

KRITIK POSITIVISME DALAM HUKUM MODERN

Victor Imanuel Nalle

Fakultas Hukum Universitas Katolik Darma Cendika

victor.imaanuel@ukdc.ac.id

Abstrak

Positivisme memiliki pengaruh yang besar terhadap ilmu pengetahuan, tak terkecuali ilmu hukum. Kendati beberapa ahli hukum mengidentifikasi ilmu hukum bersifat sui generis, namun pada perkembangannya ilmu hukum tidak dapat lepas dari perkembangan ilmu pengetahuan secara keseluruhan. Pengaruh positivisme dalam ilmu hukum dapat dilihat pada keterpisahan hukum dan moralitas. Validitas pun ditentukan oleh apakah hukum tersebut dibuat oleh lembaga yang berwenang. Prinsip-prinsip ini berpotensi menjadikan hukum sekedar sebagai instrumen negara.

Kata kunci: positivisme, kehendak legislator, diskursus

Abstract

Positivism has a big influence on science, not least jurisprudence. Although some legal experts identify jurisprudence is sui generis, but the development of jurisprudence can not be separated from the development of science as a whole. The influence of positivism in the science of law can be seen in the separation of law and morality. Validity was determined by whether the law is made by the relevant authorities. These principles have potentially make the law only as instrument of state.

Keywords: *positivism, legislator's will, discourse.*

A. Pendahuluan

Perkembangan pemikiran filsafat selalu diwarnai dialektika gagasan. Namun, dari berbagai pemikiran filsafat tersebut positivisme adalah pemikiran yang membawa ilmu pengetahuan menjadi berkembang sangat cepat. Istilah positivisme digunakan pertama kali oleh Saint Simon (1760-1825) dari Perancis sebagai metode dan perkembangan pemikiran filsafat. Istilah ini kemudian diadopsi dan dikembangkan oleh August Comte (1798-1857). Sejak Comte positivisme menjadi gerakan filsafat yang berpengaruh di dunia Barat. Menurut Comte, kemajuan manusia terjadi dalam tiga tahap, yaitu teologis, metafisis, dan positif dimana pengalaman menjadi panduan bagi manusia.¹

Positivisme bersandar pada asumsi yang bisa diamati, diukur, dan diuji. Fakta-fakta yang telah diamati, diukur, dan diuji kemudian dianalisis dengan menggunakan rasio. Metode tersebut tidak hanya berlaku pada ilmu alam, namun juga ilmu sosial. Dengan demikian positivisme bertumpu pula pada empirisme yang mengutamakan pengalaman sebagai sumber pengetahuan.

Gagasan positivisme Comte di abad 20 diteruskan oleh Lingkungan Wina dan pendiri-pendirinya. Lingkungan Wina biasa dikenal sebagai aliran “positivisme logis”, “neo-positivisme”, atau “empirisme logis”. Positivisme logis menolak perbedaan ilmu-ilmu alam dan ilmu-ilmu sosial dan menganggap pernyataan yang tak dapat diverifikasi secara empiris (etika, estetika, agama, dan metafisika) sebagai *nonsense*. Aliran ini berusaha menyatukan semua ilmu pengetahuan di dalam satu bahasa ilmiah yang universal (*Einheitswissenschaft/Unified Science*).²

Positivisme menerapkan metodologi ilmu-ilmu alam pada ilmu-ilmu sosial, sementara neo-positivisme beranggapan bahwa ilmu-ilmu sosial modern menganut tiga prinsip: bersifat empiris-objektif, deduktif-nomologis, instrumental-bebas nilai. Ketiga asumsi positivistis dalam ilmu-ilmu sosial ini oleh Anthony Giddens dijelaskan sebagai berikut:

¹ Henry D.Aiken, *The Age of Ideology, Abad Ideologi*, Terjemahan oleh Sigit Djatmiko Yogyakarta: Bentang Budaya, 2002, hlm. 149.

² F. Budi Hardiman, *Melampaui Positivisme dan Modernitas*, Yogyakarta: Kanisius, 2003, hlm. 56.

