



**Mazab Formalisme Hukum dan
Teori Hukum Kritis**

Disampaikan di Sekolah Kaki Gunung yang diselenggarakan
di Kantor HuMa, Jakarta, Senin, 15 September 2025.

Donny Danardono

Pengajar di Fakultas Hukum & Komunikasi dan Fakultas Ilmu
& Teknologi Lingkungan, Universitas Katolik Soegijapranata

**Perkumpulan HuMa Indonesia
2025**

Mazab Formalisme Hukum dan Teori Hukum Kritis^{*1}

Donny Danardono

Teori Hukum Kritis (*Critical Legal Studies*) adalah lawan dari mazab formalisme hukum (*legal formalism*).

Mazab **formalisme hukum** menganggap penentu kepastian hukum—yang berupa obyektifitas keadilan dan kebenaran hukum—adalah **bentuk formal** dari aturan hukum, yaitu pembentukan dan penegakan aturan hukum yang merupakan sebuah deduksi dari azas-azas dan peraturan-peraturan hukum yang berlaku.

Itu sebabnya mereka menolak untuk mengkaji pembentukan dan penerapan hukum berdasarkan hal-hal non-hukum seperti situasi politik, psikologis, budaya dan moralitas. Bagi mereka pembentukan dan penerapan hukum harus otonom dari berbagai hal non-hukum agar ada kepastian hukum (obyektifitas dan keadilan hukum). Tentang hal ini Richard A. Posner—lahir 1938; seorang mantan hakim di Amerika Serikat pada tahun 1981-2017—menulis:

Formalism in my description may seem little better than a straw man. It depicts law as a system of rules and judicial decisions as the result of **deduction**, with the applicable rule supplying the major, and the facts of the particular case the minor, premise of **the syllogism**. [...] Law is still formalistic when outcomes are thought to be determined by principles immanent within the law as well as by rules, even though the intellectual procedures used to connect principles to cases are more complex and less determinate than the syllogism. [...] Legal formalism in either the rules sense or the principles sense is thus connected with the idea of law's autonomy.¹

Sebaliknya **mazab** atau **teori hukum kritis** adalah teori hukum yang menunjukkan kaitan mutlak antara pembuatan dan penegakan hukum dengan berbagai hal non-hukum (situasi ekonomi, politik dan budaya) dan identitas subyek hukum (kelas, gender, orientasi seksual, umur, etnisitas, nasionalisme, profesi, dan ruang). Tujuannya adalah untuk menunjukkan kepada siapa atau kelompok apa hukum dan keputusan hukum berpihak. Teori Hukum Kritis menyangkal obyektifitas dan netralitas hukum. Bagi mereka hukum harus berpihak, dalam arti melindungi, kelompok-kelompok beridentitas sosial tertentu yang terdiskriminasikan.

^{*1} Disampaikan dalam sekolah pegiat lingkungan di *Sekolah Kaki Gunung* yang di selenggarakan di Kantor HuMam Jakarta, Senin, 15 September 2025.

¹ Richard A. Posner, 2003, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, hal. 20-21.

Jadi—dalam mengkaji pembentukan dan penegakan hukum—mazab formalisme hukum mementingkan kebenaran formal **bentuk hukum**. Sedangkan mazab atau teori hukum kritis mementingkan kebenaran dan keadilan **isi hukum**.

Salah satu wujud dari **mazab formalisme hukum** adalah **teori positivisme hukum**. Teori positivisme hukum menganggap suatu norma bisa disebut sebagai hukum bila secara formal norma itu dibuat dan diterapkan oleh lembaga yang berwenang untuk membuat dan menerapkan hukum. Jadi, bagi positivisme hukum, hakekat hukum ditentukan oleh **bentuk formal** dan bukan oleh **isi** dari suatu norma. Bentuk formal itu ada jika norma itu dibuat dan ditegakkan oleh lembaga yang berwenang.

Tujuan teori positivisme hukum dalam menerapkan kajian formal adalah untuk membebaskan hukum dari penilaian moral, agama, politik, sejarah, dan berbagai wacana non-hukum terhadap isi hukum. Dengan cara itu kepastian hukum—yang antara lain berupa terbedakannya *keputusan hukum* dari *keputusan politik* (kebijakan)—bisa diwujudkan.

Teori positivisme hukum, sejak berdirinya pada abad 19, telah mendebat dan mau menjadi alternatif dari **teori hukum kodrat**. Teori hukum kodrat menganggap sebuah norma atau keputusan hukum hanya sah bila **isinya** selaras dengan kodrat alam dan manusia. Bagi teori positivisme hukum, penekanan teori hukum kodrat pada isi hukum membuat teori hukum kodrat **mengabaikan** tersedianya **metode** pembeda antara **yang kodrat** dan **bukan kodrat**.

