

TEORI HUKUM FEMINIS: Menolak Netralitas Hukum, Merayakan *Difference* dan Anti-Esensialisme^{*)}

[Sulistyowati Irianto (ed.), 2006, *Perempuan & Hukum: Menuju Hukum yang Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan*, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia]

Donny Danardono

Masih banyak yang menganggap hukum yang baik adalah hukum yang netral atau obyektif. Bagi para feminis (pembela hak-hak asasi perempuan) anggapan seperti ini sebenarnya *malah* melegitimasi ketidak-setaraan gender, orientasi seksual, etnisitas, ras dan kelas yang ada dalam masyarakat. Begitulah, pada akhir tahun 1960-an dan khususnya selama tahun 1970-an di Amerika dan Eropa para feminis telah mengkritik netralitas hukum. Sejak itu mereka berusaha membentuk teori hukum berperspektif feminis (*feminist jurisprudence*). Mereka menganggap hukum yang baik adalah hukum yang berpihak kepada perempuan (dan tentunya siapa saja) yang secara sosial dilemahkan untuk kemudian melawan penindasan tersebut.

Persoalannya adalah mungkinkah mewujudkan teori hukum dan hukum positif feminis tanpa menghasilkan bias gender, orientasi seksual, etnisitas, ras, atau kelas yang selama ini mereka kritik? Untuk itu tulisan ini akan memaparkan berbagai kritik dari para pemikir hukum feminis terhadap teori hukum yang berperspektif netral atau obyektif. Akan ditunjukkan bagaimana perempuan dikorbankan dalam bayang-bayang netralitas hukum. Juga akan dipaparkan berbagai persoalan yang muncul dalam teori hukum berperspektif feminis. Akhirnya tulisan ini akan ditutup dengan uraian tentang bagaimanakah teori hukum dapat menjamin kelangsungan masyarakat majemuk - masyarakat yang memiliki keberagaman pandangan hidup dan nilai - di mana perempuan dan berbagai kelompok yang selama ini dianggap tidak berdaya secara sosial mendapat tempatnya yang wajar.

Demi jelasnya, berikut ini akan dibahas, *pertama* netralitas hukum dan marginalisasi perempuan; *kedua*, kritik terhadap netralitas hukum: kesamaan (asimilasi) *versus difference*; *ketiga*, kritik terhadap netralitas hukum: esensialisme *versus* anti-esensialisme; *keempat*, hukum dalam masyarakat

^{*)}Disampaikan di **SEKOLAH GENDER ANGKATAN 2, LRC-KJHAM, 25 Juli 2020.**

Terima kasih kepada Apit Agustin W. - mahasiswi Fakultas Hukum UNIKA Soegijapranata; serta Lestariyanti dan Dr. Sulistyowati Irianto, keduanya dari "Kelompok Kerja *Convention Watch* – Pusat Kajian Wanita dan Jender Universitas Indonesia". Komentar dan kritik mereka bertiga membantu saya saat merevisi tulisan ini.

Tulisan ini telah diterbitkan dalam Sulistyowati Irianto (ed.), 2006, *Perempuan & Hukum: Menuju Hukum yang Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan*, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia.

majemuk. Seluruh uraian dalam tulisan ini terutama akan didasarkan pada dua buku, yaitu *Feminist Legal Theory: Foundations*, (D. Kelly Weisberg, ed., 1993) yang berisi tulisan para pemikir hukum feminis Amerika, antara lain Nadine Taub, Elizabeth M. Schneider, Clare Dalton, Robin West, Patricia A. Cain, Martha Minow, dan Lucinda M. Finley; dan buku *Feminism and the Power of Law*, 1989, karya Carol Smart, seorang pemikir hukum feminis dari Inggris. Buku-buku dan paper-paper lain - yang saya lampirkan dalam kepustakaan - saya pergunakan untuk menonjolkan perspektif kritis kedua buku tersebut.

1. Netralitas hukum dan marginalisasi perempuan

Konsep netralitas atau obyektivitas hukum berasal dari aliran positivisme hukum. Menurut para penganut positivisme hukum, kepastian hukum akan terwujud bila tiga syarat berikut ini terpenuhi. *Pertama*, bila hukum dianggap sebagai sistem yang tertutup dan otonom dari berbagai persoalan moral, agama, filsafat, politik, sejarah dan semacamnya. Pertanyaan tentang adil-tidaknya atau baik-buruknya hukum merupakan pertanyaan moral yang tidak relevan. Sebab meskipun sebuah hukum terbukti tidak adil, tapi selama dia masih berlaku, maka hukum itu tetap harus dipatuhi. *Kedua*, bila hukum dibentuk oleh lembaga yang berwenang dengan mengikuti sistem perundang-undangan yang berlaku. *Ketiga*, bila hukum bisa bekerja sama - dalam kerangka ilmiah - dengan berbagai sains positif (ilmu alam dan ilmu sosial yang cara kerjanya didasarkan pada metode kuantitatif ilmu alam) untuk melegitimasikan berbagai perilaku yang ada di masyarakat.¹

Sebagai sebuah paradigma, munculnya positivisme hukum tidak terlepas dari semangat jaman abad 19 yang melatar-belakanginya, yakni saintisme dan positivisme ilmu sosial. Saintisme adalah keyakinan bahwa ilmu pengetahuan (ilmu alam dan ilmu sosial) – dan bukan agama, misalnya – yang dapat memecahkan segala masalah hidup manusia. Untuk itu selain memperbaiki kinerja ilmu-ilmu alam juga dilakukan positivisasi ilmu sosial, yakni upaya menjadikan ilmu sosial netral (bebas) dari kepentingan subyektif ilmuwan sosial demi tercapainya obyektivitas dan kepastian yang terukur. Begitulah, kemudian ilmu sosial dibebaskan dari hermeneutika (tafsir) dan diharuskan mengikuti cara kerja (metode) kuantitatif ilmu pasti (sains). Hal ini berarti penarikan kesimpulan dalam ilmu sosial dilakukan dengan cara pengumpulan dan penganalisaan data secara kuantitatif.

Barang tentu positivisme ilmu-ilmu sosial dan saintisme kemudian mendapat kritik. Bagaimana mungkin kesadaran, harapan, solidaritas, situasi jiwa, pandangan hidup, keadilan atau cinta yang merupakan bagian dari *dunia-kehidupan*² bisa dianalisa dan dirumuskan secara kuantitatif? Kuantifikasi

¹Dennys Lloyd, *The Idea of Law*, Harmondsworth, Penguin Books, 1973, hal. 100 dan 106-107.

² *Dunia-kehidupan (life-world)* adalah seperangkat kepercayaan, asumsi, perasaan, nilai dan kebiasaan budaya yang menjadi cakrawala saat seseorang atau sekelompok orang memaknai berbagai tindakan dan peristiwa dalam hidup mereka. Edmund Husserl (fenomenologi) dan

terhadap *dunia-kehidupan* tak lain adalah manipulasi terhadap kehidupan itu sendiri.³ Selain itu bagaimana mungkin kebenaran agama bisa digantikan oleh kebenaran sains (saintisme)? Paling-paling filsafat hanya bisa menjelaskan mengapa orang ingin mempercayai atau tidak mempercayai keberadaan Tuhan. Sedangkan sains paling hanya bisa membantu seseorang untuk lebih berpikir tentang mengapa alam semesta bisa dipahami secara rasional. Mengapa alam semesta dan fungsi-fungsi biologis manusia tidak berjalan dalam kekacauan (*chaos*)? Apakah ini pertanda kalau alam semesta diciptakan oleh “*penyebab pertama yang tidak disebabkan*” (Tuhan)?

Tapi, seperti yang diuraikan di atas, dengan mengikuti logika saintisme para penganut positivisme hukum menganggap kepastian hukum hanya akan tercapai bila hukum secara tepat (obyektif) dapat “memotret” dan kemudian *melegitimasi* hak-hak (mengubah status hak: dari hak-hak sosial menjadi hak-hak hukum) yang sudah ada di dalam masyarakat. Menurut mereka, hukum mampu melakukan hal ini bila - seperti halnya ilmu-ilmu sosial positif (ilmu sosial yang bekerja menurut metode sains) – cara kerjanya didasarkan pada metode yang terukur (kuantitatif) dan bebas dari penafsiran subyektif (hermeneutik, kualitatif). Caranya adalah hukum harus dibuat oleh penguasa yang berdaulat; penelitian hukum harus dipisahkan dari penelitian tentang hubungan antara hukum dengan kenyataan-kenyataan sosial (ketimpangan sosial tidak dianggap sebagai akibat hukum); hukum harus dianggap sebagai sistem tertutup dan memiliki logika internalnya sendiri, sehingga keputusan hukum bisa dibuat secara deduktif tanpa perlu mempertimbangkan moralitas dan politik.⁴

Dengan kata lain seperti yang dikatakan oleh Jeremy Bentham (1748-1832), hukum harus menjadi *law as it is* (hukum sebagaimana adanya), yakni menjadi hukum yang dibentuk tanpa mempertimbangkan berbagai kaidah moral. Sebab moralitas bersifat abstrak dan membutuhkan tafsir untuk menjelaskannya. Padahal tafsir selalu bersifat subyektif, yakni tergantung pada subyek yang menafsirkan. Bentham membedakan *law as it is* dari *law as it ought to be* (hukum yang diidealkan), yang terakhir ini tak lain adalah teori Hukum Kodrat yang menganggap kepastian hukum hanya ada bila hukum dibuat dengan tidak menyimpang dari kodrat manusia. Persoalannya menurut Bentham: bagaimana kita bisa mengetahui apa saja yang merupakan kodrat manusia? Apakah kodrat manusia bersifat tetap dan universal atautkah berubah sepanjang jaman sesuai

Jürgen Habermas (teori komunikasi) adalah dua dari sekian filsuf yang menjadikan *dunia-kehidupan* sebagai salah satu unsur dalam struktur pemikiran filosofis mereka; lihat Ted Honderich (ed.), 1995, *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, hal. 488-499.