1. Prosedur metodologis ilmu-ilmu alam dapat langsung diterapkan pada ilmu-ilmu sosial. Gejala-gejala subjektivitas manusia, kepentingan maupun kehendak, tidak mengganggu objek observasi, yaitu tindakan sosial. Dengan cara ini, objek observasi ilmu-ilmu sosial disejajarkan dengan dunia alamiah.
2. Hasil-hasil riset dapat dirumuskan dalam bentuk “hukum-hukum” seperti dalam ilmu-ilmu alam.
3. Ilmu-ilmu sosial itu harus bersifat teknis, yaitu menyediakan pengetahuan yang bersifat instrumental murni. Pengetahuan itu harus dapat dipakai untuk keperluan apa saja sehingga tidak bersifat etis dan juga tidak terkait pada dimensi politis. Ilmu-ilmu sosial seperti ilmu-ilmu alam, bersifat bebas-nilai (*value free*).³

Perkembangan ilmu pengetahuan pada akhirnya tidak dapat lepas dari pengaruh perkembangan positivisme. Ilmu hukum pun mendapatkan pengaruh pemikiran tersebut dalam beberapa aspeknya. Tulisan ini akan menguraikan sejauhmana pengaruh positivisme tersebut hukum modern. Sejalanmana pula pengaruh positivisme tersebut justru menjadi ancaman bagi hukum modern sendiri dalam hal pencarian keadilan.

B. Hukum Modern = Positivistik?

Menurut Satjipto Rahardjo, pengaruh positivisme terhadap hukum mulai terasa di abad kesembilan belas seiring dengan kehadiran hukum modern yang menata masyarakat secara rasional. Sejak abad kesembilan belas hukum menjadi institusi yang nyata, baik dalam substansi, metodologi maupun administrasi. Dalam hal substansi, hukum mengandalkan peraturan yang ia produksi sendiri, yaitu *legislated rules*. Tidak ada peraturan lain dalam masyarakat kecuali yang diproduksi oleh institusi hukum, dalam hal ini suatu badan yang khusus dibentuk untuk membuat peraturan. Perubahan ini memicu kelahiran sejumlah besar

³ *Ibid*, hlm. 57.

peraturan-peraturan yang dibuat secara khusus dan sengaja (*purposeful*) oleh mesin hukum (modern), yang belum pernah dialami sebelumnya.⁴

Perkembangan positivisme hukum bukan hanya didorong oleh perkembangan negara modern, namun juga oleh para pemikir positivisme hukum. Tokoh positivisme hukum yang pertama kali merumuskan suatu sistem hukum positivis dalam hubungannya dengan negara modernnya adalah John Austin. Austin mendefinisikan hukum sebagai peraturan yang diadakan untuk memberi bimbingan kepada makhluk yang berakal oleh makhluk yang berakal yang berkuasa di atasnya. Menurut Friedmann, definisi hukum oleh Austin tersebut telah menunjukkan gagasan awal pemisahan sepenuhnya hukum dari keadilan dan hukum tidak didasarkan atas gagasan-gagasan tentang yang baik dan buruk melainkan didasarkan atas kekuasaan yang lebih tinggi.⁵

Menurut Austin, hukum manusia dapat dibagi ke dalam undang-undang yang disebutnya sebagai “hukum yang sebenarnya” (hukum positif) dan undang-undang yang disebutnya sebagai “hukum yang tidak sebenarnya”. “Hukum yang sebenarnya” adalah undang-undang yang diadakan oleh kekuasaan politik untuk orang-orang politis yang merupakan bawahannya, atau peraturan-peraturan yang diadakan oleh orang-orang sebagai pribadi, berdasarkan hak-hak sah yang diberikan kepadanya. Sedangkan “hukum yang tidak sebenarnya” adalah yang tidak diadakan – langsung atau tidak langsung – oleh kekuasaan politik. “Hukum yang tidak sebenarnya” ini oleh Austin disebut “moralitas positif”.⁶

Selain Austin, tokoh positivisme hukum lainnya yang pengaruhnya paling besar dalam perkembangan positivisme hukum adalah Hans Kelsen. Menurut Friedmann, pada dasarnya pemikiran Kelsen sangat dekat dengan pemikiran Austin dimana pemikiran Kelsen bertumpu pada enam dasar esensial, yaitu:

1. Tujuan teori hukum, seperti tiap ilmu pengetahuan adalah untuk mengurangi kekacauan dan kemajemukan menjadi kesatuan.

⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban (Bacaan Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro)*, Jakarta: UKI Press, 2006, hlm. 27.

⁵ Wolfgang Friedmann, *Legal Theory, Teori dan Filsafat Hukum. Telaah Kritis atas Teori-teori Hukum (Susunan I)*, Terjemahan oleh Muhammad Arifin, Jakarta: PT.RajaGrafindo Persada, 1993, hlm. 149.

⁶ *Ibid*, hlm. 150.

2. Teori hukum adalah ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku, bukan mengenai hukum yang seharusnya.
3. Hukum adalah ilmu pengetahuan normatif, bukan ilmu alam.
4. Teori hukum sebagai teori tentang norma-norma, tidak ada hubungannya dengan daya kerja norma-norma hukum.
5. Teori hukum adalah formal, suatu teori tentang cara menata, mengubah isi dengan cara yang khusus.
6. Hubungan antara teori hukum dan sistem yang khas dari hukum positif ialah hubungan apa yang mungkin dengan hukum yang nyata.⁷

Kelsen tidak pernah menyebut teorinya sebagai teori hukum positivis. Kelsen menyebut teori hukumnya sebagai teori hukum murni. Kelsen menggunakan kata “murni” untuk menunjukkan bahwa hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir di luar hukum. Dengan demikian teori hukum murni menyusun gagasan tentang hukum yang anti ideologi, bebas dari ketercampuran dengan hukum “ideal” atau hukum yang “benar”, dan tidak dicampuri oleh moral.⁸

Dari berbagai pemikiran positivisme hukum tersebut Dennis Lloyd mengintisarkan menjadi dua prinsip dasar: *pertama*, hukum tidak lain adalah kehendak negara yang dinyatakan dalam norma-norma positif moral, yang sah dan mengikat (formalisme hukum) dan *kedua*, hukum hanya berlaku kalau ditetapkan oleh lembaga yang berwenang. Hukum tidak lain adalah pernyataan kehendak legislator, yang dinyatakan melalui penyelenggaraan sebuah negara, dan memiliki dasarnya terutama pada fakta bahwa peraturan-perundangan yang ditetapkan sesuai dengan kehendak legislator atau penguasa.⁹

Berdasarkan intisari dari Lloyd dan pemikiran positivisme hukum yang telah dipaparkan, penulis berpendapat terdapat empat pokok pemikiran positivisme yang penting dan mempengaruhi alam pemikiran hukum modern. Empat pokok

⁷ *Ibid*, hlm. 170 – 171.

⁸ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law, Teori Hukum Murni: Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif*, Terjemahan oleh Raisul Muttaqien, Bandung: Nusamedia dan Nuansa, 2007, hlm. 121.

⁹ E.Sumaryono, *Etika dan Hukum*, Yogyakarta: Kanisius, 2006, hlm. 187.

pemikiran inilah yang kemudian mengidentikkan hukum modern sebagai hukum yang positivistik. Empat pokok tersebut antara lain:

1. Hukum tidak terikat pada moralitas karena antara hukum dan moral dipisahkan secara tegas.
2. Hukum adalah kehendak legislator atau penguasa.
3. Positivisme tidak mempersoalkan bagaimana kehendak legislator atau penguasa tersebut dikonkritkan dalam hukum sehingga peran legislator atau penguasa sangat sentral dalam pembentukan hukum.
4. Validitas hukum didasarkan pada sistem norma yang tertutup.

C. Kehendak Legislator vs *Output* Diskursus

Negara modern menganut prinsip pemisahan kekuasaan dimana kekuasaan pengundangan hukum (undang-undang) diserahkan pada cabang kekuasaan legislatif. Dengan demikian hukum lahir dari kehendak cabang kekuasaan legislatif dimana cabang kekuasaan legislatif merupakan representasi kekuatan-kekuatan politik yang ada. Pandangan ini selaras dengan pemikiran positivisme hukum yang berpandangan bahwa hukum semata-mata adalah kehendak legislator.

Terdapat dua pandangan yang berbeda dari Austin dan Kelsen dalam memaknai hukum sebagai “kehendak”. “Kehendak” dalam perspektif Austin adalah “keinginan” (*desire*) yang merupakan dorongan subjektif penguasa. Sedangkan “kehendak” dalam perspektif Kelsen lebih merupakan kemampuan rasio praktis manusia untuk menciptakan norma (rasional) yang harus diperhatikan oleh manusia demi menata hidupnya sebagai manusia.¹⁰

Pertanyaannya, apakah para legislator yang merepresentasikan berbagai kepentingan politik tidak cukup mewakili kepentingan masyarakat yang plural untuk didiskusikan dalam institusi legislatif? Institusi legislatif merupakan bagian dari poros negara yang memilikinya sendiri. Sedangkan masyarakat sipil merupakan poros tersendiri dengan kepentingan yang juga berbeda dengan poros negara (ataupun poros pasar). Poros negara dan poros pasar

¹⁰ Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum*, Yogyakarta: Kanisius, 2009, hlm. 84.

merupakan bagian dari dunia sistem yang memiliki rasionalitasnya sendiri. Sementara poros masyarakat sipil yang merupakan bagian dari *lifeworld* (dunia-kehidupan) dibangun oleh interaksi sosial berbasis rasionalitas komunikatif dan tercapainya konsensus atau kesepahaman dari proses komunikasi.

Hal ini berbeda dengan poros negara dan poros pasar yang merepresentasikan dunia sistem. Poros pasar memiliki cara berpikir untung-rugi dan transaksional. Sementara poros negara adalah pelayanan pemerintah bagi ketertiban dan kesejahteraan masyarakat. Menyerahkan pembentukan hukum pada kehendak negara (legislator) saja akan menjauhkan kepentingan masyarakat sipil. Hukum terancam dijadikan pelindung kepentingan poros pasar pula ketika poros negara terkooptasi oleh kepentingan kapital, atau secara kasar seringkali diistilahkan negara sebagai “anjing penjaga modal”.

Ketakutan akan dijauhkannya kepentingan masyarakat sipil jika pembentukan hukum disentralkan pada kehendak legislator dalam bingkai positivisme hukum karena positivisme hukum tidak memberikan kesempatan bagi moralitas. Jika moralitas tidak diberi tempat, lalu apakah yang kemudian menuntun kehendak legislator ketika membentuk hukum? Positivisme hukum memberikan landasan bagi legislator bahwa moralitas dipisahkan secara tegas dari hukum karena moralitas adalah abstrak, sebagaimana halnya dengan keadilan. Pemisahan tersebut semata-mata untuk memberikan jaminan adanya kepastian hukum.

Dengan terjebak pada pengutamaan prinsip kepastian hukum positivisme hukum menjadikan hukum yang merupakan kehendak legislator tidak memiliki tuntunan. Positivisme hukum tidak pernah menjelaskan bagaimana kehendak legislator tersebut muncul. Kesulitan akan muncul ketika hukum sebagai kehendak legislator berhadapan dengan kenyataan pluralitas kepentingan dalam masyarakat yang perlu dijembatani. Apakah kehendak legislator tersebut benar-benar telah mempertimbangkan setiap kepentingan, bahkan kepentingan minoritas sekalipun?

Inilah yang kemudian menjadi ancaman kedua bagi positivisme hukum, yaitu ancaman kehendak legislator dalam pembentukan hukum tersebut lahir

dalam tirani mayoritas. Ketika proses pembentukan hukum diserahkan pada ruang institusi legislasi maka seringkali pencapaian kehendak legislator diperoleh dari demokrasi lima puluh persen plus satu. Demokrasi lima puluh persen plus satu dalam ruang institusi legislasi akhirnya meminggirkan kepentingan-kepentingan minor. Kepentingan-kepentingan minor mau atau tidak mau harus mengikuti kehendak mayoritas sebagai kehendak negara.

Tirani mayoritas inilah yang ditolak dalam diskursus di ruang publik. Diskursus di ruang publik bukan semata-mata untuk mencari kepentingan manakah yang lebih banyak didukung. Diskursus di ruang publik dilakukan guna mencapai kesepakatan. Kesepakatan akan terbentuk dalam diskursus yang dilakukan oleh individu-individu diskursif.

Dalam konteks masyarakat plural, individu diskursif meraih identitasnya tidak dari diri sendiri atau komunitasnya yang sudah ada, tapi dari suatu proses pembentukan identitas baru yang dirancang bersama secara diskursif. Identitas kultural (ataupun golongan) akan dilampaui dan terbentuk identitas baru dari saling pemahaman.¹¹ Dengan demikian diskursus rasional di ruang publik menuntut partisipannya untuk memiliki niat tulus akan pencarian nilai bersama dan bukan pencarian kemenangan kepentingan yang dibawanya. Ego identitas perlu dipinggirkan dan digantikan oleh identitas diskursif.

Perlunya peminggiran identitas partisipan dan digantikan oleh identitas diskursif tersebut relevan jika dibandingkan dengan pendapat Amartya Sen tentang identitas. Menurut Sen, penjonjolan suatu identitas tunggal dapat menjadi akar dari kekerasan. Penjonjolan identitas akhirnya menopang ilusi persaingan antar identitas dan hasrat pemenangan kepentingan identitasnya.¹² Dalam kaitannya dengan pembentukan keberlakuan evaluatif hukum dalam masyarakat plural, hukum dapat jatuh menjadi sarana penopang dominasi salah satu golongan. Hukum hanya berlaku bagi salah satu golongan karena hanya pada mereka substansi hukum tersebut dianggap bernilai.