Misalnya metode apa yang bisa dipakai untuk memastikan kebenaran hubungan antara rahim dan payudara perempuan dengan kodrat perempuan untuk hamil, melahirkan, membesarkan anak, dan menjadi ibu rumah tangga? Lalu metode apa yang bisa dipakai untuk memastikan kebenaran hubungan antara perbedaan bentuk alat kelamin pria dan wanita (yang jika disatukan memang bisa menghasilkan kenikmatan seksual dan keturunan) dengan anggapan hubungan homoseksual bertentangan dengan kodrat kelamin-kelamin itu?

Itulah sebabnya teori positivisme hukum menganggap kebenaran dan kepastian hukum tak akan diperoleh dengan memperdebatkan isi hukum, tapi memperdebatkan prosedur formal pembentukan dan penegakan hukum, yaitu apakah sebuah norma memang dibuat oleh penguasa yang sah, melalui prosedur yang sah, sesuai dengan logika internalnya (*self-referential*; merujuk pada dirinya sendiri prosedur dan asas-asasnya sendiri atau *autopoetic*), dan tertulis?

Begitulah, menurut Philippe Nonnet—seorang guru besar ilmu hukum di Universitas California—teori positivisme hukum hanya menganggap hukum positif (hukum negara) sebagai hukum yang layak untuk mengatur kehidupan bersama. Sebab hukum positif, menurutnya, dibentuk dan ditegakkan oleh “kehendak yang diberi wewenang untuk berkehendak” (*by a will empowered so to will*) dan itu tak lain adalah negara. Sedangkan hukum adat dan hukum agama,

menurut teori positivisme, tak bisa untuk mengatur kehidupan bersama, karena pembentukannya tak memenuhi kaidah formal pembentukan hukum. Keduanya lebih mementingkan isi hukum. Tentang hal ini Nonnet menyatakan:

What is positive law? We may begin with the familiar account that the word "positive" suggests immediately: **positive law** (Nietzsche calls it *Gesetz*) is law that exists by virtue of **being posited** (*gesetzt*), **laid down** and **set firmly**, by **a will empowered so to will**. Such law "exists" in the sense that it has validity (*Geltung*). It has validity if the will (*Wille*) from which it issues has the power (*Macht*) to impose it, to demand and secure obedience to its command. Issuing from such power, the law *valet*: it is itself powerful, strong, effective. It has causal efficacy. Now the question arises: of what kind is this power of positive law?²

Namun sejak pertengahan abad ke-20 anggapan teori positivisme hukum bahwa kebenaran norma hukum hanya tergantung pada proses pembentukannya mendapat kritik telak. Kritik tersebut adalah pengutamaan pada **formalitas pembentukan hukum** telah membuat teori positivisme hukum mengabaikan kenyataan bahwa pembuat hukum kerap menyusupkan kepentingannya dan kepentingan pemilik kuasa sosial-politik besar, misalnya pengusaha, ke dalam **isi hukum** Akibatnya isi hukum hanya menjamin kekuasaan pejabat negara dan yang memiliki kekuasaan sosial-politik besar.

Teori Positivisme Hukum Murni dan Lunak

Sampai pertengahan tahun 1970-an pendidikan dan praktek hukum di Amerika Serikat didominasi oleh paradigma *formalisme hukum* (*legal formalism*). Mazab formalisme hukum ini mirip dengan **teori positivisme hukum** yang muncul di Eropa Barat pada abad 19, karena pengaruh **mazab positivisme ilmu sosial** (ilmu humaniora).

Mazab **positivisme ilmu sosial** menganggap hanya sains (fisika, kimia dan biologi) yang bisa menghasilkan kebenaran obyektif, karena sains memiliki **prosedur formal** yang secara kuantitatif terukur untuk **mengumpulkan** dan **menganalisa data empirik** (data yang keberadaannya bisa dibuktikan oleh pancaidera). Karena itu prosedur formal sains berbeda dari spekulasi intelektual yang subyektif. Maka siapa pun—profesor atau mahasiswa—yang bekerja berdasarkan prosedur formal tersebut akan menghasilkan kesimpulan dan kebenaran ilmiah yang sama. Itu sebabnya, di abad 19, ilmu sosial merasa harus menerapkan cara kerja atau prosedur formal kuantitatif sains tersebut.

