

Critical Legal Studies: posisi teori dan kritik*)

donnydanardono@yahoo.com

Abstrak

Tulisan ini membahas *Critical Legal Studies* sebagai sebuah studi kritis terhadap hukum yang menentang mazab formalisme hukum. Sebagai sebuah studi kritis, *Critical Legal Studies* tak hanya menampung pemikiran-pemikiran hukum yang marxis, tapi juga liberal-radikal dan postmodernisme. Tulisan ini juga membahas kritik mendasar teori hukum-komunikasi dari Jürgen Habermas terhadap *Critical Legal Studies* dan kemudian kritik mendasar feminisme terhadap Jürgen Habermas. Tulisan ini ditutup dengan pemikiran Carol Smart yang membarui argumentasi *Critical Legal Studies*.

Kata Kunci: *Critical Legal Studies*, formalisme hukum, Jürgen Habermas, Carol Smart.

Donny Danardono

Sampai dengan pertengahan tahun 1970-an pendidikan dan praktek hukum di Amerika Serikat didominasi oleh paradigma *formalisme hukum* (*legal formalism*). Paradigma ini sama dengan positivisme hukum yang muncul di Eropa Barat pada abad 19 seiring dengan munculnya positivisme ilmu-ilmu sosial.

Seperti halnya positivisme hukum, mazab formalisme hukum menganggap hukum sebagai sebuah sistem yang netral, obyektif dan otonom. Hukum adalah norma yang berbeda dari politik, moral, kebudayaan atau kebiasaan sehari-hari. Perumusan dan praktek hukum tidak acak, tapi terstruktur, rasional dan logis berdasarkan asumsi dan asas-asas hukum tertentu. Karena itu perumusan dan praktek hukum selalu deduktif.

Mazab *formalisme hukum* juga berkembang berdasarkan pengkaitkannya dengan *budaya hukum*. Ronald Dworkin, salah satu tokohnya, mengatakan, bahwa formalisme murni itu tidak ada. Sebab setiap norma hukum selalu ditafsirkan berdasarkan *budaya hukum* tertentu. Tapi tafsir tersebut tidak *open-ended*, melainkan dibatasi oleh "tradisi" tertentu di mana hakim adalah salah satu anggota penafsirnya.¹

Otonomi, netralitas dan obyektivitas hukum mungkin lebih mudah dipahami bila kita mengingat kembali ajaran salah satu tokoh positivisme

*) Materi kuliah "Antropologi Hukum" Program Studi Antropologi, Program Pasca Sarjana FISIP, Universitas Indonesia, Kamis, 8 Maret 2007.

¹ Nicholas K. Blomley, 1994, *Law, Space, and the Geographies of Power*, New York, The Guilford Press, hal. 8-11.

hukum Austria, yakni Hans Kelsen tentang *Stufenbau Theorie*. Menurutnya pembuatan dan penafsiran hukum hanya mungkin dengan memperhatikan hirarki perundang-undangan: mulai dari aturan hukum dasar (konstitusi) sampai ke aturan hukum yang terendah.² Di Indonesia hal ini dilakukan dengan memperhatikan bagian “Mengingat” pada sebuah aturan hukum (UU, Keppres, Kepmen, PP, atau Perda) yang dibuat dengan mengacu pada berbagai aturan hukum yang statusnya lebih tinggi sampai dengan UUD. Bagian “Mengingat” ini yang mencegah kemungkinan penafsiran non-hukum saat menerapkan hukum.

CLS: Kritik terhadap *Formalisme Hukum*

Pada tahun 1977 di kota Madison, negara bagian Wisconsin, Amerika Serikat diadakan “*Conference on Critical Legal Studies*”. Penyelenggara konferensi tersebut adalah para akademisi hukum yang terlibat dalam gerakan hak-hak sipil dan kampanye anti perang Vietnam. Mereka menganggap *formalisme hukum* tidak dapat menjawab berbagai bentuk diskriminasi di masyarakat Amerika dan juga Perang Vietnam. Jadi, konferensi ini mencari cara baru dalam menafsirkan hukum dan lahirlah *Critical Legal Studies*.³

