasal 12 (1): “Negara-negara peserta wajib membuat peraturan-peraturan yang tepat untuk menghapus diskriminasi terhadap perempuan di bidang pemeliharaan kesehatan dan supaya menjamin diperolehnya pelayanan kesehatan termasuk pelayanan yang berhubungan dengan keluarga berencana, atas dasar persamaan antara laki-laki dan perempuan.”

Bagaimana seseorang mendapatkan hak atas perlindungan dari diskriminasi berdasarkan dimensi ‘gender’, ‘orientasi seksual’ dan ‘identitas gender’? (1)

- **Standar Hukum**
 - Konstitusi (UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945)
 - UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM
 - Ketentuan Hukum Internasional yang telah diratifikasi
 - Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia (Keppres No. 40 Tahun 2004)
- Bagaimana hukum Indonesia mengatur hal ini?

UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Pasal 28A

Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya.

Pasal 28B

- (1) Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.

Pasal 28I

- (2) Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun & berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.

Pasal 28J

- (2) Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil **sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.**

UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

- Diskriminasi adalah setiap pembatasan, pelecehan, atau pengucilan yang langsung ataupun tak langsung didasarkan pada pembedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individu maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya, dan aspek kehidupan lainnya.
- Pelanggaran hak asasi manusia adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh Undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.

Bagaimana seseorang mendapatkan hak atas perlindungan dari diskriminasi berdasarkan dimensi ‘gender’, ‘orientasi seksual’ dan ‘identitas gender’? (2)

■ Mekanisme Hukum

- Mendorong pertanggungjawaban negara untuk mengevaluasi, mengoreksi, dan membatalkan kebijakan yang mendiskriminasikan hak-hak kaum LGBT
- ‘Mekanisme 39’ (UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM), melalui kajian, pemantauan, dan rekomendasi Komnas HAM
- Gugatan Hukum melalui mekanisme yudisial: (a) Class Action; (b) Judicial/Constitutional Review; (c) Gugatan Kewarganegaraan/Citizen Law Suit; (d) Gugatan Perbuatan Melawan Hukum oleh Penguasa; (e) Gugatan TUN (Tata Usaha Negara).
- Gugatan hukum ini perlu dipertimbangkan untuk melawan begitu banyaknya ‘*legalized discrimination*’ dalam konteks Indonesia.

Bagaimana gender dan seksualitasnya dapat diekspresikan? (1)

- Pasal 19 ayat (2) dan (3) ICCPR 1966
- Setiap orang berhak atas kebebasan untuk menyatakan pendapat; hak ini termasuk kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, terlepas dari pembatasan-pembatasan secara lisan, tertulis, atau dalam bentuk cetakan, karya seni atau melalui media lain sesuai dengan pilihannya.
- Pelaksanaan hak-hak yang diicantumkan dalam ayat 2 pasal ini menimbulkan kewajiban dan tanggung jawab khusus. Oleh karenanya dapat dikenai pembatasan tertentu, tetapi hal ini hanya dapat dilakukan seesuai dengan hukum dan sepanjang diperlukan untuk: a) Menghormati hak atau nama baik orang lain; b) Melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral umum.

Bagaimana gender dan seksualitasnya dapat diekspresikan? (2)

- Pasal 17 (1) & (2) ICCPR
- 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.
- Setiap orang berhak atas perlindungan hukum terhadap campur tangan atau serangan seperti tersebut di atas.

Studi Kasus

- Herzberg vs. Finlandia (1982)
- Pemerintah Finlandia melakukan sensor atas program radio dan televisi mengenai “perbuatan tidak senonoh” atas dasar UU Pidana Finlandia. Sedangkan hal ini kontroversial diatur dalam Pasal 19 (3) ICCPR.

Kecenderungan Internasional terkait dengan Pengakuan Hak-Hak Hukum atas ‘Orientasi Seksual’ dan ‘Identitas Gender’

Kecenderungan Konstitusionalitas Hak atas Orientasi Seksual

- **Brazil (States):** Mato Grosso - Constitution, 1989, Article 10.III (“*orientação sexual*”); Sergipe - Constitution, 1989, Article 3.II (“*orientação sexual*”)
- **Ecuador** - Constitution, 1998, Article 23(3) (“*orientación sexual*”)
- **Fiji Islands** - Constitution Amendment Act 1997, s. 38(2)(a) (“sexual orientation”)
- **Germany (States or *Länder*):** Berlin - Constitution, 1995, Article 10(2), (“*sexuelle Identität*”); Brandenburg - Constitution, 1992, Article 12(2) (“*sexuelle Identität*”); Thuringia - Constitution, 1993, Article 2(3) (“*sexuelle Orientierung*”)
- **Portugal** – Constitution (as amended in 2004), Article 13(2) (“*orientação sexual*”)

Kecenderungan Penafsiran Progresif Hakim atas Klausul Perlindungan Kesetaraan

- *James Egan & John Nesbit v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 (Supreme Court of Canada), sexual orientation is an “analogous ground” of discrimination, analogous to the “enumerated grounds”: race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability), paras. 5, 173-75
- *Smith & Grady v. United Kingdom*, European Court of Human Rights (ECtHR), 27 Sept. 1999,
- *Mouta v. Portugal*, ECtHR, 21 Dec. 1999, para. 36 (transfer of custody of child from gay father to heterosexual mother) (7-0)
- *S.L. v. Austria*, ECtHR, 9 Jan. 2003, para. 37 (age of consent of 18 to male-male sexual activity vs. 14 to male-female/female-female) (7-0)
- *Edward Young v. Australia* (Communication No. 941/2000), United Nations Human Rights Committee, 6 Aug. 2003 (equal treatment of unmarried same-sex and different-sex couples): “the prohibition against discrimination under article 26 ICCPR comprises also discrimination based on sexual orientation.”

Kecenderungan Penghapusan secara Bertahap Diskriminasi terhadap Orientasi Seksual: dari Pidana Mati menuju Akses Setara untuk Perkawinan dan Adopsi

- Adanya kemudahan terhadap registrasi kependudukan serta mendapatkan status hukum resmi dan hak-hak hukum
- Adanya persetujuan pemerintah untuk melakukan adopsi
- Lebih rinci, baca: Wintemute, Robert (2004) *International Trends in Legal Recognition of Same-Sex Couples*, Irish Human Rights Commission and Law Society of Ireland Conference, Dublin, 16 October 2004.

Referensi

- Sanders, Douglas (2002) *HAM dan Orientasi Seksual dalam Hukum Internasional*, makalah 13 Maret 2002.
- Sanders, Douglas (2004) *International Human Rights Standards: Sex, Gender, Reproductive Rights, Sexual Orientation, Gender Identity*, paper 29 December 2004.
- Wintemute, Robert (2007) *Gender Discrimination Minorities in International and Comparative Human Rights Law*, Paper for Guest Lecture, Faculty of Law, Airlangga University, Surabaya, 6 September 2007.
- Wintemute, Robert (2002) “Religion vs. Sexual Orientation: A Clash of Human Rights?”, (2002) 1 *Journal of Law and Equality* (University of Toronto) 125, <http://www.jle.ca/files/v1n2/JLEvln2art1.pdf>
- Wintemute, Robert (2004) *International Trends in Legal Recognition of Same-Sex Couples*, Irish Human Rights Commission and Law Society of Ireland Conference, Dublin, 16 October 2004.

“All human beings are born free and equal in dignity and rights”



**Pembukaan
Deklarasi Universal HAM 1948**