Akhirnya, seperti halnya teori positivisme hukum, mazab formalisme hukum Amerika Serikat juga menganggap hukum harus merupakan sebuah sistem yang cara kerjanya otonom demi mewujudkan netralitas, obyektif dan

² Philippe Nonet, 1990, "What Is Positive Law?", *Berkeley Law Scholarship Repository*, Vol. 100: 667, hal. 667-668.

kepastian norma. Untuk itu pembuatan dan penerapan hukum tak boleh acak, tapi terstruktur berdasarkan asumsi-asumsi dan asas-asas hukum tertentu. Dengan kata lain pembuatan dan penerapan hukum harus deduktif (berjenjang atau hirarkis dari peraturan yang berstatus tinggi ke peraturan terendah).

Mungkin kita akan mudah memahami makna dari otonomi, netralitas dan obyektivitas hukum bila kita mengingat ajaran Jeremy Bentham (1748-192; Inggris) yang membuka jalan ke positivisme hukum dan Hans Kelsen (1881-1973; Austria) seorang pemikir positivisme hukum.

Bentham adalah salah seorang pelopor utilitarianisme, yakni sebuah mazhab yang menganggap setiap tindakan dan keputusan akan membahagiakan bila memberi manfaat (utilitas) yang sebesar-besarnya kepada sebanyak mungkin individu. Untuk itu ia membedakan antara *law as ought to be* (hukum yang seharusnya, hukum yang diidealkan, atau hukum kodrat) dari *law as it is* (hukum sebagaimana dikenal oleh pancaindera; hukum positif). Baginya, pembuatan norma dan keputusan hukum tidak harus sesuai dengan *law as ought to be*—yang baginya tak pernah bisa dirumuskan secara pasti, karena tak punya metode pembeda antara yang kodrat dari yang bukan kodrat—tapi harus bisa memberi kegunaan (utilitas) yang besar kepada sebanyak mungkin individu. Untuk itu pembuatan norma dan penegakan hukum harus dilakukan oleh negara sebagai lembaga politik yang dipilih oleh banyak individu melalui kontrak sosial (pemilihan umum). Selain itu pembentukan dan penegakan hukum harus didasarkan pada asas-asas hukum yang validitasnya telah terbukti secara ilmiah. Ia sadar, bahwa suatu saat sebuah norma hukum tak bisa memberi kebahagiaan besar untuk sebanyak mungkin individu, tapi kalau hukum itu masih berlaku, maka hukum itu masih harus dipatuhi. Setelah itu hukum tersebut baru diubah berdasarkan asas-asas hukum yang berlaku dan oleh negara. Dennis Lloyd menjelaskan pemikiran Bentham tersebut sebagai berikut:

What the law is, and what the law ought to be, are entirely different issues and each is the proper subject-matter of inquiry of a distinct field of study which Bentham himself designated as expository and censorial jurisprudence (or the science of legislation) respectively. It follows that in deciding whether a legal rule is valid or not, the point whether it is good or bad, just or unjust, is irrelevant, since these questions are concerned with the moral worth or expediency of the legal rule which remains none the less legal, whether good or bad.³

Sementara Hans Kelsen (1881-1973), melalui *Stufenbau Theorie* (teori piramida atau hirarki hukum), merumuskan formalisme hukum atau positivisme hukum secara lebih radikal dari Bentham. Dengan mendasarkan diri pada filsafat moral Immanuel Kant (1724-1804), Kelsen menawarkan *teori hukum murni* (*Reine Rechtslehre* atau *pure theory of law*) untuk membuktikan, bahwa

³ Dennis Lloyd, 1973, *The Idea of Law*, Harmondsworth, Middlesex, Penguin Books Ltd, hal. 100.

pengetahuan manusia tentang kebenaran moral dan hukum tidak ditentukan oleh kenyataan empirik (*das Sollen*) melainkan oleh kenyataan tentang sesuatu yang seharusnya ada (*das Sein*).

Menurut Immanuel Kant pengetahuan tentang apa yang seharusnya ada (*das Sein*) adalah pengetahuan yang bersifat *a-priori*, yaitu pengetahuan yang kebenarannya ditentukan oleh kesesuaiannya dengan **azas-azas bertindak**, bukan secara *a-posteriori* dengan menilainya berdasarkan hal-hal di luar pengetahuan itu seperti teologi, agama, psikologi, sosiologi, kebudayaan dan politik. Karena itu, bagi Kant, kebaikan atau bermoralnya suatu tindakan tidak ditentukan oleh teologi, agama, psikologi, sosiologi dan politik. Tetapi oleh "kehendak baik" (*guter Wille*). Bagi Kant, "kehendak baik" adalah kehendak yang kebajikannya ditentukan oleh azas-azasnya sendiri, bukan oleh sesuatu dari luar kehendak baik itu, seperti oleh teologi, agama, atau politik. Begitulah, kita mengetahui, bahwa suatu kehendak akan disebut baik bila kehendak itu baik pada dirinya sendiri atau kehendak itu tak berpamrih (bersyarat).⁴

Karena itu, bagi Kelsen, hukum (sebagai salah satu bentuk dari etika) adalah wujud dari saling ketergantungan normatif, yaitu dari norma hukum tertentu sampai norma paling dasar. Lebih dari itu, menurutnya pemahaman tentang adanya saling ketergantungan normatif itu tidak ditentukan secara *a-posteriori* berdasarkan hukum kodrat, tetapi secara *a-priori* oleh adanya sebuah kehendak obyektif atau kehendak bersama yang berupa "kewajiban untuk mematuhi peraturan (konstitusi)". "Kewajiban untuk mematuhi peraturan" ini bersifat obyektif (ada pada setiap orang), karena tanpanya kehidupan bersama akan merupakan kehidupan tanpa peraturan. Dalam kehidupan tanpa peraturan hanya yang kuat (secara fisik, ekonomi dan intelektual) yang akan menang. Tentang hal ini J.M Kelly, almarhum guru besar Ilmu Hukum dan Hukum Romawi di Universitas Dublin, menyatakan:

The mutual relation of norms is one of dependence. Every norm in the system depends for its authority on a superior norm. [...] When this point is reached, and it is asked: on what, in its turn, does the authority of the constitution depend, the answer which must be given is one which crosses the frontier, out of the strictly legal sphere, and enters the sphere, perhaps, of group psychology or sheer political force (or inertia), namely, some proposition such as '**One should obey the constitution**'. This ultimate proposition, laying thus somewhat outside the legal order, Kelsen called the 'basic norm' (*Grundnorm*).⁵

⁴ F. Budi Hardiman, 2004, *Filsafat Modern: dari Machiavelli sampai Nietzsche*, Jakarta, PT Gramedia Pustaka Utama, hal. 145-146.

⁵ J.M. Kelly, 1993, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, hal. 386.

Begitulah, baginya *kehendak obyektif*—yang berupa “kewajiban untuk mematuhi peraturan”—merupakan sebuah norma dasar (*Grundnorm*) yang bisa diketahui dengan **melacak** setiap peraturan sampai ke peraturan yang paling dasar dalam membentuk sebuah masyarakat (negara-bangsa), yakni konstitusi. Membaca sebuah konstitusi akan membuat kita tahu tentang mengapa setiap orang tidak ingin hidup sendiri, tapi ingin hidup bersama dalam sebuah masyarakat atau negara-bangsa. Berdasarkan hal itu kita juga akan mengetahui mengapa diperlukan hukum dan keinginan untuk mematuhi hukum dalam menyelenggarakan kehidupan bermasyarakat atau bernegara ini.

Pelacakan peraturan ini dimungkinkan, karena setiap norma hukum disusun secara hirarkis, mulai dari norma yang paling umum (abstrak; contohnya UUD) sampai yang paling konkrit (Peraturan Daerah). Pengikut Kelsen, bukan Kelsen sendiri, menyebut pelacakan hirarkis ini sebagai (struktur langkah hukum) atau *Stufen des Rechtes*.⁶

Contoh dari cara melacak secara hirarkis peraturan atau *Stufenbau des Rechtes* adalah dengan membaca bagian “MENGINGAT” yang dari setiap hukum positif di Indonesia. Tujuan dari dibuatnya bagian “mengingat” adalah untuk menunjukkan berbagai peraturan yang mendasari pembentukan suatu UU, Keppres, PP atau Perda. Selain itu *Stufenbau des Rechtes* yang terwujud dalam bentuk bagian “mengingat” dalam suatu peraturan hukum—akan mencegah kemungkin seseorang membuat tafsir non-hukum saat ia membuat atau menerapkan hukum. Dengan kata lain *Stufenbau des Rechtes* membuktikan, bahwa validitas hukum bisa ditetapkan secara otonom berdasarkan azas-azas hukum itu sendiri dan tanpa bantuan ilmu politik, psikologi, atau sosiologi. Ia membuktikan, bahwa hukum positif mempunyai logika internalnya (*autopoetic*) sendiri. Bagian “mengingat” ini juga menunjukkan, bahwa setiap norma hukum tersusun secara hirarkis dalam keharmonisan teori piramida hukum (*Stufenbau theorie*).

Tapi apakah benar setiap norma hukum selalu hadir dalam keharmonisan teori piramida hukum?

Dalam perkembangannya mazab *formalisme hukum* juga mempertimbangkan aspek non-hukum seperti *budaya hukum*. Hal ini disebut sebagai *mazab formalisme hukum lunak*. Ronald Dworkin (1931-2013), salah satu filsuf hukum Amerika Serikat, mengatakan bahwa tidak ada mazab formalisme yang murni tentang hukum. Sebab setiap norma hukum selalu ditafsirkan berdasarkan *budaya hukum* tertentu. Persoalannya adalah penafsiran seorang hakim terhadap hukum tidak berlangsung secara bebas (*open-ended*), tapi dibatasi oleh “tradisi” tertentu yang melatarbelakangi pemikiran hakim tersebut.⁷

⁶ J.M. Kelly, 1993, *Ibid.*, hal. 386-387.

⁷ Nicholas K. Blomley, 1994, *Law, Space, and the Geographies of Power*, New York, The Guilford Press, hal. 10-11.

Critical Legal Studies: Kritik terhadap Formalisme Hukum dan Positivisme Hukum

Pada 1977 di kota Madison, negara bagian Wisconsin, Amerika Serikat berlangsung “*Conference on Critical Legal Studies*”. Konferensi tersebut diselenggarakan dan dihadiri oleh para akademisi hukum yang terlibat dalam gerakan hak-hak sipil—akibat diskriminasi ras, gender, dan kelas—dan para aktivis anti perang Vietnam. Mereka menganggap *formalisme hukum* tak dapat menjawab berbagai diskriminasi di Amerika Serikat dan juga di Perang Vietnam. Singkat cerita konferensi ini mencari teori hukum baru yang bisa menjadi alternatif dari mazab formalisme hukum. Lahirlah mazab *Critical Legal Studies* (teori hukum kritis).⁸

Para tokohnya adalah Duncan Kennedy, Karl Klare, Mark Kelman, Mark Tushnet, Morton Horwitz, Jack Balkin dan Roberto Mangabeira Unger. Para tokoh ini memiliki keberagaman ideologi keilmuan. Duncan Kennedy adalah seorang Marxis. Sedangkan Roberto M. Unger adalah seorang liberal-radikal. Walau ideologi keilmuan mereka beragam, tapi mereka disatukan oleh anggapan bahwa hukum tidak terpisahkan dari politik.

Dasar anggapan tentang hukum yang tak terpisah dari politik adalah teori *realisme hukum* yang muncul di Amerika Serikat pada 1920-an dengan para tokohnya: Oliver Wendel Holmes dan Jerome Franks. Dipengaruhi oleh filsafat pragmatisme, *realisme hukum* mendorong orang untuk memperhatikan cara hakim menerapkan hukum. Menurut mereka banyak faktor non-hukum—seperti pandangan hidup pribadi, situasi politik dan kepentingan sosial—yang ternyata mempengaruhi hakim saat memeriksa dan memutuskan kasus-kasus hukum.⁹

Dengan demikian *Critical Legal Studies* menolak anggapan tentang netralitas, obyektivitas dan otonomi hukum. Sebab, menurut Roberto M. Unger, setiap metode pembuatan dan penerapan hukum akan menghasilkan keberagaman hukum. Seorang praktisi hukum yang memilih metode hukum A akan menghasilkan keputusan hukum A. Sebaliknya bila ia memilih metode B akan menghasilkan keputusan hukum B. Selain itu setiap sistem pembuat hukum akan mencerminkan nilai-nilai sosial-politik tertentu. Tentang hal ini Unger menulis sebagai berikut:

*First, procedure is inseparable from outcome: every method makes certain legislative choices more likely than others Second, each lawmaking system itself embodies certain values; it incorporates a view of how power ought to be distributed in the society and how conflict should be resolved.*¹⁰

Jadi, bagi Unger, hukum tak terpisah dari politik atau berbagai norma non-hukum lainnya. Hukum dibentuk oleh berbagai faktor non-hukum:

⁸ Ifdhal Kasim, 1999, “Berkenalan dengan *Critical Legal Studies*”: Kata Pengantar buku Roberto M. Unger, *Gerakan Studi Hukum Kritis*, Jakarta, ELSAM, hal. X-XI.

⁹ Dennis Lloyd, 1973, *op.cit.*, hal. 213-217.

¹⁰ Ifdhal Kasim, 1999, *op.cit.*, hal. XVII.

kepentingan ekonomi, ras, gender, orientasi seksual atau politik. Pembentukan hukum senantiasa mengandaikan adanya interaksi dan negosiasi berbagai kelompok masyarakat. Akibatnya analisa doktrinal terhadap hukum hanya akan memisahkan hukum dari konteks sosial-politiknya, dan membuat hukum tidak bisa mengatasi berbagai masalah sosial politik seperti diskriminasi ras, gender, agama, orientasi seksual atau kelas.

Dalam perkembangannya *Critical Legal Studies* makin menunjukkan identitasnya sebagai sebuah mazhab yang menampung berbagai aliran hukum penentang *formalisme hukum* atau *positivisme hukum*. Dengan kata lain *Critical Legal Studies* adalah **nama generik** bagi berbagai mazhab hukum non-formalisme hukum dan positivisme hukum, yaitu *realisme hukum*, *teori hukum Marxis*, *teori hukum feminis*, ataupun *teori hukum postmodern*. Di setiap negara, *Critical Legal Studies* hadir dalam watak yang berbeda-beda. Di Kanada, pada 1970-an, *Critical Legal Studies* lebih didominasi oleh aliran hukum Marxis. Sementara *Critical Legal Studies* di Amerika Serikat pada tahun 1990an didominasi oleh postmodernisme.¹¹

Critical Legal Studies—yang menganggap hukum tidak terpisah dari politik—barang tentu juga menampung kajian *Pluralisme Hukum*. Sebab kajian *Pluralisme Hukum* memungkinkan berbagai norma yang secara “tradisional” tidak bisa dikategorikan sebagai “hukum negara” akan dianggap bisa berpartisipasi untuk menyelesaikan kasus-kasus hukum. Bahkan norma-norma non-hukum tersebut juga turut mengubah “norma hukum”.

Dalam perspektif *Pluralisme Hukum* yang radikal—misalnya *postmodern legal pluralism*—hukum negara tak dipandangan berdiri berdampingan dengan norma-norma sosial non-hukum, tapi saling bersaing. Misalnya persaingan antara peraturan bertinju yang membutuhkan persiapan dengan hukum negara yang menganggap memukul sebagai penyiksaan. Dalam aturan bertinju seorang petinju wajib menyiapkan diri untuk bisa memukul jatuh lawannya. Karena itu sebenarnya seorang petinju bisa menutupi niat jahatnya (*mens rea*) untuk membunuh lawan tinjunya dengan mematuhi seluruh aturan bertinju. Inilah persaingan antara hukum negara dan hukum olahraga tinju dalam hal menyiksa dan membunuh manusia. Postmodernisme mengkaji hubungan yang tidak harmonis antar peraturan tersebut, karena postmodernisme mendasarkan kajiannya pada analisa tekstual, yakni kajian tentang hubungan antara subyek dengan *the other*-nya baik itu sesama manusia atau lawan tanding.¹²

¹¹ Nicholas K. Blomley, 1994, *op.cit.*, hal. 11.

¹² Franz von Benda-Beckmann, Keebet von Benda-Beckmann, and Anne Griffiths, 2005, “Mobile People, Mobile Law: An Introduction” dalam *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, Aldershoft-England, Ashgate Publishing Limited, hal. 6-7 dan 9-10.

Jürgen Habermas dan Kritik terhadap CLS

Jürgen Habermas (1929), seorang filsuf Jerman yang mengkaitkan pengesahan pembentukan dan penegakan hukum dengan teori komunikasi, merupakan seorang pengkritik keras *Critical Legal Studies*.

Habermas menganggap hukum sebagai sarana pembentuk dan penjamin keharmonisan suatu masyarakat modern, yaitu masyarakat yang majemuk dalam hal kebudayaan dan pandangan hidup atau masyarakat yang—meminjam istilah Max Weber—tak lagi terpesona dengan *pandangan dunia religius* (*disenchantment of religious worldview*).

Agar hukum bisa menjaga dan menjamin kemajemukan, kata Habermas, hukum tak bisa dibentuk dan ditegakkan sendiri oleh negara berdasarkan prosedur yang berlaku dan memiliki logika internalnya seperti yang dinyatakan oleh formalisme hukum dan positivisme hukum, tapi harus melalui komunikasi bebas (tanpa paksaan) antar subyek hukum dan juga antara subyek hukum dengan negara. Hanya melalui komunikasi hukum setiap subyek hukum akan menyadari apa keuntungan dan konsekuensi yang harus ditanggung bila sebuah norma hukum berlaku. Komunikasi membuat kepatuhan pada hukum merupakan tindakan yang rasional. Karena melalui komunikasi para subyek hukum bisa mengetahui bahwa hukum yang telah mereka sepakati itu bisa melindungi sebagian besar atau kecil kepentingan diri mereka dan dengan demikian hukum itu menjamin keharmonisan masyarakat majemuk.

Komunikasi hukum yang rasional antar warga negara, menurut Habermas, juga penting akan memberi pencerahan kepada para penegak hukum yang sedang menangani kasus-kasus hukum.

Karena itu teori komunikasi hukum dari Habermas ini bisa mengatasi kelemahan positivisme hukum, yaitu dengan membedakan hukum dari kuasa. Kepatuhan pada hukum bukan merupakan paksaan kuasa, tapi hasil dari kesepakatan dalam sebuah komunikasi.

Dengan demikian, bagi Habermas, negara bukan lagi—seperti yang dibayangkan oleh *Positivisme Hukum* dan *Formalisme hukum*—merupakan satu-satunya lembaga yang sah dalam membentuk (dan menegakkan) hukum. Keabsahan hukum, menurut Habermas, juga tak bisa dirumuskan berdasarkan teori keadilan tertentu yang dirumuskan oleh filsuf tertentu (teori Hukum Kodrat). Keabsahan hukum ditentukan oleh komunikasi publik.

Jadi melalui teori komunikasi hukum Habermas menyatukan dan sekaligus mengatasi kelemahan teori formalisme hukum dan positivisme hukum (yang mementingkan **bentuk hukum** untuk mengukur keabsahan pembentukan dan penegakan hukum) dan teori Hukum Kodrat (yang mementingkan **isi hukum** yang sesuai dengan kodrat alam dan manusia untuk mengukur keabsahan hukum). Bagi Habermas komunikasi hukum akan **menyatukan**

bentuk dan isi hukum atau menyatukan mazab formalisme hukum, positifisme hukum dan teori hukum kodrat.¹³

Komunikasi hukum, menurut Habermas, juga bisa membedakan keputusan hukum dari keputusan politik. Baginya sejumlah aliran dalam *Critical Legal Studies*, khususnya *realisme hukum*, tak mampu membedakan keputusan hukum dari keputusan politik. Sebab realisme hukum mau membuktikan bagaimana para pembuat hukum dan hakim telah dipengaruhi dan harus mempertimbangkan hal-hal non-hukum.¹⁴

Saya tidak akan membahas kelanjutan perdebatan antara tokoh-tokoh *Critical Legal Studies* dengan Habermas. Akan lebih menarik kalau dikemukakan bagaimana kritik terhadap teori komunikasi dan teori komunikasi hukum Habermas.

Kritik terhadap Habermas

Kritik mendasar terhadap Habermas adalah mungkinkah kelompok-kelompok minoritas—karena faktor gender, orientasi seksual, agama, suku, ras, bahasa, status sosial, kelas atau usia—dapat berpartisipasi secara bebas dalam sebuah komunikasi? Itu sebabnya sejumlah feminis mengkritik Habermas. Marie Fleming, misalnya, menganggap Habermas merumuskan teori komunikasinya berdasarkan anggapan tentang pemisahan *ruang publik* dan *ruang privat*.¹⁵ Padahal dalam *ruang privat*-lah berbagai identitas minoritas tersebut dibentuk dan dipertahankan.

Tapi Habermas keberatan terhadap pembentukan hukum yang mengatur *ruang privat*, meskipun hukum itu akan memberdayakan minoritas di dalamnya. Bagi Habermas hal ini merupakan kolonisasi sistem (dalam hal ini sistem hukum) terhadap *dunia kehidupan (life-world)*. *Dunia kehidupan* adalah asumsi, perasaan, kepercayaan dan nilai yang digunakan oleh seseorang saat memaknai berbagai peristiwa dalam hidup mereka. Jadi kolonisasi sistem terhadap dunia kehidupan akan menumpulkan kemampuan seseorang dalam memaknai sesuatu peristiwa dalam hidupnya. Negara, melalui hukum, menguasai kemampuan tafsir individu tersebut.

Dengan demikian, tampaknya teori hukum dan komunikasi Habermas adalah sebuah utopia. Kalau teori komunikasi Habermas benar, maka seharusnya minoritas bisa berpartisipasi secara bebas dengan menggunakan bahasa yang setara dengan para penindasnya saat mereka berkomunikasi di

¹³ Jürgen Habermas, 1996, *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity Press.

¹⁴ Mathieu Deflem, 1996, "Introduction: Law in Habermas's Theory of Communicative Action" dalam Mathieu Deflem (ed.), *Habermas, Modernity and Law*, London, Sage Publications, hal. 10.

¹⁵ Marie Fleming, 1995, "Women and the 'Public Use of Reason'" dalam Johanna Meehan, *Feminist Read Habermas: Gendering the Subject of Discourse*, London, Routledge, hal. 117-119 dan 133-134.

ruang publik untuk mempersoalkan penindasan itu dan berbagai norma yang menindas. Dalam prakteknya tidak demikian.

Hukum sebagai Pengetahuan/Kuasa: Postmodernisme

Berangkat dari asumsi tentang identitas subyek yang tak henti-hentinya dikonstruksikan oleh berbagai bentuk wacana tradisional (gender, orientasi seksual, agama, suku, ras, bahasa, status sosial, kelas atau usia) maupun ilmiah (biologi, psikologi dan hukum), postmodernisme mengumumkan kematian “subyek rasional modern”. Subyektivitas adalah bentukan sosial, bukan bentukan yang alamiah. Lebih dari itu pembentukan identitas tersebut terjadi tak hanya saat seseorang hidup, tapi juga ketika ia mati. Misalnya, sampai saat ini terus ditulis berbagai narasi yang berbeda tentang Karl Marx, Kartini atau Soekarno. Hukum merupakan salah satu wacana pembentuk identitas individu tersebut. Misalnya melalui UU Kewarganegaraan kita mengetahui sebagai warga negara Indonesia. Melalui UU Perkawinan kita mengetahui bahwa seorang homoseksual tidak bisa menikah di Indonesia.

Itu sebabnya Carol Smart, seorang pemikir hukum poststrukturalis dari Inggris, menganggap hukum lebih tepat dipahami sebagai sistem pengetahuan (*episteme*) daripada sebagai sistem peraturan penyelesai konflik. Sebagai sistem pengetahuan hukum senantiasa bersaing dengan berbagai bentuk pengetahuan lain (misalnya: agama dan sains) dan bahkan pengalaman konkret individu dalam mendefinisikan kebenaran/kesalahan atau kebaikan/keburukan, singkatnya dalam mendefinisikan hidup manusia.¹⁶

Dari perspektif Smart ini kita bisa memahami mengapa hukum dan teori hukum senantiasa jauh dari ide tentang keadilan. Sebab hukum dan teori hukum selalu dirumuskan dari perspektif kuasa identitas sosial tertentu dan penegakannya juga membutuhkan kuasa negara. Itu sebabnya Smart tidak menyetujui *Teori Hukum Feminis (feminism legal theory)* sebagai alternatif dari teori hukum yang dirumuskan dalam perspektif patriarki, seperti mazhab formalisme hukum dan positivisme hukum. Baginya membentuk teori hukum feminis sama saja dengan menobatkan feminisme sebagai penguasa sosial baru yang menggantikan patriarki. Sebagai alternatifnya Smart mengusulkan perlawanan feminisme dari luar hukum, yaitu melalui politik dan kebudayaan. Jadi, bagi Smart, hukum tak pernah bisa dipisahkan dari kekuasaan seperti yang dibayangkan oleh Habermas dengan teori komunikasinya.

¹⁶ Carol Smart, 1989, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, hal. 11

Pustaka

- Blomley, Nicholas K., 1994, *Law, Space, and the Geographies of Power*, New York, The Guilford Press.
- Deflem, Mathieu, 1996, "Introduction: Law in Habermas's Theory of Communicative Action" dalam Mathieu Deflem (ed.), *Habermas, Modernity and Law*, London, Sage Publications.
- Fleming, Marie, 1995, "Women and the 'Public Use of Reason'" dalam Johanna Meehan, *Feminist Read Habermas: Gendering the Subject of Discourse*, London, Routledge.
- F. Budi Hardiman, 2004, *Filsafat Modern: dari Machiavelli sampai Nietzsche*, Jakarta, PT Gramedia Pustaka Utama.
- Habermas, Jürgen, 1996, *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity Press.
- Ifdhal Kasim, 1999, "Berkenalan dengan Critical Legal Studies": Kata Pengantar buku Roberto M. Unger, *Gerakan Studi Hukum Kritis*, Jakarta, ELSAM.
- Kelly, J.M., 1993, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- Llyod, Dennis, 1973, *The Idea of Law*, Harmondsworth, Middlesex, Penguin Books Ltd.
- Posner, Richard A., 2003, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press.
- Nonet, Philippe, 1990, "What Is Positive Law?", *Berkeley Law Scholarship Repository*, Vol. 100.
- Smart, Carol, 1989, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge.
- Von Benda-Beckmann, Franz, Keebet von Benda-Beckmann, and Anne Griffiths, 2005, "Mobile People, Mobile Law: An Introduction" dalam *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, Aldershoft-England, Ashgate Publishing Limited.