¹¹ F. Budi Hardiman, *Filsafat Fragmentaris*, Yogyakarta: Kanisius, 2007, hlm. 131 – 132.

¹² Lihat Amartya Sen, *Identity and Violence: The Illusion of Destiny, Kekerasan dan Ilusi tentang Identitas*, Terjemahan oleh Arif Susanto dan Gumilar Rusliwa Soemantri, Tangerang: Marjin Kiri, 2007.

Dengan demikian diskursus tidak membentuk hukum melalui tirani mayoritas. Diskursus tidak pula membentuk hukum melalui mekanisme demokrasi lima puluh persen plus satu. Diskursus justru menjadi fondasi bagi radikalisasi demokrasi sebagai kritik terhadap demokrasi perwakilan yang berpotensi terjebak pada tirani mayoritas.

Pembentukan hukum yang terpusat pada kehendak legislator juga dapat terjebak pada hukum yang merupakan *output* transaksi dalam ruang legislatif. Menurut penulis, terjebaknya hukum positivistik menjadi *output* transaksi politik disebabkan oleh hal-hal berikut:

1. Kegagalan poros negara mengartikulasikan kepentingan-kepentingan poros masyarakat sipil dan lebih mengartikulasikan kepentingan elit-elit poros negara guna kepentingan kekuasaan. Kegagalan tersebut menjadikan konsensus yang dihasilkan sekedar sebagai kompromi politik.
2. Poros negara lebih mengartikulasikan kepentingan poros pasar. Hukum yang dibentuk akhirnya merupakan konsensus antara negara dan pasar. Artikulasi kepentingan pasar dalam hukum dapat ditemui dalam produk-produk hukum yang lebih pro pasar atau pro akumulasi kapital.
3. Dua hal di atas diikuti oleh kegagalan elemen-elemen masyarakat sipil mengontrol kekuasaan yang dimiliki oleh poros negara.

Terkait dengan sebab ketiga, kontrol masyarakat sipil terhadap negara gagal bukan sekedar karena lemahnya masyarakat sipil. Pelemahan terhadap elemen-elemen masyarakat sipil juga dapat melemahkan kontrol tersebut. Pelemahan tersebut dapat dijumpai pada negara integralistik yang menekankan korporatisme negara. Korporatisme negara membawa elemen-elemen masyarakat sipil sekedar sebagai pelengkap legitimasi negara. Korporatisme negara, menurut Dwight Y.King, menjadi usaha untuk menjaga pluralitas terbatas bisa dicapai melalui jaringan organisasi korporasi. Bagi negara, untuk menjaga pluralitas diperlukan negara yang kuat dan intervensionis.¹³

¹³ Moh.Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, Jakarta: Rineka Cipta, 2003, hlm. 118.

Kelemahan hukum positivistik ketika ditempatkan sebagai kehendak legislator tersebut sebenarnya diakui pula oleh Hans Kelsen. Kelsen mengakui bahwa seringkali mayoritas anggota parlemen yang menyetujui suatu rancangan undang-undang pada umumnya memiliki pengetahuan yang sangat dangkal tentang isinya. Menurut Kelsen, yang diminta dari anggota parlemen oleh konstitusi adalah agar mereka menyetujui rancangan tersebut dengan mengangkat tangan mereka atau dengan menyatakan “setuju”. Inilah yang mungkin anggota parlemen lakukan tanpa mengetahui isi dari rancangan tersebut dan tanpa menjadikan isinya sebagai objek dari “kehendak” mereka – dalam arti dimana seseorang “menghendaki” orang lain agar bertindak menurut suatu cara tertentu ketika dia memerintahkan orang lain untuk berbuat demikian.¹⁴

Kelsen telah menunjukkan secara tidak langsung bahwa hukum sebagai “kehendak” penguasa dalam pemaknaannya tidak menjadi kemampuan rasio praktis manusia (dalam hal ini legislator) untuk menciptakan norma (rasional) bagi manusia lainnya. Hukum sebagai “kehendak” tidak pula dapat menjadi sebuah “kehendak” yang utuh dan bulat tentang pengaturan manusia.