Tokoh dibalik *Critical Legal Studies* ini adalah Duncan Kennedy, Karl Klare, Mark Kelman, Mark Tushnet, Morton Horwitz, Jack Balkin dan Roberto M. Unger. Ideologi keilmuan para tokoh hukum ini beragam. Duncan Kennedy adalah seorang Marxis, sementara Roberto M. Unger adalah seorang liberal-radikal. Walau ideologi keilmuan mereka beragam, tapi mereka disatukan oleh anggapan, bahwa hukum tidak terpisahkan dari politik. Gagasan tersebut antara lain mendapat inspirasi dari *realisme hukum* yang pragmatis itu dan yang muncul di Amerika Serikat pada tahun 1920-an dengan tokoh seperti Oliver Wendell Holmes dan Jerome Franks. Filsafat pragmatisme ini mendorong orang untuk lebih memperhatikan cara hakim mempraktekan hukum daripada asas-asas dan teori-teori hukum. Menurut mereka banyak faktor non-hukum—seperti pandangan hidup pribadi, situasi politik dan kepentingan sosial—yang mempengaruhi hakim saat memeriksa dan memutus kasus hukum.⁴

Dengan demikian *Critical Legal Studies* menolak anggapan tentang hukum yang netral, obyektif dan otonom. Sebab—menurut Roberto M. Unger—setiap metode hukum tertentu akan menghasilkan pilihan hukum tertentu. Dengan kata lain pilihan praktisi hukum terhadap metode hukum tertentu akan menghasilkan keputusan hukum yang tertentu pula. Selain itu setiap sistem pembuat hukum dengan sendirinya juga mencerminkan nilai-nilai sosial-politik tertentu. Tentang hal ini Unger menulis sebagai berikut:

² J.M. Kelly, 1993, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, hal. 356.

³ Ihdhal Kasim, 1999, “Berkenalan dengan *Critical Legal Studies*”: Kata Pengantar buku Roberto M. Unger, *Gerakan Studi Hukum Kritis*, Jakarta, ELSAM, hal. X-XI.

⁴ Dennis Lloyd, 1973, *The Idea of Law*, Middlesex, Penguin Books, hal. 213-217.

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.⁵

Itu sebabnya Unger mengatakan, bahwa hukum tak terpisahkan dari politik dan berbagai norma non-hukum lainnya. Hukum dibentuk oleh berbagai faktor non-hukum seperti kepentingan ekonomi, ras, gender, atau politik. Pembentukan hukum senantiasa mengandaikan interaksi dan negosiasi antar berbagai kelompok masyarakat. Akibatnya analisa hukum doktrinal hanya akan mengisolasi hukum dari konteks sosial-politiknya, dan membuat hukum tidak bisa mengatasi berbagai masalah sosial politik: diskriminasi ras, gender, agama, atau kelas.

Dalam perkembangannya *Critical Legal Studies* makin menunjukkan identitasnya sebagai sebuah mazab yang menampung berbagai aliran hukum penentang *formalisme hukum* atau *positivisme hukum*. Dengan kata lain *Critical Legal Studies* adalah nama generik untuk menyebut *realisme hukum*, *teori hukum marxis*, *teori hukum feminis*, ataupun *teori hukum postmodern*. Bukan hanya itu pada masing-masing negara *Critical Legal Studies* hadir dengan watak yang berbeda. *Critical Legal Studies* di Kanada lebih didominasi oleh filsafat hukum Marxis. Sementara di Amerika Serikat oleh postmodernisme.⁶

Critical Legal Studies—yang menganggap hukum tidak terpisah dari politik—barang tentu juga menampung *gerakan pluralisme hukum*. Sebab *gerakan pluralisme hukum* memungkinkan berbagai norma dan aturan yang secara “tradisional” tidak dikategorikan sebagai “hukum negara” ambil bagian dalam penyelesaian kasus. Bahkan berbagai norma dan aturan non-hukum tersebut turut mengubah “norma hukum”.

