

KONSTRUKSI PANDANGAN *CRITICAL LEGAL THEORY* TENTANG *THE RULE OF LAW, THE MEANING OF LAW,* DAN *THE LAW AND SOCIETY*

Benediktus Hestu Cipto Handoyo

Fakultas Hukum Univ. Atma Jaya Yogyakarta
Jl. Mrican Baru 28 Yogyakarta
Email : ben.hestu@gmail.com

Abstract

Paradigm between the theory of legal positivism and the flow of legal realism shows a difference. The two legal theory paradigms are used as an introduction in discussing Postmodern Legal Theory or called Critical Legal Theory, because the two theories above show the characteristics of Traditional Legal Theory, especially in looking at the rule of law, the meaning of law, and the law and society. The problem in this article is how is the Critical Legal Theory's view of legal concepts specifically related to the rule of law, the meaning of law, and the law and society? Is the statement as stated by Gary Saalman acceptable or not? And does postmodern legal theory do occur in legal reality in Indonesia? This article uses a normative juridical method and a comparison of legal theories through a philosophical approach. The results showed that deconstruction of the old legal theory and included in the postmodern framework in the field of law, although it seemed blindly and "cleared" all the reliability of legal theory, but still contained its own advantages, because with the view of postmodernism itself basic ideas such as philosophy, rationality, and epistemology is questioned radically again.

Key words: *Legal Postmodernism, Traditional Legal Theory, Legal Positivism, Legal Realism*

Abstrak

Paradigma antara Teori hukum positivisme dan aliran Realisme Hukum menunjukkan adanya perbedaan. Kedua paradigma teori hukum tersebut dipergunakan sebagai pendahuluan dalam membahas Teori Hukum Posmodern atau disebut *Critical Legal Theory*, karena kedua teori di atas menunjukkan ciri-ciri *Traditional Legal Theory*, khususnya dalam memandang konsep *the rule of law, the meaning of law, dan the law and society*. Permasalahan dalam artikel ini adalah bagaimana pandangan *Critical Legal Theory* tentang konsep-konsep hukum khususnya terkait dengan *the rule of law, the meaning of law, dan the law and society*? Apakah pernyataan sebagaimana dikemukakan Gary Saalman dapat diterima (disetujui) atau tidak? Dan apakah teori hukum posmodern memang terjadi dalam realita hukum di Indonesia?. Artikel ini menggunakan metode yuridis normatif dan perbandingan teori-teori hukum melalui pendekatan filosofis. Hasil penelitian menunjukkan bahwa dekonstruksi terhadap teori hukum lama dan dimasukkan dalam kerangka posmodern di bidang hukum kendati terkesan membabi buta dan "membabat" semua keamanan teori hukum, namun tetap mengandung kelebihan tersendiri, karena dengan pandangan postmodernisme itu sendiri gagasan-gagasan dasar seperti filsafat, rasionalitas, dan epistemologi dipertanyakan kembali secara radikal.

Kata kunci: Posmodernisme Hukum, Tradisional *Legal Theory*, Positivisme Hukum, Realisme Hukum

Latar belakang

Posmodern di bidang hukum yang sering juga disebut *Critical Legal Theory*, muncul setelah dunia filsafat modern mengalami gugatan tentang “berakhirnya Modernisme” yang menunjuk pada berakhirnya anggapan modern tentang “subyek” dan “dunia obyek”, yang seolah sepenuhnya mandiri menanti subyek yang akan membuat representasi mental tentangnya saja. Posmodern dimengerti sebagai upaya untuk mengungkap segala konsekuensi dari berakhirnya modernisme itu beserta metafisika tentang fondasionalisme dan representasionalismenya.¹

Di lingkungan ilmu hukum ada dua teori hukum modern yakni positivisme hukum yang memunculkan pandangan tentang hukum dalam perspektif normatif dan aliran realisme hukum seperti yang dibawa oleh teori sosiological jurisprudence Roscoe Pound maupun Utilitarianisme hukum Jeremy Bentham yang memandang hukum sebagai produk sosiologis. Kendati kedua paradigma teori besar di bidang hukum tersebut dimasukkan dalam era pemikiran hukum modern, namun jika dibandingkan dengan kemunculan aliran (teori) posmodern hukum, maka jelas kedua paradigma teori hukum tersebut masuk dalam kategori *Traditional Legal Theory*, karena kedua paradigma teori hukum ini dalam pandangan filsafat modernisme kajian utamanya adalah membahas tentang fenomena hukum jika

dilihat dari aspek “subyek” dan “dunia obyek” di bidang hukum.

Sejak munculnya teori positivisme hukum yang kemudian berkembang menjadi dua sub aliran yakni aliran hukum positif analitis, dengan penggagasnya John Austin, dan aliran hukum positif murni yang dipelopori oleh Hans Kelsen, maka hukum hanya dimaknai sebagai serangkaian norma yang kaku dan dipergunakan untuk mengatur kehidupan manusia. keberadaan hukum sebagai norma kehidupan manusia sangat dipengaruhi oleh kehendak penguasa yang memiliki otoritas untuk menyusun pedoman hidup bersama. Dalam pemahaman yang demikian ini, John Austin memberikan gambaran mengenai hukum sebagai berikut:

1. hukum berkedudukan sebagai *a command of the lawgiver* (perintah dari pembentuk undang-undang atau penguasa), yakni suatu perintah dari mereka yang memegang kekuasaan tertinggi atau pemegang kedaulatan;
2. hukum dianggap merupakan suatu sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup (*closed logical system*). Logis artinya hukum itu dapat diterima secara akal atau rasional dan dapat ditelusuri secara nalar. Tetap artinya hukum itu tidak mengalami perubahan selama kaidah normatifnya tetap diakui keberadaannya, dan bersifat tertutup karena hukum harus dipisahkan dari hal-hal yang tidak yuridis;

1 I. Bambang Sugiharto, *Postmodernisme Tantangan Bagi Filsafat*, (Yogyakarta: Kanisius, 1996), hlm. 33.

3. hukum secara tegas dipisahkan dari moral, artinya hukum itu berkaitan dengan keadilan, dan tidak di dasarkan atas pertimbangan atau penilaian baik dan buruk.²

Menyimak butir-butir gambaran yang dikemukakan oleh John Austin tersebut, maka tampak jelas bahwa hukum menjelma dalam berbagai aturan tertulis yang disusun oleh penguasa yang memiliki kedaulatan dan bersifat tetap (ajeg), dan oleh karena itulah hukum menjadi pedoman bagi pengaturan hidup manusia. Dalam konstruksi yang demikian inilah, maka pembentuk hukum yang memiliki kedaulatan itu sangat ditentukan oleh mayoritas dukungan, agar hukum yang dibentuk memiliki legitimasi dan mempunyai daya paksa.

Menurut pandangan teori hukum positif murni yang dipelopori oleh Hans Kelsen dinyatakan bahwa hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir yang tidak yuridis seperti anasir etis, sosiologis, politis dan sejarah. Hukum adalah sebagaimana adanya, yaitu terdapat dalam berbagai aturan yang ada. Oleh karena itu yang dipersoalkan bukan “bagaimana hukum itu seharusnya”, melainkan “apa hukumnya”.³ Pemahaman yang demikian ini menunjukkan bahwa teori hukum sifatnya normatif dan berada dalam dunia *sollen*, bukan dalam dunia *sein*, dan sifatnya adalah hipotesis, lahir karena kemauan dan akal

manusia,⁴ terutama kemauan penguasa.

Dengan perkembangan teori hukum positivisme inilah, maka tradisi hukum tertulis atau sering disebut tradisi hukum Kontinental berkembang dan mempengaruhi dunia hukum pada umumnya. Tradisi ini menghendaki adanya unifikasi dan kodifikasi hukum dalam berbagai bidang untuk kemudian diterapkan dalam mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat. Oleh sebab itu hukum menjadi aturan main (*rule of law*) dan pemahaman hukum bersifat seragam atau sama yang penerapannya selalu dikawal melalui putusan pengadilan, sehingga hakim hanya bertindak laksana “corong undang-undang” atau apa kata undang-undang, hakim tinggal menerapkan atau memutuskan.

Teori hukum positivisme ini kemudian mengalami “pendobrakan” setelah kehadiran aliran realisme hukum mulai sekitar tahun 1920-an yang banyak digagas oleh para akademisi dan hakim seperti Roscoe Pound, John Wigmore, Oliver Holmes, Benjamin Cardozo, dan lain sebagainya. Gagasan aliran ini lebih menekankan pada paradigma ilmu hukum yang bertolak dari realitas yang terjadi dalam masyarakat, bukan bersumber dari rumusan pasal-pasal regulasi ataupun kehendak penguasa tiran. Keberadaan aliran ini masih diklaim obyektif dan netral, karena ketika melawan doktrin, dogma, dan asas hukum klasik, *realisme jurisprudence*

2 Satjipto Rahardjo dalam Lili Rasjidi, *Filsafat Hukum Apakah Hukum Itu*, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991), hlm. 42.

3 *Ibid*, hlm. 45.

4 *Ibid*.

ini masih membawa universalitas, yang menempatkan mayoritas sebagai penentu.⁵

Merujuk pada pemahaman di atas, maka jelas kiranya bahwa antara teori hukum positivisme dan aliran Realisme Hukum menunjukkan adanya perbedaan paradigma. Perbedaan tersebut paling tidak dapat dilihat dari, *pertama*; menurut teori hukum positivisme, hukum hanya dimaknai sebagai perintah penguasa yang dituangkan dalam undang-undang. Sedangkan menurut aliran Realisme Hukum justru bertolak dari realitas yang terjadi dalam masyarakat mayoritas. *Kedua*; isi dari hukum menurut teori hukum positivisme bersifat ajeg (tetap) dan fair, sedangkan isi hukum menurut aliran Realisme Hukum akan sangat tergantung dari mayoritas masyarakat.

Kedua paradigma teori hukum tersebut dipergunakan sebagai pendahuluan dalam membahas Teori Hukum Posmodern atau disebut *Critical Legal Theory*, karena kedua teori di atas menunjukkan ciri-ciri *Traditional Legal Theory*, khususnya dalam memandang konsep *the rule of law*, *the meaning of law*, dan *the law and society* sebagaimana dikemukakan oleh Gary Saalman, "Postmodern Impact: Law" (1996). Persoalan yang perlu dikemukakan di sini adalah bagaimana pandangan *Critical Legal Theory* tentang konsep-konsep hukum khususnya terkait dengan *the rule of law*, *the meaning*

of law, dan *the law and society*? Apakah pernyataan sebagaimana dikemukakan Gary Saalman dapat diterima (disetujui) atau tidak? Dan apakah teori hukum posmodern memang terjadi dalam realita hukum di Indonesia?

Untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan tersebut, metode yang digunakan adalah yuridis normatif dan perbandingan teori-teori hukum melalui pendekatan filosofis yang terkandung dalam kategori *Traditional Legal Theory* dibandingkan dengan padangan filosofis dari *Critical Legal Theory* khususnya dalam memandang *the rule of law*, *the meaning of law*, dan *the law and society*. Metode seperti ini digunakan karena karakteristik ilmu hukum itu merupakan ilmu yang bersifat preskriptif sekaligus ilmu yang bersifat terapan. Sebagai ilmu yang bersifat preskriptif, ilmu hukum mempelajari tujuan hukum, nilai-nilai keadilan, validitas aturan hukum, konsep-konsep hukum, dan norma-norma hukum. Sedangkan sebagai ilmu terapan ilmu hukum menetapkan standart prosedur, ketentuan-ketentuan, rambu-rambu dalam melaksanakan aturan hukum.⁶ Sebagai ilmu yang bersifat preskriptif, ilmu hukum mempelajari tujuan hukum, nilai-nilai keadilan, validitas aturan hukum, konsep-konsep hukum, dan norma-norma hukum. Sedangkan sebagai ilmu terapan ilmu hukum menetapkan standart prosedur, ketentuan-ketentuan, rambu-rambu dalam melaksanakan

5 Awaludin Marwan, *Studi Hukum Kritis dari Modern, Posmodern hingga Posmarxis*, (Semarang: Satjipto Rahardjo Institute dan Thafa Media, 2012), hlm. 3.

6 Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media, 2005), hlm. 22.

aturan hukum.⁷ Dengan demikian ilmu hukum bukan hanya menempatkan hukum sebagai suatu gejala sosial yang hanya dipandang dari luar, melainkan juga termasuk hal-hal yang esensial yaitu instrinsik hukum, oleh sebab itulah mempelajari dan mengkaji norma-norma hukum merupakan bagian yang esensial dalam ilmu hukum.

Penelitian yuridis normatif yang dipergunakan untuk menjawab permasalahan tersebut juga membutuhkan metode pendekatan. Sehubungan dengan hal ini, maka pendekatan yang digunakan adalah pendekatan filsafat yang digunakan untuk menggali dan menganalisa tentang hakikat keberadaan *Traditional Legal Theory* (teori-teori hukum modern) dan hakikat *Critical Legal Theory* (Postmodern Hukum) dalam memandang persoalan *the rule of law*, *the meaning of law*, dan *the law and society*.

Pembahasan

A. Perkembangan *Critical Legal Theory* dalam Ilmu Hukum.

Critical Legal Theory hadir sekitar tahun 1977 sebagai respon atas terjadinya pergulatan panjang di lingkungan ilmu hukum khususnya adanya pertentangan antara teori positivisme hukum dan teori realisme hukum di AS. *Critical Legal Theory* menjadi pilihan epistemologis untuk menjawab tantangan ditengah-tengah kedua paradigma hukum

tersebut. Slogan paling terkenal dalam *Critical legal Theory* adalah hukum tak bebas nilai, dan tak netral.⁸ Slogan seperti itu menjadi visi *Critical Legal Theory* karena dua paradigma hukum yang bergulat pada saat itu, yakni teori positivisme hukum dan teori realisme hukum tidak mampu menjawab tentang kebutuhan hukum dalam menghadapi tuntutan kaum minoritas tertindas, menguatnya pluralisme, HAM, anti-diskriminasi, dan kebebasan.

Teori positivisme hukum dan realisme hukum dalam implementasinya memang lebih mengedepankan kekuatan-kekuatan dominan dalam masyarakat seperti keberadaan penguasa pembentuk hukum (baca: undang-undang) dan kelompok mayoritas yang sering disebut sebagai mewakili kata “sosial”. Dalam rangka pembentukan hukum, kelompok-kelompok dominan inilah yang memainkan peranan, sehingga kendati hukum dianggap bersifat ajeg dan fair karena dirumuskan atas kehendak mayoritas, namun tetap saja hukum memunculkan ketidaksetaraan, karena bagaimanapun juga hukum tetap “mengabdikan” pada kepentingan penguasa dalam pandangan teori positivisme hukum, dan tetap “mengabdikan” pada kepentingan mayoritas sebagaimana digagas oleh realisme hukum.

Dalam kaitan dengan hal tersebut di atas, John Austin membagi hukum atas Hukum ciptaan Tuhan dan Hukum yang dibuat oleh manusia. Hukum yang dibuat oleh manusia terdiri dari:⁹

7 *Ibid.*

8 *Ibid*, p. 3.

9 Lili Rasjidi, *Ibid*, p. 43.

a. Hukum dalam arti yang sebenarnya yakni hukum positif yang terdiri dari:

1. Hukum yang dibuat oleh penguasa, seperti Undang-Undang, Peraturan Pemerintah dan lain-lain.
2. Hukum yang disusun atau dibuat oleh rakyat secara individual yang dipergunakan untuk melaksanakan hak-hak yang diberikan kepadanya. Contohnya hak wali terhadap orang yang berada di bawah perwalian, hak kurator terhadap badan/orang dalam *curatele*.

b. Hukum dalam arti yang tidak sebenarnya, yaitu hukum yang tidak memenuhi persyaratan sebagai hukum. Jenis hukum ini tidak dibuat atau ditetapkan oleh penguasa/badan berdaulat yang berwenang. Contohnya ketentuan-ketentuan yang dibuat oleh perkumpulan atau badan-badan tertentu dalam bidang keolahragaan, mahasiswa dan sebagainya.

Sementara itu H.L.A. Hart mengemukakan bahwa ciri-ciri positivisme pada ilmu hukum dewasa ini, adalah:¹⁰

1. Hukum merupakan perintah dari manusia (*command of human being*).
2. Tidak ada hubungan mutlak/penting antara hukum di satu pihak dengan moral di lain pihak, atau antara hukum yang berlaku dengan hukum yang sebenarnya.
3. Analisis terhadap konsepsi hukum dinilai penting untuk dilakukan dan harus dibedakan dari studi yang historis maupun

sosiologis, dan harus dibedakan pula dari penilaian-penilaian yang bersifat kritis.

4. Pengertian bahwa sistem hukum merupakan sistem yang logis, tetap dan tertutup, serta di dalamnya memuat keputusan-keputusan hukum yang tepat/benar dapat diperoleh dengan alat-alat logika dari peraturan-peraturan hukum yang telah ditentukan sebelumnya tanpa memperhatikan tujuan-tujuan sosial, politik dan ukuran-ukuran moral.

Masih dalam kerangka positivisme hukum, melalui pandangan Hans Kelsen lewat teori hukum positif murni, Friedmann mengemukakan antara lain:¹¹

- a. Tujuan teori tentang hukum – seperti juga setiap ilmu – adalah mengurangi kekalutan dan meningkatkan kesatuan (*unity*)
- b. Teori hukum adalah ilmu, bukan kehendak, keinginan. Ia adalah pengetahuan tentang hukum yang ada, bukan tentang hukum yang seharusnya ada.
- c. Ilmu hukum adalah normatif, bukan ilmu alam.
- d. Sebagai suatu teori tentang norma-norma, teori hukum tidak berurusan dengan persoalan efektivitas norma-norma hukum.
- e. Suatu teori tentang hukum adalah formal, yakni suatu teori tentang cara pengaturan dari isi yang berubah-ubah menurut jalan atau pola yang spesifik.

¹⁰ *Ibid*, p. 44.

¹¹ *Ibid*, p. 45

f. Hubungan antara teori hukum dengan sistem hukum positif tertentu adalah seperti hukum yang mungkin dan hukum yang ada.

Menyimak ketiga pandangan tersebut di atas, menunjukkan sekali lagi bahwa hukum positif bersifat mekanistik dan sangat tergantung dari dominasi sang pencipta hukum bahkan dalam beberapa hal dalam konteks implementasinya harus dibedakan dengan aspek-aspek historis maupun sosiologis. Hukum positif menunjukkan nalar yang sangat matematis, dimana logika dimaknai sebagai alat-alat yang telah ditentukan sebelumnya untuk menentukan kepastian hukum tanpa memperhatikan tujuan-tujuan sosial, politik, bahkan ukuran-ukuran moral. Dalam kondisi yang demikian inilah kritik tajam dari gagasan yang terangkum dalam *Critical Legal Study* terhadap positivisme hukum mengawali perkembangan dalam lingkup posmodernisme di bidang hukum.

Atas dasar slogan atau “visi” dari *Critical Legal Theory*, Gary Saalman dalam “Postmodern Impact: Law” mengemukakan pandangan terhadap tiga pandangan pokok hukum yang terkait dengan *the rule of law*, *the meaning of law*, dan *the law and society*. Ketiga pandangan tersebut di atas pada hakikatnya merupakan hasil dari kritikan terhadap pandangan *Traditional Legal Theory* yang diwakili oleh teori positivisme hukum dan teori Realisme hukum.

Kritik terhadap teori hukum sangat penting untuk mengkonstruksikan kembali teori

hukum agar lebih lengkap dan komprehensif. Pendek kata kritik terhadap teori hukum harus mampu mendekonstruksikan teori hukum agar tetap relevan dalam “menangkap” kebutuhan masyarakat terhadap hukum. Sehubungan dengan hal ini Cotterrell memberikan gambaran tentang bagaimana seharusnya mengkritisi teori hukum, yaitu:

“Pertama; suatu teori tidak dapat ditujukan untuk menghasilkan suatu konsep tunggal yang bersifat universal mengenai peta hukum (*map of law*); banyaknya yang dapat dihasilkan tergantung dari penyusunan peta hukum tersebut. Harapannya adalah suatu saat dapat dibangun teori yang terintegrasi dengan perluasan wawasan tentang perbedaan pandangan yang diakui dan sah.

Kedua; landasan kekuasaan yang berasal dari teori hukum normatif melekat karakteristik kontroversial, di satu sisi bersifat mistis dan di sisi lain berada di luar jangkauan hukum di mana para ahli hukum pun tidak dapat memahaminya.

Ketiga; persoalan mengenai hukum sebagai satu kesatuan yang sistemik dan terstruktur perlu direnungkan kembali. Bagi para ahli hukum, doktrin hukum memerlukan sesuatu yang melembaga dan terstruktur, dan seharusnya teori hukum normatif telah direncanakan dan dirasionalisasikan untuk menemukan hal ini.

Keempat; mengenai penafsiran hukum. Diperlukan pendalaman mengenai komunitas penafsiran, bagaimana mereka bekerja dan bagaimana kekuasaan memberikan suatu penafsiran yang mengikat sebagai hukum.

Kelima; selama penilaian mengenai kesusilaan dipisahkan dari norma hukum, maka selama itu hubungan antara hukum dan kesusilaan tetap tidak jelas. Hukum

kontemporer yang digambarkan aliran post-modernisme adalah *ethically barren*, dan kesusilaan seperti itu diciptakan oleh hukum. Makna kesusilaan dalam hukum saat ini tampak sangat bermasalah sehingga diperlukan klarifikasi tentang makna senyatanya dalam konteks isu etika yang muncul dalam hubungan antara manusia dan dalam kerangka kesusilaan yang tersedia untuk mengakomodasi kehidupan masyarakat masa kini”.¹²

Gambaran diatas menunjukkan bahwa teori hukum tidak harus menjadi satu konsep yang baku dan berlaku terus menerus untuk menjawab segala persoalan masyarakat. Kritik terhadap teori hukum menunjukkan bahwa teori hukum tetap akan terus berkembang sejalan dengan perkembangan ilmu-ilmu sosial dan humaniora. Oleh sebab itulah keberadaan *Critical Legal Theory* dapat dikatakan teori baru di bidang hukum sejalan dengan tumbuhnya pemikiran postmodernisme di bidang filsafat yang melakukan kritik-kritik atas gambaran dunia (*world view*), kritik epistemologis dan ideologi-ideologi modern.¹³

Dengan adanya kritik-kritik itulah kemapanan teori hukum mengalami gugatan bahkan “dobraikan” hingga memunculkan berbagai pandangan tentang teori hukum yang relatif baru sehingga sering dikatakan bahwa posmodern di bidang hukum merupakan bentuk dekonstruksi kemapanan teori hukum tradisional (modern).

B. Konsep *The Rule of Law*.

Critical Legal Theory dalam memandang konsep *rule of law* menganggap bahwa

masyarakat tidak diatur oleh hukum yang obyektif, tetapi oleh hasil interpretasi penguasa. Oleh sebab itu tidak ada keajegan, dan kesetaraan di hadapan hukum sejatinya hanyalah retorika. Pandangan seperti ini jelas menunjukkan kebenaran, karena dalam kontruksi pandangan teori *Sosiological Jurisprudence* sebagaimana digagas oleh Rescoe Pound dinyatakan “*law as a tool of social engineering*” mengandung makna bahwa rekayasa sosial sebagaimana digagas oleh Pound akan terwujud ketika penguasa menginterpretasikan kehendak untuk merekayasa masyarakat. Intepretasi ini akan semakin nampak ketika rekayasa masyarakat dilakukan melalui hukum yang memiliki karakteristik memaksa.

Dengan mempergunakan teori *sosiological jurisprudence* tersebut, maka rekayasa sosial yang dikehendaki penguasa akan ditempuh dengan mempergunakan sarana hukum. Sehubungan dengan hal ini Mochtar Kusuma Atmaja antara lain mengemukakan bahwa hukum berfungsi sebagai sarana penunjang modernisasi dan pembangunan menyeluruh, dilakukan dengan:

- a. meningkatkan dan menyempurnakan pembinaan hukum nasional antar lain dengan mengadakan pembaruan, kodifikasi serta unifikasi hukum di bidang-bidang tertentu dengan jalan memperhatikan kesadaran hukum dalam masyarakat;

12 Roger Cotterrell dalam Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif Rekonstruksi terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, (Yogyakarta: Genta Publising, 2012), hlm. 108-109.

13 I. Bambang Sugiharto, opcit, p. 24.

- b. menertibkan fungsi lembaga-lembaga hukum menurut proporsinya masing-masing;
- c. meningkatkan kemampuan dan kewibawaan penegak-penegak hukum.¹⁴

Pandangan Mochtar Kusuma Atmaja yang masuk dalam teori hukum pembangunan tersebut menunjukkan secara jelas bahwa masyarakat tidak diatur oleh hukum, melainkan oleh interpretasi penguasa melalui pembentukan hukum tertulis dengan cara melakukan kodifikasi dan unifikasi hukum di bidang-bidang tertentu. Hal ini menunjukkan bahwa hukum tidak lebih hanya sebagai alat atau sarana pembangunan bahkan sebagai sarana untuk melakukan modernisasi masyarakat sesuai dengan kehendak pembentuknya, yakni penguasa yang dalam hal ini adalah lembaga legislatif (Presiden bersama-sama dengan DPR).

Dengan mempergunakan perspektif teori hukum pembangunan Mochtar Kusuma Atmaja, maka pandangan dan kritikan *Critical Legal Theory* tentang *the rule of law* terhadap Teori-teori hukum modern (baca: *Traditional Legal Theory*) adalah tepat adanya. Masyarakat tidak diatur oleh hukum yang obyektif, melainkan diatur oleh interpretasi penguasa yang dituangkan dalam hukum tertulis (Peraturan Perundang-undangan). Oleh sebab itu hukum dan Peraturan perundang-undangan tidak ada keajegan, karena substansinya

sangat tergantung oleh kehendak penguasa. Pemahaman seperti ini semakin menunjukkan kebenaran, ketika melihat bagaimana konsep-konsep kebijakan publik yang akan dikeluarkan oleh penguasa dituangkan dalam Program Legislasi Nasional.

Dalam setiap pembentukan atau perubahan kebijakan publik, termasuk undang-undang, setidaknya ada tiga jenis arus yang perlu dikelola-disinergikan dengan baik: (1) arus permasalahan (*stream of problems*), (2) arus kebijakan (*stream of policies*), dan (3) arus perpolitikan (*stream of politics*).¹⁵

Dalam arus permasalahan (*stream of problems*), isu utamanya terkait dengan bagaimana membangun agenda setting kebijakan publik. Dalam tahap agenda setting, ada beberapa pertanyaan yang sering diajukan: undang-undang apa saja yang perlu dibentuk/dirubah? Mengapa undang-undang itu perlu dibentuk/dirubah? Apa urgensi dan relevansinya dari pembentukan/perubahan undang-undang tersebut?

Dalam jalur *policy stream of problems*, biasanya memulai aktivitasnya dengan melakukan identifikasi masalah. Targetnya adalah mendapatkan kejelasan akan masalah, dan atas dasar rumusan itu ditawarkan solusi atas masalah. Oleh karena, setiap Undang-Undang yang akan dibentuk seharusnya dimulai dengan riset kebijakan, sehingga dalam bisa diketahui dengan jelas apa saja

14 Mochtar Kusuma Atmaja, *Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan*, (Bandung: Alumni, 2006), hlm. 85-86

15 John Kingdon, dalam AAGN Ari Dwipayana, *Evaluasi Program Legislasi Nasional*, disampaikan di FGD Prolegnas DPD-RI, Kerja sama DPD-RI dan FH-UAJY, (Yogyakarta: Fakultas Hukum Univ. Atma Jaya Yogyakarta, 2011), hlm. 1

masalah yang ditemui, mengapa masalah itu terjadi? Apakah solusi atas masalah itu perlu dimasukkan dalam Undang-undang atau cukup di peraturan perundangan lainnya?

Dalam Pasal 18, UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan disebutkan bahwa untuk menentukan proses kelahiran undang-undang bisa bersumber dari: perintah UUD NRI Tahun 1945; perintah TAP MPR; perintah UU lainnya; sistem perencanaan pembangunan nasional; sistem perencanaan pembangunan jangka panjang; sistem perencanaan pembangunan jangka menengah; rencana kerja pemerintah dan rencana strategis DPR; serta terakhir aspirasi dan kebutuhan hukum masyarakat.

Dengan demikian proses agenda setting UU didasarkan oleh “arus atas” bahwa UU itu harus ada karena perintah Konstitusi ataupun kesepakatan elite di DPR-Pemerintah. Dalam arus atas ini sering muncul deviasi ketika proses pembentukan UU sering dijadikan semacam “project” oleh Kementerian maupun alat kelengkapan DPR. Disisi lain, proses agenda setting yang berasal dari “bawah”, walaupun dimungkinkan namun prosesnya tidak diatur dengan jelas.

Berpijak dari hal di atas maka dalam upaya memperkuat agenda setting dalam proses pembentukan UU perlu didasarkan oleh riset kebijakan yang kuat. Dan hasil riset inilah selanjutnya menjadi dasar akademik yang menentukan landasan, urgensi dan relevansi sebuah Undang-undang. Namun harus disadari

bahwa secermat apapun identifikasi masalah dilakukan dan setajam apapun rumusan masalahnya dalam naskah akademik, tidak dengan serta-merta menggiring perubahan kalau publik tidak merasakannya sebagai suatu permasalahan serius. Kesadaran dan kesepakatan akan masalah inilah yang dimaksud sebagai *stream of problems*. Manakala pihak-pihak yang terkait merasakan adanya masalah dan analisis yang bergerak arus kebijakan berhasil menawarkan rumusan yang akurat, maka baru ada prospek bahwa masalah tersebut menjadi agenda publik.

Arus kedua yang perlu dikelola adalah pengelolaan *stream of policies*. Disini diperlukan kemampuan perancangan sebuah UU. Dalam UU no. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan memang sudah ditegaskan bahwa setiap tahapan pembentukan peraturan perundang-undangan mengikutsertakan perancang peraturan perundang-undangan (legal drafter).

Hal ini penting untuk memberikan dimensi teknokrasi dalam proses pembentukan UU. Para perancang inilah yang selanjutnya menurunkan naskah akademik ke dalam norma-norma hukum. Proses ini seringkali dilewati dalam proses pembentukan UU. Para pembentuk UU umumnya sudah menyusun norma hukumnya, padahal naskah akademiknya belum ada atau baru dirumuskan. Hal ini menyebabkan terjadi kesejangan atau bahkan perbedaan antara naskah akademik dengan naskah norma hukumnya.

Selain itu, dalam mengelola arus kebijakan ini perlu dibangun komunitas kebijakan pemerintahan yang memiliki kapasitas berwacana dan berjejaring. Dalam rangka itu perlu diteruskan penggalangan komunitas yang mendalami substansi kebijakan pemerintah, khususnya yang menyangkut hubungan pusat dengan lokal. Hal ini biasanya dilakukan DPR atau Pemerintah dengan mengundang tim ahli/nara sumber dari berbagai universitas atau kelompok-kelompok *think tank*.

Proses ini seharusnya ditempatkan tidak semata-mata prosedural tapi harusnya memang menjadi bagian proses memperkaya dan memperkuat substansi kebijakan. Bisa saja prosesnya dilakukan dengan cara pengelolaan jejaring, antara para perancang kebijakan dengan kelompok-kelompok *think tank*. Dengan cara itu maka substansi kebijakan bisa ditingkatkan kualitas.

Arus perpolitikan memang yang paling sulit dikelola, karena dalam realitasnya, proses pembentukan undang-undang berkaitan dengan kepentingan politik dari berbagai kekuatan politik. Sehingga, kita harus melihat bahwa proses legislasi adalah proses politik yang ditandai dengan proses negosiasi kepentingan dan diakhiri kompromi politik. Dengan demikian, arus perpolitikan dipersimpangan kepentingan antara aktor-eksponen elit politik dan eksponen masyarakat yang terpinggirkan. Di ranah nasional ada sejumlah aktor dalam institusi pemerintahan, baik di jajaran legislator maupun jajaran eksekutif.: (1) Dewan Perwakilan Rakyat

yang sangat konfiguratif berdasarkan partai, (2). Dewan Perwakilan Daerah (DPD), (3) Pemerintah yang dalam konteks pembahasan hubungan pusat-daerah direpresentasikan oleh Departemen Dalam Negeri. Sedangkan eksponen masyarakat yang terpinggirkan antara lain kaum minoritas, masyarakat tertinggal, kaum miskin, buruh, dan lain sebagainya.

Dari gambaran tentang bagaimana konsep-konsep kebijakan publik yang akan dituangkan dalam Program Legislasi Nasional tampak jelas bahwa pada hakikatnya masyarakat tidak diatur oleh hukum yang obyektif, melainkan diatur oleh hasil interpretasi penguasa. Kendati hukum memainkan peranan dalam proses penerapan pengaturan masyarakat, namun sejatinya hukum itu hasil dari tindakan interpretasi penguasa yang selalu tidak netral alias berpihak padas kepentingan politik, bahkan juga pemodal.

Menurut Irving Swerdlow sebagaimana dikutip oleh Muchsan salah satu cara campur tangan pemerintah dalam proses pembangunan terhadap perkembangan kehidupan masyarakat dilakukan dengan pengendalian tak langsung (*indirect control*) lewat Peraturan Perundang-undangan yang ada pemerintah (pen: penguasa) dapat menetapkan persyaratan-persyaratan yang harus dipenuhi untuk terlaksananya kegiatan tertentu, misalnya penggunaan devisa tertentu diperbolehkan asal untuk pembelian barang-barang tertentu.¹⁶ Gambaran ini sekali lagi menunjukkan bahwa dalam konsep "*the rule*

of law” sebagaimana dikemukakan Gary Saalman melalui *Critical Legal Theory*, hukum hanya dipergunakan sebagai “tempat” untuk menampung interpretasi penguasa dalam mengatur masyarakat. Hal ini berarti masyarakat tidak diatur oleh hukum, tetapi diatur oleh interpretasi penguasa yang diberi “baju” hukum.’

C. The Meaning of Law.

Critical Legal Theory mengemukakan bahwa penelitian menunjukkan aparat penegak hukum tidak memaknai hukum secara sama. Hukum akan dimaknai guna menguntungkan kelompok berpunya/mayoritas. Pandangan seperti ini merupakan kritik terhadap teori Utilitarianisme Hukum dan Madzhab Sejarah.

Jeremy Bentham salah satu penggagas teori Utilitarianisme Hukum mengemukakan bahwa manusia akan bertindak untuk mendapatkan kebahagiaan yang sebesar-besarnya dan mengurangi penderitaan. Ukuran baik buruknya suatu perbuatan manusia tergantung kepada apakah perbuatan itu mendatangkan kebahagiaan atau tidak. Lebih lanjut Bentham mengemukakan bahwa pemidanaan harus bersifat spesifik untuk tiap kejahatan, dan betapa kerasnya pidana itu tidak boleh melebihi jumlah yang dibutuhkan untuk mencegah dilakukannya penyerangan-penyerangan tertentu. Pemidanaan hanya bisa diterima apabila ia memberikan harapan bagi tercegahnya kejahatan yang lebih besar.¹⁷

Melalui argumentasi teori Utilitarianisme hukum tersebut menunjukkan bahwa pandangan *Critical Legal Theory* tentang pemaknaan para penegak hukum terhadap hukum yang tidak sama adalah benar adanya. Ditinjau dari aspek tujuan hukum itu sendiri yang semata-mata hanya ditujukan untuk mencapai kebahagiaan juga menunjukkan adanya ketidaksamaan ukuran mengenai kebahagiaan. Sementara itu terkait dengan penegasan bahwa pemidanaan harus bersifat spesifik menunjukkan sekali lagi bahwa dari pandangan *Critical Legal Theory* yang menunjukkan bahwa Utilitarianisme Hukum telah mengakibatkan para penegak hukum tidak memaknai hukum secara sama adalah memang benar adanya. Hukum hanya dimaknai guna menguntungkan kelompok berpunya/mayoritas yang dalam pandangan Rudolf Von Jhering disebut sebagai *Social Utilitarianisme*.

Menurut Madzhab Sejarah sebagaimana dikemukakan Von Savigny, dikatakan bahwa *das Recht wird nicht gemacht, est ist und wird mit dem Volke* (hukum itu tidak dibuat, tetapi tumbuh dan berkembang bersama masyarakat). Pandangan ini bertitik tolak dari anggapan bahwa setiap bangsa yang ada di dunia ini memiliki *Volksgeist* alias jiwa rakyat. Jiwa ini berbeda-beda, baik menurut waktu maupun tempat. Pencerminan *Volksgeist* ini nampak pada kebudayaan masing-masing yang berbeda-beda. Hukum yang bersumber

16 Muchsan, *Perwujudan Pemerintahan yang Bersih dan Berwibawa dalam Negara Kesejahteraan, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar*, (Yogyakarta: Fakultas Hukum UGM, 1999), hlm. 5

17 Lili Rasjidi, *Op.cit.*, p. 46.

dari jiwa rakyat ini menyebabkan hukum akan berbeda pada setiap waktu dan tempatnya.¹⁸

Pandangan Madzhab Sejarah seperti ini menunjukkan sekali lagi bahwa pandangan *Critical Legal Theory* benar adanya. Hukum dimaknai oleh aparat penegak hukum secara tidak sama, karena hukum sangat terkait dengan persoalan *Volksgeist* yang tercermin dalam masing-masing kebudayaan masyarakat, terlebih lagi apabila masyarakat yang dimaksud bersifat majemuk.

D. The Law and Society.

Menurut *Critical Legal Theory* hakim ternyata memihak. Penerapan hukum berjalan tidak mengikuti bunyi UU, tetapi berjalan atas pertimbangan subyektif. Mereka yang berkuasa akan diberi keuntungan. Kritik seperti ini ditujukan pada aliran Realisme hukum yang tidak menempatkan undang-undang sebagai sumber utama hukum, melainkan menempatkan hakim sebagai titik pusat perhatian dan penyelidikan hukum. menurut aliran ini, selain unsur logika yang memegang faktor penting dalam pembentukan perundang-undangan, juga unsur kepribadian, prasangka, dan unsur-unsur lain di luar logika berpengaruh sangat besar.¹⁹

Pandangan aliran realisme hukum di atas, dibuktikan oleh John Chipman Gray dengan teorinya yang merujuk pada contoh sejarah hukum di Inggris dan Amerika yang menunjukkan besarnya pengaruh faktor-faktor

politik, ekonomi, kualitas individu hakim, terhadap penyelesaian hal-hal penting bagi jutaan orang selama ratusan tahun. Slogan terkenal dari John Chipman Gray adalah: *All the law is judge –made law* (sumber hukum utama adalah putusan-putusan hakim).²⁰

Dengan slogan seperti itu, maka penerapan hukum tidak lagi berjalan mengikuti bunyi undang-undang, tetapi atas pertimbangan subyektif Hakim, bahkan hakim diperkenankan melakukan penemuan hukum yang bisa jadi menyimpang dari hukum yang tertulis dalam undang-undang. Kondisi yang demikian ini oleh *Critical (posmodern) Legal Theory* memberikan peluang bahwa melalui penemuan hukum oleh hakim justru menguntungkan mereka yang berkuasa, apalagi jika hakim tersebut mengabdikan kepada mereka yang berkuasa. Persoalan mendasar dari penemuan hukum yang dilakukan hakim dalam kasus-kasus konkrit, adalah mampukah hakim melakukan penemuan hukum, manakala, aspek subyektifitas hakim justru memegang peran yang dominan?.

E. Klaim Posmodern Hukum.

Berpijak dari paparan singkat mengenai *Critical Legal Theory* terhadap teori hukum tradisional, maka klaim-klaim sebagaimana dikemukakan oleh Gary Saalman sangat beralasan dan dapat dibenarkan. Penulis setuju dengan klaim-klaim posmodern hukum terhadap pandangan tentang *the rule of law*,

18 *Ibid*, p. 47-48.

19 *Ibid*, p. 51.

20 *Ibid*, p. 52

the meaning of law, dan *the law and society* dilandasi oleh alasan:

1. Dalam konteks “*the rule of law*”, masyarakat memang tidak diatur oleh hukum, apalagi jika hukum didekati dari “kacamata” positivisme yang sifatnya sistemik dan linier. Hukum yang didekati melalui kacamata positivisme mempergunakan “nalar” yang sifatnya matematis dan mekanistik, sementara masyarakat bergerak dinamis dan penuh dengan dialektika. Hukum memainkan peran dalam percaturan dialektika tersebut, sehingga interpretasi penguasa menjadi dominan dalam pengaturan masyarakat. Untuk memperkuat argumentasi ini, Roberto M Unger mengemukakan:

“Pendekatan hukum yang biasa (positivisme) nampak sistemik dan linier. Tidak berjalan dengan dialektis dan membuka analisis yuridis. Padahal pendekatan hukum itu mempengaruhi setiap keputusan yang dilahirkan oleh institusi penegak hukum. pendekatan hukum hendaknya kembali memenuhi panggilan perkembangan intelektual dan pergulatan politik, yang juga memiliki misi menguatkan filsafat hukum dan proyek demokrasi yang berbasis pada kokohnya kekuatan masyarakat sipil.²¹

Oleh sebab itu dengan mempergunakan perspektif positivisme, maka *rule of law* akan selalu dimaknai “hukum yang dibuat atas kehendak mayoritas-lah yang mengatur manusia”. Manusia diibaratkan

mesin-mesin yang bekerjanya dikelola dan diatur oleh hukum yang sifatnya mekanistik dan pasti. Pengibaratan manusia seperti itu jelas absurd dan tak beralasan, karena mempergunakan perspektif atau nalar ilmu alam, padahal persoalan manusia dan masyarakat mempergunakan pendekatan nalar ilmu sosial. Oleh sebab itu *Critical Legal Theory* berusaha untuk mengembalikan hakikat manusia dan masyarakat ke dalam ranah penalaran ilmu sosial, sehingga manusia dan/atau masyarakat tidak diatur oleh hukum yang mekanistik (seperti pandangan positivisme), melainkan diatur oleh interpretasi penguasa, dan oleh sebab itu tidak ada keajegan, dan kesetaraan hanya retorika, mengingat kehidupan masyarakat selalu dipengaruhi dengan dunia dialektika. Hukum harus dialektis dan tidak bersifat mekanistik yang mengabdikan pada keajegan dan kepastian.

2. Dalam konteks “*the meaning of law*”, hukum tidak akan dimaknai secara sama. Dengan meminjam pandangan filsuf Michel Foucault tentang “analogi” sebagai bagian dari pengandaian imajinatif, maka hukum tidak akan dimaknai secara sama baik dalam hal waktu berlakunya dan tempat keberadaannya. Dengan mempergunakan pendekatan “analogi” ini, maka aparat penegak hukum tidak hanya berkuat pada ranah tafsir tekstual

21 Roberto M Unger, dalam Awaludin Marwan, *Op.cit*, p. 33.

yang memasung imajinasi secara radikal dan anarkhis. Sehubungan dengan hal ini referensi wajib yang patut didiskusikan oleh ahli hukum dan aparat penegak hukum adalah kasus analogi keputusan Bismar Siregar saat menjabat menjadi Ketua PT Sumatera Utara. Barang yang dalam bahasa Batak dikenal sebagai “bonda” akhirnya rontok di tangan MA terkait dengan Pasal 378 KUHP.²² Tafsir analogi yang sangat progresif dan menunjukkan cara berpikir dan bernalar posmodern hukum ini runtuh karena adanya kekuatan berpunya/mayoritas yang “mengganggu” Mahkamah Agung sebagai “garda” terakhir penegakan hukum.

3. Dalam konteks “*law and society*”, Penegak hukum utamanya hakim akan memainkan perasaan dan logika dalam membaca kasus-kasus konkrit di masyarakat dan kemudian mencari aspek hukum yang melingkupi persoalan konkrit tersebut. Hal ini mengakibatkan penerapan hukum berjalan tidak mengikuti bunyi UU, ada pertimbangan-pertimbangan subyektif dari hakim. Dalam kondisi yang demikian asas hukum menyatakan bahwa “rasa keadilan hakim” merupakan salah satu indikator untuk menentukan vonis yang akan dijatuhkan, selain alat bukti dan keterangan saksi. Ketika hakim-hakim dihadapkan pada “rasa

keadilan, maka hakim mulai memainkan perasaan dan logikanya. Dalam konteks yang demikian inilah maka hakim – sebagaimana dikemukakan oleh Foucault – mulai mempergunakan “kuasa”. Perasaan dan logika hakim dalam menerapkan hukum akan terbelenggu oleh kuasa yang melingkupi dirinya, sehingga ketika membaca hukum yang akan ditegakkan dalam suatu kasus konkrit, hakim akan dipengaruhi oleh struktur kekuasaan yang lebih besar di luar dirinya. Hal inilah yang membuat bacaan hukum ketika akan diterapkan tak bisa dipisahkan dengan domain politik dan ekonomi. Memisahkan hukum, ekonomi dan politik adalah bentuk kemustahilan. Dengan demikian membaca teks UU (Hukum tertulis) ketika akan diterapkan tidak lepas dari kondisi konstelasi politik masa itu berikut sejarah politiknya dan situasi perekonomian yang menyergap masyarakat-masyarakatnya.²³

F. Penerapan Teori Hukum Posmodern di Indonesia.

Teori hukum posmodern tampak mulai berkembang dan menjadi bahan kajian para ahli hukum di dunia tak terkecuali di Indonesia. Memang di lingkup Pendidikan Hukum Indonesia Teori Hukum Posmodern masih jarang dibahas dan dikaji secara mendalam. Teori ini tidak masuk dalam

²² *Ibid*, p. 65.

²³ *Ibid*, p. 70

kurikulum atau silabus proses belajar mengajar di perguruan tinggi hukum. Kendati ada bahasan tentang teori hukum posmodern dalam suatu perkuliahan, itupun hanya sepintas dan tidak mendalam. Sebut saja di Universitas Parahyangan Bandung dengan tokoh postmodernisme I. Bambang Sugiharto, dan tokoh dekonstruksi hukum seperti Shidarta, dan Anthon F. Susanto. Kemudian di Universitas Diponegoro dengan tokoh hukum progresif Satjipto Rahardjo. Tokoh-tokoh ini banyak menggagas tentang pemikiran dekonstruksi hukum khas postmodernisme, namun sampai sekarang kerangka pengajaran dan metodologi penelitian yang ditawarkan masih terhalang oleh dinding-dinding birokrasi perguruan tinggi yang sistemik dan kaku, serta hanya menjadi wacana akademik.

Namun demikian, jika kita melihat fenomena yang terjadi di masyarakat, sebenarnya ada beberapa contoh penerapan teori hukum posmodern yang sudah terjadi di Indonesia. Kasus tertangkap tangan Ketua Mahkamah Konstitusi non aktif Akil Mochtar oleh Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) karena adanya dugaan suap, menurut pendapat penulis merupakan salah satu contoh penerapan teori hukum posmodern. Mengapa demikian?

Menurut Pasal 12B ayat (1) UU No. 31 tahun 1999 Jo UU No. 20 tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dikatakan bahwa setiap gratifikasi kepada pegawai negeri atau penyelenggara

negara dianggap pemberian suap, apabila berhubungan dengan jabatannya dan berlawanan dengan kewajiban atau tugasnya. Dalam penjelasan Pasal ini, dinyatakan bahwa gratifikasi sebagai pemberian dalam arti luas meliputi pemberian uang, barang, rabat (discount), komisi, pinjaman tanpa bunga, tiket perjalanan, fasilitas penginapan, perjalanan wisata, pengobatan cuma-cuma dan fasilitas lainnya.

Dalam konteks Teori hukum posmodern, pengertian gratifikasi ini telah mendobrak norma atau nilai kebudayaan tradisional yang menganggap bahwa pemberian sejumlah uang ataupun fasilitas merupakan hal yang wajar sebagai bentuk "*kesantunan*" menjadi suatu tindakan yang melanggar hukum. akibat lanjutan dari "pendobrakan" tersebut, maka setiap pejabat publik dilarang menerima gratifikasi dalam bentuk apapun terlebih lagi terkait dengan tugas dan kewajibannya.

Akil Mochtar telah diduga menerima suap, dan suap masuk dalam kategori gratifikasi. Oleh sebab itu dalam konstruksi hukum telah terjadi perubahan yang mendasar dari pemberian sebagai manifestasi "*tradisi kesantunan*", menjadi bermakna penyuaipan atau pemberian yang tidak layak karena terkait dengan kewajiban dan tanggungjawabnya, dan dengan adanya perubahan makna inilah mengakibatkan Akil Mochtar diduga menerima suap. Konsep teori hukum posmodern telah mendekonstruksikan pemberian sebagai balas jasa yang dibenarkan, menjadi suatu tindakan koruptif.

Teori hukum akan melahirkan asas hukum, dan asas hukum akan digunakan sebagai basis norma hukum yang kemudian dituangkan dalam pasal-pasal Undang-Undang. Dengan adanya teori hukum posmodern, maka jelas akan mengakibatkan asas hukum tradisional juga mengalami perubahan. Dalam perspektif teori hukum lama, Akil Mochtar bisa diduga melakukan suap jika ada pengaduan dan dilihat langsung oleh pihak lain. Namun dalam kasus ini perspektifnya mengalami perubahan. Akil Mochtar tertangkap tangan oleh KPK di rumah dinas, dan saat itu langsung dinyatakan menerima suap dari pihak-pihak yang sedang berperkara di Mahkamah Konstitusi tentang Pemilukada.

Tertangkap tangan-nya Akil Mochtar tidak diawali dengan adanya pengaduan. Bahkan pengaduan yang pernah dilakukan oleh Refly Harun, sekitar tahun 2011, tidak mengakibatkan Akil Mochtar mengalami tragedi seperti sekarang ini. Akil Mochtar justru ditangkap oleh penyidik KPK sendiri yang dalam prosesnya melalui langkah “*klandestain*”, yakni semacam operasi rahasia atau “gerakan bawah tanah” penyelidikan melalui pengintaian bahkan ada kemungkinan telah melakukan penyadapan terhadap perangkat komunikasi yang dimiliki Akil Mochtar seperti HP ataupun BB. Cara penanganan suatu kasus (penyuapan) seperti ini jelas merupakan model baru dalam melakukan penyelidikan.

Dalam konstruksi asas hukum lama, seseorang tidak dapat ditangkap dan kemudian

kurang dari 24 Jam menjadi tersangka dari suatu kasus hukum, jika tidak ada bukti permulaan yang cukup. Akil Mochtar jelas tidak ada bukti permulaan yang cukup, melainkan yang bersangkutan tertangkap tangan karena diduga menerima suap. Hal ini berarti “*pendugaan*” telah dijadikan alasan yang cukup untuk menangkap seseorang. Pertanyaan paling krusial adalah darimana para penyidik KPK mengetahui kalau Akil Mochtar diduga akan menerima suap dan itu berlangsung di rumah dinas yang bersangkutan? jawaban atas pertanyaan tersebut sangat spekulatif, bisa karena alat komunikasi yang bersangkutan telah disadap oleh KPK (KPK memiliki kewenangan untuk itu) atau karena ada pengaduan dari orang lain. Jawaban atas persoalan ini sampai saat makalah ini ditulis belum terungkap di media, sehingga bisa dinyatakan bahwa tertangkap tangannya Akil Mochtar oleh penyidik KPK dalam konteks (dugaan) menerima suap, merupakan salah satu bentuk pendobrakan terhadap asas dan tatanan hukum lama yang dilakukan oleh penyidik KPK yang diberi kewenangan untuk itu oleh Undang-Undang.

Berdasarkan gambaran tersebut di atas, maka penulis berani menyimpulkan bahwa terhadap kasus tertangkap tangan-nya Akil Mochtar dalam dugaan menerima suap, teori hukum posmodern memang benar telah terjadi dalam realita di Indonesia. Indikator-indikator penerapan teori posmodern hukum terhadap kasus Akil Mochtar dapat dirumuskan dalam 3 (tiga) pandangan sebagaimana dikemukakan oleh Gary Saalman, yaitu:

1. Dalam konteks “*the rule of law*”, sebagai Ketua Mahkamah Konstitusi Akil Mochtar di duga menerima suap dari pihak-pihak yang bersengketa dalam Pemiluakada. Suap yang diberikan kepada Akil Mochtar diharapkan mampu mempengaruhi interpretasi Akil Mochtar sebagai salah satu anggota Hakim Pleno dalam memutus sengketa pemiluakada tersebut. Dari konstruksi cara para penyuap seperti ini, maka secara tak langsung pihak-pihak yang terkait dengan penyuapan sang ketua MK ini telah menyadari bahwa peran penguasa dalam hal ini Hakim Konstitusi-lah yang mampu mengatur masyarakat yang dalam hal ini adalah memutuskan kasus sengketa Pemiluakada;
2. Dalam konteks “*the meaning of law*” dan “*law and society*” Hakim Konstitusi dalam memutus perkara sengketa pemiluakada akan mempergunakan alat bukti, keterangan ahli, dan rasa keadilan hakim. Berpijak dari “*rasa keadilan hakim*” inilah, maka hakim konstitusi akan menafsirkan persoalan yang melingkupi sengketa pemiluakada yang diperiksa berdasarkan logika dan perasaannya masing-masing. Oleh sebab itu tidak jarang dijumpai adanya “*desenting opinion*” dari putusan hakim Mahkamah Konstitusi. Oleh karena “*rasa keadilan hakim*” ini memegang peranan yang cukup penting, maka suap untuk salah satu hakim konstitusi yang cukup

memiliki pengaruh menjadi sarana untuk memenangkan pihak yang berperkara. Alhasil aparat penegak hukum (hakim Mahkamah Konstitusi) dalam memaknai hukum yang dipergunakan sebagai dasar dalam menangani sengketa pemiluakada menjadi tidak sama dan akan dimaknai hanya menguntungkan salah satu kelompok yang berperkara, khususnya mereka yang telah menyuap hakim Mahkamah Konstitusi yang dalam hal ini adalah Akil Mochtar.

Simpulan

Kritik yang dilakukan oleh *Critical Legal Theory* terhadap teori Positivisme hukum dan Realisme Hukum sepiantas ingin meletakkan penerapan hukum yang bersifat general dalam berbagai konteks. Penerapan secara general karena bunyi undang-undang dipergunakan sebagai pedoman dalam penanganan suatu kasus dan keseluruhan pandangan hukum terhadap berbagai bidang. Namun demikian jika kita melihat pandangan *Critical Legal Theory* mengenai *rule of law*, *the meaning of law*, dan *the law and society* maka nampak jelas bahwa teori hukum posmodern ini ingin mendekonstruksikan berbagai teori yang berkembang di lingkungan ilmu hukum tanpa pandang bulu.

Dekonstruksi terhadap teori hukum lama dan dimasukkan dalam kerangka posmodern di bidang hukum kendati terkesan membabi buta dan “membabat” semua kemapanan teori hukum, namun tetap mengandung kelebihan

tersendiri, karena seturut dengan pandangan postmodernisme itu sendiri gagasan-gagasan dasar seperti filsafat, rasionalitas, dan epistemologi dipertanyakan kembali secara radikal. Dalam konteks ini pula, *Critical Legal Theory* menjadi semacam “amunisi” baru dalam memperkaya teori hukum pada

umunya dan teori hukum Indonesia pada khususnya, walaupun sejatinya postmodern hukum tidak meninggalkan jejak teori hukum yang jelas, kecuali hanya melakukan kritik dan pendobrakan terhadap kemapanan teori hukum yang sudah ada.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Atmasasmita, Romli. *Teori Hukum Integratif Rekonstruksi terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*. Yogyakarta: Genta Publising, 2012.
- Kusumaatmaja, Mochtar. *Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan*. Bandung: Alumni, 2006.
- Marwan, Awaludin. *Studi Hukum Kritis dari Modern, Posmodern hingga Posmarxis*. Semarang: Satjipto Rahardjo Institute dan Thafa Media, 2012.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media, 2005.
- Muchsan. *Perwujudan Pemerintahan yang Bersih dan Berwibawa dalam Negara Kesejahteraan*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum UGM. Yogyakarta: Fakultas Hukum UGM, 1999.
- Rasjidi, Lili. *Filsafat Hukum Apakah Hukum Itu*. Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991.

Sugiharto, I Bambang. *Postmodernisme Tantangan Bagi Filsafat*. Yogyakarta: Kanisius, 1996.

Jurnal

- Isdiyanto, Ilham Yuli, *Problematika Teori Hukum, Konstruksi Hukum, dan Kesadaran Sosial*, *Jurnal Hukum Novelty*, 2018;9(1):54-69 DOI 10.26555/novelty.v9i1.a8035.
- Rizal, Ami, *Kajian Kritis tentang Cita Keadilan: Suatu Pendahuluan Filosofi Hukum terhadap Penegakan Hukum dalam Konteks Positivisme Yuridis*, *Padjadjaran: Jurnal Ilmu Hukum*, 2015;2(1):126-144 DOI 10.22304/pjih.v2n1.a8.
- Wijaya, Endra, *Pengantar Mengenai Teori Marxis Tentang Hukum*, *Journal of Dinamika Hukum*. 2008;8(3):183-189.

Makalah

- Dwipayana, AAGN Ari. *Evaluasi Program Legislasi Nasional*, Makalah FGD

Prolegnas DPD-RI, Kerja sama **Naskah Internet**

DPD-RI dan FH-UAJY, Yogyakarta:
Fakultas Hukum UAJY, 2011

Saalman, Gary. "*Postmodernism and You: Law, The Cross Roads Project*".
webmaster@xenos.org. Accessed 5
Januari 2018.