Kelsen pun menyatakan bahwa hukum bukanlah “kehendak” (dalam pemaknaan Kelsen) dari seluruh anggota badan legislatif.¹⁵ Jikalau demikian berarti hukum pun dapat “kehendak” dalam pemaknaan Austin, yaitu “keinginan” penguasa. Peluang ini menunjukkan bahwa hukum sebagai “kehendak” penguasa dalam pemaknaan Kelsen tidak berarti bebas dari kehendak subjektif penguasa. Penulis ingin menegaskan pandangan Donald B. Calne bahwa rasionalitas diarahkan pula oleh motivasi manusia.¹⁶ “Kehendak” dalam pengertian Kelsen, yaitu rasio praktis manusia untuk menciptakan norma, dengan demikian tidak dapat lepas dari arah motivasi si pemilik “kehendak”.

¹⁴ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State, Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Terjemahan oleh Raisul Muttaqien, Bandung: Nusamedia dan Nuansa, 2006, hlm. 45 – 46.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Donald B. Calne, *Within Reason: Rationality and Human Behavior, Batas Nalar: Rasionalitas dan Perilaku Manusia*, Terjemahan oleh Parakitri T. Simbolon, Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia, 2005, hlm. 422.

Pemaknaan hukum sekedar sebagai produk politik membuat hukum hanya dipandang bernilai oleh elit politik yang berkepentingan. Hukum sekedar sebagai produk politik juga memiliki karakter yang terpengaruh oleh konfigurasi politik yang ada. Hal ini sebagaimana pernah dikemukakan oleh Mahfud M.D. bahwa konfigurasi politik demokratis akan menghasilkan hukum responsif/populistik dimana hukum tersebut mencerminkan rasa keadilan dan memenuhi harapan masyarakat dan proses pembuatannya memberikan peranan besar dan partisipasi penuh kelompok-kelompok sosial atau individu di dalam masyarakat. Sedangkan konfigurasi politik otoriter akan menghasilkan hukum konservatif/ortodoks/elitis yang isinya lebih mencerminkan visi sosial elit politik, lebih mencerminkan keinginan pemerintah, bersifat positivis-instrumentalis, yakni menjadi alat pelaksanaan ideologi dan program negara.¹⁷

Menanggapi pendapat Mahfud MD, menurut penulis, konfigurasi politik demokratis sekalipun tetap berpotensi menjatuhkan hukum pada ortodoksi hukum yang positivistik jika pembentukannya menjauhkan diri dari diskursus dan terpaku pada prinsip demokrasi perwakilan dalam pembentukan hukum. Rawannya konfigurasi demokratis jatuh pada ortodoksi hukum positivistik dapat dilihat pada batasan yang diberikan Mahfud MD mengenai konfigurasi politik demokratis, yaitu susunan sistem politik yang membuka kesempatan (peluang) bagi partisipasi rakyat secara penuh untuk ikut aktif menentukan kebijaksanaan umum. Partisipasi ini ditentukan *atas dasar mayoritas oleh wakil-wakil rakyat* dalam pemilihan-pemilihan berkala yang didasarkan atas prinsip kesamaan politik dan diselenggarakan dalam suasana terjadinya kebebasan politik.¹⁸ Batasan tersebut tetap menitikberatkan demokrasi pada peran sentral representasi dengan dasar mayoritas. Oleh karena itu, konfigurasi politik yang demokratis untuk hukum responsif membutuhkan konsistensi radikalisme demokrasi, dimana diskursus segenap elemen masyarakat sipil (partisipan) atau pemangku kepentingan menjadi prinsip utama dalam pembentukan hukum.

¹⁷ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: Pustaka LP3ES Indonesia, 1998, hlm. 25.

¹⁸ *Ibid*, hlm. 24.

Sedangkan peran negara yang sangat sentralistik dalam positivisme hukum secara tidak langsung dapat mengarah pada negara integralistik. Negara integralistik, yang dipengaruhi oleh pandangan Hegelian, memegang monopoli untuk menentukan apa yang benar dan salah mengenai hakikat negara, menentukan apa yang moral dan apa yang bukan moral, serta apa yang baik dan yang destruktif.¹⁹ Negara pada akhirnya memiliki kekuatan atas tafsir tunggal terhadap segala sesuatu, begitu halnya dengan tafsir terhadap hukum yang akan dibentuk. Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, negara yang terlalu kuat akan mematikan masyarakat sipil melalui korporatisme negara. Dengan demikian, positivisme hukum yang menempatkan negara sangat sentral dalam pembentukan hukum menjadikan hukum jauh dari diskursus dengan masyarakat sipil dan berpotensi jatuh pada hukum yang konservatif atau pro pasar jika poros negara dikooptasi oleh poros pasar guna mengamankan kapital melalui instrumen hukum.

D. Penutup

Positivisme sebenarnya telah mendapatkan kritik tajam dalam perkembangan ilmu pengetahuan. Walaupun telah mendapatkan kritik tajam ternyata perkembangannya di Indonesia justru sebaliknya. Rasionalitas bertujuan yang membayangi kesadaran positivistic justru menjadi pemandu ilmu pengetahuan di Indonesia. Hal ini tidak dapat dilepaskan dari politik *developmentalism* yang dikembangkan Orde Baru.

Menurut Daniel Dhakidae, lembaga-lembaga riset pada masa Orde Baru diberikan harapan besar untuk mewujudkan rasionalitas bertujuan. Setelah itu ilmu dan teknologi sebagai alat bisa dipakai bukan saja untuk mencapai tujuan akan tetapi juga memecahkan persoalan yang dijumpai di tengah jalan dalam gerak menuju tujuan tersebut, yaitu pembangunan ala Orde Baru. Apa yang dikerjakan oleh Orde Baru ini, menurut Dhakidae, telah mewujudkan krisis ilmu. Ilmu pengetahuan bukan saja tidak lagi memenuhi tujuannya, akan tetapi tidak mampu lagi merumuskan apa yang akan dipenuhi dengan kegiatan yang

¹⁹ Marsillam Simanjuntak, *Pandangan Negara Integralistik: Sumber, Unsur, dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945*, Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 1994, hlm. 166.

dikerjakan itu. Ketergantungan kepada sesuatu yang berada di luar, yaitu penguasa, semakin besar.²⁰

Politik Orde Baru terhadap ilmu pengetahuan tersebut berdampak pula terhadap hukum di Indonesia. Orde Baru membangun hukum secara sistematis untuk didayagunakan sebagai sarana merekayasa berbagai segi kehidupan. Kebijakan *developmentalism* membenarkan dilancarkannya modernisasi lewat pendayagunaan hukum dalam perannya sebagai *a tool of social engineering*.²¹ Penempatan hukum sebagai *a tool of social engineering* telah mendayagunakan hukum pada masa Orde Baru untuk mempengaruhi atau mengubah hubungan sosial antar-manusia dalam masyarakat plural. Hukum pada akhirnya menjadi hukum yang positivistik dimana hukum sebagai produk penguasa menjadi sebuah keharusan yang harus ditaati dalam orde yang represif. Ketaatan buta terhadap hukum, karena merupakan keharusan, membuat masyarakat menjadi teralienasi dengan hukumnya.

Teralienasinya masyarakat dari hukum dan pemanfaatan hukum oleh penguasa merupakan konsekuensi dari pemisahan negara dan masyarakat yang telah menghasilkan apa yang disebut Roberto Unger sebagai hukum birokratis. Dikotomi negara dan masyarakat tersebut menjadikan hukum sebagai alat negara untuk memanipulasi relasi-relasi sosial. Hukum menjadi alat kepentingan kekuasaan kelompok-kelompok yang mengendalikan negara. Hukum diposisikan sebagai instrumen kebijakan negara yang bebas diganti sewaktu-waktu bila penguasa berubah pandangan dan kepentingan.²² Di sisi lain, masyarakat tetap harus patuh karena melekatnya pandangan positivistik bahwa hukum sebagai produk penguasa merupakan keharusan yang harus dipatuhi. Dalam kondisi seperti itu tidak ada hak yang diberikan untuk menolak hukum. Padahal menurut Habermas, *civil disobedience* sebagai wujud konkrit hak menolak hukum

²⁰ Daniel Dhakidae, *Cendekiawan dan Kekuasaan dalam Negara Orde Baru*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2003, hlm. 332 – 333.

²¹ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum dalam Masyarakat: Perkembangan dan Masalah*, Malang: Bayumedia, 2008, hlm. 118.

²² Roberto M. Unger, *Law and Modern Society; Toward a Criticism of Social Theory, Teori Hukum Kritis: Posisi Hukum dalam Masyarakat Modern*, Terjemahan oleh Dariyatno dan Derta Sri Widowatie, Bandung: Nusamedia, 2008, hlm. 82 – 83.

merupakan upaya yang dapat dilakukan masyarakat sipil melalui medium opini publik dalam melawan institusi politik yang mengalami kelembaman secara sistemik.²³

Pasca reformasi di Indonesia, demokrasi telah menggantikan rezim yang represif. Hukum tidak lagi menjadi alat kepentingan rezim otoritarian. Namun intervensi terhadap hukum justru digantikan oleh kekuatan pasar untuk kepentingan akumulasi modal. Masyarakat sipil yang seharusnya berada di poros yang berpengaruh dalam pembentukan hukum ternyata masih belum diberdayakan. Negara, dengan intervensi pasar, masih memegang peranan dalam pembentukan hukum yang kemudian harus dipatuhi sebagai suatu keharusan. Hukum menjadi jauh dari diskursus dalam ruang publik masyarakat sipil. Hal ini dapat dilihat dari banyaknya ketidakpuasan masyarakat terhadap produk hukum dalam bentuk permohonan *judicial review* undang-undang ke Mahkamah Konstitusi. Dengan demikian belum ada perubahan paradigmatis dalam hukum di Indonesia pasca reformasi.

Solusinya adalah perlunya perubahan paradigma dalam menempatkan hukum. Hukum tidak lagi dapat dilihat sekedar sebuah produk politik, produk politik dalam hal ini dimaknai sebagai produk penguasa sebagaimana menurut pandangan positivisme hukum. Hukum harus ditempatkan pula sebagai produk komunikasi. Di sisi lain positivisme hukum tidak memberikan celah terhadap pembentukan keberlakuan evaluatif hukum melalui diskursus di ruang publik. Positivisme hukum lebih menitikberatkan hukum sebagai kehendak legislator dan mendasarkan validitasnya pada suatu norma dasar yang aksiomatis dan sistem norma yang tertutup. Positivisme hukum menjadi jauh dari diskursus di ruang publik dan moralitas.

²³ Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Oxford: Polity Press, 1996, hlm. 383.

DAFTAR BACAAN

- Aiken, Henry D. 2002. *The Age of Ideology, Abad Ideologi*, Terjemahan oleh Sigit Djatmiko. Yogyakarta: Bentang Budaya.
- Calne, Donald B. 2005. *Within Reason: Rationality and Human Behavior, Batas Nalar: Rasionalitas dan Perilaku Manusia*, Terjemahan oleh Parakitri T. Simbolon. Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia.
- Dhakidae, Daniel. 2003. *Cendekiawan dan Kekuasaan dalam Negara Orde Baru*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Friedmann, Wolfgang. 1993. *Legal Theory, Teori dan Filsafat Hukum. Telaah Kritis atas Teori-teori Hukum (Susunan I)*, Terjemahan oleh Muhammad Arifin. Jakarta: PT.RajaGrafindo Persada.
- Habermas, Jurgen. 1996. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Oxford: Polity Press.
- Hardiman, F. Budi. 2003. *Melampaui Positivisme dan Modernitas*. Yogyakarta: Kanisius.
- _____. 2007. *Filsafat Fragmentaris*. Yogyakarta: Kanisius.
- Kelsen, Hans. 2006. *General Theory of Law and State, Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Terjemahan oleh Raisul Muttaqien. Bandung: Nusamedia dan Nuansa.
- _____. 2007. *Pure Theory of Law, Teori Hukum Murni: Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif*, Terjemahan oleh Raisul Muttaqien. Bandung: Nusamedia dan Nuansa.
- Mahfud MD, Moh. 1998. *Politik Hukum di Indonesia*. Jakarta: Pustaka LP3ES Indonesia.
- _____. 2003. *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*. Jakarta: Rineka Cipta.
- Rahardjo, Satjipto. 2006. *Hukum dalam Jagat Ketertiban (Bacaan Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro)*. Jakarta: UKI Press.
- Sen, Amartya. 2007. *Identity and Violence: The Illusion of Destiny, Kekerasan dan Ilusi tentang Identitas*, Terjemahan oleh Arif Susanto dan Gumilar Rusliwa Soemantri. Tangerang: Marjin Kiri.

Simanjuntak, Marsillam. 1994. *Pandangan Negara Integralistik: Sumber, Unsur, dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945*. Jakarta: Pustaka Utama Grafiti.

Sumaryono, E. 2006. *Etika dan Hukum*, Yogyakarta: Kanisius.

Ujan, Andre Ata. 2009. *Filsafat Hukum*, Yogyakarta: Kanisius.

Unger, Roberto M. 2008. *Law and Modern Society; Toward a Criticism of Social Theory, Teori Hukum Kritis: Posisi Hukum dalam Masyarakat Modern*, Terjemahan oleh Dariyatno dan Derta Sri Widowatie. Bandung: Nusamedia.

Wignjosebroto, Soetandyo. 2008. *Hukum dalam Masyarakat: Perkembangan dan Masalah*. Malang: Bayumedia.