Krtik terhadap CLS: Jürgen Habermas

Jürgen Habermas (1929)—generasi kedua teori kritis mazab Frankfurt, sebuah mazab yang juga diikuti oleh *Critical Legal Studies*—adalah seorang pengkritik keras terhadap *Critical Legal Studies*. Sebelum menuturkan bagaimana kritik Habermas itu, ada baiknya diuraikan sepintas lalu teori hukum Habermas.

Habermas menganggap hukum sebagai sarana perekat keharmonisan masyarakat majemuk. Bagi Habermas, masyarakat majemuk adalah masyarakat yang—meminjam istilah Max Weber—sudah tidak terpesona lagi pada cara pandang dunia religus. Karena itu, menurut Habermas, hukum bukan lagi merupakan keharusan kodrati, tapi hukum harus dibentuk melalui komunikasi bebas dan tanpa paksaan antar subyek hukum. Hanya dengan cara ini setiap

⁵ Ifdhal Kasim, 1999, *op.cit.*, hal. XVII.

⁶ Nicholas K. Blomley, 1994, *op.cit.*, hal. 11.

subyek hukum akan menyadari keuntungan yang bisa mereka nikmati dan konsekuensi yang harus mereka tanggung bila hukum itu diberlakukan. Dengan demikian, bagi Habermas, negara bukan—seperti yang dibayangkan oleh *teori Positivisme Hukum* dan *Formalisme Hukum*—merupakan satu-satunya lembaga yang sah dalam membentuk dan menegakkan hukum. Bahkan bagi Habermas keabsahan hukum juga tidak bisa dirumuskan berdasarkan teori keadilan tertentu yang dirumuskan oleh filsuf tertentu seperti yang diandaikan oleh teori Hukum Kodrat. Karena apa yang adil menurut individu atau kelompok masyarakat tertentu belum tentu adil bagi individu dan kelompok masyarakat yang lain. Jadi, melalui teori komunikasinya Habermas berhasil menyatukan dan sekaligus mengatasi kelemahan teori Positivisme Hukum (*formalisme hukum*) dan teori Hukum Kodrat. Bahkan teori komunikasi merupakan dasar rasional mengapa seseorang bersedia mematuhi aturan hukum tertentu, sebab dalam proses komunikasi itu setiap subyek hukum akan mengetahui mengapa mereka harus mematuhi hukum itu. Komunikasi akan membuat kepatuhan pada hukum merupakan tindakan yang bisa dijelaskan secara rasional, bukan semata-mata karena kekuasaan negara.⁷

Berdasarkan argumentasi tentang komunikasi hukum sebagai jalan untuk membedakan hukum dari kekuasaan yang dengan demikian membedakan keputusan hukum dari keputusan politik, Habermas beberapa kali mendapat kritik balik dari para tokoh *Critical Legal Studies*. Bagi Habermas, *Critical Legal Studies* gagal dalam menawarkan argumentasi yang rasional tentang terkaitnya hukum-moral-politik. *Critical Legal Studies* hanya sukses dalam membongkar berbagai kontradiksi dari anggapan tentang terpisahnya hukum dari moral dan politik yang ada di *mazhab formalisme hukum*. Tapi mereka gagal dalam menunjukkan bagaimana keputusan hukum berbeda dari keputusan politik pada saat mereka menganggap hukum tidak terpisah dari politik.⁸

Saya tidak akan membahas kelanjutan perdebatan para tokoh *Critical Legal Studies* ini dengan Habermas. Saya menganggap lebih menarik kalau kita membahas bagaimana kritik terhadap teori komunikasi dan hukum Habermas ini. Kritik mendasar terhadap Habermas adalah mungkinkah kelompok-kelompok minoritas gender, orientasi seksual, agama, suku, ras, bahasa, status sosial, kelas atau usia dapat mengambil bagian secara bebas dalam sebuah komunikasi? Marie Fleming, misalnya, menganggap Habermas merumuskan teori komunikasinya berdasarkan anggapan tentang terpisahnya *ruang publik* dari *ruang privat*. Padahal dalam *ruang privat*-lah seseorang membentuk dan mempertahankan identitasnya. Karena itu Fleming menganggap perlu ada hukum yang bisa melindungi privatisasi individu dalam membentuk

⁷ Jürgen Habermas, 1996, *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, New York, Polity Press.