³ Saya mendasarkan uraian di atas pada F. Budi Hardiman, *Melampaui Positivisme dan Modernitas: Diskursus Filosofis tentang Metode Ilmiah dan Problem Modernitas*, Yogyakarta, Kanisius, 2003, hal. 58.

⁴ Margot Tubbs, “Feminism and Legal Positivism” dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, hal. 455-456.

dengan perubahan ide tentang manusia itu sendiri? Karena itulah Bentham meminta kita tidak mengacaukan hukum dengan moralitas.⁵

Dengan kata lain, seperti yang dicatat oleh Margot Stubbs, positivisme hukum sebenarnya berangkat dari pengandaian liberalisme-klasik tentang masyarakat sebagai kumpulan individu yang otonom dan memiliki hak-hak yang sama. Lalu untuk mewujudkan kepentingan bersama, para individu tersebut secara bebas mengadakan kontrak sosial untuk membentuk negara dan hukum. Konsekuensinya, negara dan hukum harus netral, obyektif dan tidak berpihak pada individu manapun:

Filsafat liberal mendasari positivisme hukum, sehingga sistem hukum tersebut tampil sebagai mekanisme yang netral, mandiri dan a-politis saat mengatasi ketegangan sosial. (...) Positivisme hukum melontarkan definisi tentang hukum yang jelas-jelas melengkapi pemahaman implisit filsafat liberal tentang masyarakat - yaitu masyarakat sebagai sebuah kesatuan artifisial dari para individu otonom yang mengadakan kontrak sosial.⁶

Begitulah, bagaimana negara liberal - yang pembentukannya diasumsikan berdasarkan kontrak sosial yang diadakan oleh individu-individu pria dan perempuan yang otonom dan sederajat - kemudian mendapat legitimasi untuk membentuk hukum yang netral, yakni dengan bantuan metode sains positif yang secara persis “memotret” dan kemudian melegitimasi berbagai norma sosial tentang hubungan pria-perempuan ke berbagai bentuk peraturannya. Tak perlu lagi dipersoalkan apakah norma sosial pembagian kerja secara seksual tersebut adil. Mempersoalkan hal ini hanya akan membuat hukum terjebak dalam diskursus moral yang didasarkan pada tafsir subyektif dan karenanya tak akan memberi kepastian hukum.

Karena itu para penganut teori Positivisme Hukum menganggap hukum sebagai potret dari realitas sosial atau bahkan realitas sosial itu sendiri. Sehingga untuk mengetahui bentuk pembagian kerja secara seksual (pembagian kerja di masyarakat dan rumah-tangga antara pria dan perempuan) yang pernah dan sedang berlaku di Indonesia, seseorang dianggap cukup membaca - misalnya - KUHPerdara, Undang-Undang Perkawinan nomor 1 tahun 1974 dan beberapa pasal dalam KUHPidana.

Namun, berbeda dari para penganut teori Positivisme Hukum, para pemikir hukum feminis justru menganggap berbagai ketentuan hukum tersebut *memarginalkan* perempuan. Penilaian seperti ini hanya mungkin dilakukan karena para feminis melihat kaitan antara hukum dengan relasi kuasa yang tak setara antara perempuan dan pria. Bagi para feminis, hukum yang diyakini netral dan obyektif oleh teori Positivisme Hukum sebenarnya tidak mungkin ada. Sebab - disadari atau tidak - berbagai hukum tersebut dibuat dalam perspektif patriarki

⁵ Dennis Lloyd, *op.cit.*, hal.100.

⁶ Margot Stubbs, *op.cit.*, hal. 456.

dan dengan demikian lebih melindungi pria daripada perempuan. Bahkan hukum-hukum seperti ini justru membenarkan ketidak-setaraan pria dan perempuan, termasuk berbagai bentuk penindasan terhadap perempuan itu sendiri.

Misalnya, walaupun pasal 139 KUHPerdota memungkinkan suami-istri mengadakan "*perjanjian kawin*" (suatu perjanjian yang memungkinkan suami-istri secara individual mengelola harta kekayaan masing-masing) dan dengan demikian memungkinkan istri mandiri secara ekonomi dari suaminya, namun kemandirian ini segera disangkal oleh pasal 140 KUHPerdota yang menyatakan "*perjanjian kawin*" tersebut tidak boleh mengurangi segala hak yang disandarkan kepada suami sebagai suami. Barang tentu yang dimaksud oleh pasal 140 KUHPerdota dengan "*hak yang disandarkan kepada suami sebagai suami*" adalah pasal 105 KUHPerdota yang menyatakan "*suami adalah kepala persatuan suami-istri*" dan dengan demikian "*suami wajib menjadi wali istrinya untuk menghadap ke hakim (melakukan perbuatan hukum)*". Selain itu juga dinyatakan, bahwa "*suami wajib mengemudikan harta kekayaan milik pribadi istrinya (kecuali dinyatakan lain dalam perjanjian kawin), tapi setiap bentuk pemindahan tangan harta tersebut harus mendapat persetujuan istrinya*". Bahkan suami boleh menjual atau memindah-tangankan harta persatuan (harta yang diperoleh bersama selama perkawinan) tanpa persetujuan istrinya (pasal 124 KUHPerdota).

Bagaimana dengan UU Perkawinan nomor 1 tahun 1974? Undang-Undang yang muncul ketika Indonesia sudah merdeka dari jajahan Belanda ini secara ideologis tak banyak berbeda dari KUHPerdota yang dibuat oleh Belanda sendiri. Bahkan UU nomor 1 tahun 1974 ini semakin membenarkan nilai-nilai yang hidup di masyarakat tentang kedudukan istri sebagai ibu rumah-tangga yang secara ekonomis kehidupannya harus dijamin oleh suaminya. Hal ini dinyatakan dalam pasal 31 ayat 3 yang menyebutkan: "*Suami adalah kepala keluarga dan istri adalah ibu rumah tangga*". Kemudian dalam pasal 34 ayat 1 disebutkan, bahwa suami wajib mencari uang demi kelangsungan perekonomian rumah tangganya: "*Suami wajib ... memberikan segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga sesuai dengan kemampuannya*". Sedangkan pasal 34 ayat 2 mengatur kewajiban istri untuk mengurus rumah tangga. Apabila suami atau istri melalaikan kewajibannya, maka masing-masing pihak dapat mengajukan gugatan ke pengadilan (pasal 34 ayat 3). Hal ini menunjukkan, bahwa UU nomor 1 tahun 1974 tidak memberi kesempatan kepada istri untuk mencapai kemandirian ekonomis. Bila kemandirian ekonomis saja tidak tercapai, maka diragukan pula istri akan memiliki kemandirian psikologis dan politis dari suaminya. Dengan demikian berbeda dari KUHPerdota, UU Perkawinan Nomor 1 tahun 1974 ini membuat istri menjadi sangat tergantung pada suaminya.

Para feminis juga mengkritik KUHPidana. Seperti di negara patriarki lainnya, KUHPidana Indonesia juga tidak menganggap perempuan sebagai manusia yang bermartabat, yaitu manusia yang punya individualitas seperti pria.

Sebaliknya perempuan dianggap sebagai makhluk tubuh dan seksualitas belaka. Hal ini tampak misalnya pada sejumlah pasal dalam KUHPidana. Salah satunya adalah tentang perkosaan (pasal 285). Tentang perkosaan (pasal 285) disarakatkan, bahwa korban harus bukan istri sendiri dan harus terjadi dalam bentuk "*hubungan seksual*" yang dalam keputusan *Hooge Raad* (Mahkamah Agung Hindia Belanda) tanggal 5 Pebruari 1912 diartikan sebagai "*penetrasi penis ke vagina*".⁷ Dengan mengutip feminis Catherine MacKinnon, Nursyahbani Katjasungkana menganggap perumusan tersebut sebenarnya didasarkan pada cara pandang pria *heteroseksual* tentang hubungan seks, karena mensyaratkan terjadinya "*penetrasi penis ke vagina*".⁸ Dengan kata lain, kekerasan seksual terhadap perempuan yang tidak dalam bentuk "*penetrasi penis ke vagina*" tidak akan dianggap sebagai kejahatan terhadap HAM perempuan, mungkin hanya dianggap sebagai kejahatan biasa.

Begitulah bagaimana perkosaan dirumuskan dari perspektif pelaku (pria). Pasal perkosaan ini tidak dirumuskan dari perspektif korban (perempuan), misalnya dengan melihat apakah harga diri atau HAM perempuan sudah tercabik-cabik? Hal ini terjadi karena ilmu hukum (yang ditulis dalam perspektif teori Positivisme Hukum) memang tidak mampu dan tidak mau menafsirkan diskriminasi gender - suatu tafsir yang mau mengungkap relasi kuasa yang tidak setara antara perempuan dan pria - yang terjadi di masyarakat. Begitulah bagaimana para feminis membuktikan ketidak-mungkinan netralitas atau obyektivitas hukum yang diandaikan oleh teori Positivisme Hukum.

2. Kritik terhadap netralitas hukum: kesamaan (asimilasi) versus difference

Setelah membuktikan ketidak-mungkinan netralitas dan obyektivitas hukum, para feminis mengusulkan perspektif hukum yang berpihak kepada mereka yang secara sosial potensial menjadi korban, salah satunya adalah perempuan. Seperti yang dicatat oleh seorang pemikir hukum feminis dari Universitas Iowa, Patricia A. Cain: "*Agar dianggap sebagai feminis, maka teori hukum harus didasarkan pada pengalaman perempuan*".⁹ Atau seperti yang dinyatakan oleh Margot Stubbs: "*Dilihat dari perspektif feminis, hukum harus tidak dianggap netral dari masyarakat, tapi sebagai bentuk peraturan yang dipergunakan untuk mereproduksi hubungan antar seks dan kelas ekonomi yang ada*".¹⁰ Persoalannya adalah bagaimana keberpihakan tersebut diwujudkan tanpa menghasilkan bias homogenitas gender, orientasi seksual, etnisitas, ras,

⁷ Harkristuti Harkrisnowo, "Hukum Pidana dan Kekerasan Terhadap Perempuan" dalam Achie Sudiarti Luhulima (ed.), *Pemahaman Bentuk-Bentuk Tindak Kekerasan Terhadap Perempuan dan Alternatif Pemecahannya*, Jakarta, Kelompok Kerja Convention Watch dan Pusat Kajian Wanita dan Jender UI, 2000, hal. 85.

⁸ Nursyahbani Katjasungkana, "Aspek Hukum Kekerasan Terhadap Perempuan" dalam *Potret Perempuan: Tinjauan Politik, Ekonomi, Hukum di Zaman Orde Baru*, Yogyakarta, PSW UMY dan Pustaka Pelajar, 2001, hal. 92-93.

⁹ Patricia A. Cain, "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories" dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, hal. 359.

¹⁰ Margot Stubbs, *op.cit.*, hal. 457.

agama, usia, kelas dan lain sebagainya? Jelasnya, bagaimana mewujudkan pengalaman perempuan dalam hukum?

Pertanyaan dan anggapan tentang ketidak-netralan hukum tersebut kemudian mengantar para pemikir hukum feminis ke perdebatan bermutu tentang “ *mungkin tidaknya dan bagaimana cara mewujudkan kesetaraan antara pria dan perempuan dalam hukum?*”, “*apakah secara esensial identitas perempuan bersifat homogen?*” dan “*bagaimana kaitan antara hukum dengan kekuasaan dan bagaimana hukum dapat dijadikan medium perlawanan oleh perempuan dan mereka yang menjadi korban ketimpangan sosial dalam masyarakat majemuk?*”. Pada bagian kedua ini hanya akan dibahas perdebatan tentang “ *mungkin tidaknya dan cara mewujudkan kesetaraan antara pria dan perempuan dapat dalam hukum?*”. Persoalan tentang “*apakah secara esensial identitas perempuan bersifat homogen?*” akan dibahas di bagian ketiga. Sedangkan persoalan “*bagaimana kaitan antara hukum dengan kekuasaan dan bagaimana hukum dapat dijadikan medium perlawanan oleh perempuan dan mereka yang menjadi korban ketimpangan sosial dalam masyarakat majemuk?*” akan dibahas di bagian keempat.

Mungkinkah dan bagaimanakah kesetaraan gender dapat diwujudkan dalam hukum? Sampai dengan tahun 1970-an pada umumnya para pemikir hukum feminis menganggap kesetaraan gender dapat diwujudkan bila perempuan memiliki hak hukum (*legal rights*) yang sama dengan pria. Gagasan ini berasal dari cara pandang liberalisme-klasik yang menganggap semua orang adalah sama dan memiliki hak hukum yang sama. Karena itu perempuan juga harus memiliki kesempatan yang sama dengan pria dalam hal pendidikan, politik dan kerja. Kesetaraan yang diidentikkan dengan kesamaan hak perempuan dan pria tersebut kemudian terbukti keliru. Kemampuan perempuan untuk hamil akhirnya mengharuskan perempuan diberi hak-hak sebagai pekerja yang berbeda dari pria. Menyamakan hak-hak hukum pekerja perempuan dengan pekerja pria akan membuat pekerja perempuan terancam diberhentikan atau memberhentikan diri karena haid, hamil dan melahirkan. Dengan kata lain perbedaan biologis inilah yang membuat perempuan harus diberi hak yang berbeda dari pria, yaitu hak atas cuti haid dan melahirkan.

Permasalahannya adalah apakah hak yang berbeda - karena perbedaan biologis tersebut - yang diberikan kepada perempuan merupakan bentuk dari “*perlakuan setara (equal treatment)*” atau “*perlakuan istimewa (special treatment)*”? Para pendukung pandangan “*perlakuan setara*” menganggap haid dan kehamilan (melahirkan) sama dengan situasi khusus lain yang dapat dialami oleh pekerja pria, yakni sakit. Menyamakan haid dan kehamilan (melahirkan) dengan penyakit merupakan solusi agar pekerja perempuan dapat diperlakukan sama dengan pekerja pria. Ideologi yang melatar-belakangi pandangan ini adalah liberalisme: setiap manusia adalah sederajat. Kekuatan pandangan ini - menurut para pendukungnya - terletak pada konsekuensi dari mempersamakan haid dan kehamilan (melahirkan) dengan penyakit, yaitu akan membuat cuti haid

dan melahirkan berbeda dari proses pengasuhan anak. Bagaimanapun buruh perempuan hanya diberi cuti haid dan cuti pada usia kehamilan tertentu sampai beberapa saat setelah melahirkan, untuk kemudian dia harus bekerja kembali. Dengan demikian pengasuhan anak secara logis akan menjadi tanggung-jawab pekerja perempuan dan suaminya yang juga bekerja. Dengan ini para pendukung pandangan “*perlakuan setara*” menganggap telah berhasil mengatasi masalah pembagian kerja secara seksual di dalam rumah maupun di tempat kerja yang selama ini dianggap tidak adil bagi perempuan.¹¹

Sebaliknya pada pendukung “*perlakuan istimewa*” menganggap haid dan kehamilan sebagai bukti dari adanya perbedaan biologis perempuan dan pria. Karena itu hak pekerja perempuan tidak mungkin sama dengan pekerja pria. Cuti haid dan melahirkan adalah bentuk pemberian hak istimewa (*perlakuan istimewa*) kepada pekerja perempuan agar mereka tidak dirugikan karena memiliki kekhususan biologis tersebut. Di Indonesia, “*perlakuan istimewa*” ini lebih dikenal dengan istilah “*affirmative actions*”. Bagi mereka, argumentasi “*perlakuan setara*” sangat tidak memadai, karena cenderung menganggap tempat kerja netral secara gender. Padahal dalam masyarakat patriarkis semua tempat kerja ditata sedemikian rupa agar (hanya) menguntungkan pekerja pria.¹²

Namun, menurut Lucinda M. Finley¹³ argumentasi para penganut pandangan “*perlakuan setara*” dan “*perlakuan istimewa*” sebenarnya tidak memadai dalam konteks masyarakat majemuk. Sebab walaupun mereka memiliki perbedaan argumentasi, tapi tujuan mereka tetap sama, yakni keduanya memiliki asumsi yang sama tentang mengapa perempuan dan pria harus setara. Asumsi yang sama tersebut adalah anggapan tentang sektor privat (rumah tangga, perempuan) yang terpisah dan bahkan lebih rendah statusnya daripada sektor publik (tempat kerja, pria). Akibatnya kedua pandangan tersebut sibuk mencari cara bagaimana menetralkan masalah “kelainan” dan inferioritas biologis perempuan agar mereka dapat setara dengan pria dan bisa diterima di tempat kerja.

Dengan kata lain, menurut Lucinda M. Finley, mereka sebenarnya mau menawarkan satu patokan (*standard*) tunggal - entah itu berupa “*perlakuan setara*” ataupun “*perlakuan istimewa*” - untuk mengukur sejauh mana pekerja perempuan sudah setara dengan pekerja pria. Yang dianggap sebagai sumber masalah adalah pekerja perempuan, bukan pekerja pria atau tempat kerja itu

¹¹ Salah satu pendukung “perlakuan yang setara” adalah Wendy W. Williams. Lihat: Wendy W. Williams, “Equality’s Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment/Special Treatment Debate” dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *op.cit.*, hal. 128-153.

¹² Linda J. Kreiger and Patricia N. Cooney, “The Miller-Wohl Controversy: Equal Treatment, Positive Action and the Meaning of Women’s Equality” dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *ibid.* hal. 157.

¹³ Lucinda M. Finley, “Transcending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate” dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *ibid.* hal. 190-207.

sendiri. Tanpa “*perlakuan setara*” ataupun “*perlakuan istimewa*” perempuan akan dianggap sebagai “*yang lain*” (*the other, the difference*), yakni sebagai anomali, ancaman dan yang lebih rendah statusnya. Karena itu bisa dikatakan bahwa strategi “*perlakuan setara*” atau “*perlakuan istimewa*” adalah cara mengasimilasikan pekerja perempuan dengan norma-norma pria yang berlaku di tempat kerja. Pengasimilasian inilah yang akan menghapuskan kategori perempuan sebagai “*yang lain*” (*the other, difference*).¹⁴ Namun, dalam prakteknya kedua strategi ini juga sering memberatkan pengusaha dan menimbulkan kecemburuan di kalangan pekerja pria. Sejumlah pengusaha memilih mengurangi masa hak cuti melahirkan atau bahkan mengurangi jumlah pekerja perempuan di perusahaannya. Pekerja priaupun merasa kalau kesempatan kerjanya makin berkurang akibat diterimanya pekerja perempuan yang ternyata pekerjaannya lebih sedikit dari pria. Dengan kata lain, kedua strategi ini seringkali tidak efektif.¹⁵

Mengapa sebagai “*yang lain*”, perempuan dianggap anomali, ancaman atau lebih rendah statusnya? Menurut Finley, anggapan seperti ini terjadi karena struktur sektor publik (tempat kerja) - yang telah ditata sedemikian rupa, sehingga hanya cocok untuk pria - dianggap sudah benar. Padahal tak mungkin sektor publik (tempat kerja, pria) bisa hadir tanpa kehadiran sektor privat (rumah-tangga, perempuan) sebagai “*yang lain*”. Sebab pada saat individu, kelompok atau institusi membentuk identitasnya, maka pada saat yang sama mereka menciptakan “*yang lain*” dan membedakan diri darinya. Peran “*yang lain*” adalah untuk memungkinkan individu, kelompok atau institusi yang sedang membentuk identitasnya dapat mengenali dirinya sendiri. Dengan kata lain, melalui “*yang lain*” kemajemukan nilai dan pandangan hidup - yakni kemajemukan masyarakat - terbentuk. “*Yang lain*” tidak dengan sendirinya merupakan anomali, ancaman atau lebih rendah statusnya. Dengan demikian, pengakuan terhadap “*yang lain*” sebenarnya akan membuat sektor publik dan sektor privat terkait dan saling mengandaikan, walau dalam kenyataannya keterkaitan itu dianggap dikotomis dan hirarkis (*oposisi biner*).¹⁶

Karena itu - menurut Lucinda M. Finley - pemikiran tentang bagaimana ruang publik bisa menerima kemajemukan - yaitu antara lain dengan menerima perempuan - harus dirumuskan di luar gagasan hubungan publik-privat yang bersifat dikotomis dan hirarkis (*oposisi biner*). Sebaliknya kedua sektor tersebut harus diasumsikan saling mengandaikan. Selain itu hak - yakni hak sosial dan hukum - juga tidak dapat lagi dianggap bersifat mutlak, tapi bisa dintervensi oleh berbagai bentuk interaksi manusia (saling mendukung, kepedulian, saling memperkaya). Sebab bagaimanapun “hak” adalah hasil dari konstruksi sosial. Dengan kata lain status “hak” tidak pernah mutlak, tapi *kontingen*, alias tergantung pada konteks ruang dan waktu pembentukannya. Hanya melalui

¹⁴ *ibid.*, hal. 197-198.

¹⁵ *ibid.*, hal. 196.

¹⁶ Seyla Benhabib, “The Democratic Moment and the Problem of Difference” dalam Seyla Benhabib (ed.), *Democracy and Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1996, hal. 3-4.

pemahaman seperti ini, pembelaan secara hukum terhadap perempuan dalam masyarakat majemuk dapat dipikirkan secara wajar.¹⁷

Mengikuti Finley, maka “hak perempuan atas cuti melahirkan” tidak dapat lagi ditafsirkan sebagai bentuk “*perlakuan setara*” ataupun “*perlakuan istimewa*”. Tapi sebagai bukti keterkaitan antara sektor publik (tempat kerja) dengan sektor privat (rumah-tangga). Sehingga melalui pengakuan “hak” tersebut bisa diharapkan terjadi penataan kembali sektor publik dan sektor privat agar keduanya dapat menerima baik perempuan maupun pria. Tentang hal ini Lucinda M. Finley menulis:

Kalau kita ingin berhasil mengatasi persoalan hirarki gender dan mentransformasikan situasi pria dan perempuan, kita tidak perlu terlalu memfokuskan diri pada konsep kesetaraan. (...) kita perlu memfokuskan diri pada kekeliruan dikotomi publik-privat dan kebutuhan mengintegrasikan nilai-nilai dengan struktur dunia publik dan rumah-tangga. Harus dipersoalkan secara terbuka asumsi-asumsi tertentu tentang pria dan perempuan yang berasal dari dikotomi tersebut, misalnya, pengertian tentang komitmen pada karir yang membuat tuntutan pekerjaan menelantarkan berbagai kebutuhan lain dan berbagai asumsi terkait tentang komitmen karir perempuan yang direduksi menjadi tanggung jawab pada keluarganya atau oleh keinginan perempuan untuk meluangkan waktu pada kedua dunia tersebut, dan tentang pria yang tidak seperti perempuan peduli pada keluarga atau kebutuhan manusia.¹⁸

Gagasan Finley tersebut - *pertama* - membuat strategi “*perlakuan setara*” dan “*perlakuan istimewa*” terasa tidak memadai lagi untuk mengkritik ideologi netralitas atau obyektivitas hukum. Bahkan kedua strategi ini hanya bisa membenarkan ideologi patriarki. Alih-alih mengkritik tempat kerja yang bias gender, keduanya *malah* menganggap perempuanlah yang bermasalah dan masalah ini harus diatasi dengan mengasimilasikan perempuan pada norma-norma patriarki yang berlaku di tempat kerja, agar mereka bisa diterima di tempat kerja. *Kedua*, argumentasi Finley tentang sektor privat (rumah-tangga dan perempuan) sebagai “*yang lain*” bukan hanya berhasil menunjukkan keterkaitan sektor publik dengan sektor privat dan perlunya penataan kembali kedua sektor tersebut, tapi terutama juga berhasil menunjukkan ketidak-netralan hukum dari persoalan-persoalan yang dihadapi oleh perempuan.

3. Kritik terhadap netralitas hukum: esensialisme versus anti-esensialisme

Diskusi tentang perempuan sebagai “*yang lain*” akan menghantar kita ke diskusi tentang bagaimana memahami “*yang lain*” tersebut. Dan ini adalah diskusi tentang kemajemukan identitas atau multikulturalisme. Yang dimasalahkan adalah: apakah setiap perempuan memiliki pengalaman atau identitas yang sama (homogen)? Apakah membahas perempuan sebagai “*yang*

¹⁷ Lucinda M. Finley, *op.cit.*, hal. 204.

¹⁸ *ibid.*, hal. 204.

lain” berarti *hanya* membahas perempuan dalam kaitannya dengan pria? Jadi persoalannya adalah: apakah identitas individu bersifat utuh (*fixed*) atau terpecah (*fractured*)? Diskusi seperti ini adalah diskusi tentang “esensialisme *versus* anti-esensialisme” identitas atau tentang “kesamaan *versus* *difference*” dalam konteks sejauh mana perempuan dapat mendefinisikan diri, bukan dalam konteks kesetaraan pria-perempuan.

Penganut *esensialisme* identitas menganggap, pada *esensi*-(hakekat)-nya setiap perempuan memiliki pengalaman dan identitas yang sama (homogen). “Musuh” perempuan hanya satu, yaitu patriarki. Karena itu setiap individu perempuan bisa diberdayakan melalui cara yang kurang-lebih sama. Sebaliknya penganut *anti-esensialisme* identitas menganggap setiap perempuan memiliki pengalaman dan identitas yang berbeda. Bahkan setiap individu perempuan (dan setiap orang) memiliki identitas yang tidak tunggal, tapi majemuk. Perbedaan dan kemajemukan identitas tersebut dapat ditengarai berdasarkan kategori kelas, pekerjaan, status sosial, posisi dalam keluarga, agama, ras, orientasi seksual, dan lain sebagainya. Misalnya, seorang perempuan dapat sekaligus merupakan seorang ibu, istri, manajer, kelas menengah, ketua PKK, muslimah, atau Jawa. Akibatnya, relasi perempuan tersebut dengan suaminya akan berbeda dari relasinya sebagai manajer dengan karyawannya, begitu sebaliknya, begitu seterusnya. Kemajemukan identitas akan menimbulkan kemajemukan kuasa dan relasi kuasa; kemajemukan penindasan dan kemajemukan strategi perlawanan terhadap penindasan tersebut.

“Musuh” perempuan bukan hanya patriarki, tapi juga homogenisasi identitas perempuan. Jadi melalui pandangan anti-esensialisme ditunjukkan paradoks pandangan esensialisme. Paradoks tersebut adalah di satu pihak penganut esensialisme menunjukkan perempuan sebagai “*yang lain*” dari pria, tapi pada saat yang sama mereka tidak dapat mengakui kemajemukan perempuan sebagai sebuah kategori gender dan seksual, maupun kemajemukan identitas individu perempuan.

Debat antara esensialisme *versus* anti-esensialisme identitas perempuan juga terjadi pada saat merumuskan hukum berperspektif feminis. Pada umumnya para pemikir hukum feminis cenderung menganggap identitas perempuan adalah homogen. Sehingga mereka cenderung menganggap teori hukum feminis *hanya* sebagai alternatif dari teori hukum patriarki. Hal ini - seperti yang dinyatakan oleh Martha Minow, seorang pemikir hukum feminis dari Universitas Harvard - berarti membuat sebuah konsep hukum baru yang sebenarnya sama obyektif dan netralnya dengan konsep hukum patriarkis yang mereka kritik.¹⁹

Dengan demikian kritik terhadap netralitas atau obyektifitas hukum patriarki tidak cukup dilakukan hanya dari perspektif gender, tapi juga dari perspektif ras, agama, usia, orientasi seksual, kelas, status sosial, dan lain

¹⁹ Martha Minow, “Feminist Reason: Getting It and Losing It” dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *op.cit.*, hal. 339-345.

sebagainya. Sebab hanya dengan kritisisme seperti ini kemajemukan identitas perempuan dan individu-individu lain dapat diandaikan. Karena itu persoalan utama bagi teori hukum berperspektif feminis adalah bagaimana membuat hukum yang dapat mengakui kemajemukan perempuan dan masyarakat.

4. Hukum dalam masyarakat majemuk: hukum sebagai pengetahuan dan medium pendefinisian diri

Bagaimana membuat hukum yang bisa menampung dan menjamin kemajemukan identitas, budaya dan pandangan hidup? Ini adalah pertanyaan yang mempersoalkan metode hukum dan status hukum sebagai pengetahuan (epistemologi). Secara umum dapat dikatakan, bahwa teori hukum feminis menolak perspektif positivisme hukum dan positivisme ilmu sosial pada umumnya yang meyakini adanya relasi obyektif antara teori (pengetahuan) dengan realitas di luar teori, dan yang menganggap pembentukan teori dapat dilakukan melalui metode deduksi-induksi dan verifikasi. Sebagai alternatifnya feminisme dan teori hukum berperspektif feminis menawarkan metode hermeneutik maupun – yang lebih radikal - dekonstruksi. Kedua metode inilah yang memungkinkan para feminis membongkar berbagai anggapan tentang kepastian (netralitas atau obyektifitas) berbagai bentuk ideologi pengetahuan dan hukum. Untuk itu pada bagian ini akan saya bahas gagasan hukum sebagai sistem pengetahuan dan kemudian hukum sebagai medium pendefinisian diri.

Carol Smart - seorang pemikir hukum feminis dari Inggris – menyatakan: “Walaupun hukum bukan ‘sains’, namun seperti halnya sains, hukum mampu membuat klaim-klaim kebenaran, dengan demikian hukum mempraktekkan kekuasaan tanpa melalui ancaman”.²⁰ Karena itulah Smart menyatakan kalau sebenarnya hukum lebih tepat dipahami sebagai *sistem pengetahuan* daripada *sistem peraturan*.²¹ Alasannya, *pertama*, adalah dalam kenyataannya hukum diterapkan berdasarkan *kriteria hukum* dan *non-hukum* yang membuat banyak hakim seringkali menjatuhkan keputusan untuk kasus-kasus sejenis secara tidak konsisten.²² Yang penting adalah bagaimana akal sehat masyarakat bisa menerima keputusan pengadilan. Alasan *kedua* adalah sebagai *sistem pengetahuan*, hukum juga mampu mendiskualifikasi berbagai kebenaran yang dimunculkan oleh pengetahuan-pengetahuan yang lain, misalnya, agama, filsafat, sains, ilmu pengetahuan sosial ataupun pengalaman hidup seseorang.²³

Tentang alasan *pertama*, yakni ketidak-konsistenan hakim dalam mendasarkan keputusannya, Smart memberi contoh dua kasus kehamilan yang terjadi di Inggris sebagai berikut:

²⁰ Carol Smart, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, 1989, hal. 14.

²¹ *Ibid.*, hal. 4-5.

²² *Kriteria hukum* adalah asas-asas dan berbagai ketentuan yang secara eksplisit diatur dalam hukum. *Kriteria non-hukum* adalah sebaliknya.

²³ Di Indonesia, misalnya, pemerintah dapat secara hukum menentukan agama-agama yang boleh dan yang dilarang dianut oleh rakyatnya. Dengan demikian, dalam hal ini, kebenaran versi hukum lebih tinggi statusnya daripada kebenaran versi agama.

Suatu hari di Inggris sepasang suami-istri (Bapak dan Ibu A) mengadakan perjanjian dengan B (seorang perempuan). Isi perjanjian tersebut adalah B akan dibuahi oleh sperma Bapak A sehingga hamil, melahirkan dan menyerahkan anak yang dilahirkan tersebut kepada Bapak dan Ibu A. Untuk itu ibu B akan menerima uang sebesar £5,000 sebagai biaya kehamilan, melahirkan dan perawatan bayi tersebut. Dua tahun setelah kelahiran sang bayi, sesuai dengan kesepakatan, Bapak dan Ibu A akan mengadopsi bayi tersebut berdasarkan hukum yang berlaku. Jelas sekali, bahwa anak yang dilahirkan tersebut adalah anak dari Bapak A dan Ibu B. Namun, sesuai perjanjian, Bapak dan Ibu A akan mengadopsi anak tersebut dan sebelumnya telah menyampaikan sejumlah uang. Jadi dapat disimpulkan, bahwa ini adalah adopsi komersial. Padahal pengabdian anak secara komersial adalah ilegal berdasarkan *Surrogacy Adoption Act 1985* dan *Adoption Act 1958*. Jadi bagaimana hakim berargumentasi agar adopsi tersebut dapat dilakukan? Untuk itulah hakim harus mencari **kriteria non-hukum**, yaitu “demi kepentingan si bayi” (*the best interest of the child*). Begitulah, kemudian hakim tidak menganggap uang sebesar £5,000 sebagai biaya adopsi, tapi sebagai uang lelah (*condone*) saat hamil, melahirkan dan merawat bayi selama 2 tahun.²⁴

Menurut Carol Smart, penerapan **kriteria non-hukum** (*demi kepentingan si bayi*) tersebut telah membuat pengadilan menjadi bulan-bulanan kritik, karena telah menyamakan kewajiban orang tua yang sebenarnya (bapak A dan ibu B yang telah hamil dan melahirkan anak) untuk merawat anak-anaknya. Akibatnya pengadilan tak lebih dari pengabsah tindakan (adopsi komersial) yang sebenarnya dilarang oleh hukum, dalam hal ini dilarang oleh *Surrogacy Adoption Act 1985* dan *Adoption Act 1958*.²⁵

Kasus yang lain adalah sengketa antara ibu yang ingin mengaborsi kandungannya dengan ayah dari janin yang dikandung yang ingin agar kehamilan tersebut dilanjutkan:

Tersebutlah A dan B, sepasang mahasiswa dan mahasiswi di Inggris. Mereka pacaran dan melakukan hubungan seksual hingga B hamil. Setelah melakukan hubungan seksual, seperti biasanya B minum pil-pil anti hamil secara rutin. Namun, entah karena apa akhirnya B hamil juga. B - yang merasa tidak yakin kalau dirinya hamil - memeriksakan kehamilannya dengan **sinar X**. Kemudian untuk mengurangi **perasaan tertekannya**, B bahkan meminum **pil-pil anti depresi**. **Pil anti hamil, sinar X dan pil anti depresi** diperkirakan telah **membahayakan janin yang dikandung**. Tapi karena dia tetap hamil, padahal dia tidak siap memiliki anak, maka dia ingin menggugurkannya. A - yang anggota kelompok Anti-Aborsi - menentang keinginan tersebut dengan menggugat B ke pengadilan pada tahun 1987, dengan alasan B telah mengabaikan **hak vetonya sebagai ayah dari si janin**. Saat kasus itu diajukan ke pengadilan usia kehamilan B adalah 18-20

²⁴ Carol Smart, *op.cit.*, hal. 15-16.

²⁵ *ibid.*, hal. 16.

minggu. Singkat cerita hakim melarang B menggugurkan kandungannya, tapi juga sekaligus tidak memenangkan gugatan A.²⁶

Bagaimana hakim berargumentasi untuk mencegah B mengaborsi kehamilannya dan sekaligus tidak memenangkan gugatan A? Menurut Smart, untuk melarang B melakukan aborsi, hakim mendasarkan diri pada *Infant Life Preservation Act 1929* yang pasal 1-nya menyatakan: “Barang siapa yang sengaja menghancurkan kehidupan seorang anak yang seharusnya dilahirkan hidup, dengan menggunakan berbagai tindakan yang disengaja akan menyebabkan seorang anak akan meninggal sebelum memiliki eksistensi yang mandiri dari ibunya, dinyatakan bersalah melakukan tindak pidana berat (*felony*)”. Keputusan berdasarkan pasal 1 *Infant Life Preservation Act 1929* ini dibuat hakim karena dari pemeriksaan medis terhadap janin yang dikandung B diketahui, bahwa janin tersebut sehat. Melalui ketentuan hukum itu pula, hakim dapat sekaligus mencegah A (ayah kandung janin yang dikandung B) menyatakan memiliki hak atas janin tersebut untuk tidak diaborsi. Dengan atau tanpa ayah kandung, janin itu secara medis terbukti sehat untuk dilahirkan. Lebih dari itu - dalam tradisi *Common Law* - seorang pria yang tidak menikah tidak akan dianggap sebagai ayah dari janin yang dikandung oleh perempuan pasangan hidupnya.

Menurut Smart, tidak jelas mengapa hakim mengabaikan *Abortion Act 1967* yang memungkinkan B mengaborsi kandungannya berdasarkan alasan kesehatan (dua orang dokter membuat rekomendasi bahwa kesehatan jiwa B rentan terganggu bila kehamilan tersebut diteruskan), tapi lebih suka menggunakan ketentuan hukum yang lebih kuno, yang isinya sebenarnya bertentangan dengan *Abortion Act 1967* dan yang anehnya belum dicabut oleh parlemen, yakni pasal 1 *Infant Life Preservation Act 1929*. Kasus ini, menurut Smart, membuktikan bahwa sejak awal hakim lebih tertarik pada ilmu kedokteran yang berkembang pesat pada tahun 1980-an, ketimbang pada konflik hak antara A dan B.

Menarik untuk direnungkan, mengapa dalam kasus adopsi di atas hakim mendasarkan keputusannya pada argumentasi (non-yuridis) “*demi kepentingan si bayi*”, sementara dalam kasus aborsi hakim mengabaikan kesehatan A (ibu dari janin yang sudah mendapat dua surat rekomendasi dokter untuk melakukan aborsi) dan berusaha “menyelamatkan” sang janin berdasarkan argumentasi yang saintifik (dan non-yuridis), yakni ilmu kedokteran? Smart bertanya, seandainya B (ayah dari janin yang dikandung A) mendasarkan gugatannya pada argumentasi “*demi kepentingan si bayi*”, maka mungkinkah hakim akan mendasarkan keputusannya pada *Abortion Act 1967*? Bisa jadi Hakim akan mengabulkan gugatan A berdasarkan *Abortion Act 1967* setelah secara medis

²⁶*ibid.*, hal. 17-18.

membuktikan kesehatan janin. Tapi, bila hal ini terjadi, maka secara tidak langsung hakim juga akan mengakui hak A sebagai ayah dari janin yang dikandung B, meskipun mereka belum menikah. Dan hal ini akan bertentangan dengan tradisi *Common Law*. Jadi untuk itu hakim harus membuat rasionalisasi dengan mencari-cari argumentasi ilmu kedokteran agar keputusannya tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku (dalam hal ini pasal 1 *Infant Life Preservation Act 1929* dan tradisi hukum *Common Law* yang hanya mengakui hak ke-ayah-an pada seorang pria yang sudah menikah). Namun, menurut Smart, hal ini adalah ironi, karena untuk itu hakim harus mengabaikan undang-undang yang paling baru yang seharusnya lebih patut diterapkan, yakni *Abortion Act 1967*.²⁷ Saya ingin menambahkan, bahwa hal ini lebih ironis lagi, karena walau dalam tradisi *Common Law* A dianggap bukan ayah dari si janin yang dikandung B (karena mereka belum menikah), tapi gugatan A tersebut yang menjadi dasar hakim membuat keputusan.

Tampak bahwa dalam memeriksa dan membuat keputusan atas kasus hukum, para hakim sebenarnya tidak pernah secara konsisten mematuhi logika internal dari hukum seperti yang diwajibkan oleh positivisme hukum. Hakim sering menggabungkan *argumentasi hukum* (seperti yang diatur dalam hukum material dan hukum acara) dengan berbagai *argumentasi non-hukum*. Tujuannya tak lain agar keputusan hakim tersebut bisa diterima akal sehat masyarakat.

Tentang contoh *kedua*, yakni hukum sebagai *sistem pengetahuan*. Menurut Smart dengan memahami status hukum sebagai *sistem pengetahuan* akan membuat seseorang tahu bahwa hukum ternyata juga mampu mendiskualifikasi berbagai kebenaran yang dimunculkan oleh berbagai pengetahuan non-hukum seperti agama, filsafat, sains, ilmu pengetahuan sosial ataupun pengalaman hidup seseorang. Tentang hal ini Smart menyatakan:

Kalau kita mengakui bahwa seperti halnya sains, hukum membuat klaim kebenaran dan hal ini tidak terpisahkan dari kemampuannya dalam mempraktekkan kekuasaan, maka kita akan tahu bahwa hukum menerapkan kekuasaan tidak sekedar berupa dampak material yang ditimbulkannya (penilaian), tapi juga dalam kemampuannya mendiskualifikasi pengetahuan-pengetahuan dan kebenaran-kebenaran lainnya. Akibatnya pengetahuan non-legal menjadi dicurigai dan/atau sekunder. Makna pengalaman sehari-hari menjadi kurang penting bagi individu. Sebaliknya pengalaman-pengalaman sehari-hari perlu diterjemahkan ke dalam bentuk yang lain agar dapat menjadi isu "hukum" dan sebelum diproses lewat sistem hukum.²⁸

Gagasan tentang hukum sebagai sistem pengetahuan memang diperoleh Smart dari pemikir post-strukturalis Perancis, Michel Foucault.²⁹ Menurut Foucault, pengetahuan dan kekuasaan bukanlah dua entitas yang berbeda. Kebenaran

²⁷ *Ibid.*, hal. 19.

²⁸ *Ibid.*, hal. 11.

²⁹ *Ibid.*, hal. 6-14.

pengetahuan sebenarnya bukan masalah kesesuaian pikiran (teori) dengan realitas di luar pikiran, tapi masalah bagaimana sebuah *form of knowledge* ilmiah ataupun populer dibentuk oleh *aturan main khusus* yang berupa proposisi, dapat menyatakan diri dalam suatu perbincangan. Sehingga – kata Foucault – menerima atau menolak kebenaran sebuah proposisi ilmiah tertentu sebenarnya merupakan “...*the politics of the scientific statement*”. Dengan kata lain, kebenaran sebuah pengetahuan adalah masalah politik diskursus, alias masalah kekuasaan:

Tapi dalam hal ini yang terpenting bukanlah perubahan seperti itu dapat dipercepat atau diperluas, melainkan perluasan dan percepatan ini hanyalah menandakan sesuatu yang lain – yaitu sebuah modifikasi peraturan-peraturan mengenai formasi dari berbagai pernyataan yang diterima sebagai kebenaran ilmiah. Jadi, hal ini sama sekali tidak menyangkut perubahan isi (penolakan atas berbagai kesalahan masa lalu, perbaikan atas kebenaran masa lalu), ataupun perubahan bentuk teoritis (pembaharuan paradigma, modifikasi atas berbagai kebetulan sistematis). Ini merupakan sebuah pertanyaan tentang apa yang mengendalikan (*governs*) pernyataan-pernyataan, dan tentang cara mereka saling mengendalikan, sehingga membentuk seperangkat proposisi yang secara ilmiah dapat diterima, dan karenanya dapat diverifikasi atau difalsifikasi melalui prosedur ilmiah. Pendeknya, semua itu adalah masalah rejim, masalah politik pernyataan ilmiah.³⁰

Akibatnya seperti halnya berbagai pengetahuan lain yang dibentuk di era modern (era ketika – meminjam pernyataan Max Weber - pandangan dunia religius sudah kehilangan daya pesonanya karena dihadapkan pada rasionalitas subyek), kata Smart, hukum juga tidak akan pernah merupakan sistem yang utuh (*unified*) dan hanya mencerminkan kepentingan pria atau negara saja.³¹ Setidaknya hal ini terbukti dari ketidak-konsistenan para hakim dalam mencari alasan-alasan yang akan menjadi dasar keputusan mereka. Karena itu, ujar Smart, justru dengan menerima anggapan hukum sebagai sistem pengetahuan dan bukan sebagai sistem aturan, para feminis dapat mempersoalkan kuasa hukum dalam mendefinisikan identitas perempuan. Hal ini merupakan strategi mengguncang efek kuasa yang ditimbulkan oleh hukum terhadap mereka:

Namun setidaknya hal ini menunjukkan model yang sangat bermanfaat untuk mengetahui bagaimana kuasa dari hukum formal dapat di-*decentre*. (...) Karenanya feminis berkepentingan untuk terus mempersoalkan kuasa hukum melalui berbagai istilah hukum dalam mendefinisikan perempuan. Hal ini juga berarti mengungkap bagaimana hukum bekerja melalui mekanisme-mekanismenya secara terperinci. Tindakan ini (proses *de-centring* hukum:

³⁰Michel Foucault, “Truth and Power” dalam *Michel Foucault: Essential Works of Foucault 1954-1984*, vol. 3, James D. Faubion (ed.), London, Penguin Books, 2002, hal. 114.

³¹Carol Smart, “Legal Regulations or Male Control” dalam Carol Smart (ed.), *Law, Crime and Sexuality: Essays In Feminism*, London, Sage Publications, 1995, hal. 137-138.

DD) akan meningkatkan perlawanan terhadap hukum dan mungkin akan mengakibatkan pergeseran kuasa.³²

Secara lebih tegas Smart menyatakan, bahwa dengan men-*decentre* hukum berarti para feminis harus mulai mengurangi keinginan menggunakan hukum untuk mengatasi berbagai masalah yang mereka hadapi. Smart bahkan tidak setuju dengan perlunya membentuk teori hukum berperspektif feminis (*feminist jurisprudence*). Menurutnya penggunaan hukum untuk mengatasi berbagai masalah perempuan dan penciptaan teori hukum berperspektif feminis hanya akan menobatkan hukum di tingkat tertinggi dalam hirarki pengetahuan-pengetahuan (epistemologi).³³ Bagi Smart hal ini merupakan fetisisme terhadap hukum yang dapat menimbulkan efek *juridogenic* pada masyarakat. Efek *juridogenic* mirip dengan efek *iatrogenic* di dunia medis, yaitu penyakit baru yang ditimbulkan oleh penggunaan obat untuk menyembuhkan penyakit tertentu. Dengan kata lain efek *juridogenic* adalah:

(...) dalam menerapkan hukum kita mungkin menghasilkan berbagai efek yang membuat kondisi menjadi lebih jelek, dan dalam kondisi yang memburuk tersebut kita membuat kesalahan dengan mengasumsikan bahwa kita perlu menambah dosis legislasi.³⁴

Menurut Smart yang harus kita usahakan adalah tidak menjadikan berbagai persoalan perempuan sebagai semata-mata persoalan hukum. Hanya dengan cara ini, maka perlawanan feminis menjadi sangat mungkin di lontarkan dari luar arena hukum :

Saya tidak begitu yakin bahwa kita perlu mencari teori hukum berperspektif feminis (...). Melainkan kita harus menggeser, misalnya, pemahaman tentang perkosaan ke dalam dekonstruksi kritis terhadap pandangan heteroseksual naturalis. Perkosaan tak seharusnya diisolasi dalam 'hukum', tapi harus dikontekstualisasikan dalam wilayah seksualitas.³⁵

Begitulah, seperti yang dikatakan oleh Smart, sebagai sistem pengetahuan, hukum memang tidak hanya diterapkan untuk menyelesaikan kasus hukum, tapi terutama untuk mendiskualifikasikan kebenaran yang dihasilkan oleh berbagai ilmu pengetahuan lainnya dan pengalaman hidup konkrit seseorang atau kelompok orang tertentu. Misalnya, seorang perempuan tidak akan bisa menganggap tindakan seorang pria yang secara seksual telah meruntuhkan harga dirinya sebagai perkosaan, hanya karena - seperti yang diatur dalam hukum pidana - tindakan pria itu tidak dilakukan dalam bentuk penetrasi penis ke vagina.³⁶ Dengan memahami hukum sebagai sistem

³²Carol Smart, 1989, *op.cit.*, hal. 25.

³³ *Ibid.*, hal. 88-89.

³⁴ *Ibid.*, hal. 161.

³⁵ *Ibid.*, hal. 88

³⁶ *ibid.*

pengetahuan, maka feminis dapat melontarkan kritiknya terhadap hukum secara terbuka dari luar arena resmi hukum. Seperti yang dikatakan oleh Smart, feminis dapat menjadikan hukum sebagai situs perjuangannya dengan mengkritik materi-materi hukum yang patriarkis dan menawarkan pandangan alternatifnya. Namun demikian, seperti diuraikan di atas, Smart tidak setuju dengan upaya feminis membentuk teori hukum berperspektif feminis, karena hal ini sama saja dengan memperkuat posisi hukum dalam hirarki pengetahuan-pengetahuan dan hanya akan menimbulkan efek *juridogenic*.

≈

Saya setuju dengan anggapan Smart tentang ketidak-konsistenan hakim dalam mencari dasar bagi keputusan hukumnya maupun tentang hukum sebagai sistem pengetahuan. Namun, saya tidak setuju dengan anggapannya agar para feminis tidak terlalu mengharapkan hukum untuk menyelesaikan berbagai kasus yang dialami oleh perempuan dan bahkan lebih dari itu agar tidak membentuk teori hukum berperspektif feminis. Saya menganggap hal ini sebagai pesimisme Smart. Karena, mungkinkah dalam demokrasi kontemporer kehidupan bersama bisa ditata tanpa hukum? Bagaimana kehidupan tanpa hukum bisa membuat setiap orang yakin bahwa saat mewujudkan hak-hak pribadinya dia tidak sedang melanggar hak-hak orang lain, demikian juga sebaliknya, bagaimana dia merasa yakin bahwa hak-haknya tidak sedang dilanggar oleh orang lain? Pemikiran seperti ini akan membawa kita pada diskusi tentang "*hukum dan demokrasi*", "*proses pelegitimasi hukum dalam masyarakat majemuk*" atau tepatnya tentang "*legitimasi dan kontingensi hukum dalam masyarakat majemuk*" yang kiranya akan lebih tepat bila dibahas dalam tulisan lain. Tujuan saya membahas pemikiran Smart adalah untuk menunjukkan kekeliruan pemahaman teori positivisme hukum dan strategi yang lebih jelas bagi para feminis dalam mendekonstruksi hukum dan menjadikan hukum sebagai medium perlawanan terhadap patriarki maupun terhadap kecenderungan homogenisasi identitas perempuan. Anggapan Smart tentang hukum sebagai *sistem pengetahuan* setidaknya membuktikan secara lebih meyakinkan, bahwa hukum bisa dibuat untuk melindungi dan memberdayakan mereka yang secara sosial potensial menjadi korban, dan bahkan untuk melakukan perlawanan balik. Gagasan seperti ini barang tentu cocok dengan ide teori hukum feminis.

Untuk itu persoalannya adalah mungkinkah hukum sebagai sistem pengetahuan dapat sekaligus menjadi medium bagi perempuan (dan siapa saja) untuk mendefinisikan diri mereka sendiri agar kemajemukan identitas (seperti yang dibahas pada bagian 3) dapat terwujud? Untuk itulah kita perlu menengok kembali pada diskusi tentang "*yang lain*". Mengakui keberadaan "*yang lain*" (*the other, difference*) sebenarnya juga berarti mengakui, bahwa "*yang lain*" tak dapat diringkus dalam satu identitas tertentu yang homogen. Sebab "*yang lain*" akan selalu hadir tanpa batas. Sebagai "*yang lain*" dari pria, identitas perempuan akan bersifat majemuk tanpa batas. Jadi, perempuan tidaklah homogen.

Untuk itu - seperti dinyatakan oleh Patricia Cain³⁷ - perlu dibentuk sistem hukum yang demokratis yang memungkinkan setiap individu perempuan dapat mendefinisikan diri mereka sendiri. Dengan kata lain sistem hukum yang memungkinkan perbincangan.³⁸ Pendefinisian diri "*yang lain*" ini tak dapat lagi dilakukan secara sentralistis (otoriter) oleh kelompok feminis tertentu ataupun oleh negara, tapi melalui metode yang sangat populer di kalangan feminis, yaitu "peningkatan kesadaran" (*consciousness raising*). Melalui "peningkatan kesadaran" seorang yang tidak atau kurang tahu akan menjadi lebih tahu. Untuk itu hukum harus menganggap perbincangan dan mendengarkan sebagai hak.³⁹

Pada titik ini menarik untuk membedakan metode "peningkatan kesadaran" yang ditawarkan oleh Cain dengan yang ditawarkan oleh para Marxis. Metode "peningkatan kesadaran" Marxis bersifat doktriner, karena - dengan mendasarkan diri pada doktrin (ajaran) Karl Marx tentang "jalan menuju sosialisme" - seseorang atau sekelompok orang yang merasa sudah sadar dengan doktrin tersebut (memiliki kesadaran *class-for-itself*) akan mentransformasikan kesadaran orang-orang yang masih bersifat *class-in-itself*. Jadi tradisi Marxisme menganggap ada seseorang atau sekelompok orang yang merasa diri sudah sadar untuk kemudian menyadarkan individu atau kelompok lain yang dianggap belum sadar. Sementara menurut Cain dalam proses "peningkatan kesadaran", perbincangan yang berlangsung antara konselor dan kliennya bersifat *open-ended*. Sehingga pada akhirnya baik konselor maupun kliennya sama-sama memiliki kesadaran baru sebagai feminis, yaitu sebuah kesadaran yang tidak *fixed*, tapi yang akan terus diperbaharui sesuai dengan diskursus yang ada. Jadi dalam metode "peningkatan kesadaran" dari Cain tak ada pihak yang sebelumnya merasa sudah sadar (konselor) yang berhadapan dengan pihak yang dianggap atau menganggap diri belum sadar (klien). Tentang hal ini Cain menulis sebagai berikut:

Peningkatan kesadaran adalah menyuarakan pengalaman yang tak dikenal dari perempuan (*the unknown in women's experience*). Peningkatan kesadaran memungkinkan kisah-kisah yang bersifat personal dan privat. Peningkatan kesadaran akan menghasilkan pengetahuan baru, yaitu dengan menyingkap sesuatu yang tak diketahui (*by making known the unknown*). Teori-teori hukum yang mendukung peningkatan kesadaran tak hanya perlu memasukkan teori-teori yang melindungi perbincangan, tapi juga teori-teori yang mendukung hak untuk mendengarkan, terutama mendengarkan (secara temporer) berbagai hal yang sebelumnya dibungkam. (...) Kita harus membentuk teori-teori hukum feminis untuk tujuan menyingkap berbagai hal yang dibungkam tersebut. Pada saat yang sama, teori-teori harus mencerminkan kewajiban kita untuk mendengarkan dan secara positif berpartisipasi dalam pembentukan identitas diri pihak lain. Teori-teori kita ini tidak dapat didasarkan pada berbagai definisi yang

³⁷ Patricia Cain, "Feminism and the Limits of Equality" dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *op.cit.*, hal. 244-246.

³⁸ *ibid.*, hal. 245.

³⁹ *ibid.*

membatasi pembentukan identitas diri pihak lain. Kita harus mengutamakan interaksi kita dengan yang lain, dan kita harus juga senantiasa terbuka terhadap kebenaran kisah pengalaman pihak lain. (...). Jadi, kita perlu membangun teori-teori hukum feminis yang mendukung penceritaan kebenaran individual kita, maupun teori-teori hukum feminis yang melindungi ruang bersama kita dengan yang lain saat kita membentuk *identitas kita*.⁴⁰

Saya kira metode “peningkatan kesadaran” ini (seharusnya) sudah diterapkan di Indonesia, yaitu oleh *Women Crisis Centre*, LBH Perempuan ataupun Ruang Pelayanan Khusus (RPK) di kantor-kantor kepolisian. Melalui ketiga lembaga tersebut perempuan korban kekerasan dapat secara terbuka menceritakan pengalaman mereka kepada para pendamping dan polisi perempuan (RPK). Melalui metode penceritaan dan diskusi tersebut diharapkan mereka dapat mengetahui hak-haknya dan langkah selanjutnya yang harus ditempuh. Seperti yang dinyatakan Cain dalam kutipan di atas, melalui metode “peningkatan kesadaran” setiap individu perempuan dapat mencapai kebenaran tentang dirinya dan sekaligus mencapai solidaritas dengan sesama perempuan.

5. Penutup

Netralitas dan obyektivitas hukum yang diandaikan oleh teori positivisme hukum dalam prakteknya terbukti membenarkan marginalisasi perempuan dan berbagai kelompok minoritas lainnya. Sebab melalui anggapan tentang hukum yang memiliki logika internal dan tertutup, maka hukum justru hanya melegitimasi “kebenaran” patriarkis tentang norma hubungan pria dan perempuan yang berlaku di masyarakat, maupun “kebenaran” rasial tertentu, “kebenaran” ideologi orientasi seksual tertentu, dan lain sebagainya.

Kritik feminisme tahun 1970-an terhadap netralitas dan obyektivitas hukum memang sangat meyakinkan, namun solusi yang mereka tawarkan, yakni “*perlakuan setara*” dan “*perlakuan istimewa*” (*affirmative actions*) secara tidak kritis justru membenarkan asumsi dasar patriarki tentang hubungan dikotomis dan hirarkis antara ruang publik (tempat kerja, pria) dan ruang privat (rumah tangga, perempuan). Akibatnya ketika hendak memasuki ruang publik untuk bekerja, perempuanlah yang harus menyesuaikan diri entah melalui “*perlakuan setara*” atau “*perlakuan istimewa*”. Hal ini berarti mengasimilasikan atau menyamakan status gender perempuan dengan pria. Dikira metode asimilasi atau penyamaan ini akan membuat perempuan bisa setara dengan pria, padahal yang terjadi adalah perempuan harus mengikuti dan menundukkan diri pada dunia pria.

Muncullah pandangan yang lebih kritis, yaitu yang melihat perempuan sebagai “*yang lain*” (*the other, the difference*) dari dunia yang telah ditata secara patriarkis. Dalam cara pandang ini diandaikan saat pria membentuk dunianya, sebenarnya secara otomatis pria juga membentuk “*dunia lain*” agar dapat membedakan diri darinya. Dengan kata lain, perempuan sebagai “*yang lain*”

⁴⁰*ibid.*

harus diandaikan kebenarannya dan tidak dapat begitu saja dianggap sebagai anomali, ancaman ataupun sesuatu yang inferior. Cara pandang tentang “*yang lain*” di luar strategi asimilasi atau penyamaan ini akan membantu perumusan strategi membela “*yang lain*” dan menata ulang ruang publik dan ruang privat agar keduanya dapat menjadi tempat yang nyaman bagi pria dan perempuan untuk membentuk identitas dirinya dan berkarya.

Gagasan tentang perempuan sebagai “*yang lain*” kemudian juga melahirkan gagasan, bahwa identitas perempuan baik secara individual maupun secara bersama tidak homogen. “Musuh” perempuan bukan hanya patriarki, tapi juga kecenderungan untuk menganggap setiap perempuan memiliki pengalaman yang sama. Jadi “musuh” perempuan yang baru adalah kecenderungan homogenisasi pengalaman dan identitas individual perempuan. Pada titik inilah teori hukum feminis bergerak dari anggapan tentang hukum sebagai sistem peraturan, menjadi hukum sebagai sistem pengetahuan. Hanya melalui cara ini hukum dapat menampung berbagai kebenaran pengetahuan tentang pengalaman dan identitas diri. Dengan demikian, teori hukum yang berperspektif feminis adalah teori hukum yang memungkinkan setiap perempuan dan setiap orang yang potensial menjadi korban membentuk identitasnya sendiri, dan bahkan melakukan perlawanan balik terhadap berbagai upaya yang hendak menindasnya. Dan hanya teori hukum seperti inilah yang sesuai dengan metode “peningkatan kesadaran” (*consciousness raising*) yang selama ini telah menjadi metode feminis.

KEPUSTAKAAN

- Benhabib, Seyla, "The Democratic Moment and the Problem of Difference" dalam Seyla Benhabib (ed.), *Democracy and Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1996.
- Budi Hardiman, F., *Melampaui Positivisme dan Modernitas: Diskursus Filosofis tentang Metode Ilmiah dan Problem Modernitas*, Yogyakarta, Kanisius, 2003.
- Cain, Patricia A., "Feminism and the Limits of Equality" dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993.
- Cain, Patricia A., "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories" dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993.
- Finley, Lucinda M., "Transcending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate" dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993.
- Foucault, Michel, "Truth and Power" dalam *Michel Foucault: Essential Works of Foucault 1954-1984*, vol. 3, James D. Faubion (ed.), London, Penguin Books, 2002.
- Harkrisnowo, Harkristuti, "Hukum Pidana dan Kekerasan Terhadap Perempuan" dalam Achie Sudiarta Luhulima (ed.), *Pemahaman Bentuk-Bentuk Tindak Kekerasan Terhadap Perempuan dan Alternatif Pemecahannya*, Jakarta, Kelompok Kerja Convention Watch dan Pusat Kajian Wanita dan Gender UI, 2000.
- Honderich, Ted (ed.), 1995, *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- Katjasungkana, Nursyabani, "Aspek Hukum Kekerasan Terhadap Perempuan" dalam *Potret Perempuan: Tinjauan Politik, Ekonomi, Hukum di Zaman Orde Baru*, Yogyakarta, PSW UMY dan Pustaka Pelajar, 2001.
- Kreiger, Linda J. and Cooney, Patricia N., "The Miller-Wohl Controversy: Equal Treatment, Positive Action and the Meaning of Women's Equality" dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993.
- Lloyd, Dennys, *The Idea of Law*, Harmondsworth, Penguin Books, 1973.

- Minow, Martha, "Feminist Reason: Getting It and Losing It" dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993.
- Smart, Carol, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, 1989.
- Smart, Carol, "Legal Regulations or Male Control" dalam Carol Smart (ed.), *Law, Crime and Sexuality: Essays In Feminism*, London, Sage Publications, 1995.
- Tubbs, Margot, "Feminism and Legal Positivism" dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory, Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993.
- Williams, Wendy W., "Equality's Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment/Special Treatment Debat" dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory, Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993.