⁸ 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.

identitasnya.⁹ Tapi Habermas keberatan terhadap hal ini. Sebab meskipun hukum itu akan memberdayakan individu dan para minoritas di *ruang privat* tersebut, tapi hal ini merupakan kolonisasi terhadap *dunia kehidupan* (*life-world*: asumsi, perasaan, kepercayaan, nilai atau kebudayaan yang digunakan oleh seseorang saat memaknai berbagai peristiwa dalam hidupnya) yang akan mengakibatkan tumpulnya kemampuan orang tersebut dalam memaknai hidupnya. Melalui hukum, negara akan menguasai kemampuan tafsirnya. Karena itu bagi Fleming teori hukum dan komunikasi Habermas adalah sebuah utopia. Para minoritas tak akan bisa menggunakannya untuk membela diri.

Hukum dan Kuasa: Postmodernisme

Berangkat dari anggapan tentang bagaimana berbagai wacana tradisional (gender, orientasi seksual, agama, suku, ras, bahasa, status sosial, kelas atau usia) maupun ilmiah (biologi, psikologi dan hukum) mengkonstruksikan identitas individu, postmodernisme mengumumkan kematian “subyek rasional modern”. Sebaliknya postmodernisme menganggap subyektivitas adalah hasil dari konstruksi sosial. Subyektivitas tidak alamiah. Pengkonstruksian identitas tersebut terjadi baik pada saat orang itu hidup atau pun mati. Misalnya, sampai saat ini terus muncul berbagai wacana tentang Karl Marx, Kartini dan Soekarno. Salah satu wacana pembentuk identitas adalah hukum.

Itu sebabnya Carol Smart, seorang pemikir hukum poststrukturalis dari Inggris, menganggap hukum lebih tepat dipahami sebagai sistem pengetahuan (episteme) daripada sistem peraturan untuk menyelesaikan konflik. Sebagai sistem pengetahuan hukum senantiasa bersaing dengan berbagai bentuk pengetahuan lain (misalnya agama dan sains) dan bahkan pengalaman nyata individu dalam mendefinisikan kebenaran, kesalahan, kebaikan, dan keburukan. Singkatnya hukum adalah salah satu sistem pengetahuan yang turut mendefinisikan kemanusiaan dan cara hidup manusia.¹⁰

Sehingga dari perspektif Smart ini bisa dipahami mengapa hukum dan teori hukum senantiasa jauh dari ide tentang keadilan. Sebab hukum dan teori hukum selalu dirumuskan dari perspektif pengetahuan tertentu dan penegakannya juga membutuhkan kekuasaan negara. Itu sebabnya Smart tidak menyetujui perlunya perempuan membentuk *teori hukum feminis* sebagai alternatif dari teori hukum yang dirumuskan secara patriarkis. Baginya ini sama saja dengan menjadikan feminisme sebagai penguasa sosial baru. Sebaliknya Smart mengusulkan perlunya para feminis menggunakan hukum yang ada sembari melancarkan perlawanan kultural terhadap patriarki. Feminisme harus secara kultural merongrong teori-teori hukum patriarki, agar hukum bisa ramah

⁹Marie Fleming, 1995, “Women and the ‘Public Use of Reason’” dalam Johanna Meehan, *Feminists Read Habermas: Gendering the Subject of Discourse*, London, Routledge, hal. 117-119 dan 133-134.

¹⁰Carol Smart, 1989, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, hal. 14.

terhadap perempuan. Tampak bagi Smart, bahwa hukum tidak bisa dipisahkan dari kuasa seperti yang dibayangkan oleh Habermas. Dengan demikian, Smart membarui lagi argumentasi *Critical Legal Studies*.

Pustaka

- 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, *Feminists Read Habermas: Gendering the Subject of Discourse*, London, Routledge
- Habermas, Jürgen Habermas, 1996, *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, New York, 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, Clarendon Press.
- Lloyd, Dennis, 1973, *The Idea of Law*, Middlesex, Penguin Books.
- Nicholas K. Blomley, Nicholas K., 1994, *Law, Space, and the Geographies of Power*, New York, The Guilford Press.
- Smart, Carol, 1989, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge.