

Roberto Mangabeira Unger

**ANALISIS HUKUM:
BAGAIMANA SEHARUSNYA?**

HuMa

Roberto Mangabeira Unger

**ANALISIS HUKUM:
BAGAIMANA SEHARUSNYA?**

*Pengantar dan Penterjemah:
Al. Andang L. Binawan*

Judul Asli:

What Should Legal Analysis Become? Roberto Mangabeira Unger. 1996. Verso.

Penterjemah:

Al. Andang L. Binawan

Diterbitkan oleh:

Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum
Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa)

Jln. Jati Mulya IV No. 21, Jati Padang Pasar Minggu, Jakarta 12540

Tlp. +62 (21) 78845871, Fax. +62 (21) 7806094

Email. huma@huma.or.id, huma@cbn.net.id

Homepage. <http://www.huma.or.id>

Diterbitkan Untuk Kalangan Terbatas

Publikasi ini diterbitkan oleh Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa) atas dukungan dari The Ford Foundation. Opini yang diekspresikan oleh penulis/pembuatnya di sini bukan merupakan cerminan ataupun pandangan dari The Ford Foundation.

PENGANTAR SINGKAT DARI PENTERJEMAH

Unger, atau lengkapnya Roberto Mangabeira Unger, adalah seorang profesor hukum di Universitas Harvard, salah satu universitas yang sangat prestisius di dunia ini. Dia adalah putra kelahiran Brazil. Ia pun tumbuh disana, tetapi kemudian 'mengungsi' ke Amerika Serikat. Dia memang tumbuh dewasa dalam konteks ketidak-adilan ekonomi yang sangat akut. Pada waktunya, konteks ini sangat mempengaruhi keprihatinannya, yang sangat tercermin dalam karya-karyanya. Pendeknya, yang menjadi menjadi pokok perhatiannya adalah adanya jaminan struktural bagi terpenuhinya hak pribadi secara adil. Yang kemudian menjadi masalah besar adalah bahwa sekarang ini cita-cita terbentur pada dinding-dinding struktur sosial yang dikeramatkan. Supaya masyarakat mendapatkan keadilan yang didambakan, dia mengajak untuk menyimak struktur-struktur sosial dengan lebih baik dan melihat kemungkinan-kemungkinan lain yang sebenarnya mungkin, tetapi sementara ini tertutup oleh pemujaan terhadap struktur yang ada dan yang sudah mapan. Ia berharap bahwa kita lalu bisa mereka-ulang struktur masyarakat tadi dan membuat yang baru, yang lebih adil tentunya.

Dengan kata lain, struktur masyarakat adalah konstruksi sosial, bukan sesuatu yang datang dari langit dan dikeramatkan. Struktur sosial itu, dalam kaca-mata Unger, sementara (*contingent*), tidak ada yang memang seharusnya begitu atau bersifat 'alamiah' (seperti yang dipahami pengikut *necessitarianisme*¹). Tidak ada yang tabu dalam hal ini. Karena itu, struktur sosial masyarakat bisa di-dekonstruksi dan di-rekonstruksi. Hanya saja, dia tidak setuju dengan dekonstruksi dan rekonstruksi melalui revolusi, seperti yang banyak dipahami kaum Marxis. Di lain pihak, dia juga tidak setuju dengan penyesuaian-penyesuaian struktural dari atas yang tetap saja menyembunyikan wajah ketidak-adilan yang ada. Yang dia harapkan adalah perbaikan terus-menerus, dengan upaya dan percobaan kecil-kecil, yang dilakukan oleh masyarakat sendiri. Selain itu, baginya, perbaikan sosial harus datang dari bawah.

Ada tiga bidang sosial yang menggendong takhyul-takhyul itu, yaitu bidang politik, bidang ekonomi, khususnya pasar, dan bidang masyarakat sipil. Dalam bidang politik ia mencoba mempertanyakan model-model demokrasi perwakilan yang sering dipandang sebagai satu-satunya jalan yang rasional untuk berdemokrasi, karena kenyataannya pandangan-pandangan pragmatis mereka yang dianggap mewakili rakyat itu justru mereduksi makna politik yang sesungguhnya. Dalam bidang ekonomi, Unger sangat tajam mencermati dinamika ekonomi pasar dan penyesuaian-penyesuaian yang dilakukan demi tetap berlangsungnya dinamika itu, yang sebenarnya secara langsung mengakibatkan peminggiran sosial. Dengan tajam pula dia mengkritik kekeramatan hak milik individual. Selanjutnya, dalam masyarakat sipil ia melihat

¹ *Necessitarianisme* adalah kira-kira bisa dikatakan sebagai suatu paham yang memandang bahwa hanya ada satu sarana terbaik untuk menempuh suatu tujuan atau memecahkan masalah. Sarana itu lalu cenderung dilihat sebagai sesuatu yang inheren, apa adanya dan alamiah, seperti yang terjadi dalam hukum alam.

adanya pembungkaman yang sistematis, dan karena itu dia sangat mendesak adanya pembagian kekuasaan kepada rakyat kebanyakan ini supaya peran politik mereka sungguh diperhitungkan. Latar-belakang inilah yang perlu diperhatikan baik-baik untuk memahami dinamika buku ini. Secara lebih rinci dia menguraikan keprihatinan dasar ini pada bab 1 sampai 5 dari bukunya. Bab-bab selanjutnya akan berbicara lebih fokus tentang penafsiran hukum.

Sebelum memberi catatan singkat untuk bab-bab selanjutnya, perlu dicatat bahwa keprihatinan dasar itulah yang secara mencolok tampil dalam karya-karyanya. Ia mencoba membongkar takhyul tentang kekeramatan struktur sosial itu dari berbagai sisi, khususnya dari sisi politik, ekonomi dan hukum. Selain buku ini, Prof. Unger telah menulis banyak buku, misalnya *Knowledge and Politics* (1976), *Law in Modern Society* (1977), *The Critical Legal Studies Movement* (1986), *False Necessity: Antinecessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy* (1987), *Social Theory: Its Situation and Its Task: A Critical Introduction* (1988), *Politics: A Selection* (1997), *Democracy Realised: The Progressive Alternative* (2000). Dengan karya-karyanya ini, terutama karena perhatian besarnya pada masalah hukum, dia menjadi tokoh yang sangat diperhitungkan dalam gerakan studi hukum kritis (*critical legal studies movement*), dan dalam kapasitasnya sebagai seorang intelektual ia pun pernah menjadi penasihat tidak resmi presiden Brasil Fernando Henrique Cardoso.

Bisa dikatakan bahwa buku ini (yang berjudul asli *What Should Legal Analysis Become?*, diterbitkan tahun 1996 oleh penerbit Verso), dalam keprihatinan dasarnya, tetap senada dengan bukunya yang lain. Hanya saja, yang berbeda adalah fokusnya, yang pada gilirannya menentukan pula beberapa alternatif yang bisa diusulkan. Buku ini memfokuskan diri pada masalah hukum. Karena itu, yang mau diulas oleh Unger adalah jebakan-jebakan dalam dunia hukum, khususnya dalam masalah analisis hukum yang melatar-belakangi suatu penafsiran hukum, yang semakin menjerat sebagian masyarakat dalam ketidak-adilan. Untuk membongkar jebakan-jebakan ini Unger mengajak kita untuk menyimak dinamika penafsiran hukum dengan lebih teliti.

Ia menguraikan hal ini pada bab 6 sampai bab 19. Tema tentang analisis hukum itu dibagi menjadi dua bagian besar, yaitu bab 6-14 dan bab 15-19. Salah satu pengandaian dasarnya adalah memandang hukum sebagai sebuah kompromi sosial. Hanya saja Unger tidak mau berhenti disini saja. Dia mengandaikan bahwa sebenarnya kompromi yang diambil itu hanyalah salah satu pilihan dari banyak yang lain. Kompromi yang diambil bukanlah satu-satunya cara, apalagi satu-satunya model, bagi tercapainya suatu tujuan. Di situ pulalah letak tidak keramatnya suatu rancangan sosial. Dengan ini cukup jelas bagi kita bahwa sebenarnya tidak tertutup kemungkinan bagi kita untuk menyimak dan kemudian merambah jalan alternatif itu. Sehubungan ini semua persoalan tentang cara dan arah menafsirkan hukum menjadi begitu menentukan.

Pada bab 6-15 dia menguraikan secara rinci pola lama yang sudah berkembang dan diterima oleh banyak sistem demokrasi, yaitu suatu model penafsiran hukum yang biasa disebut sebagai analisis hukum yang merasionalisasikan (*rationalizing legal analysis*), dengan tekanan pada kata 'merasionalisasikan' itu. Yang dimaksud dengan analisis hukum yang merasionalisasikan ini adalah sebuah gaya analisis yang menerapkan suatu pemahaman yang koheren dan komprehensif atas hukum yang sebenarnya hanyalah kepingan-kepingan kompromi yang tidak saling terkait dengan ketat. Yang menjadi pengikatnya adalah kebijakan-kebijakan dan prinsip-prinsip umum, sehingga hukum menjadi tampak punya arah dan tujuan yang jelas. Itu pulalah yang dimaksud dengan 'merasionalisasikan.'

Memang, analisis model ini sudah berbeda dengan gaya analisis hukum abad kesembilan-belas yang berambisi mencari suatu hukum yang alamiah dan konstitutif, dan yang juga bersifat netral, bagi kehidupan sosial. Hanya saja, dalam pandangan Unger, analisis hukum yang merasionalisasikan ini mempunyai kelemahan, yaitu belum bisa beranjak dari fokus pemenuhan hak ke arah suatu transformasi struktur-struktur institusional. Dengan lain kata, analisis hukum

yang merasionalisasikan masih terjebak dalam struktur institusional yang ada dan yang sudah mapan, atau secara tidak langsung masih terjebak dalam suatu bentuk pemujaan institusional.

Jebakan idealisme konservatif ini pulalah yang membuat pemikiran hukum kontemporer terpasung, sehingga tidak bisa berkembang. Memang pernah ada upaya-upaya untuk mengembangkannya, tetapi masih belum terlalu berkembang, apalagi tidak ada agen yang memenuhi syarat untuk itu. Selain itu, sebagai perkembangan kontemporer, analisis hukum yang merasionalisasikan ini pun belum melihat pluralisme kelompok kepentingan sebagai sesuatu yang juga perlu diperhitungkan di dalam penafsiran hukum, bukan hanya pada saat pembuatan dan perumusannya saja.

Menurut Unger, perkembangan analisis hukum ini mempunyai empat lapis akar yang menentukan, yaitu (1) prasangka terhadap analogi, (2) penegakan tata kekuasaan hak-hak, (3) reformisme progresif pesimistis dan (4) peran hakim yang begitu menentukan. Bagi penganut analisis hukum yang merasionalisasikan, analogi bukan suatu cara analisis yang mengikut alur logika yang jernih dan saling terkait. Selanjutnya, analisis gaya inilah yang menurut mereka akan bisa menjamin tegaknya tata kekuasaan hak, yang berarti terjaminnya pemenuhan hak-hak individu secara efektif. Karena fokusnya adalah pemenuhan hak, gaya analisis ini tidak melihat pentingnya perbaikan struktur secara menyeluruh. Karena itu, sifatnya menjadi konservatif, dan juga pesimistis karena tidak bisa menghindarkan adanya peminggiran, apalagi golongan yang berkuasa tetap saja akan diuntungkan.

Yang juga menjadi keberatan Unger atas analisis hukum yang merasionalisasikan ini adalah begitu besarnya peran hakim di dalamnya. Dengan model penafsiran ini hakim seolah menjadi pemain tunggal yang bisa memberi 'jiwa' pada hukum. Menurut Unger, dengan kaca-matanya yang radikal, hal ini tentu saja membawa kelemahan karena pluralitas kepentingan tidak mendapatkan tempatnya. Karena itulah Unger ingin agar wacana penafsiran ini 'direbut' kembali oleh rakyat kebanyakan. Diharapkan, dengan itu, masyarakat bisa ikut berperan aktif dalam menafsirkan hukum, dan kemudian bisa merancang dan membentuk kehidupan sosial yang lebih adil. Dengan kata lain, Unger berharap bahwa masyarakat lalu terdorong untuk melakukan suatu kehidupan sosial melalui suatu analisis hukum 'dari bawah' itu supaya dapat menemukan variabel-variabelnya. Pada gilirannya, berdasarkan temuan-temuan itu, bisa dilakukan percobaan-percobaan kecil atau eksperimen-eksperimen tentang bentuk-bentuk kehidupan sosial yang baru, yang berbeda dengan yang sudah ada.

Setelah menguraikan situasi yang sekarang berkembang tentang penafsiran hukum itu, yang menurut Unger menjadi gejala yang memprihatinkan, dia lalu mengusulkan cara untuk keluar dari jebakan itu dan melakukan transformasi atau perubahan atas situasi itu. Itulah yang dibahasnya pada bab 15-19. Sebagai langkah awal, Unger menggaris-bawahi pentingnya suatu *kenosis*, yaitu suatu bentuk pengosongan diri dari segala macam pengaruh yang sudah ada, yang ternyata tidak memberi peluang yang demokratis seperti yang dicita-citakannya. Dengan pengosongan diri ini lalu diharapkan adanya suatu kesiap-siagaan terhadap hal-hal baru yang ditawarkan.

Setelah *kenosis* itu, Unger mengusulkan imaginasi institusional sebagai salah satu cara yang penting dalam upaya melakukan transformasi itu, supaya kaitan yang erat antara cita-cita dan kepentingan-kepentingan dengan rancangan-rancangan sosialnya. Dengan kata lain, yang diimajinasikan adalah masa depan alternatif, yang dibangun bukan dalam ruang hampa, melainkan berdasar analisis terhadap realitas sekarang ini: melihat unsur-unsurnya dan menata ulang unsur-unsur kehidupan sosial itu. Ia mengajak kita untuk menyadari keterjebakan kita dalam takhyul-takhyul yang berhubungan dengan institusi-institusi sosial dan juga teori-teori penopangnya. Cara ini tidak bisa dilepaskan dari dua langkah penting yang perlu diikuti untuk mendukungnya, yaitu pemetaan dan kritik. Pemetaan adalah sebuah upaya menganalisis struktur masyarakat secara rinci. Yang disimak adalah pengaruh timbal balik antara rancangan-rancangan institusional dengan program-program yang bisa atau tidak bisa diwujudkan. Dari sini dilihat sejauh mana ada ketidak-sesuaian antara keduanya. Hal-hal inilah yang kemudian dikritisi.

Ada dua alat bantu yang penting untuk melakukan imaginasi institusional ini, yaitu ekonomi politik dan analisis hukum. Kedua bidang ilmu ini perlu dimaksimalkan. Karena itu dapatlah dipahami bila Unger mencoba ‘meradikalisasi’ analisis hukum itu. Memang, hukum kontemporer sudah berbeda dengan ambisi hukum abad kesembilan-belas, tetapi hukum kontemporer itu pun menurut Unger masih terjebak dalam kemungkinan tunggal suatu alur logika hukum, atau dengan kata lain belum memberi peluang pada adanya alternatif lain atau pada pluralisme penafsiran.

Berdasarkan imaginasi itulah Unger memberi tiga usulan jalan alternatif yang mungkin,, yang masing-masing diberinya catatan keunggulan dan kelemahannya. Yang pertama disebutnya demokrasi sosial yang diperluas, yaitu suatu bentuk ‘radikalisasi’ demokrasi dengan sungguh-sungguh meletakkan perhatian pada peran politik individu. Salah satu kata kuncinya adalah ‘politik harus menjadi kecil supaya individu bisa menjadi besar.’ Sayangnya, program semacam ini akan mengalami, salah satunya, ketegangan antara komitmen egalitarian-nya dengan konservatisme institusionalnya. Yang kedua adalah poliarkhi radikal, yaitu suatu transformasi masyarakat ke dalam konfederasi komunitas-komunitas. Yang bisa menjadi problem dari program ini antara lain adalah ketegangan antara ikatan kelompok yang memang dikehendaki dengan kesetiaan pada suatu kelompok yang tampak menarik perhatian, seperti misalnya ikatan kesukuan. Selain itu, juga ada ketegangan dengan kecenderungan ekspansionisnya. Yang ketiga adalah demokrasi mobilisasional. Berbeda dengan alternatif pertama, demokrasi mobilisasional ini meletakkan panggung politiknya pada masyarakat secara keseluruhan, yang memungkinkan adanya kritik dan perubahan institusi dan struktur yang sudah ada. Yang bisa menjadi ketegangan adalah kadang perlu ditariknya pembicaraan tentang hak-hak asasi dalam agenda politik jangka pendek, dan juga ketegangan antara keutamaan politik dengan politik yang real.

Akhirnya, pada bab 20 meletakkan lagi arti penting imaginasi institusional itu di tengah ketegangan antara rasionalisme dan historisisme. Bisa dikatakan bahwa dengan imaginasi institusional itu kita diharapkan tidak terjebak dalam utopi rasionalisme dan terseret arus nasib dalam historisisme. Imaginasi institusional ini pulalah yang akan membawa kita menjadi seorang visioner yang realis, karena kita berpijak pada suatu analisis atas kenyataan. Hal itulah yang ditegaskan Unger dalam bab 21.



Setelah menyimak seluruh alur gagasan Unger, dapatlah alur itu diringkas dengan mengatakan bahwa hukum sebagai sebuah kompromi sosial, yang ternyata lebih cenderung ditafsirkan sebagai penjamin ketertiban sosial, telah memasung keadilan yang seharusnya juga dijaminnya. Hukum sebagai penjamin ketertiban pada kenyataannya memang lebih menjadi penjaga status-quo dan menjadi kedok yang bagus atas ketidak-adilan yang terjadi. Karena itulah Unger mengharapka agar hukum bisa berubah arah, dari cenderung memperhatikan ketertiban ke arah perhatian terhadap keadilan. Hal itu bisa dilakukan dengan mencermati banyak alternatif yang mungkin dan berani melakukan percobaan-percobaan kecil demi perubahan yang lebih besar.

Memang, meski tampaknya gampang saja diringkas, membaca buku Unger ini bukan perkara yang gampang. Harus diakui bahwa buku Unger ini sangat sulit dipahami. Setidaknya, ada tiga hal yang menyulitkan. Pertama, abstraksinya sangat tinggi. Dia mengandaikan bahwa pembaca mempunyai pemahaman yang cukup tentang dinamika sosial-politik dan sosial-ekonomi masyarakat, dengan seluruh terminologi teknisnya. Apalagi, contoh-contoh yang diambil adalah perekonomian Amerika Serikat dan juga Eropa. Kedua, gaya uraiannya, meski cukup runtut,

tidak gampang diikuti karena cukup berbelit. Ketiga, dia suka sekali memakai kalimat yang panjang-panjang, termasuk dengan banyak inversi, sehingga perlu kehati-hatian dan kejelian dalam membacanya. Selain itu, dari sisi bahasa ini pun Unger suka memberi kata sifat yang banyak dan berkaitan pada satu kata benda. Hal ini sangat menyulitkan terjemahannya dalam bahasa Indonesia. Karena alasan inilah beberapa kalimat dalam buku asli Unger dipotong dan dibahasakan kembali supaya lebih gampang dipahami, dengan resiko adanya pergeseran makna. Tetapi, itulah resiko suatu terjemahan: *traductor traditor est*, kata orang Latin, atau *a translator is a traitor!* Untuk meminimalkan tingkat ‘pengkhianatan’ itu pulalah masih banyak kalimat yang tetap dipertahankan strukturnya sesuai dengan aslinya. Untuk hal lain, sengaja saya menomori bab-bab yang dibuat Unger, juga supaya lebih mudah diikuti. Aslinya tidak ada penomoran dalam bab-bab itu.

Meski begitu, mengingat pentingnya penekanan kembali aspek keadilan dalam hukum perlulah buku Unger ini dibaca dan dicermati, khususnya oleh para ahli hukum dan juga para peminat hukum, dengan harapan bahwa putik keadilan bisa lebih tumbuh di negeri ini juga!



Roberto Mangabeira Unger

ANALISIS HUKUM: BAGAIMANA SEHARUSNYA?

POKOK BAHASAN DAN RENCANA BUKU INI

Perdebatan tentang syarat-syarat dasar kehidupan sosial sudah makin jauh dari arena politik dan filsafat 'kuno.' Saat ini perdebatan itu hanya ada dalam genggamannya para spesialis. Akibatnya, perdebatannya menjadi makin sempit dan makin sulit dipahami. Karena itu, perdebatan itu harus kita simak baik-baik, supaya kemudian bisa dibawa kembali ke wilayah kehidupan sosial yang lebih luas.

Supaya kita bisa lebih leluasa membuat masa depan alternatif bagi masyarakat, kita harus bisa membayangkannya dan membicarakan kemungkinan-kemungkinannya. Diharapkan, dengan itu kita bisa melakukannya dengan jelas dan dengan penuh pertimbangan. Kita pun harus masuk dalam wilayah pemikiran dan praktek yang telah terspesialisasi di tangan para spesialis tadi, supaya juga bisa membayangkannya dan membicarakannya secara efektif. Spesialisasi-spesialisasi itu harus kita ubah dari dalam, dengan cara mengubah hubungannya dengan pembicaraan yang terbuka untuk umum dalam sebuah demokrasi. Kita pun harus mengajak para spesialis itu melepaskan sebagian otoritas mereka yang cukup besar, yang sebenarnya bukan hanya hak mereka saja. Selain itu otoritas yang keliru ini pun harus kita ubah, supaya menjadi sebuah pola kerjasama yang baru antara para pakar teknis dan masyarakat kebanyakan.

Buku ini menawarkan sebuah contoh upaya untuk memasuki, dan membentuk kembali dari dalam, sebuah wilayah teknis: hukum dan analisis hukum. Buku ini mulai dari sebuah pertanyaan bagaimana kita bisa mengubah sebuah analisis hukum sehingga bisa memenuhi panggilannya yang utama dalam sebuah masyarakat yang demokratis dan tercerahkan. Tujuannya adalah memberi informasi pada kita, sebagai warga-negara, dalam upaya membayangkan masa depan alternatif kita sendiri dan memperdebatkannya. Pokok bahasan ini begitu penting dan waktunya pun makin mendesak.

Dalam demokrasi industrial barat kontemporer, seperti juga dalam kebanyakan masyarakat di waktu lampau, hukum dan pemikiran hukum menjadi sarana penting bagi cita-cita peradaban untuk mewujudkan diri dalam bentuk institusional yang terinci. Dalam hukum dan pemikiran hukum, cita-cita (pada tataran ideal) harus ada bersama-sama dengan kepentingan-kepentingan (pada tataran real). Perpaduan antara keduanya harus diwujudkan-nyatakan dalam perencanaan praktis. Dalam hal ini, doktrin hukum memberi sebuah cara untuk mengutarakan dan mendiskusikan rancangan-rancangan ini, yang pada gilirannya memungkinkannya untuk bertahan dan berkembang dari hari ke hari dan dari kontroversi ke kontroversi. Masalahnya, bagaimanakah kita bisa mendapatkan sebuah penyelesaian institusional dan ideologis yang dibuat dengan suatu cara yang bisa menghargai kemungkinan-kemungkinan transformatifnya, dan juga yang bisa memberi kekuatan pada kita untuk merumuskan masa depan dan membebaskan kita dari takhyul-takhyul tentang masa kini?

Saat ini pertanyaan-pertanyaan di atas makin mendesak. Kita hidup dalam sebuah jaman yang sering menuduh pemikiran-pemikiran tentang resiko-resiko alternatif sosial sebagai sebuah ilusi romantis yang akan membawa orang ke malapetaka historis. Kita tidak lagi terikat pada makna-makna lunak yang melekat pada kata-kata yang keras di masa silam. Karena itu kita harus menemukan kembali makna-makna itu dalam variasi-variasi kecil. Di situ, secara tradisional pemikiran hukum telah mempercepat suatu permulaan dari alternatif-alternatif yang lebih besar, yang tidak lagi kita temukan di tempat yang biasa.

Dalam buku ini, tujuan menentukan rencana. Buku ini dimulai dengan mengembangkan suatu ruang yang menguntungkan yang sifatnya ekperimentalis dan demokratis. Ruang itu bisa menjadi tolok ukur dari suatu penilaian atas kesempatan-kesempatan intelektual dan politis masa kini. Yang mula-mula akan didiskusikan adalah mengapa imaginasi institusional membutuhkan alat-alat baru, dan pekerjaan apa yang dapat diharapkan untuk kita jalankan dengan alat-alat baru itu. Buku ini lalu berpaling pada hukum dan pemikiran hukum sebagai sebuah sumber dari alat-alat tadi. Yang mula-mula dibuat adalah menunjukkan bagaimana kecerdasan asli dari pemikiran hukum kontemporer, yang potensi demokratisasinya tidak terwujud, masih tetap terperangkap dalam suatu kerangka yang dipaksakan oleh struktur-struktur dan takhyul-takhyul institusional. Untuk menghadapi struktur-struktur dan takhyul-takhyul ini, disusunlah argumentasi untuk menyimak apa yang dengan cepat bisa menjadi metode analisis hukum yang paling berpengaruh di seluruh dunia, yaitu yang saya sebut sebagai analisis hukum yang merasionalisasikan (*rationalizing legal analysis*).

Yang akan disimak dalam buku ini, dari beberapa sudut tinjau yang kumulatif dan dialektik (bukan sekedar yang sistematis dan linear), adalah sifat-sifat, akibat-akibat dan kemungkinan-kemungkinan transformatif dari metode ini. Dengan makin dalamnya pemahaman tentang praktek analitis ini, kita mulai bisa melihat bagaimana mengarahkan kembali metode itu supaya bisa mewujudkan keadilan yang lebih utuh pada kejeniusan hukum kontemporer. Selain itu, diharapkan pula bahwa hal itu bisa memberi sumbangan yang lebih baik pada komitmen-komitmen kaum eksperimentalis dan demokratis. Bagian akhir buku ini memberi saran bagaimana kita dapat mewujudkan-nyatakan praktek analisis hukum ini dengan mencermati berbagai hambatannya supaya bisa memperoleh kemajuan proyek demokratis, yang dibuat melalui perubahan institusional yang kumulatif.

Dengan kata lain, buku ini berbicara tentang bagaimana mewujudkan-nyatakan harapan menjadi pemahaman yang baru (*insight*). Hubungan antara pencerahan dalam masyarakat dengan harapan tentang masyarakat adalah sebuah titik pijak yang bagus untuk mulai.

1. PEMAHAMAN BARU DAN TRANSFORMASI DALAM ILMU ALAM DAN DALAM STUDI SOSIAL

1.1. *Kemungkinan institusional dalam teori sosial dan ilmu sosial*

Eksperimentalisme praktis dari suatu politik demokratis dan eksperimentalisme kognitif dari ilmu-ilmu sosial mempunyai pokok penting yang sama. Teoretisi dan pembaharu praktis bermula dari titik yang sama dalam upaya memasukkan institusi-institusi aktual ke dalam kerangka pikir mereka. Caranya adalah memahami dan menilainya dari suatu titik pijak yang dipandang menguntungkan dalam kemungkinan-kemungkinan yang selama ini dihambat dan tidak diwujudkan-nyatakan. Saat ini kita dapat melestarikan gagasan yang membebaskan dan yang mendobrak takhyul ini hanya jika kita bisa menyusun kembali analisis hukum dan ekonomi politik sebagai imaginasi institusional. Dengan bantuan dari praktek studi hukum dan ekonomi yang telah diperbaharui kita dapat memikirkan ulang bentuk-bentuk institusional demokrasi representatif, ekonomi pasar dan masyarakat sipil yang bebas yang telah mapan. Dengan itu pun kita bisa meniupkan makna baru dan juga hidup baru ke dalam proyek demokratis.

Peluang transformatif adalah kunci menuju ke suatu penjelajahan ilmiah dari dunia ini. Yang dimaksud adalah bahwa kita memahami bagaimana segala sesuatu berlangsung, dengan cara menemukan syarat-syarat, arah dan juga batas-batas perubahan mereka. Memasukkan gejala aktual ke dalam bidang yang lebih besar dari peluang-peluang yang tidak diwujudkan bukanlah dugaan metafisik bagi ilmu. Hal itu adalah sebuah pengandaian mutlak yang menawarkan suatu kemungkinan.

Banyak hal bisa dipelajari oleh ilmu-ilmu sosial dan historis dari kebenaran-kebenaran ilmu alam. Penilaian-penilaian terhadap kemungkinan adanya fakta yang berlawanan, yang pada umumnya implisit, memberi masukan pada pandangan kita terhadap rangkaian-rangkaian aktual dalam perubahan historis dan terhadap kekuatan-kekuatan aktual dalam kehidupan sosial. Ada kekurangan yang bisa menghambat dalam studi sosial dan historis kita. Secara ringkas kekurangan itu adalah bahwa kita tidak lagi mempunyai catatan yang bisa dipercaya tentang perubahan struktural, yaitu perubahan dalam rancangan-rancangan institusional dan keyakinan-keyakinan yang saling terkait yang membentuk kebiasaan masyarakat dalam tindakan dan pembicaraan.

Ada proyek-proyek besar untuk menjelaskan hal-hal itu dalam teori-teori sosial klasik abad sembilan belas, seperti Marxisme misalnya. Ciri dari teori-teori ini adalah keyakinan akan adanya rangkaian sistem-sistem institusional yang tak terpisahkan dan yang telah ditentukan sebelumnya, yang didorong maju oleh semacam kekuatan hukum. Sayangnya teori-teori ini telah memakan korban, baik pada perkembangan proses belajar akademis maupun pada kekecewaan-kekecewaan dari pengalaman politis. Meski begitu kita bersandar pada yang masih ada. Hal ini dilakukan dengan menggunakan secara campur-aduk bahasa sistem-sistem teoretis yang telah kita tinggalkan. Bahasa itu adalah suatu konsep seperti misalnya kapitalisme yang mengandaikan keberadaan sebuah tata kekuasaan tunggal yang sifat khasnya ekonomis dan legal, yang mempunyai logika institusionalnya sendiri. Bisa juga konsep itu adalah perbedaan-perbedaan antara humanisasi reformis dengan pergantian penguasa yang ada secara revolusioner.

Ilmu-ilmu sosial positif, untuk sebagian, sama-sekali menyingkirkan perubahan sosial. Caranya adalah memperlakukan rancangan-rancangan dan konsepsi-konsepsi dasarnya sebagai sisa-sisa kumulatif dari begitu banyaknya pengatasan masalah atau kompromi di masa lalu, atau sebagai hasil dari penyatuan pandangan secara *trial-and-error* menuju suatu praktek yang paling baik. Dalam iklim intelektual semacam ini perubahan dan penemuan struktur-struktur formatif masyarakat menjadi sungguh tak terbayangkan. Akibatnya, kita didorong kembali ke sebuah pemahaman tentang realisme politik sebagai suatu perkiraan yang paling mungkin atas apa yang telah ada.

Kegagalan untuk membayangkan kemungkinan transformatif, yang pada gilirannya akan merusak praktek ilmu sosial dan historis yang dominan, telah menulari filsafat politik normatif dan juga bahasa politik praktis yang dipakai bersama.

1.2. *Kemungkinan institusional dalam filsafat politik*

Kegagalan di atas tadi, khususnya di belahan dunia yang berbahasa Inggris, ikut membentuk gaya filsafat politik dominan. Gaya politik ini adalah sebuah cara berpikir yang mempunyai tiga ciri. Pertama, ia memutuskan hubungan perumusan prinsip-prinsip keadilan dari masalah perencanaan institusional. Kedua, ia menolak untuk mengakui adanya dampak dari institusi-institusi dan praktek-praktek yang telah dibentuk terhadap hasrat-hasrat dan intuisi-intuisi. Ketiga, ia memandang kompromi sosial-demokratis dari periode sesudah perang sebagai wawasan yang tak dapat dilampaui dalam upaya mewujudkan cita-citanya. Ciri pertama dan kedua filsafat politik ini saling terkait di dalam ketergantungannya pada ciri yang ketiga. Secara bersama, mereka menghasilkan sebuah ketergantungan paradoksal terhadap konteks historis yang ingin diatasi oleh sang filsuf.

Sang filsuf boleh saja membayangkan bahwa prinsip-prinsip tentang hak -khususnya prinsip-prinsip tentang distribusi yang adil- pertama-tama dapat dirumuskan dalam sebuah kekosongan institusional. Dalam hal ini, ilmu-ilmu teknis tentang suatu rancangan institusional kemudian

dapat berhubungan dengan penerapan praktisnya yang didasari oleh pengetahuan empiris dan lingkungan yang senantiasa berubah. Dengan itu ia menganggap, dengan enteng, masalah rancangan institusional sebagai satu dari rekayasa sosial sementara.

Masalah institusi-institusi, yang diturunkan derajatnya oleh metode sang filsuf, muncul kembali untuk memadukan otoritas dengan wilayah yang digenggam sang filsuf itu. Hal itu dilakukan dengan satu dari dua cara yang ada. Sang filsuf boleh saja secara jujur mengidentifikasi metodenya untuk memilih prinsip-prinsip keadilan -misalnya kontraktarian atau utilitarian- dengan bentuk-bentuk ekonomi pasar atau dari demokrasi representatif yang familiar. Dalam hal ini institusi-institusi ini dianggap seolah-olah sebagai wakil yang bisa dipercaya untuk sebuah praktek pilihan kolektif oleh individu-individu yang bebas dan sederajat. Meskipun demikian, dalam prosedur ini sang filsuf tampak gagal menghadapi kekurangan dan kesementaraan (*contingency*) dari institusi-institusi politik dan ekonomi yang telah diwarisi. Ia lupa bahwa ide tentang sebuah masyarakat yang terdiri dari pribadi-pribadi yang bebas dan sederajat mungkin saja berkembang ke arah bentuk masyarakat yang berlainan, dengan akibat-akibat yang berbeda bagi sifat relasi-relasi antar masyarakat dan bagi distribusi kekuasaan dan harta.

Sebagai alternatif, sang filsuf, dalam menerapkan metodenya, boleh memasuki wilayah di yang ada di balik demokrasi industrial kontemporer sampai ke peristiwa pre-institusional. Ia boleh memakai bahan-bahan mentah hasrat-hasrat dan intuisi-intuisi, dengan membuang sifat memihaknya, atau dengan menyeimbangkannya dari pertentangan yang satu dengan yang lain. Dengan ini kerangka institusional tampak di antara kesimpulan-kesimpulan, bukannya di antara premis-premis argumentasi.

Meski demikian, hanya dengan cara meniadakan dialektik internal yang penting dalam materi hasrat-hasrat dan intuisi-intuisi ia dapat memberi metodenya suatu kekuatan yang diperlukan untuk mendapatkan hasil yang ditentukan. Dialektik itu adalah konflik antara kecenderungan-kecenderungan kita tadi, yang mengambil tatanan kehidupan sosial yang terbentuk secara apa adanya, dengan hal-hal, seperti misalnya kerinduan, fantasi atau perlawanan, yang berlawanan dengan tatanan itu. Dualitas dari keinginan-keinginan manusiawi ini mencerminkan adanya dua sisi fundamental dari relasi kita dengan dunia institusional yang tidak berhubungan satu dengan yang lain, yang kita warisi, kita bentuk kembali dan kita huni. Kita adalah mereka itu, tetapi sekaligus lebih daripada mereka. Ada sesuatu yang senantiasa lebih pada diri kita daripada yang ada pada mereka.

Jika pada akhirnya, sang filsuf harus sampai pada institusi-institusi seperti yang kita punyai, dia tidak boleh hanya mengandaikan masyarakat yang mempunyai hasrat-hasrat dan intuisi-intuisi, yang dibentuk menjadi seperti mereka sekarang ini oleh struktur yang mereka hidupi. Di samping itu sang filsuf juga harus mengandaikan masyarakat yang gerak kerinduannya lebih bersifat satu dimensional daripada yang kita miliki secara faktual. Gambaran dalam ala Bentham ini atau bagian dari hipotesanya tentang kontrak sosial harus berarti "kita dikurangi satu" daripada "kita ditambah satu."

Di jantung ilusi-ilusi akademis filsafat politik ini terletak kegagalan untuk menciptakan keadilan terhadap salah satu tema pokok buku ini. Hubungan antara berpikir tentang cita-cita dan kepentingan-kepentingan dengan berpikir tentang institusi-institusi dan praktek-praktek itu dalam satu bahasa bisa disebut sebagai hubungan 'bagian dalam' (*the internal*), atau dalam bahasa lain 'yang berdialektik' (*the dialectical*). Berpikir tentang cita-cita dan kepentingan-kepentingan serta berpikir tentang institusi-institusi dan praktek-praktek bukanlah dua peristiwa atau kegiatan yang terpisah: masing-masing menggabungkan yang lain pada dirinya tanpa mereduksi diri menjadi yang lain. Dengan itu setiap cita-cita sosial dan setiap kepentingan kelompok mendapatkan sebagian dari makna mereka dari rancangan-rancangan sosial yang familiar, yang kita bayangkan bisa kita wujudkan atau pada kenyataannya dapat kita penuhi.

Hanya saja, dalam kaitan dengan hal itu, pada saat yang sama ada sesuatu dalam kerinduan yang kabur dalam cita-cita kita. Selain itu, ada suatu hal dalam kekuatan kasar dalam kepentingan-kepentingan kita yang, dengan tidak sabar, bergulat melawan keterbatasan-keterbatasan yang dipaksakan oleh rancangan-rancangan masa kini. Kita memperhitungkan dualitas ini ketika kita mengembangkan pengertian kita akan kepentingan-kepentingan dan cita-cita kita dengan

mencoba menyesuaikannya, dalam imaginasi dan dalam praktek, dengan bentuk-bentuk realisasi praktisnya. Makna terpenting dari upaya ini adalah arti yang paling penting dari relasi internal antara berpikir tentang cita-cita atau kepentingan-kepentingan dengan berpikir tentang insitinsi-institusi atau praktek-praktek.

Sekarang kita bisa paham tentang apa yang sebaliknya akan tetap menjadi ciri paradoksal dari filsafat politik yang dominan. Ciri itu mau melampaui keadaan historisnya, kadang lebih, kadang kurang (seperti nanti dalam diskusi tentang kampanye untuk memisahkan perbedaan antara historisisme dan rasionalisme). Meski demikian ciri itu ingin menuntaskan pembebasan dari peristiwa dan lingkungan ini pada permulaan dari argumentasinya, dengan sebuah gerak metodologis, bukannya pada akhir dari argumentasi melalui upaya bertahap dari imaginasi. Karena itulah ia gagal memahami ambiguitas ideologis dan kesempatan-kesempatan transformatif yang hidup dalam hubungan internal antara cita-cita atau kepentingan-kepentingan kita dengan institusi-institusi atau praktek-praktek kita.

Tidak melihat kesempatan-kesempatan dan ambiguitas ini berarti menghambur-hamburkan cara-cara untuk pengambilan jarak yang nyata dari institusi-institusi yang nyata. Itulah sebabnya banyak filsafat politik spekulatif masa kini dalam retrospeksinya berubah menjadi pemberi catatan metafisis pada praktek-praktek *tax-and-transfer* yang dilaksanakan oleh demokrasi sosial yang mapan. Sebuah reformisme yang pesimistis, yang bersikap skeptis terhadap alternatif-alternatif institusional dan digantikan oleh tindakan-tindakan ganti rugi (*compensatory measures*), memberi arah pada kampanye-kampanye yang tampak abstrak dari filsafat politik spekulatif ini. Sang filsuf dikhianati oleh metodenya sendiri dengan diserahkan ke dalam genggamannya konteks historis yang ingin dilampauinya karena ketakutan akan relativisme. Pada akhirnya, tanpa disadarinya ia menjadi korban, yang dipilihnya sendiri, dari sejarah yang ingin ditinggalkannya.

2. DEMOKRASI DAN EKSPERIMENTALISME

2.1. *Eksperimentalisme demokratis dan pemujaan institusional*

Tumbuhnya takhyul-takhyul yang bertentangan dengan kemajuan proyek demokratis, yaitu segugus ide sosial yang paling berpengaruh dan tahan lama dalam sejarah modern, menjadi salah satu alasan mengapa melemahnya imaginasi transformatif perlu dicermati dengan sungguh-sungguh. Untuk mengendalikan kekuatan proyek ini –yang menjadi bidang perhatian yang sama dari kaum liberal dan sosialis selama dua abad terakhir- kita harus memahami demokrasi bukan hanya dalam pengertian pluralitas partai dan pertanggungjawaban pemerintah terhadap pemilih dalam pemilihan umum yang inklusif. Jika dilihat dari pengertian yang lebih luas dan yang lebih menumbuhkan kesadaran, proyek demokratis telah menjadi sebuah upaya untuk menggapai keberhasilan praktis dan moral masyarakat, dengan cara mendamaikan pencarian dua jenis manfaat. Manfaat yang pertama adalah manfaat dari kemajuan material, yang membebaskan kita dari pekerjaan yang membosankan serta dari ketidak-mampuan kita, serta yang memberi alat bantu yang sangat berguna bagi hasrat-hasrat kita. Yang kedua adalah manfaat dari emansipasi individual, yang membebaskan kita dari kebobrokan skema-skema pembagian sosial dan hirarki. Skema-skema ini membatasi pergaulan kita dengan sesama sebagai pribadi-pribadi yang tak kenal lelah, bukannya sebagai *placeholder* yang dipasung dalam tatanan kolektif. Hal ini dipandang oleh sebuah keyakinan yang berpengaruh dari abad sembilan belas sebagai konvergensi alamiah, meski berjangka panjang, antara dua manfaat di atas. Sekarang ini kita berjuang untuk mempertahankan keyakinan yang lebih terbatas dan skeptis bahwa pencarian dua manfaat itu tidak berlawanan satu dengan yang lain, seperti yang dipahami oleh fatalisme konservatif.

Proyek demokratis, yang telah terbebaskan dari baik optimisme maupun pesimisme dogmatis, adalah sebuah upaya untuk mengidentifikasi rancangan-rancangan praktis yang terhampar di

wilayah yang mempunyai kemungkinan tumpang tindih antara kondisi-kondisi kemajuan material dan kondisi-kondisi emansipasi individual. Harapan untuk menemukan wilayah yang tumpang tindih itu beralasan karena baik kemajuan praktis maupun pembebasan individu tergantung pada percepatan dari proses belajar kolektif melalui eksperimentalisme praktis. Keduanya menuntut bahwa kitaengebawahkan praktek-praktek sosial pada upaya eksperimental kecil-kecilan, dan maju menuju praktek-praktek yang mendorong kita untuk membuat penyesuaian kecil-kecilan, lagi dan lagi.

Salah satu musuh dari eksperimentalisme demokratis adalah pemujaan institusional, yaitu keyakinan bahwa konsepsi-konsepsi institusional yang abstrak, seperti demokrasi politik, ekonomi pasar dan masyarakat sipil yang bebas, mempunyai satu ekspresi institusional yang alamiah dan penting. Pemujaan institusional ini adalah jenis takhyul yang dapat merasuki kebudayaan kontemporer. Pemujaan ini memasuki setiap bidang ilmu yang telah disebut dimuka, dan membentuk bahasa dan perdebatan politik yang biasa. Saat ini, gagasan pencerahan yang sudah usang sebaiknya diterapkan dalam upaya-upaya untuk menghilangkan pemujaan institusional yang merusak ajaran-ajaran ortodoks dalam setiap ilmu-ilmu sosial. Menghilangkan pemujaan institusional itu akan menjadi pekerjaan purna-waktu dari penerus kritik sosial dan ilmuwan-ilmuwan sosial.

Sekarang ini, sumber eksperimentalisme demokratis di seluruh dunia mempunyai fokus yang khusus. Pokok masalah yang mendesak di hadapan kita adalah bagaimana dan ke arah manakah upaya pembaharuan dari berbagai perbendaharaan rancangan institusional yang serupa, yang sejak perang besar yang terakhir juga dimiliki oleh demokrasi industrial yang maju. Pertentangan lama antara *state*-isme dan privatisme, aturan dari atas dan pasar, telah usai. Pertentangan baru di antara versi-versi alternatif yang telah terinstitusi dari pluralisme politik dan ekonomi sedang dalam proses menggantikannya. Yang menjadi pemikiran dasar dari perdebatan yang berkembang ini adalah bahwa demokrasi representatif, ekonomi pasar dan masyarakat sipil yang bebas dapat mengandaikan bahwa bentuk-bentuk institusional legal sangat berbeda dari bentuk-bentuk yang berlaku dalam demokrasi industrial yang kaya. Menurut keyakinan ini, keragaman yang ada di antara institusi-institusi pemerintah dan ekonomi dari demokrasi-demokrasi ini mewujudkan sebuah bagian (*subset*) dari wilayah yang jauh lebih luas dari kemungkinan-kemungkinan institusional yang tidak terlaksana.

Perbedaan institusional dalam bentuk-bentuk demokrasi, pasar dan masyarakat sipil kemungkinan adalah hasil dari penemuan yang disengaja dengan sadar, yang memang sungguh dikehendaki. Meski demikian, hal itu kerap kali adalah hasil sampingan yang setengah dipilih dari penggabungan institusional dan variasi-variasi yang dijalankan dibawah tekanan ambisi ekonomi dan pertentangan politik. Negara-negara yang paling berhasil, baik dalam pertumbuhan ekonomi maupun dalam menentukan identitas nasional, seringkali menjadi penjarah yang paling rakus dari praktek-praktek dan rancangan-rancangan dari seluruh dunia.

Pada masa ini eksperimentalisme institusional suka-rela ini tampak jelas baik dalam negara-negara komunis, yang bekas atau yang masih, yang membangun kembali ekonomi mereka, maupun dalam negara-negara berkembang papan atas. Contohnya, kita melihat tanda-tandanya waktu tuntutan-tuntutan ekonomi praktis dan politis dari privatisasi massa memaksa pemerintah-pemerintah Eropa mencoba membagikan modal-modal dasar dalam industri secara luas. Selain itu mereka mengelompokkan saham-saham ini melalui dana-dana investasi yang dikenai biaya pertanggung-jawaban atas kesalahan perusahaan yang modal dasarnya dimiliki oleh banyak orang. Yang terjadi di China bisa menjadi contoh lain. Di sana para pekerja, manager dan pemerintah lokal bersama-sama memegang hak sampingan (*residual*) atas kepemilikan "usaha-usaha pedesaan a-la kota." Di Brazil pun sekarang ini hukum perburuhan menggabungkan prinsip kontraktualis tentang kebebasan dari pengawasan pemerintah untuk berserikat dengan prinsip korporatis tentang penyatuan otomatis dan komprehensif atas seluruh kekuatan buruh.

Salah satu musuh besar bagi dorongan eksperimentalis dalam upaya memperbaiki institusi ini adalah takhyul pemujaan institusional yang telah mengakar, yaitu identifikasi konsepsi institusional yang abstrak, yang tak berdasar dan yang bersifat menghalangi, seperti misalnya demokrasi perwakilan dan ekonomi pasar, dengan segugus perencanaan institusional yang

bersifat khusus dan sementara. Sikap pemujaan terhadap rancangan-rancangan institusional masyarakat didukung oleh banyak praktek-praktek dominan ilmu-ilmu sosial yang putus-putus, dengan ketidak-mampuan khas mereka untuk membayangkan ketidak-sinambungan dan penemuan-kembali yang sifatnya struktural. Sikap yang sama mendapat dukungan juga dalam pengandaian-pengandaian yang ada dalam berbagai filsafat politik normatif, dengan pandangannya tentang adanya keterpisahan yang keliru antara prinsip preskriptif dan rancangan institusional. Kegagalan-kegagalan dalam sejarah abad kedupuluh, yang memuncak dalam runtuhnya komunisme, yang menjadi contoh yang paling dramatis dari pembaharuan institusional yang dikehendaki di abad ini, tampak mendukung pandangan tentang ketidak-leluasaan historis yang memberikan inspirasi dan sekaligus mengungkapkan kebiasaan yang bersifat memuja.

2.2. *Thesis konvergensi*

Dewasa ini pemujaan institusional dipandang bersifat semi-ilmiah dengan gagasan-gagasannya yang pada umumnya bersifat implisit, meski di lain pihak juga berpengaruh sangat luas. Gagasannya adalah tentang sebuah konvergensi ke arah segugus praktek terbaik yang bisa disediakan di seluruh dunia. Dalam pandangannya evolusi institusional dunia modern sebaiknya dipahami sebagai sebuah pendekatan, dengan *trial and error*, terhadap satu-satunya institusi politik dan ekonomi yang telah terbukti mampu mempertemukan kemakmuran ekonomis dengan penghormatan yang layak terhadap kebebasan politik dan jaminan keamanan sosial. Variasi dalam rancangan-rancangan institusional masyarakat kontemporer yang berhasil itu sungguh ada, meski tidak terlalu penting, karena tetap ada kemungkinan bahwa rancangan-rancangan ini cenderung menjadi lebih sempit, seperti halnya contoh-contoh yang senantiasa memburu dari pengalaman yang hanya memberi sedikit peluang bagi suatu imaginasi yang rekonstruktif.

Di berbagai sisi pengaruh yang dimiliki oleh thesis 'bawah tanah' ini sangat luar biasa. Thesis ini memang menampilkan sebuah perombakan yang mencengangkan, yang bisa disebut sebagai selingan reaksioner, terhadap arah utama dari paham sosial dan historis sejak abad kesembilan belas. Thesis ini pun mengelakkan diri dari paham determinisme fungsionalis dan evolusioner dalam memberi penjelasan sosial dan historis. Selain itu, thesis ini makin menghargai cara-cara yang dipakai untuk bersatunya institusi-institusi praktis dengan keyakinan rakyat yang sudah ada dalam upaya membangun kehidupan yang berbeda.

Ada dua keberatan dasar terhadap thesis konvergensi yang bersifat reaksioner ini. Keberatan pertama adalah, seperti yang telah kita pelajari dari kegagalan teori-teori dalam memberi suatu penjelasan, seperti halnya Marxisme, bahwa kita selalu mempunyai cara-cara institusional alternatif untuk mewujudkan tujuan-tujuan praktis. Tuntutan-tuntutan fungsional tidak menentukan jawaban-jawaban institusional. Paham Hegelian garis kanan dari thesis konvergensi ini menyembunyikan kemerosotan dari suatu kesementaraan (*contingency*) historis dan kebebasan manusiawi yang sesungguhnya. Keberatan kedua adalah, seperti dipahami oleh Adam Smith dan Karl Marx, bahwa dalam menentukan satu gugusan institusi ekonomi yang tertentu kita juga memilih suatu cara hidup dan cara berhubungan dengan orang lain yang juga tertentu. Kita tidak dapat memisahkan bentuk praktis dan bentuk 'rohani' dari kebudayaan kita.

Kemunduran intelektual dari thesis konvergensi ini terhadap praktek-praktek terbaik yang ada di dunia ini telah mendorong munculnya otoritas proyek politik yang memberi pengaruh paling besar di dunia dewasa ini, khususnya di dunia yang sedang berkembang, yaitu proyek neoliberalisme, yang kadang disebut sebagai konsensus Washington. Proyek khusus inilah, bukan lagi ide abstrak konvergensi tadi, yang sekarang menjadi penghalang utama dari eksperimentalisme demokratis. Neoliberalisme adalah sebuah program stabilisasi makro-ekonomi tanpa mengganggu kreditor internal dan eksternal dari negara. Neoliberalisme adalah juga program liberalisasi, yang secara sempit dipahami sebagai diterimanya kompetisi asing dan integrasi ke dalam sistem perdagangan dunia. Dalam pengertian yang lebih luas ia dipahami sebagai reproduksi dari hukum kontrak dan hukum harta-milik (*property law*) masyarakat barat

tradisional. Selain itu, neoliberalisme juga berarti program privatisasi, yaitu tidak campur tangannya negara dalam sistem produksi dan hal-hal yang mengikutinya. Dalam hal ini negara hanya mempunyai tanggungjawab sosial. Pun, neoliberalisme berarti pembangunan jaring pengaman sosial untuk memberi kompensasi, secara retrospektif, terhadap dampak-dampak yang membawa ketidak-merataan dan ketidak-stabilan sebagai akibat dari kegiatan pasar.

Program ini mempunyai rekanan kembar dalam negara-negara demokrasi industrial yang kaya. Yang pertama adalah intoleransi terang-terangan dari aktivisme pemerintah dalam bidang ekonomi dan sikap yang memusuhi para pekerja dan menentang hak hidup sejahtera. Yang kedua adalah versi demokrasi sosial yang telah dimurnikan dan terliberalisasi, yang pada gilirannya segera menjadi pusat baru dari gawatnya situasi politik barat. Ada tiga ciri nyata dari demokrasi sosial yang telah dimurnikan itu. Pertama: komitmen yang terus-menerus terhadap negara berkesejahteraan (*welfare state*) dan investasi pada masyarakat, baik sebagai tujuan pada dirinya sendiri maupun sebagai syarat untuk suatu keberhasilan ekonomis. Kedua: keinginan untuk menggeser pasar ekonomi yang diatur oleh batasan-batasan negara, korporasi dan oligopoli terhadap fleksibilitas ekonomi dan inovasi, khususnya dalam transisi menuju gaya *postfordist* dari organisasi industrial, ditambah dengan simpati terhadap asosiasi-asosiasi dari bawah dan partisipasi masyarakat dalam pemerintahan lokal dan organisasi sosial. Ketiga: konservatisme institusional yang tidak malu-malu, yang tampak dalam skeptisisme tentang proyek-proyek besar rekonstruksi institusional dan dalam menerima adabta bentuk-bentuk legal pasar ekonomi yang berlaku, demokrasi perwakilan dan masyarakat sipil yang bebas.

Batas luar dari pencapaian rekonstruktif program ini adalah gagasan partnership antara pemerintah dan perusahaan yang tidak menimbulkan pertanyaan tentang ciri legal dari tata kekuasaan harta milik dan juga tentang struktur yang sah dari negara dan dari hubungannya dengan masyarakat sipil. Program demokrasi sosial yang dimurnikan ini harus diwujudkan di dalam batas-batas dari suatu gaya yang khusus harta milik dan politik. Tata kekuasaan harta milik ini membuat akses ke sumber-sumber daya menjadi tergantung pada keputusan-keputusan manajer dan ahli finansial yang mengawasi saham-saham kekayaan pribadi, yang kebanyakan telah diwariskan atau diberikan untuk diwariskan di kemudian hari. Kemampuan praktis untuk mencapai ekonomi yang sungguh terukur (*economies of scale*), hak legal untuk menimbun dan memindahkan kekayaan pribadi secara bebas dan kebiasaan-kebiasaan organisasional dari disiplin manajerial, yang dilaksanakan atas nama harta milik, tampaknya menjadi rekanan yang alamiah dan tak terpisahkan. Tata kekuasaan politik dari politik yang telah digembosi (*de-energized politics*) lebih menyukai tingkat keterlibatan masyarakat yang rendah dan tunduk pada keahlian teknis yang direnggut dari pemerintah swadaya aktif masyarakat, dengan cara membubarkan pemilihan politik dan menggantinya dengan debat-debat tentang kebijakan (*policy debates*) yang longgar ikatannya dan sempit fokusnya.

Orang-orang praktis yang memimpin demokrasi industrial yang kaya yakin bahwa memberdayakan politik melalui intensifikasi aksi-aksi politik masyarakat yang terpusat pada suatu pilihan di antara berbagai program perubahan struktural yang telah dirumuskan dengan baik itu tidak praktis. Hasil paradoksal dari pragmatisme mereka yang anti-pragmatis itu jelas menjauhkan problem kolektif dari pemecahan kolektifnya. Politik lalu diturunkan melulu sebagai suatu rangkaian perjanjian-perjanjian faksional yang sempit antar berbagai kelompok yang terorganisasi secara tidak merata. Setiap kelompok masyarakat menyadari dirinya terjebak dalam pemahaman atas kepentingan-kepentingan dan identitasnya. Akibatnya, cemoohan terhadap perubahan sosial menjadi ramalan yang diwujudkankannya sendiri (*self-fulfilling prophecy*).

3. JANJI PRAKTIS DEMOKRASI EKSPERIMENTALISME: DARI DEBAT TENTANG KEBIJAKAN YANG SUDAH ADA KE PEMBICARAAN PROGRAMATIK YANG HILANG

3.1. *Bentuk dan batas-batas sebuah debat tentang kebijakan*

Harga yang harus dibayar dari pembatasan terhadap ekperimentalisme institusional ini mula-mula harus diukur dalam beban-beban yang terasakan. Kemudian juga diukur dalam kekalahan-kekalahan yang tak terasakan, yaitu dalam penderitaan dan pemiskinan, juga dalam kegagalan untuk meniupkan kehidupan baru ke dalam proyek demokratis yang dilakukan dengan cara menemukan kembali bentuk-bentuknya yang praktis. Sebagai contoh, coba ingat gaya yang paling laku dalam diskusi-diskusi tentang kebijakan di Eropa dan Amerika Utara dewasa ini, yaitu debat tentang hubungan antara tingkat gaji, keamanan kerja dan kemampuan berkompetisi nasional. Dengan mengangkat debat yang khas ini dari titik pijak yang biasa dikenal menuju ke wilayah yang belum terjamah, tujuan saya adalah menunjukkan bagaimana kita bisa melangkah, setapak demi setapak, dari pembicaraan-pembicaraan politis demokrasi industrial yang kaya menuju ke wilayah eksperimen-eksperimen institusional yang tidak diindahkan oleh pembicaraan-pembicaraan itu. Anda boleh mulai dari mana pun, dengan masalah-masalah perselisihan rasial, atau kemiskinan yang mengakar, atau de-industrialisasi dan kerusakan kota, atau krisis keuangan dari negara berkesejahteraan, lalu maju menuju arah yang serupa.

Diskusi tentang tingkat upah, keamanan kerja dan kemampuan berkompetisi nasional secara khas bermula dari sebuah observasi bahwa para pekerja di negara-negara Eropa, khususnya yang dalam tradisinya mendukung ekonomi politik korporatis, pada umumnya menikmati keamanan yang lebih baik dan upah yang lebih tinggi dibanding di Amerika Serikat. Sebaliknya, para pekerja Amerika secara substansial telah menyokong tingkat rata-rata pemberian kerja yang lebih tinggi dalam seluruh naik turunnya perputaran bisnis. Untuk melunakkan kejarnya kompromi antara pengangguran yang besar (seperti di Eropa) dengan makin kerasnya penekanan upah atau ketidak-amanan kerja (seperti di Amerika Serikat), sambil tetap mempertahankan kompetisi ekonomi nasional, pasar pekerja harus dibuat lebih fleksibel, demikian bunyi argumentasi itu. Sumber-sumber ekonomi dan pendidikan yang dibutuhkan masyarakat untuk meningkatkan keahlian dalam ekonomi yang terus diperbarui dan tidak stabil itu bersifat umum, punya banyak sisi dan dapat dipindahkan. Tugas besar dari kerja sama antara pemerintah-pemerintah dan perusahaan-perusahaan adalah memerangi formasi yang kaku dalam masa jabatan kerja dan membatasi hak istimewa bagian-bagian dari kekuatan kerja yang relatif diistimewakan dan terorganisasi. Pemerintah-pemerintah lalu dapat berusaha mengorganisasikan suatu sistem nasional demi peningkatan kemampuan kerja yang terus-menerus dan untuk pendidikan selama masa kerja.

3.2. *Inovasi ekonomi pasar dalam bentuk-bentuk institusional*

Kesimpulan ini menggambarkan batas luar dari posisi progresif praktis dalam politik demokrasi industrial dewasa ini. Kekurangan-kekurangannya sudah jamak diketahui. Untuk memperbaikinya dibutuhkan inovasi institusional yang jauh lebih luas tingkatannya daripada yang disetujui atau dipertimbangkan oleh posisi progresif praktis itu. Investasi pendidikan terbukti tidak cukup kecuali jika perusahaan-perusahaan menstrukturkannya kembali dengan cara-cara yang dapat membuat mereka mampu menempatkan pekerja-pekerja yang telah dididik ulang itu dalam penempatan yang efektif. Lebih lagi, jika kewiraswastaan dalam pembangunan *postfordist*, yaitu perusahaan-perusahaan yang berorientasi keahlian tinggi, harus berkembang dalam jumlah yang cukup. Juga, jika kesempatan ekonomis harus dibuat menjadi jauh lebih demokratis, harus ada lebih banyak jalan ke sumber-sumber produktif daripada yang dicapai oleh bentuk ekonomi pasar yang ada. Perusahaan-perusahaan harus mempunyai akses ke modal,

teknologi dan pendampingan teknis meski hanya sementara waktu saja dan dalam kondisi tertentu. Mereka harus mampu untuk mencari sumber-sumber yang disebut tadi dari organisasi-organisasi yang bebas dari hambatan orientasi mencari keuntungan jangka pendek. Dalam persaingan dengan usaha-usaha macam ini bisnis besar bergaya fordis tidak harus diuntungkan oleh kemampuan melindungi dirinya dari ketidakstabilan di pasar. Dalam pasar ini mereka beroperasi melalui berbagai cara seperti pengembangan internal investasi dana dan pembagian daya kerja mereka dalam pekerja-pekerja jangka panjang dan pekerja-pekerja sementara. Perusahaan-perusahaan yang lebih kecil harus mampu menggabungkan keuntungan-keuntungan fleksibilitas dan dan keterukuran dengan menggabungkan jaringan-jaringan persaingan yang kooperatif, melalui dukungan publik. Bantuan dari pemerintah untuk hal ini dan juga aspek lain dari rekonstruksi industrial pada gilirannya bisa berlangsung melalui agen-agen dana sosial dan pusat-pusat dukungan yang mempunyai otonomi yang bisa diandalkan. Entitas ini, yang ada di antara negara dan perusahaan, bisa melakukan percobaan dengan bentuk-bentuk alternatif alokasi modal yang terdesentralisasi, sambil terus berhadapan dengan disiplin persaingan dan tanggungjawab finansial.

Inovasi-inovasi institusional yang tumpang-tindih ini, pada gilirannya, tidak dapat sungguh berkembang tanpa melampaui dan mengubah sistem tradisional dari hak milik. Hak milik yang disatukan, yang membuat kekuasaan terkonsentrasi pada pemiliknya atau agennya, sebaiknya secara bertahap diubah menjadi sebuah sistem hak milik yang fragmentaris, bersyarat dan sementara waktu, dengan memberikan hak yang lain untuk mengontrol dan menuntut aset-aset produktif kembali ke berbagai jenis *stakeholders*, yang mencakup lembaga dana sosial, pemerintah lokal, usaha-usaha kecil dan pekerja.

Sebuah tata kekuasaan harta milik yang berasal dari sebuah rangkaian perubahan kumulatif tidak dapat disebut sebagai sosialisme atau kapitalisme sebab telah gagal menyesuaikan diri dengan logika legal dari hak milik yang dimiliki oleh individu atau oleh negara. Pada kenyataannya, salah satu keuntungannya adalah dimungkinkannya berbagai sistem kontrak dan kepemilikan, katakanlah berbagai perangkat alat hukum untuk pembagian yang terdesentralisasi dari kekuatan ekonomi dan akses, untuk hidup bersama dalam ekonomi yang sama. Konsekuensi-konsekuensi praktisnya mungkin memang perlu dicoba untuk diperkirakan.

Suatu tata kekuasaan harta milik yang telah dibongkar, lalu disusun kembali, menciptakan suatu kerangka yang bisa mempertemukan suatu perkiraan sosial dari struktur dan konsekuensi aktivitas ekonomi, yang menjadi tujuan penting dari program sosialis lama, dengan inovasi dan kesempatan ekonomis yang tingkat desentralisasinya lebih tinggi daripada yang dimungkinkan oleh sistem hak milik konvensional. Hasilnya adalah diperlunaknya ketegangan antara tuntutan praktis ekonomi yang sungguh terukur dengan komitmen untuk berkompetisi, meskipun dengan resiko membatasi kekuatan yang dimiliki oleh pemilik tradisional, baik dari segi waktu maupun luas cakupan. Tampak jelas kemudian bahwa arah pembaharuan ini memberi dasar yang lebih menjanjikan bila dibandingkan dengan yang diberikan oleh sistem hak milik yang diwarisi untuk memecahkan masalah yang ada di jantung pertumbuhan ekonomi khususnya, dan memecahkan masalah kemajuan praktis pada umumnya.

Kemajuan praktis memang tergantung pada inovasi maupun pada kerjasama. Meskipun suatu inovasi yang berhasil mengandaikan adanya kerja bersama, hal itu kadang malah menjadi ancaman yang bisa menjungkir-balikkan suatu kebiasaan dan harapan yang menjadi tempat bersandarnya praktek-praktek yang sudah berlangsung. Masalah terpenting dari perencanaan institusional demi pertumbuhan adalah dikembangkannya suatu perencanaan yang memungkinkan untuk mengundang dan mempertahankan inovasi yang sering dilakukan, sebab mereka memadukan kerjasama dengan kompetisi, mengakui kepentingan-kepentingan dari pihak-pihak yang terlibat dalam usaha bersama itu dan menjamin keamanan individual yang mendasar di tengah perubahan. Ditolak dari ukuran yang paling penting, dan juga paling praktis, tata kekuasaan harta milik konvensional ini tampak terlalu sederhana. Pembeneran historisnya ada di dalam abad yang telah berlalu ketika simpanan-simpanan atas konsumsi yang berlaku, yang biasa disebut kaum Marxis sebagai ekstraksi surplus, menyingkirkan kerjasama dan inovasi sebagai halangan terhadap pertumbuhan.

3.3. Struktur kelas dari demokrasi industrial

Sejauh ini saya telah memikirkan bagaimana kita perlu untuk mereka-ulang perusahaan-perusahaan dan hubungan-hubungan antara perusahaan, pekerja dan pemerintah supaya investasi dalam masyarakat dapat membuahkan hasil yang diharapkan. Dari arah yang lain kita bisa mulai menekan batas-batas penyelesaian institusional yang berlaku, dengan cara bertanya bagaimana pemerintah bisa mendapatkan sumber-sumber yang dibutuhkan untuk menghasilkan investasi sosial dalam skala yang besar dan dalam suatu cara yang bisa meniadakan keuntungan-keuntungan dari peluang ekonomis dan edukasional yang diwariskan. Perpecahan Marxisme yang begitu keras dan bentuk-bentuk lain dari teori kiri menggoda sebagian masyarakat untuk melupakan kenyataan bahwa kita masih hidup dalam masyarakat kelas. Dalam masyarakat kelas itu perbedaan tajam dari hak-hak istimewa yang diwariskan membentuk kesempatan hidup masyarakat. Marxisme mungkin saja mati, tapi kelas sosial masih berlangsung seperti dulu.

Di Amerika Serikat, sebagai misal, studi-studi ekonometri menghitung bahwa lebih dari separuh aset yang dimiliki oleh masyarakat di bawah usia lima puluh tahun dapat dibawa ke arah pewarisan di waktu yang akan datang melalui hibah *inter vivos*. Jika kita menambahkan perbedaan peluang pendidikan, dampak gabungannya bisa sangat besar. Amerika Serikat, yang sebagian besar rakyatnya menganggap diri kelas menengah, seperti halnya demokrasi kontemporer lainnya, mempunyai struktur kelas yang relatif sederhana dan jelas. Masyarakat yang demikian terdiri dari empat kelas pokok, yaitu kelas bisnis-profesional, kelas masyarakat bisnis bebas berskala kecil, kelas pekerja yang terbagi dalam pekerja kerah putih (*whitecollar*) dan kerah biru (*bluecollar*), dan kelas di bawah semua itu. Studi historis menunjukkan bahwa satu-satunya bentuk mobilitas sosial yang nyata dan bertahan lama di Amerika sejak akhir abad kesembilan belas adalah gerakan dari kerah biru ke kerah putih dari kelas pekerja, yaitu keturunan pekerja industrial dan keturunan petani yang menjadi pekerja kerah putih meski tanpa harta milik dan tanpa kekuasaan seperti halnya orang-tua mereka.

Bertahannya struktur kelas itu dalam beberapa cara berkaitan dengan argumen saya tentang pendalaman institusional dari suatu pembicaraan tentang kebijakan konvensional. Komitmen terhadap fleksibilitas, inovasi dan akses dalam ekonomi pasar yang terdemokratisasikan dengan penuh semangat tak dapat didamaikan dengan penempatan individu dalam nasib kelas yang sudah ditentukan sebelumnya (*predetermined*). Juga, dengan mempertimbangkan masalah dari sudut pandang basis fiskal kebijakan publik, kita tidak dapat berharap bisa menghasilkan dana yang cukup untuk investasi dalam masyarakat tanpa meninjau kembali hukum supaya hak publik terhadap warisan dari masyarakat dapat menggantikan hak privat terhadap warisan dari keluarga. Secara lebih umum, kekakuan hirarki kelas masih memberi penjelasan retrospektif yang menyesatkan terhadap institusi politik dan ekonomi sehingga hirarki kelas itu masih bisa berlangsung terus dan menancapkan jejaknya. Konservatisme institusional mulai kelihatan boroknya jika dampaknya adalah persetujuan diam-diam terhadap rancangan-rancangan yang menghalangi eksperimentalisme demokrasi dengan menciptakan hak istimewa (*privilege*) kelas sosial.

Simpanan sumbangan sosial yang diberlakukan oleh masyarakat terhadap setiap individu seharusnya secara progresif menggantikan pewarisan privat. Sebagian dari simpanan ini akan mewujudkan tuntutan tak bersyarat terhadap negara untuk memenuhi kebutuhan minimal dan universal. Bagian lain ditentukan oleh situasi nyata tiap individu, dan yang lain lagi bisa diberikan sebagai bentuk penghargaan terhadap janji atau suatu pencapaian yang ditunjukkan. Sebagian bisa juga terdiri dari tersedianya suatu pelayanan yang terpadu oleh aparat publik dalam model negara berkesejahteraan (*welfare state*) tradisional. Bagian lain bisa diwujudkan dalam poin yang dapat dipakai oleh individu dengan pertimbangannya sendiri atau dengan persetujuan pengawas diantara penyelenggara pelayanan yang kompetitif. Beberapa kemungkinan dari tujuan utama simpanan itu adalah terselenggaranya pendidikan, yang diarahkan untuk mendapatkan kemampuan praktis dan konseptual, dan yang berlangsung seumur hidup. Sekolah lalu diandaikan tahu tugas utamanya dalam masyarakat yang demokratis untuk menolong anak dan orang dewasa dari keluarganya, dari kelas sosialnya, dari desanya, dari periode sejarahnya

dan bahkan juga dari karakternya sendiri serta memberi mereka akses ke suatu pengalaman yang masih asing.

Hal utama yang bisa dipakai untuk membenarkan adanya simpanan seperti yang disebut di atas adalah sebuah alasan bagi hak fundamental di bawah tata kekuasaan eksperimentalisme demokratis. Jika kita memperluas agenda politik jangka pendek dengan efektif, dengan lebih memilih inovasi yang diulang-ulang dalam politik yang berskala kecil dan perubahan struktural dalam politik berskala besar, kita harus menanggapi beberapa masalah dari agenda. Masyarakat harus merasa aman dalam sebuah perlindungan bagi kepentingan-kepentingan vital yang dilindungi. Jika tidak, ketidak-amanan itu akan menggoda mereka untuk menyingkirkan kebebasan baru yang diperoleh. Mereka juga harus dilengkapi dengan sarana-sarana ekonomis dan budaya supaya bisa menentukan nasib sendiri secara individual dan secara kolektif. Hubungan antara hak fundamental dan sumbangan sosial dengan eksperimentalisme yang dipercepat yang dapat mereka lakukan itu seperti hubungan antara cinta orangtua terhadap kesediaan anak-anaknya untuk membuat dan membentuk kembali dirinya melalui petualangan moral yang penuh resiko.

Meski demikian, hanya dengan meninggalkan bentuk-bentuk institusional yang telah diterima arah perubahan itu dapat memenuhi janji liberalisme dan demokrasi sosial. Jadi, digantikannya warisan individual dengan sumbangan sosial mengimplikasikan mekanisme akumulasi, tabungan dan investasi yang berbeda dari yang berlaku dibawah tata kekuasaan harta milik tradisional. Hal itu lalu memanggil kita untuk mengembangkan cara-cara yang baru dan bervariasi untuk alokasi modal yang terdesentralisasi dan kompetitif melalui fragmentasi dan kombinasi ulang hak milik.

3.4. *Inovasi demokrasi politik dalam bentuk-bentuk institusional*

Diskusi di atas berfokus pada perubahan-perubahan dalam institusi ekonomi. Meski demikian, kita tidak dapat mencapai dan mempertahankan perubahan-perubahan itu tanpa memperbaiki juga bentuk-bentuk institusional demokrasi dan masyarakat sipil. Supaya sebuah ekonomi pasar yang terdemokratisasi bisa dibentuk, dan institusi-institusi itu bisa mempertahankan integritasnya, ada tiga pengandaian yang perlu diperhatikan. Pertama, struktur konstitusional pemerintah perlu berpihak pada praktek pembaharuan radikal yang terus berulang. Kedua, kerangka hukum partai politik bisa menyokong keterlibatan politik-masa tingkat tinggi. Ketiga, masyarakat sipil mendapatkan struktur hukum publik yang bisa mendorong pengorganisasian diri dengan cara-cara yang lebih kaya daripada yang dibuat dengan kontrak privat dan hukum korporasi.

Kejayaan yang panjang dari politik demokratis di barat mempunyai dua komponen utama. Yang pertama adalah sebuah preferensi terhadap gaya organisasi konstitusional yang memungkinkan reformasi tergantung pada konsensus. Yang kedua adalah sebuah cara mengorganisasikan politik yang tidak banyak melibatkan rakyat, yang sesekali saja diselengi, tanpa bisa diramalkan, oleh krisis sosial dan antusiasme kolektif. Mekanisme konstitusional dari suatu kebuntuan (*deadlock*) yang disepakati, yang menghambat digunakannya kekuasaan pemerintah secara transformatif, diwujudkan dengan jelas dalam mekanisme *check-and-balances* gaya presidensial Amerika. Meski demikian, hal ini juga sungguh-sungguh diwujudkan dalam bentuk-bentuk pemerintahan parlementer yang memusatkan tindakan politik pada sekelompok politikus profesional yang memenangkan kepentingan-kepentingan yang kuat dan terorganisasi secara kurang seimbang, yang bertentangan dengan latar belakang demobilisasi politik massa. Dalam perkembangan politik moderen, praktek-praktek dan perencanaan yang bertentangan dengan mobilisasi politik massa telah berhasil mengkualifikasikan hak pilih dan memunculkan banyak tingkat-tingkat menengah perwakilan massa. Cara ini dipakai oleh liberalisme proto-demokratis pada permulaan abad kesembilanbelas untuk memperkecil hiruk-pikuk massa dan menyelamatkan harta milik. Bertentangan dengan harapan kaum radikal dan juga kaum konservatif, suatu perencanaan yang menentang mobilisasi, yang menggantikan cara-cara proto-demokratis ini, menjamin bahwa hak pilih universal terbukti cocok dengan hirarki kelas.

Perencanaan semacam ini terus membentuk sebuah gaya sejarah politik yang bisa memunculkan terjadinya suatu letupan reformasi populis anti-institusional. Hal itu biasanya dilakukan dengan membiarkan bentuk-bentuk dasar dari negara dan ekonomi tidak berubah atau hanya mengubahnya dalam tekanan krisis yang ekstrem.

Arah perubahan dalam lembaga-lembaga ekonomi yang dilukiskan di atas tidak dapat didamaikan dengan hambatan-hambatan yang diwariskan terhadap demokrasi. Meski kita dapat mulai memperkenalkan pembaharuan ekonomi dalam batas-batas yang tidak terlalu demokratis seperti yang kita punyai, kita tidak dapat menyelesaikan atau mempertahankan pembaharuan itu dalam batas-batas ini. Pembaharuan menuntut sebuah kewaspadaan yang sifatnya tetap terhadap dampak-dampak sosial kegiatan ekonomi dan terhadap munculnya variasi yang baru dan yang tak tampak dari privilese dan kebakuan. Terlebih lagi, rekonstruksi dari lembaga-lembaga politik yang ada seharusnya menjadi fokus perhatian pada dirinya, dengan memperluas program eksperimentalisme demokratis ke reorganisasi pemerintah dan reorganisasi pemungutan suara (*electoral contest*) untuk memperebutkan kekuasaan pemerintah. Alih-alih memulai dengan pembaharuan ekonomi dan diarahkan ke kebutuhan reformasi politik yang mendukungnya, dalam logika yang terputus-putus pembangunan yang tak merata, kita mungkin hanya berjalan ke arah yang berlawanan. Pilihan atas alur ini bersifat tidak langsung.

Konstitusionalisme yang membuka peluang pada keterlibatan para pemilih universal dalam penyelesaian yang cepat atas suatu kebuntuan di antara cabang-cabang pemerintahan seharusnya menggantikan bentuk konstitusionalisme yang erat berkaitan dengan lambatnya proses politik. Di antara cara-cara alternatif itu konstitusionalisme bisa menjadi suatu kombinasi antara kaum pemilih personal dengan bentuk-bentuk parlementer kekuasaan, menjadi suatu jalan keluar bagi kaum plebisit dan pembaharu, dan juga menjadi suatu sarana bagi setiap cabang pemerintahan untuk menuntut pemilihan umum. Struktur legal politik elektoral yang memberi peluang diangkatnya derajat mobilisasi politik massa dapat berperan sebagai salah satu hal yang bisa mengubah politik pemungutan suara menjadi sebuah interupsi kecil dan sekali-sekali terhadap perkara-perkara praktis. Cara-cara yang bisa ditempuh, antara lain, adalah pemungutan suara wajib, akses bebas bagi berbagai partai politik dan gerakan-gerakan sosial terhadap sarana-sarana komunikasi massa, pembiayaan masyarakat terhadap kampanye politik dan juga penguatan partai-partai politik.

3.5. Inovasi masyarakat sipil dalam bentuk-bentuk institusional

Pendukung dari politik yang diberdayakan dan dipercepat di atas tadi adalah organisasi masyarakat sipil. Masyarakat yang tak terorganisasi, atau hanya terorganisasi secara tidak merata, tidak dapat membaharui diri. Diskusinya tentang masa depan alternatif tidak muncul dari buku-buku, tetapi muncul dengan penuh semangat dari eksperimen-eksperimen lokal dan dari perdebatan tentang gerakan-gerakan dan perkumpulan-perkumpulan yang nyata.

Membiarkan tuntutan organisasional masyarakat sipil ada dalam genggamannya sarana-sarana tradisional hukum privat berarti begitu saja menyetujui adanya organisasi yang sungguh tidak adil. Sarana-sarana hukum privat dan hukum kontrak akan dipakai oleh mereka yang dalam arti tertentu telah terorganisasikan. Mereka ini dapat menemukan bala bantuan demi keuntungan mereka, yang memang telah ada sebelumnya, dalam suatu perkumpulan yang telah dipandang legal.

Tatkala kekuatan kerja masyarakat tetap terbagi-bagi secara hirarkis, sebagai contoh, perserikatan tradisional, yang ada dalam bentuk tata kekuasaan hukum perburuhan kontraktualis, hanya akan hidup di tangan para pekerja yang mempunyai hak istimewa, yang mempunyai pekerjaan tetap dalam industri dengan modal yang intensif. Sekali dipersatukan para pekerja ini akan menyadari bahwa mereka mempunyai kepentingan yang sama dan bahwa majikannya menghadapi mayoritas yang tak terorganisasi. Mereka bisa mengembangkan praktek-praktek kerja-sama dengan para atasan di tempat kerja. Hal ini akan membuat persekutuan tadi tidak ada gunanya. Persekutuan parsial pada akhirnya akan terbukti menjadi transisi ke arah

sebuah tahap dimana para pekerja yang relatif istimewa ini tidak lagi menginginkan persekutuan, dan para pekerja yang tidak mempunyai hak istimewa tidak pernah membentuknya. Dalam hal ini, masalahnya bukanlah kemenangan pilihan kooperatif terhadap militansi yang menentanginya, tetapi bayang-bayang lama yang melatar-belakangi ketidak-sederajatan yang ada dalam sarana-sarana hukum privat tradisional untuk pengorganisasian masyarakat sipil.

Untuk memperbaiki masalah ini masyarakat sipil perlu mendapatkan unsur-unsur struktur hukum publik. Struktur semacam ini dapat diorganisasikan berdasar lingkungan sosial, lingkungan pekerjaan atau juga berdasar perhatian dan tanggung-jawab bersama. Hal ini dapat menciptakan aturan-aturan dan jaringan-jaringan kelompok yang sejajar dengan sistem yang dibuat negara, tetapi berlangsung di luar itu sehingga bebas dari pengaruh dan kontrol negara. Kelompok dan gerakan yang berbeda-beda ini bisa bersaing untuk mendapatkan posisi dalam pengaturan yang beragam dari masyarakat sipil, persis seperti partai-partai politik bersaing untuk mendapatkan tempat di pemerintahan. Jadi pada akhirnya kita akan dapat berhasil memberi isi praktis dan progresif terhadap salah satu ambisi pemikiran hukum Eropa masa perang, yaitu ambisi untuk memperkembangkan hukum sosial yang berbeda dari hukum negara dan juga dari hukum yang berdasar inisiatif pribadi. Dalam hukum semacam ini praktek-praktek pemberdayaan oleh perkumpulan sukarela akan menemukan tempat yang menyenangkan.

4. IMAGINASI BERBAGAI ALTERNATIF: ASUMSI-ASUMSI SOSIAL-TEORETIS DARI EKSPERIMENTALISME DEMOKRATIS

4.1. *Kodrat pertama dan kodrat kedua dalam kehidupan sosial*

Dengan adanya debat konvensional tentang kebijakan dan konflik kepentingan yang biasa terjadi, contoh-contoh eksperimentalisme demokratis tadi menawarkan suatu gagasan bagaimana kita dapat didorong ke arah pembaharuan dalam upaya membuat sebuah gambaran ulang dan rekonstruksi institusional. Daya dorongnya bisa jadi adalah sebuah rasa frustrasi atas ketidakmampuan untuk memenuhi kepentingan-kepentingan yang nyata di dalam batas-batas yang dipaksakan oleh suatu rancangan-rancangan yang sudah mapan. Atau, bisa juga sebuah ketidak-sabaran melihat kontras antara cita-cita demokratis dengan kenyataan yang ada. Apa pun sebabnya dan siapa pun pelakunya, hal itu memaksa kita, dalam setiap langkah di jalan ini, untuk membentuk kembali kepentingan-kepentingan kita dan menafsir ulang cita-cita kita. Hubungan internal antara berpikir tentang kepentingan-kepentingan dan cita-cita serta berpikir tentang lembaga-lembaga atau praktek-praktek tidak hanya berarti sebuah metode pencarian atau strategi pembicaraan. Hal ini juga berarti atribut transformasi yang menentukan dalam sejarah.

Bergerak ke suatu arah perubahan institusional yang tertentu berarti secara implisit lebih memilih beberapa variasi pengalaman individual dan pengalaman sosial dibanding yang lain. Hal ini adalah sebuah keutamaan dari segugus lembaga –dan dengan itu seorang demokrat dan seorang eksperimentalis harus mendapat perhatian khusus- yang harus bersifat relatif umum dalam keterbukaannya terhadap keragaman pengalaman. Meski demikian, tidak satu pun tatanan institusional dapat netral di antara bentuk-bentuk hidup. Hal itu bahkan bisa membawa ke suatu kecondongan ke arah tertentu atau arah yang lain. Tujuan netralitas yang keliru tetap bisa sampai ke tujuan keragaman eksperimental yang sesungguhnya dengan cara dimanfaatkan untuk pemujaan terhadap apa yang seharusnya dianggap bisa keliru dan terhadap rancangan-rancangan sementara.

Jika politik adalah takdir, ia bisa mewujudkan kekuatan nasibnya dengan cara memaksakan pada masyarakat suatu kodrat kedua lembaga-lembaga yang telah mengakar dan juga keyakinan-keyakinan yang ada, yang asal-usulnya dalam konflik dan kesementaraan telah kita lupakan. Dalam sejarah moderen kerja kognitif pikiran sosial dan kerja praktis eksperimentalisme

demokratis telah bergabung untuk menyingkirkan fatalisme ini. Upaya bersama ini sekarang ada dalam kesulitan. Kita menyadari bahwa telah kehilangan sarana-sarana intelektual yang berguna untuk memahami dan menggambarkan kembali struktur-struktur imajinatif dan institusional yang sifatnya formatif dari masyarakat kita. Selain itu kita telah mencapai suatu masa dalam sejarah politik praktis ketika proyek demokratis telah berhenti di dalam kompromi-kompromi institusional yang mengkhianati cita-cita sosial yang dijanjikan dan membuat frustrasi kelompok kepentingan yang diakui. Sebagai akibat dari dua peristiwa yang terjadi dalam kerja pencerahan dan emansipasi ini bisa-bisa kita melupakan ke-nomordua-an kodrat kedua kita itu. Jadi, misalnya, rendahnya keterlibatan politik di Amerika Serikat dapat dihubungkan dengan kenyataan budaya Amerika yang 'degil' dan pra-politis daripada dihubungkan dengan suatu perencanaan yang dipilih secara politis, yang didukung oleh kebiasaan kolektif yang memungkinkan hal itu tadi.

Jawaban-jawaban yang diberikan kepada ribuan pertanyaan yang tak banyak saling terkait tentang rancangan-rancangan praktis memberikan suatu bentuk kepada masyarakat. Ada beberapa alasan mengapa pertanyaan-pertanyaan itu dijawab dengan memperhatikan tempat dan waktu, dengan cara yang berbeda-beda. Meski demikian tidak ada suatu jenis alasan pun yang berisi suatu penjelasan tentang bentuk demokrasi, bentuk pasar dan bentuk masyarakat sipil bebas yang bersifat legal-institusional, tunggal dan diperlukan. Tak satu pun juga yang berisi suatu temuan cara-cara institusional tertentu, yang bisa dipahami oleh cita-cita sosial yang telah dinyatakan atau oleh kepentingan-kepentingan kelompok yang telah diakui. Alasan-alasan itu menerangkan lebih berhasilnya beberapa cara pemecahan yang dilokalisir dibanding cara-cara yang lain dengan tidak mengingkari kebebasan, atau kebutuhan, demi imajinasi dan perencanaan ulang berikutnya. Mereka mengafirmasi ke-nomordua-an dan kemungkinan ditinjaunya kembali kodrat kedua kita itu (*our second nature*).

4.2. *Kebiasaan sehari-hari dan revolusi*

Keberatan boleh saja diajukan terhadap pandangan bahwa perubahan sosial adalah hasil samping dari kekuatan yang tidak dapat kita jinakkan atau kita arahkan, yaitu periode mobilisasi yang bersifat quasi-revolusioner dan suatu perselisihan yang disebabkan oleh krisis yang tak tampak dan tak diinginkan. Dari pemikiran ini muncul suatu pandangan bahwa perubahan legal-institusional dalam perubahan partikular dan sosial pada umumnya terjadi dalam saat yang tertentu dari suatu renovasi yang disebabkan oleh krisis. Hal yang terbaik yang bisa diharapkan oleh imajinasi institusional, dalam kerangka pemikiran legal atau ekonomi politik, adalah dilakukannya sistematisasi dan diselesaikannya pekerjaan yang kreatif, meski belum tertata, pada masa generasi-generasi yang muncul setelah berlangsungnya saat-saat istimewa ini. Jadi, akhir dari periode itu adalah rekonstruksi demokrasi sosial, yang di Amerika Serikat dikenal sebagai *the New Deal*, yang dibuat selama dan sesudah tahun-tahun depresi dunia dan perang dunia.

Meski demikian, pandangan ini mempunyai beberapa kekurangan yang saling berkait, dan masing-masing mengingkari adanya pengaruh pemujaan institusional yang menular pada hal-hal yang disukai oleh pemikiran demokratis. Pertama, hubungan antara krisis dan rekonstruksi akan berubah dalam perjalanan sejarah. Seperti halnya beberapa bentuk organisasi dan wacana dapat dirancang untuk menghalangi tantangan dan perubahan serta menuntut untuk dipatahkan sebelum mereka dapat dibengkokkan, yang lain dapat mengundang revisi sedikit demi sedikit. Seorang eksperimentalis demokratis tidak akan menunggu saja datangnya masa yang istimewa itu. Dia akan lebih mendesak agar kita memahkotai diri dengan sejarah dari pada menunggu sejarah memahkotai kita.

Kedua, pengalaman rekonstruktif bukanlah sebuah episode ramalan yang tidak bisa dimasuki. Berbagai gagasan memberinya informasi dan membentuk harta pusakanya. Jika kita tidak berjuang untuk mendapatkan gagasan-gagasan alternatif tentang bentuk-bentuk praktis institusional yang berguna untuk mewujudkan kepentingan dan cita-cita kita, kita akan

menemukan diri dibelenggu oleh gagasan-gagasan yang menyesatkan dalam suatu kesempatan transformatif.

Ketiga, suatu keterkaitan dengan peristiwa yang sifatnya kharismatis dan revolusioner yang dianggap lumrah pada dasarnya tidak pernah hanya bersifat biasa seperti kenampakannya. Isu yang nyata-nyata telah diselesaikan dalam suatu periode dasar ternyata muncul lagi secara konstan. Jika dulu ada kontrak yang tidak utuh, kontrak inilah yang dibuat oleh para pemenang terhadap yang kalah ketika mereka membentuk sebuah cara penyelesaian institusional yang baru. Misalnya, tidak mungkinlah berkata apakah *affirmative action* akan lebih diarahkan ke kategori ras dan gender daripada diarahkan ke kerugian aktual, apakah negosiasi persetujuan dagang dengan negara lain dapat meyakinkan mobilitas modal trans-nasional sambil memperkuat pembatasan terhadap kaum buruh secara nasional, atau apakah delegasi kesejahteraan publik yang bertanggung-jawab terhadap pemberi nafkah privat, yang menjadi obsesi khas debat tentang hukum dan *public policy* Amerika kontemporer, mewakili pemenuhan atau pengingkaran penyelesaian masalah menurut *the New Deal*. Dalam konteks ini menyebut kembali bentuk yang asli sama sekali tidak membawa kemana-mana dan sia-sia saja.

4.3. ***Kepentingan-kepentingan yang nyata dan perubahan struktural***

Ada sebuah keberatan yang lain, yaitu bahwa fokus pada percobaan institusional yang berkesinambungan dan kumulatif yang berguna bagi eksperimentalisme demokratis bisa berarti suatu pemaksaan suatu model cetak-biru rasionalistis pada kemanusiaan yang pada dasarnya selalu disertakan. Pada waktu tidak dikuasai oleh pergumulan sehari-hari atas keselamatan hidup, konsumsi dan upaya-upaya memperbaiki kedudukan, percobaan itu akan dikuasai oleh pertentangan kelompok dan identitas nasional. Meski demikian, alur argumen ini keliru dalam memahami hubungan yang halus dan paradoksal antara politik identitas kelompok dan kegagalan eksperimentalisme demokratis.

Kita dapat memahami hubungan ini dengan sebaik-baiknya di dalam setting nasionalisme itu sendiri. Ciri dari suatu bentuk kontemporer pernyataan-diri nasional yang sungguh berbeda dari ciri kesadaran perbedaan kolektif di jaman permulaan sejarah adalah bahwa mereka tampak lebih sering mengungkapkan sebuah kehendak untuk berbeda dalam situasi berkurangnya perbedaan aktual, dibandingkan dengan kenyataan bahwa mereka mewujudkan keterikatan dengan penuh percaya diri pada cara hidup yang unik. Seperti halnya seseorang, yang meniru tetangganya dalam kebiasaan dan kepercayaan aktual, akan lebih membenci tetangganya itu justru karena menjadi serupa, bukan karena berbeda. Ia membenci pengalaman ketidakmampuan kolektif dalam menciptakan budaya yang berbeda. Persaingan ekonomi dan budaya yang berkesinambungan menciptakan sebuah percampuran dan kombinasi praktek-praktek yang terinstitusionalisasi dan keyakinan-keyakinan yang ada di seluruh dunia, yaitu bahwa suatu hal yang dicoba di suatu tempat, setiap saat bisa dicangkokkan di tempat yang lain. Masyarakat yang paling berhasil adalah penjarah dan peng-kombinasi yang paling baik.

Akibatnya, identitas kolektif menjadi kosong dan abstrak. Hal itu disebabkan oleh kenyataan bahwa identitas-identitas kolektif ini lebih menunjuk suatu kehendak untuk berbeda daripada menunjuk pada perbedaan yang ada. Seperti segugus kebiasaan dan kepercayaan turun-temurun yang sungguh nyata, mereka ini tidak keropos, tidak dapat dirundingkan dan tidak dapat ditinjau kembali. Alih-alih, mereka menjadi obyek keyakinan yang kaku. Meski perubahan identitas dan perbedaan ini mungkin terungkap dengan lebih jelas dalam nasionalisme, hal ini juga bisa diterapkan dalam politik pengakuan kelompok dalam suatu bangsa, suatu politik yang menggabungkan tuntutan terhadap kemajuan sosial praktis dengan tuntutan terhadap suara dan hormat terhadap budaya kelompok yang tidak diuntungkan. Intensitas politik kelompok-isme ini sering sebanding dengan sulitnya pemahaman terhadap perbedaan-perbedaan budaya yang harus dihadapi.

Untuk mengatasi kegusaran terhadap ketidak-mampuan kehendak untuk berbeda secara kolektif, justru dibutuhkan penguatan kemampuan kolektif untuk menciptakan perbedaan yang jelas. Bentuk hidup yang berbeda pada akhirnya harus mengambil bentuk yang terlembagakan.

Jika dalam praktek ia gagal, ia pun akan mati dalam imaginasi. Sebaliknya, sifat institusi-institusi politik, ekonomi dan sosial akan memilih atau tidak memilih ungkapan institusional keaslian kolektif. Kemampuan untuk mengungkapkan ini tergantung pada praktek berulang dari reformasi struktural. Pengalaman kemampuan kolektif yang membuahkan hasil akan lebih mempunyai kesempatan untuk mempertahankan jiwa besar dan toleransi daripada kehendak untuk berbeda yang sia-sia dan tanpa arah. Lebih lagi, kebiasaan dan kepercayaan yang dihasilkannya dapat membawa ke suatu kompromi dan pengaruh, karena kepercayaan dan kebiasaan itu sungguh nyata. Berdasar seluruh alasan ini politik identitas nasional dan identitas kelompok bukanlah sebuah alternatif atau pencegah upaya eksperimentalisme demokratis. Dengan salah arahnya itu ia justru menunjukkan mengapa upaya itu penting.

5. SARANA-SARANA ILMIAH EKSPERIMENTALISME DEMOKRATIS

5.1. *Dua bidang ilmu imaginasi institusional*

Kemajuan instrumentalisme demokratis menuntut praktek-praktek imaginasi institusional. Dua bidang ilmu kembar dibutuhkan oleh praktek-praktek itu, yaitu ekonomi politik dan analisis hukum sebagai praktek-praktek yang dilakukan bersamaan dalam imaginasi institusional. Peran dua bidang ilmu itu masih minim dan terpotong-potong. Meski begitu, materi konseptual yang diperlukan untuk mengembangkannya sudah ada di tangan. Lebih lagi, perkembangan mereka bisa menanggapi kebingungan dan kesempatan intelektual yang ada di dalam keadaan teori ekonomi dan hukum sekarang ini. Mungkin ada konflik yang berulang, meski tidak berpengaruh, antara potensi kemajuan material dan emansipasi individual. Meski demikian tidak ada konflik antara suatu upaya untuk eksperimentalisme demokratis dengan insight di dalam ekonomi dan hukum. Pemujaan institusional berbahaya bagi eksperimentalisme, seperti halnya terhadap insight ini.

Praktek-praktek imaginasi institusional yang dilakukan bersama ini mempunyai kesempatan terbaik untuk berkembang dalam iklim yang mempunyai keprihatinan sosial dan pencarian tak kunjung henti yang dipandang sebagai pasangan alamiahnya. Ia juga berkembang di dalam iklim dimana para pemikir mencoba untuk berjalan di jalur sempit antara tunduk kepada ortodoksi intelektual yang sedang berpengaruh dengan pergi ke perlindungan bidaah yang dipuja sendiri dan tak tersaingi. Kita melihat bahwa kebiasaan pikiran seperti itu secara teratur terkait dengan studi dan kritik terhadap masyarakat bukan hanya sejak praktek intelektual kaum radikal filosofis di awal abad kesembilan-belas. Dari satu bidang ke bidang yang lain, tempat utama telah diduduki oleh doktrin pasif-submisif. Di balik kedok sarana ilmiah palsu yang tampak jelas, doktrin ini mengimplikasikan kealiamahan, kepentingan dan rasionalitas rancangan-rancangan sosial yang harus unggul dalam sejarah demokrasi industrial. Pada saat yang sama, gagasan ilmu-ilmu yang menentangnya, yang dilangsungkan oleh aturan yang berbeda dan dikaitkan dengan pembicaraan yang berbeda, dengan model Marxisme dan Hegelianisme abad sembilan belas, tidak lagi dapat dipercaya. Pada akhirnya hanya ada satu dunia perbincangan ilmiah, seperti juga pada akhirnya hanya ada satu dunia percobaan institusional. Bagaimanapun juga kita harus berjuang membangkitkan budaya kritis yang terkait dengan ortodoksi dominan ini, sambil mencegah mereka membentuk agenda pencarian dan debat.

Kedua bidang ilmu berpikir institusional harus bergerak dalam ruang intelektual yang dibentuk oleh patokan-patokan insight minimalis yang disebut dalam halaman-halaman awal buku ini. Mereka harus menunjukkan pengaruh institusi-institusi dan kepercayaan-kepercayaan fundamental yang memberinya bentuk, juga mengenali sifat buruk dan sifat dapat digantikannya, meski hal itu sering berarti menjadi alot-nya suatu konteks formatif. Mereka harus mengakui hubungan internal antara berpikir tentang kepentingan atau cita-cita dan berpikir tentang institusi atau praktek, dan mengubahnya menjadi kesempatan intelektual dan politis.

5.2. *Tiada ekonomi institusional*

Buku ini mengusulkan sebuah cara untuk menempatkan analisis hukum dalam perannya bagi eksperimentalisme demokratis. Untuk tujuan ini, buku ini menguraikan dengan terinci karakter dan batas-batas bentuk analisis hukum yang makin berpengaruh di seluruh dunia. Pemahaman akan gaya doktrin legal akan memberikan kepada kita sarana-sarana untuk mengubahnya, mengubah pemikiran legal menjadi sebuah perpaduan antara realisme sosial dengan ramalan sosial. Buku ini menarik sebuah kesimpulan dengan mengusulkan bagaimana kita dapat menggunakan praktek analisis hukum yang telah diubah ini untuk menggambarkan masa depan alternatif kita. Hal ini berarti tetap konsisten dengan janji awal yang ditulis dalam buku ini. Sebelum sampai pada kesimpulan ini, perhatikanlah kesulitan dari ekonomi politik, sebuah ilmu yang seharusnya menjadi ilmu penting lain dalam penggambaran institusional itu.

Tidak ada ekonomi institusional yang sungguh nyata. Institusionalisme dalam ekonomi gaya Jerman abad kesembilan-belas dan gaya Amerika awal abad kedua-puluh lenyap tanpa menghasilkan praktek intelektual yang mampu menjadi tantangan yang serius bagi analisis keseimbangan umum (*general-equilibrium*). Teori pertumbuhan ekonomi tahun 1950-an dan 1960-an, yang menggumuli tujuan pemahaman struktural atas perubahan ekonomi, tidak berhasil mengurai ambiguitas dirinya, yaitu sebagai cabang subordinat arus utama ekonomi atau sebagai kritik alternatif. Semua awal ekonomi institusional yang berguguran ini mendapat kekuatan dari tujuan yang direncanakan, yaitu, dengan satu atau lain cara, kehendak untuk menentang definisi ekonomi pasar konvensional institusional. Pelajaran dari kegagalan mereka adalah bahwa kehendak yang direncanakan itu tidak akan terwujud dalam studi sosial dan historis, kecuali jika ia dapat memanfaatkan visi yang kuat dan metode yang dapat diproduksi ulang, yaitu visi tentang bagaimanakah suatu hal itu berada dan apa kemungkinan-kemungkinannya, serta suatu metode untuk memahami yang ada itu dalam wawasan kemungkinannya.

Konsekuensi dari kegagalan ini adalah disepelkannya dan dimistifikasinya institusi oleh bentuk-bentuk analisis ekonomi yang berpengaruh. Tiga cara untuk menggusur masalah institusi lalu menjadi sangat penting untuk diperhatikan.

Teori ekonomi murni telah mempengaruhi sosok agnostisisme kausal dan normatif tentang institusi-institusi ekonomi, dengan cara menunggu pengandaian institusional ditetapkan dari luar, oleh beberapa praktek deskripsi atau penjelasan alternatif sebelum sarana-sarana analitis dapat diajak memahami tingkah laku ekonomis dalam setting khusus. Ide Coasean bahwa suatu perilaku yang bisa memberi peningkatan memandang perencanaan institusional seperti halnya bagian lain apa pun dari latarbelakang faktual, yang harus dihadapi dan dirundingkan -kecuali untuk kategori harga transaksi yang elastis dan berlebihan- tampak telah membenarkan dikebawahkannya institusi tadi di bawah bayang-bayang dunia buram kondisi-kondisi perbatasan yang telah ditetapkan dan variabel-variabel empiris kegiatan pasar.

Bentuk-bentuk agresif dan reaksioner ekonomi politik yang lebih ideologis telah melihat sistem partikular institusi pasar dan hukum privat sebagai bentuk ekonomi pasar yang natural dan diperlukan serta, berkaitan dengan hal itu, sebagai dukungan yang tak dapat dihindarkan dari ekonomi pasar, yang menjadi kerangka koordinasi murni di antara para pelaku pasar. Mereka yang mempelajari sejarah pemikiran hukum akan mengenali, dalam gagasan ini, sebuah gagasan-gagasan yang diwarisi dari gagasan khas ilmu hukum abad kesembilan-belas. Gagasan itu adalah bahwa sebuah masyarakat yang bebas mempunyai bentuk legal-institusional tertentu, seperti tampak dalam analisis yang dibuat dan dikuatkan oleh pengamatan yang ada. Berdasar kenyataan bahwa sejarah pemikiran hukum modern sebagian besar menjadi sejarah subversi dan subversi-diri dari gagasan-gagasan ini, adalah sungguh mengejutkan bahwa gagasan ini masih harus dipertahankan dalam ekonomi. Tetapi, biarkanlah hal itu terjadi untuk mempengaruhi perhitungan kontemporer yang paling berpengaruh dari sejarah institusional ekonomi pasar. Perhitungan ini menampakkan suatu gerakan sejarah ekonomi, melalui penemuan, percobaan dan kekeliruan (*trial and error*), sebagai sebuah konvergensi terhadap praktek-praktek institusional dan aturan-aturan hukum yang sungguh dituntut oleh ekonomi

pasar. Tata kekuasaan harta milik adalah inti dari pencapaian evolusioner ini. Intervensi politik terhadap tatanan institusional mendapatkan perlawanan skeptis karena mereka ini tampaknya berani membayar mahal, menaklukkan diri dan subversif terhadap kebebasan. Gagasan pokoknya adalah bahwa melupakan sifat sosial dan institusional yang berbeda dari setiap tatanan seperti itu pada dirinya adalah hasil tunggal dan mengejutkan dari konflik praktis dan ideologis.

Cara yang paling busuk untuk meniadakan pentingnya institusi adalah cara yang kita lihat melekat dalam praktek teoretis para pengikut Keynes di Amerika (yang membuat ajaran Keynes menjadi gampang secara politis, dengan cara menghilangkan muatan politisnya yang paling penting) dan dalam penerapan standard kebijakan publik dan analisis ekonomi. Dalam hal ini, cara yang dilakukan adalah mencari hubungan-hubungan yang biasa terjadi di antara agregat ekonomi skala besar seperti tingkat-tingkat tabungan, pekerjaan (*employment*) dan investasi, untuk mengenali di dalam prinsipnya bahwa stabilitas hubungan-hubungan ini tergantung pada segugusan besar kondisi-kondisi rinci institusional yang melatarbelakanginya, dan kemudian tidak memperhitungkannya dalam praktek analisis ekonomi yang aktual dan dalam argumen kebijakan (*policy argument*).

Sejauh politik mengambil jarak dari eksperimen institusional dan perubahan sosial, dalam prakteknya penyangkalan terhadap suatu konsesi akan menghasilkan suatu bentuk kemasukan yang mirip. Korelasi antar gejala ekonomi agregat mempertahankan kenampakan wajar yang tak pernah mereka dapatkan. Perencanaan sosial mulai tampak sebagai bentuk alamiah dari ekonomi pasar modern yang teregulasi.

Bentuk-bentuk penolakan dan takhyul yang telah saya sebutkan bukanlah sekedar bayang-bayang yang muncul sesekali dalam sejarah teori ekonomi dewasa ini. Mereka ini hampir menjad inti dirinya. Kedekatan dengan mereka bisa menghasilkan kehormatan dan kemuliaan.

Sebuah ekonomi institusional yang sungguh-sungguh bukanlah sebuah studi tentang tingkah laku ekonomi dan tentang hubungan tetap antar agregat ekonomi berhadapan dengan sebuah latar belakang institusional yang telah ditetapkan dan tidak ditinjau lagi. Ekonomi institusional yang benar itu pun bukanlah 'burung hantu' Minerva yang mengepakkan sayapnya di atas derap kemenangan historis satu ekonomi pasar yang sesungguhnya terhadap penyebaran ke seluruh dunia dan penguasaan atasnya. Studi yang benar seharusnya mempelajari institusi-institusi ekonomi itu sendiri, sebab-sebab dan dampak-dampaknya, keragaman tersembunyi dari bentuk-bentuk yang ada, dan peluang transformatif yang dimunculkan dan disembunyikan oleh keragaman yang ada ini. Ekonomi institusional semacam ini menuntut hubungan yang jauh lebih dekat dan terus-menerus antara analisis formal, deskripsi empiris dan perkiraan kausal daripada yang dimungkinkan oleh praktek-praktek analisis teori ekonomi yang dominan. Mereka akan dapat meningkatkan jangkauan teori ekonomi eksplanatoris, tetapi hanya dengan merampas beberapa swa-daya (*self-sufficiency*) formal mereka, sebab mereka dapat menjadi bagian yang melemahkan dalam identitas metodologis berbagai bidang ilmu yang berbeda yang bergumul dengan struktur masyarakat. Pasangan paling dekat dari ekonomi macam ini adalah metode analisis hukum yang berorientasi institusional, sebuah praktek analisis hukum sebagai imajinasi institusional.

6. TERPASUNGNYA PERKEMBANGAN PEMIKIRAN HUKUM

6.1 *Kejeniusan hukum kontemporer*

Supaya bisa memanfaatkan potensi analisis hukum menjadi sebuah alat pokok imajinasi institusional dalam masyarakat demokratis, kita harus mulai dengan memahami hal yang paling khas dari hukum dan pemikiran hukum dalam demokrasi industrial kontemporer. Dalam upaya ini tidak ada kontras yang lebih jelas daripada perbandingan antara hukum substantif dan metode-metode hukum masa kini dengan proyek ilmu hukum abad kesembilan-belas dan hukum ekonomi komersial abad kesembilan-belas.

Perhatikanlah baik-baik bagaimana hukum dan pemikiran hukum masa kini mengharapkan mahasiswa masa depan yang mencoba untuk mengidentifikasi sifat terdalam dan paling orisinal dari hukum dan pemikiran hukum itu dalam rangkaian sejarah hukum yang lebih luas. Andaikanlah bahwa dalam upaya ini kita lebih memanfaatkan pembacaan yang bersifat timbal balik dan rinci atas visi yang ditawarkan Jhering dalam *The Spirit of Roman Law* daripada memanfaatkan pencarian kategori-kategori doktrinal yang berulang dan perbedaan-perbedaan yang dicari Holmes dalam *The Common Law*. Metode yang pertama, dibanding yang kedua, lebih menghargai tempat hukum di antara imajinasi dan kekuasaan, dan menghubungkan pemahaman diri pemikiran hukum dengan tradisi sentral teori sosial modern yang dirintis Montesquieu. Dilihat dari pemahaman ini, tema hukum kontemporer dan pemikiran hukum yang menolaknya, dan hal yang menentukan kejeniusannya, adalah komitmen untuk membentuk sebuah tatanan politik dan ekonomi yang bebas, dengan cara menggabungkan hak untuk memilih dengan aturan yang dirancang untuk menjamin pemenuhan hak ini secara efektif.

Sedikit demi sedikit, dan di setiap negara di dunia barat yang kaya, juga negara-negara miskin yang mau menirunya, sebuah kesadaran hukum telah mempengaruhi dan mengubah hukum substantif, dengan menggarisbawahi sifat empiris dan tak terkalahkan dari penentuan-diri individual dan kolektif, yaitu ketergantungannya pada kondisi-kondisi praktis pemenuhan hak itu, yang bisa saja gagal.

Konsep ini bertahan dengan membedakan diri dari satu-satunya gagasan yang paling berpengaruh di dalam hukum dan pemikiran hukum abad kesembilan-belas, sebuah gagasan yang banyak berkembang dalam wacana para ahli hukum Amerika dan Inggris yang berorientasi pada kasus, atau ungkapan-ungkapan ahli hukum Perancis yang bergaya aphoristis dan bersifat menyimpulkan, atau dalam gertakan kategoris yang keras dari para ahli hukum Jerman. Menurut gagasan ini sebuah sistem aturan-aturan dan hak-hak tertentu akan menentukan sebuah tatanan politik dan ekonomi yang bebas. Kita menegakkan tatanan ini dengan menyandarkan diri pada sistem aturan dan hak yang telah ditentukan dan dengan cara menghindarkan dampak kekeliruannya melalui politik, khususnya politik privilese dan redistribusi.

Konsekuensi dari gagasan hukum kontemporer yang meniupkan nafas baru ini adalah direorganisasikannya sebuah cabang hukum yang kemudian diikuti oleh reorganisasi doktrin hukum, seperti halnya suatu sistem biner tentang hak-hak untuk memilih dan sistem biner rancangan-rancangan yang ditarik dari suatu cakupan pilihan, agar bisa dengan lebih baik membuat pilihan menjadi nyata dan efektif. Tujuan yang mendorong pengorganisasian dialektis ini adalah dihindarkannya sistem aturan dan hak dari, atau tetap menjadi, sebuah kepura-puraan yang membungkus fakta penindasan sehingga seolah tampak sebagai koordinasi.

Kadang, suatu upaya reorganisasi, yang dilakukan secara biner ini, dilaksanakan dengan cara menyusun aturan-aturan dan doktrin-doktrin yang bertentangan di dalam sebuah cabang hukum tertentu. Hal ini bisa terjadi seperti halnya ketika doktrin ekonomi yang sifatnya memaksa dan doktrin kekuatan untuk tawar-menawar yang tak seimbang (*unequal bargaining power*) itu melengkapi dan memenuhi syarat aturan inti pembuatan sebuah kontrak dan kemungkinan untuk dilaksanakannya. Hal ini pun bisa juga terjadi ketika kebebasan untuk memilih syarat-syarat di dalam kontrak ketenaga-kerjaan dibatasi oleh regulasi hubungan kerja yang sah, yang bersifat langsung dan selektif. Di lain waktu struktur ganda ini berjalan dengan cara menempatkan

rancangan-rancangan yang membatasi pilihan dan yang mempertahankan kebebasan itu pada suatu cabang hukum yang berbeda. Hal itu terjadi seperti ketika hukum tawar-menawar kolektif berusaha untuk mengoreksi ketidak-mampuan kontrak individual dalam memberi kompensasi terhadap tidak-seimbangannya kekuatan dalam hubungan kerja. Meski demikian, di lain waktu struktur ganda itu telah menjadi sebuah koeksistensi dari dua tata kekuasaan hukum yang berguna untuk mengatasi problem sosial yang tumpang tindih. Jadi, kekurangan yang disebabkan oleh kekeliruan ini mungkin saja lebih dikuatkan, bukannya dikurangi, oleh ditolaknya suatu perluasan ke arah kompensasi demi terwujudnya resiko-resiko yang inheren dalam alur bisnis. Selain itu, hal itu dikuatkan pula oleh perkembangan sistem asuransi yang tidak memperhatikan standard-standard kompensasi yang berorientasi pada kesalahan.

Dalam skala yang lebih besar struktur biner yang telah mereorganisasi hukum privat di setiap demokrasi industrial muncul dalam hubungan regulasi pemerintah dengan hukum privat secara keseluruhan. Pemenuhan hak yang dilaksanakan oleh negara berkesejahteraan (*welfare state*) dan pemenuhan oleh para pekerja prerogatif yang cukup aman dalam menghadapi ketidak-stabilan pasar-pekerja dan lingkaran bisnis, telah dipahami dan dikembangkan oleh ahli-ahli hukum abad kedua-puluh sebagai cara-cara yang menjamin dipenuhinya secara efektif hak-hak untuk menentukan diri dalam hukum publik dan hukum privat. Jika ekonomi pasar, demokrasi perwakilan dan masyarakat sipil yang bebas mempunyai bentuk-bentuk tertentu yang telah diwarisi dan sungguh diperlukan, bentuk-bentuk ini toh harus diperhalus dan dilengkapi sehingga mereka dapat menyediakan kenyataan adanya pilihan bebas dan koordinasi, dan juga kenampakannya, bagi setiap individu yang mempunyai hak.

Target tertinggi dari usaha berkelanjutan untuk membuat koreksi ini adalah membuat seorang individu mampu secara efektif mengembangkan dan menyebarkan berbagai macam kemampuannya. Ia lalu dapat membentuk dan melaksanakan proyek hidupnya, termasuk proyek-proyek yang paling penting yang bisa dibayangkannya, dan mengembangkannya melalui perkumpulan bebas bersama orang lain. Meski demikian, hirarki kelas tetap ada, dan pengaruhnya sedikit saja berkurang. Mungkin saja sebagian besar masyarakat adalah massa rakyat yang marah, yang terpinggirkan meskipun terpecah-pecah, yang merasa tidak berdaya di tempat kerja dan yang tak punya harapan tentang politik nasional. Sementara itu mereka mencari hiburan dan pelarian dalam kesenangan pribadi, kenikmatan domestik dan tradisionalisme nostalgis. Walaupun begitu, menurut pemikiran ini, beban-beban sejarah dan ketidak-sempurnaan ini justru menunjukkan bahwa kita harus dengan sabar terus-menerus berusaha menjamin dipenuhinya hak-hak secara efektif.

Tema hubungan dialektik antara wilayah ekonomi bebas dan pilihan politis dengan wilayah dari hal-hal yang bisa diturunkan dari pilihan demi pilihan malah tampak makin mencolok karena gagal untuk melacak setiap pemahaman ideologis khusus dalam debat politik moderen dan pemikiran politik moderen. Ia hanya menyingkirkan pemahaman-pemahaman yang tampak ekstrem jika dipandang dari sudut pandang mereka yang menghalangi dunia imajinatif. Ia menyingkirkan gagasan usang dari abad kesembilan-belas bahwa skema khusus hak-hak privat dan hak-hak publik secara otomatis akan menjamin kebebasan ekonomi dan politik, dengan syarat adanya perlindungan dari intervensionisme redistributif. Ia juga menolak gagasan rekonstruktif radikal bahwa pengalaman nyata dan pengalaman yang banyak dialami orang dalam penentuan diri individual dan kolektif tidak bisa diwujudkan selain dengan melakukan revolusi terhadap sistem institusional masa kini, misalnya dengan cara mengganti "kapitalisme" dengan "sosialisme." Walau begitu, di satu sisi semangat hukum kontemporer tampaknya hanya menentang alternatif-alternatif yang tak bisa dipercaya atau tak layak mendapat dukungan. Di lain sisi secara rinci ia membuat karya argumentatif dan praktis yang tak berkesudahan bagi para analis dan pembaharu. Jadi, dalam garis besar cakupannya dan dalam produktivitasnya, ia tidak berbeda dengan gagasan besar yang ada sebelumnya di dalam sejarah hukum dan pemikiran hukum, yaitu proyek ilmu hukum yang dapat menunjukkan batas-batas isi legal dan institusional dari masyarakat bebas dan polisi, yang memang sudah ada di dalamnya, untuk menghadapi campur tangan politik.

6.2 *Batas pemikiran hukum kontemporer*

Walau begitu, ada persoalan yang harus dipecahkan dalam upaya mewujudkan gagasan ini. Kalau kita tidak bisa memecahkan persoalan itu kita tidak dapat memahami dengan benar kejeniusan –dan kemiskinan yang dipaksakan sendiri- dari pemikiran hukum kontemporer. Kita juga tidak dapat memahami dengan baik terikatnya perkembangan hukum pada nasib eksperimentalisme demokratis. Setiap kali kita mulai menyimak cara-cara yang dipakai untuk menjamin kondisi-kondisi praktis supaya hak-hak bisa dipenuhi dengan efektif, setiap kali pula kita menemukan bahwa ada cara-cara alternatif yang masuk akal untuk menentukan syarat-syarat ini. Kemudian, ditemukan juga cara-cara alternatif untuk memenuhinya begitu telah ditentukan. Bagi setiap hak pilih individual atau kolektif dalam masyarakat yang terorganisasikan seperti yang ada dewasa ini, ada berbagai konsep yang berlainan dan masuk akal tentang syarat-syarat realisasi yang efektif. Bagi setiap konsep seperti itu, ada berbagai strategi yang berbeda dan masuk akal untuk memenuhi syarat-syarat yang dikhususkan.

Beberapa konsep dan strategi ini berimplikasi dipertahankannya rancangan-rancangan institusional yang sudah ada sambil mengontrol dampak-dampaknya, khususnya dengan meniadakan dampak-dampak distributifnya melalui usaha-usaha penarikan pajak dan pendistribusiannya (*tax-and-transfer*) atau melalui upaya meningkatkan kehidupan kelompok yang tidak diuntungkan. Meski demikian, konsep-konsep dan strategi-strategi yang lain mengimplikasikan perubahan rancangan-rancangan institusional yang kecil-kecil tapi kumulatif. Pemecahan masalah melalui perlawanan dan perubahan terhadap struktur ini pada gilirannya bisa menuju ke arah alternatif. Hal ini bisa menjadi titik awal bagi proses-proses perubahan struktural yang berlainan.

Jadi, adanya pengakuan terhadap sifat empiris dan dapat dihilangkan dari hak untuk memilih seharusnya hanya menjadi langkah pertama dalam sebuah gerakan yang dilaksanakan dengan dua langkah. Langkah kedua, yang secara langsung mengikuti yang pertama, adalah imaginasi hukum dan konstruksi pluralisme alternatif, yaitu ditelusurinya suatu rangkaian perubahan institusional dalam argumen programatis atau dalam reformasi eksperimental. Setiap rangkaian harusnya menentukan kembali hak-hak, juga kepentingan-kepentingan dan cita-cita yang mau dicapainya, dalam upaya mewujudkannya secara lebih efektif. Saya sudah memberikan banyak contoh tentang bagaimana pembaharuan-pembaharuan dan argumen-argumen semacam ini tampak tatkala saya mengusulkan di awal buku ini bagaimana kita bisa pindah dari debat tentang kebijakan yang familiar dan yang mempertahankan struktur ke arah hal yang menantang dan yang mengubah institusi dan pengandaian debat yang imaginatif. Meski demikian, teori dan doktrin hukum kontemporer, dan hukum substantif sendiri, hampir tidak menempuh langkah kedua ini. Ini adalah contoh bagus dari sebuah perkembangan yang terpasung.

Kegagalan mengubah analisis hukum menjadi imaginasi institusional –yang menjadi konsekuensi besar dari terpasungnya perkembangan pemikiran hukum - mempunyai makna yang sangat khusus di Amerika Serikat. Sesungguhnya, salah satu kebobrokan dalam kebudayaan Amerika adalah upaya menghalangi struktur institusional masyarakat (*country*) dalam menghadapi tantangan yang efektif; memandang “skema kebebasan yang teratur” gaya Amerika sebagai upaya menghindarkan diri secara definitif dari sejarah kuno kelas sosial dan ideologi; menolak untuk mengakui bahwa cita-cita spiritual dan politik suatu kebudayaan tetap terikat pada praktek-praktek dan institusi-institusi khusus yang mewujudkannya dalam kenyataan. Eksperimentalisme telah menjadi bagian yang paling dapat dipertahankan dalam eksepsionalisme Amerika; meski hanya dibawah tekanan krisis yang ekstrem orang-orang Amerika akan mengaitkan dorongan kaum eksperimentalis itu dengan institusi-institusi mereka. Para pemikir Amerika itu telah menjadi orang-orang besar, yang, seperti Jefferson dan Dewey, telah mencoba meyakinkan orang-orang sejaman untuk mengganti beberapa eksepsionalisme Amerika yang buruk dengan beberapa eksperimentalisme Amerika yang bagus. Periode sejarah Amerika itu telah menjadi sangat penting ketika kepentingan-kepentingan dikaitkan pada cita-cita karena baik cita-cita maupun kepentingan bertabrakan dengan rancangan-rancangan institusional.

7. PENERAPAN YANG KOMPLEKS PADA AMBANG PERUBAHAN SOSIAL

7.1. *Intervensi struktural secara berkala*

Kekuatan apa yang bisa menahan bergesernya perkembangan pemikiran hukum dari ditemukannya kenyataan bahwa pemerintahan, masyarakat dan ekonomi yang bebas tidak bisa ditentukan secara institusional begitu saja ke arah penelitian tentang beragamnya kemungkinan bentuk-bentuk institusional mereka? Kita dapat menjawab teka-teki ini secara tidak langsung, meski tetap memberi kejelasan, dengan cara mempertimbangkannya kembali dari perspektif yang kemudian dikenal dalam hukum Amerika sebagai problem penerapan yang kompleks (*complex enforcement*) dan keputusan struktural (*structrural injunctions*).^{*} Meski sarana prosedural di Amerika Serikat telah berkembang secara lebih utuh bila dibandingkan dengan sarana prosedural di lain tempat, kesempatan yang dipergunakannya dalam hubungan hukum dengan masyarakat dengan cepat telah menjadi sebuah gejala universal. Cara baru intervensi prosedural tampak sebagai alat dan perpanjangan alamiah dari gagasan sentral hukum kontemporer. Hanya saja, keganjilan teori dan prakteknya membuat perkembangan gagasan yang terpasung ini tampak makin mencolok.

Bersamaan dengan adanya gaya keputusan pengadilan tradisional, yang tekanannya adalah diberikannya hak yang sifatnya mempertahankan struktur di antara penggugat individual, telah berkembang suatu praktek pengadilan yang berbeda. Pelaku-pelaku, metode-metode dan tujuan-tujuan praktek alternatif ini berbeda dari gaya tradisional. Para pelakunya bersifat kolektif, bukan individual, meski mereka bisa diwakili oleh penggugat individual. Gugatan *class-action* adalah cara yang paling lugas dari redefinisi pelaku di atas.

Tujuan dari intervensi itu adalah membentuk kembali sebuah organisasi atau wilayah praktek sosial yang telah terlokalisir, yang telah menghalangi upaya dipenuhinya hak-hak secara efektif. Keadaan khas yang memunculkan halangan itu adalah suatu situasi dimana organisasi atau praktek yang diawasi telah menyadari adanya peningkatan kerugian dan peminggiran yang tidak bisa dihindarkan oleh para korban mereka karena ketidakberdayaannya. Penindasan, yang terlokalisir dan karenanya bisa diperbaiki, ini adalah suatu kejahatan paradigmatik yang menjadi perhatian dari intervensi rekonstruktif tadi.

Metode yang dipakai adalah dikembangkannya intervensi itu secara lebih mendalam ke dalam latar belakang kehidupan sosial yang saling mempengaruhi, lebih mendalam daripada yang disetujui oleh pengadilan tradisional. Hal ini dilakukan dengan membentuk kembali rancangan-rancangan yang secara langsung tampak paling bertanggung-jawab terhadap kesalahan yang dipersoalkan itu. Jadi, sarana pengatasannya menuntut supaya sebuah lembaga pengadilan memasuki wilayah sekolah, penjara, sistem sekolah atau daerah pemilihan, dan membangun kembali serta mengatur suatu organisasi untuk beberapa periode waktu. Penerapan yang kompleks ini akan menuntut kombinasi argumen preskriptif dan penyelidikan sebab-akibat yang lebih dekat dan lebih berkesinambungan daripada yang menjadi ciri khas penalaran para pengacara.

Masalah dasar dalam teori dan praktek keputusan struktural ini adalah kesulitan untuk melihat batas-batasnya. Begitu kita mulai memasuki wilayah latar-belakang sebab-akibat dari praktek-praktek dan kekuatan-kekuatan yang saling bersaing, mengapa kita harus berhenti di permukaan saja? Kejahatan pendidikan yang tidak merata untuk suku-suku yang berbeda, sebagai contoh, bisa mengakibatkan seorang pembaharu struktural Amerika, di satu sisi, mempertanyakan legitimasi tanggungjawab finansial pemerintah setempat untuk sekolah-sekolah umum dan, di lain sisi, menentang rancangan-rancangan institusional, seperti penggajian temporer dan kontrak tambahan, yang memungkinkan dibentuknya kembali masyarakat kelas bawah dengan cara memecah-mecah kekuatan buruh. Jika makin dibatasi, tampak bahwa intervensi untuk melakukan koreksi ini makin tidak efektif. Jika efikasi kausal (*causal efficacy*) adalah standard keberhasilan dari suatu upaya pengatasan suatu masalah, satu campur-tangan ke dalam latar belakang struktural dari suatu frustrasi akan hak-hak akan menyusul yang lain. Sekali kita mulai bekerja

^{*} Lihat Lewis Sargentich, "Complex Enforcement," 1978 (tidak diterbitkan, dalam file di *Harvard Law Library*).

sedikit-sedikit dengan organisasi yang relatif ada di pinggiran (peripheral) seperti penjara dan asilum dan membentuk mereka kembali dalam gambaran cita-cita yang dikaitkan dengan hukum substantif, mengapa kita tidak melanjutkannya sampai kita bisa merangkul perusahaan-perusahaan, birokrasi-birokrasi, keluarga-keluarga dan pemerintah-pemerintah lokal? Dengan diperdalamnya pencapaian dan diperluasnya jangkauan intervensi itu, kegiatan-kegiatan rekonstruktif dari penerapan yang kompleks akan tampak makin menjadi impian, dengan memanfaatkan kekuatan yang lebih besar, mempekerjakan staf yang lebih besar dan menggunakan sumberdaya yang lebih kaya.

7.2. Pelaku yang hilang

Tentu saja hal ini tidak akan terjadi. Hal ini tidak akan terjadi karena tak ada satu masyarakat pun, bahkan di Amerika Serikat, yang mengizinkan barisan depan pengacara dan hakim merekonstruksi institusinya sedikit demi sedikit dengan dalih, yang tampak jelas, menafsirkan hukum. Massa kaum pekerja mungkin saja tertidur, tetapi kelas terpelajar dan kaya tidak. Mereka ini tidak akan mengizinkan nasib mereka ditentukan oleh kelompok kader pembaharu yang tertutup, yang, seperti para pendeta, tidak mempunyai hambatan-diri. Mereka akan menempatkan para pembaharu di tempatnya, mengganti mereka dengan penerus yang tidak butuh ditempatkan di tempat terdahulu.

Didalamnya suatu pencapaian dan diperluasnya suatu jangkauan dari penerapan yang kompleks itu akan segera melampaui legitimasi politis pengadilan dan menghabiskan sumberdaya praktis dan kognitifnya. Lebih lagi, atas nama mandat untuk melakukan intervensi, yang diharapkan bisa lebih menjamin dipenuhinya hak-hak secara lebih efektif, para hakim akan merebut porsi kekuasaan nyata yang makin besar dari pemerintahan oleh masyarakat sendiri.

Lalu, apa yang seharusnya dibuat oleh para hakim dan apa yang sesungguhnya bisa mereka kerjakan? Sesekali mereka tampak ingin berbuat sebanyak yang telah dapat mereka loloskan, yaitu lebih baik melakukan beberapa penetrasi latar belakang struktural terhadap suatu penundukan, daripada tidak melakukan apa-apa; lebih baik melakukan pengorganisasian sosial di pinggiran daripada tidak melakukan pengorganisasian sama sekali. Kesulitan muncul dari ketidak-seimbangan antara misi rekonstruktif dan pelaku institusionalnya. Penerapan yang kompleks itu bersifat struktural dan sekaligus berkala. Tampaknya hasil kerja intervensi struktural dan berkala ini dibutuhkan jika kita mau menjamin suatu pemenuhan hak yang efektif dan melaksanakan mandat hukum substantif. Penerapan yang kompleks ini adalah pelengkap prosedural yang perlu bagi kejeniusan hukum kontemporer, bukannya sekedar hasil pemikiran sebab-akibat sesudah peristiwa terjadi. Hanya saja, siapa harus melaksanakan pekerjaan struktural dan berkala macam ini dalam pemerintahan demokratis kontemporer?

Tampaknya, berdasar legitimasi politik atau kemampuan praktisnya, tidak ada satu pun cabang tata kekuasaan parlementer dan presidensial masa kini yang mempunyai perlengkapan yang baik untuk melaksanakannya. Pemerintah sistem parlementer yang berdasar mayoritas, atau cabang eksekutif tata kekuasaan presidensial, tidak bisa menafsir-ulang hak-hak dan membentuk kembali rancangan-rancangan yang berdasar pada hak-hak itu di suatu sudut kehidupan sosial yang khusus, tanpa membahayakan kebebasan warga. Terlebih, mereka akan segera menjadi bingung dan semangatnya menurun karena adanya bentuk-bentuk kecemasan dan resistensi yang tak terhingga banyaknya. Para pelaku administratif atau pelayan sipil lebih mampu mengambil jarak dan lebih ahli. Hanya saja, dalam kaitan itu, mereka kurang mempunyai kekuasaan dalam memilih arah rekonstruktif atau dalam mempergunakan kekuasaan secara leluasa untuk membuat pemecahan-pemecahan yang khas menjadi masalah-masalah yang dilokalisasi. Lembaga legislatif dan parlemen akan menjadi despotik dan tidak efektif jika, dengan cara-cara yang sifatnya berkala dan terindividualisasi, mereka berurusan dengan masalah struktural dan rancangan-rancangan institusional. Lembaga pengadilan kekurangan kemampuan praktis dan juga legitimasi politis untuk merestrukturisasi obyek pelaksanaan yang kompleks yang

selayaknya diperoleh dan mengelolanya selama restrukturisasi itu. Ketidak-cocokannya untuk tugas ini akan makin tampak nyata jika frustrasi terhadap dipenuhinya hak-hak oleh kerugian yang terus terjadi berubah menjadi insiden kehidupan sosial yang biasa dan jika pengatasannya menuntut jangkauan yang makin bersifat invasif ke dalam latar belakang praktek dan institusi.

Sesungguhnya yang terjadi adalah bahwa tidak satu pun bagian dari pemerintah masa kini, berdasar kemampuan praktis atau intervensi politisnya, mampu untuk mengemban suatu tugas rekonstruksi sosial secara berkala. Tugas berat ini, seperti halnya setiap tugas berat baru dan serius di dunia ini, tidak punya pelaku yang cocok. Karenanya, jawaban yang terbaik adalah mencari pelaku yang baru, yaitu cabang pemerintah yang lain, kekuatan lain dalam negara, yang dirancang, dipilih dan dibiayai, dengan tugas yang mendesak untuk mengemban pekerjaan khusus yang akan menjamin dipenuhinya hak-hak ini. Walau begitu, tindakan semacam ini akan menuntut keterbukaan yang besar terhadap eksperimentalisme institusional. Di dalam eksperimentalisme institusional inilah hukum kontemporer dan demokrasi kontemporer memang mempunyai banyak kekurangan. Hal ini juga akan menuntut kita, sebagai ahli hukum dan sebagai warga negara, untuk menyelesaikan langkah pertama yang telah diayunkan dalam upaya mendapatkan pemenuhan hak yang efektif menuju ke langkah kedua yang hilang dari rekonstruksi dan imajinasi-ulang institusional.

Dengan tiadanya penyuluh yang siap-sedia, setiap pelaku yang ada, meski kurang cocok, bisa menerima atau menolak pekerjaan itu dan kemudian, setelah menerimanya, mendorongnya sejauh diinginkannya atau sejauh ia mampu. Di Amerika Serikat, lembaga pengadilan, khususnya pengadilan federal, acap kali telah menjadi agen setengah hati yang kurang pas. Di negara lain pelakunya mungkin saja cabang kekuasaan lain dalam negara. Dari perpaduan antara pekerjaan yang tak bisa ditunda dan pelaku yang tidak cocok ini muncul teori yang bersifat implisit tentang perintah struktural (*structural injunctions*) dalam hukum Amerika. Teori ini menuntut kita untuk memisahkan perbedaan antara dua dalil yang sama-sama meyakinkan namun tidak bersesuaian, yaitu suatu dalil bahwa kita harus mengemban mandat hukum substantif, tidak peduli apakah kita punya atau tidak pelaku dan sarana yang tepat, dan dalil lain bahwa penerapan hukum harus dilaksanakan dalam disiplin kemampuan dan kesopanan institusional.

Jadi, masalah penerapan yang kompleks itu memberi dua pemahaman terhadap perkembangan pemikiran hukum kontemporer yang terpasung. Yang ditunjukkannya adalah bagaimana kepercayaan pada hukum dan kepada cita-cita yang terkandung di dalamnya bisa mendorong, dengan tidak disadari dan dalam skala kecil, ke arah eksperimen institusional yang sebenarnya tidak akan kita gambarkan dan kita usahakan. Selain itu, ditunjukkan pula bagaimana kegagalan kita mencapai langkah kedua bisa menghambat dan mengaburkan arah pekerjaan rekonstruktif kita, yang akan dikerjakan dalam waktu yang singkat. Kurun waktu dalam sejarah hukum kontemporer ini melukiskan dengan bagus kombinasi antara penyembunyian diri dengan pengungkapan diri dalam suatu pandangan yang sedang banyak dianut.

8. JAMAN ANALISIS HUKUM YANG MERASIONALISASIKAN

8.1. *Pemikiran hukum dan demokrasi sosial*

Mengapa hukum dan doktrin hukum tidak bisa berganti fokus, yaitu dari fokus khas mereka terhadap pemenuhan hak yang efektif ke fokus pengakuan dan perkembangan peluang transformatif institusional? Mengapa mereka bekerja berdasar keyakinan bahwa penentuan diri kolektif dan individual tergantung pada syarat-syarat empiris yang dapat dihilangkan, tanpa sepenuhnya berganti haluan ke analisis hukum dan konstruksi institusi-institusi dan praktek-praktek yang sama sekali berbeda tetapi mampu memenuhi syarat-syarat itu tadi? Karena itu, mengapa dalam alternatif yang kecil dan terpecah-pecah ini, mereka tidak berusaha melihat adanya suatu titik-awal yang mungkin ada bagi suatu alternatif-alternatif yang lebih besar, yaitu

jalan-jalan institusional yang berbeda untuk mendefinisikan kembali dan men-transformasi demokrasi perwakilan, ekonomi pasar dan masyarakat sipil yang bebas? Dengan kata lain, mengapa mereka tidak berhasil memperbesar penolakan mereka terhadap gagasan abad kesembilan-belas bahwa ekonomi dan politik yang bebas mempunyai bentuk hukum yang telah ditentukan sebelumnya, yang konstitutif dalam kebebasan itu, menjadi suatu perlawanan terus-menerus terhadap pemujaan institusional?

Alasan terpenting dari terpasungnya perkembangan pemikiran hukum ini ada dalam sejarah politik modern. Meski begitu, hubungan sederhana antara batas-batas pemikiran hukum kontemporer dan adanya pembatasan transformasi politis rancangan-rancangan sosial, karena beberapa alasan, tidaklah mencukupi sebagai sebuah penjelasan.

Suatu periode waktu dimana ada pembaharuan yang di Eropa disebut sebagai demokrasi sosial dan di Amerika Serikat disebut sebagai *the New Deal*, menjadi saksi dari terpasungnya perkembangan pemikiran hukum, selain menjadi saksi dari serangkaian pembaharuan radikal yang saling terkait dalam konteks ideologis dan institusional dari kehidupan ekonomi dan politik. Salah satu fokus dan tiang-penyangga dari perubahan-perubahan ini ada dalam Keynesianisme, yaitu serangkaian inovasi ideologis dan institusional, yang membebaskan pemerintah nasional dari suatu doktrin tentang keuangan yang kuat dan yang berarti dikurangnya ketergantungan kebijakan publik terhadap tingkat kepercayaan bisnis. Pembaharuan-pembaharuan ini radikal. Tanpa mendasarkan diri pada pembaharuan ini kita tidak akan dapat memahami kekuatan dan bentuk kebiasaan-kebiasaan besar demokrasi industrial kontemporer yang bersifat politis, ekonomis dan terpisah-pisah, seperti misalnya lingkaran bisnis-politis. Mereka ikut merumuskan syarat-syarat minimal yang, di masa depan, memungkinkan individu-individu dan kelompok-kelompok yang terorganisasi bisa memahami dan mempertahankan kepentingannya.

Walau begitu, seperti halnya setiap penyelesaian masalah institusional, benarlah bahwa kompromi sosial demokratis berarti dihindarinya ajang konflik dan kontroversi yang lebih luas. Berbagai pemerintah nasional telah memperolah kekuasaan dan otoritas untuk mengatur ekonomi dengan arah yang berlawanan (*countercyclically*), untuk memberi kompensasi terhadap dampak tidak meratanya pertumbuhan ekonomi melalui *tax-and-transfer*, dan mengambil alih inisiatif penanaman modal yang mungkin diperlukan untuk memenuhi berbagai tuntutan demi diuntungkannya perusahaan-perusahaan privat. Namun demikian, sebagai imbalannya mereka harus menyingkirkan ancaman untuk mereorganisasi sistem produksi dan perdagangan sampai ke akar-akarnya dan juga ancaman untuk membentuk kembali pembagian-dasar kekayaan dan juga penghasilan di dalam masyarakat.

Tampaknya keengganan analisis hukum untuk mengubah keprihatinan akan pemenuhan hak-hak menjadi upaya perubahan institusional hanyalah suatu perwujudan hukum dari sebuah upaya ditutupnya konflik yang lebih luas dengan sebuah penyelesaian sosial demokratis. Dalam hal ini, peran yang mungkin dilakukan oleh pembaharu hukum praktis adalah melanjutkan dan menyelesaikan pekerjaan reformasi sosial demokratis yang tidak selesai. Tugas dari pemikir hukum adalah mengembangkan sebuah teori hukum yang, dengan lebih terbebaskan dari suatu devosi gaya abad kesembilan-belas terhadap sistem hukum privat yang telah ditentukan, bisa mewujudkan keadilan bagi komitmen-komitmen sosial demokratis. Dari sudut ini, keengganan untuk berpindah dari tema pemenuhan hak yang efektif ke praktek kritik institusional tampak sebagai sebuah konsekuensi dari penolakan terhadap eksperimentalisme institusional yang lebih luas. Penolakan seperti ini menampakkan unsur inti (*essential term*) dari kompromi sosial demokratis. Kita bisa berharap bahwa analisis hukum melanjutkan alur pikiran yang telah saya ikuti di awal buku ini, tanpa perlu mengandaikan bahwa kompromi tadi ditentang dan diubah. Karena sudah ditentang, khususnya oleh garis kanan, suatu kesimpulan dapat ditarik dari argumen itu yaitu bahwa hanya ada sedikit alasan untuk mengharapkan adanya dorongan ke depan semacam itu.

Kesulitan dengan catatan sumber-sumber konservatisme institusional dalam praktek analisis hukum ini adalah bahwa ia bersandar pada gambaran tentang suatu pemecahan institusional dan tentang hubungannya dengan pemikiran hukum yang sifatnya terlalu statis dan hanya

satu sisi saja. Untuk satu hal, tidak ada pembagian yang baku antara momen krisis dan energi rekonstruktif dengan tiadanya akibat seperti yang diharapkan. Berbagai masalah dan alternatif yang bersentuhan dengan perencanaan institusi terus muncul, tetapi tidak gampang juga mengatakan pemecahan mana yang dipandang lebih cocok dengan kompromi dasar yang terdahulu. Untuk hal lain, perubahan institusional tidak hanya menjadi sebab dari suatu penggambaran ulang. Ia juga berarti sebuah akibat dari penggambaran ulang itu. Jika kita sungguh mengesampingkan determinisme fungsionalis dan evolusioner dalam pemahaman kita akan sejarah institusional, kita harus menambahkan kekuatan perlawanan produktif dan firasat praktis ke dalam praktek imajinasi sosial kita, seperti misalnya analisis hukum. Akhirnya, suatu gambaran yang bersih tidak akan berhasil mengenali kemampuan subversi-diri dan transformasi-diri dari tradisi praktek diskursif seperti yang dimiliki oleh analisis hukum. Sejarah pemikiran hukum selama seratus tahun terakhir memberi contoh bagus tentang kemampuan ini, seperti akan segera saya bantah. Mengapa mereka tidak bisa dimanfaatkan?

8.2. *Metode kebijakan dan prinsip*

Kegagalan untuk beralih dari suatu momen keprihatinan terhadap pemenuhan hak-hak ke momen imajinasi ulang institusional itu berarti lebih daripada sekedar suatu gema yang tenang dalam hukum pembungkaman politis di dalam masyarakat. Hal itu menunjukkan adanya pengaruh-pengaruh praktek analisis hukum yang saat ini dipandang resmi, yaitu yang bisa menyebarkan pengaruh ke seluruh dunia, meski sampai saat ini perkembangannya baru tampak sangat menonjol dalam doktrin dan teori hukum Amerika. Saya akan menyebutnya analisis hukum yang merasionalisasikan, yang bertujuan memberi isi khusus kepada istilah “merasionalisasikan” itu. Hal ini adalah suatu gaya wacana hukum yang berlainan dengan rasionalisme abad kesembilan-belas. Ia juga berlainan dengan suatu penalaran analogis yang lebih berorientasi pada konteks dan yang mulai disingkirkan, yang masih terus mendominasi banyak penalaran praktis para pengacara dan hakim di Amerika Serikat dan juga di banyak tempat.

Sebenarnya tidak ada yang namanya “penalaran hukum,” yaitu bagian permanen dari suatu organ imajiner bentuk-bentuk pencarian dan wacana, yang memiliki sebuah inti yang tetap dalam cakupan dan metodenya. Semua yang kita miliki ini adalah rancangan-rancangan dalam suatu masa tertentu dan pembicaraan-pembicaraan pada suatu masa tertentu. Tak ada gunanya bertanya “Apa arti analisis hukum?” dengan mengandaikan bahwa wacana (yang dilakukan oleh para ahli hukum) tentang hukum mempunyai esensi yang tetap. Dalam kaitan dengan wacana semacam ini, yang selayaknya dapat kita tanyakan adalah “Dalam bentuk apakah hal itu telah kita terima dan ke dalam bentuk macam apa hal itu harus kita ubah?” Dalam buku ini saya menganjurkan bahwa sekarang ini kita dapat dan harus mengubahnya menjadi perbincangan yang terus-menerus tentang rancangan-rancangan kita.

Analisis hukum yang merasionalisasikan adalah sebuah cara menampakkan kepingan-kepingan hukum yang diperluas sebagai perwujudan, meski rusak, dari gugusan-gugusan kebijakan dan prinsip yang saling terkait. Hal ini menjadi sebuah cara dari suatu wacana yang mempunyai tujuan yang memang disadarinya, yang dilakukan dengan mengakui bahwa tujuan yang terkait bisa membentuk perkembangan tafsiran hukum. Walau begitu, perbedaan dasarnya terletak dalam memandang kebijakan-kebijakan kesejahteraan kolektif dan prinsip-prinsip hak moral dan politik sebagai isi yang pantas dari tujuan yang memberi tuntunan itu. Wacana kebijakan dan prinsip yang sifatnya membuat generalisasi dan melakukan idealisasi ini menafsirkan hukum dengan cara memahami hukum itu sebagai sebuah upaya sosial dengan tujuan yang tertentu, yang bisa menjadi skema-skema kesejahteraan dan hak yang bersifat komprehensif. Melalui rekonstruksi rasional, dengan memasuki isi hukum secara kumulatif dan mendalam, kita akan dapat memahami kepingan-kepingan hukum itu sebagai pecahan-pecahan rencana kehidupan sosial yang dapat dipahami.

Dalam praktek semacam ini penalaran analogis disebut sebagai langkah pertama yang belum menentu dalam upaya naik ke jenjang rekonstruksi rasional. Karena otoritas dan konsistensinya,

pertimbangan yang dilakukan dengan sengaja, yang sifatnya sering implisit, yang memberi tuntunan pada orang yang berpikir analogis, menunjuk ke arah gagasan-gagasan kebijakan dan prinsip yang lebih komprehensif. Praktek berulang dari analisis yang berorientasi pada kebijakan dan pada prinsip, seperti diajarkan oleh pandangan tentang praktek yang dipenuhi cita-cita dan berpengaruh, seharusnya menuntun ke suatu standard yang lebih tinggi tentang garis besar (*generality*), koherensi dan kejelasan suatu perwujudan hukum yang rasional.

Konsep-konsep ideal yang menggambarkan hukum sebagai taksiran tak sempurna dari sebuah rencana yang bisa dipahami dan bisa dipertahankan, dianggap sudah ada di dalam hukum itu. Para analis tidak boleh dianggap sebagai penyusunnya. Walau demikian, konsep-konsep ideal itu tidak kelihatan dalam bentuk tunggal dan jelas, dan juga tidak masuk sepenuhnya dalam materi hukum. Jadi, analisis hukum mempunyai dua tugas, yaitu mengenali elemen ideal yang terkandung dalam hukum dan kemudian memperbaiki hukum dan pengertiannya. Perbaikan itu bisa dilakukan dengan dua cara. Pertama, dikembangkan konsep-konsep tentang prinsip dan kebijakan yang mendasarinya. Kedua, disingkirkannya, dari waktu ke waktu dan sedikit demi sedikit, kepingan-kepingan pemahaman yang diterima dan juga bentuk-bentuk awal yang gagal dicocokkan dengan konsep-konsep tentang kebijakan dan prinsip yang dikehendaki. Terlalu banyaknya keinginan untuk menemukan konsep ideal yang siap pakai dan punya potensi besar di dalam hukum yang ada akan membuat analis hukum menjadi seorang apologis dan pembangun mitos (*mystifier*). Selain itu, terlalu banyaknya perbaikan yang konstruktif terhadap hukum sebagai suatu pemahaman yang diterima akan tampak memberi bakal perwujudannya, dan karena itu seorang analis hukum menjadi seorang perampas kekuatan demokratis. Dalam kenyataan, karena suatu pemitosan apologetis mungkin hanya didasarkan secara rapuh pada material hukum yang ada, kedua bentuk ketidak-wajaran yang saling berlawanan dari suatu rekonstruksi rasional ini kemungkinan akan berakhir dengan diambil-alihnya kekuasaan membuat hukum oleh analis dengan cara yang tidak sah.

Dalam bahasa manakah kebijakan dan prinsip harus kita pikirkan atau dalam konsepsi manakah kita harus bertumpu dalam upaya menghubungkan kebijakan-kebijakan dan prinsip-prinsip satu dengan yang lain, dan juga dalam memilih beberapa darinya? Aliran besar teori hukum di abad analisis hukum yang merasionalisasikan ini dengan sangat tepat dipakai untuk memahaminya sebagai ideologi operasional yang berlawanan dengan praktek analitis ini. Setiap aliran mengajukan cara yang berbeda dalam memberi pendasaran, memperbaiki dan membentuk kembali praktek itu. Jadi, contohnya, suatu aliran bisa saja memperhatikan tujuan-tujuan dari suatu efisiensi ekonomis yang dinamis dan alokasional, sedang aliran yang lain bisa mulai dari sebuah pandangan tentang peran yang tepat dan tentang tanggung-jawab institusi-institusi yang berlainan dalam sistem hukum. Hanya saja, struktur argumentatif yang sama kembali muncul dalam teori-teori ini, yaitu bahwa konsep-konsep tentang kebijakan dan prinsip yang ideal dan bertujuan (*purposive*), apa pun substansinya, sebagian dipandang sudah ada dalam hukum itu, menunggu saja untuk dibuat eksplisit dan sebagian dari mereka ini adalah hasil dari upaya perbaikan yang dilakukan oleh analis yang memang punya motivasi dan yang diberi informasi dengan tepat.

8.3. **Penyebaran analisis hukum yang merasionalisasikan**

Praktek analisis hukum yang dikembangkan menjadi teori dengan cara seperti ini sekarang punya pengaruh yang besar dan makin berkembang. Ia bisa mendominasi sebagian kecil wacana praktis para pengacara dan hakim di pengadilan tingkat bawah, yang disibukkan dengan upaya menghindarkan konflik, mengontrol kekerasan dan berurusan dengan kompromi. Hanya saja ia makin merasuk dalam ruang sentral imaginasi dengan suatu cara yang biasa dipergunakan oleh para penegak hukum, para profesional hukum dan juga elit akademisi hukum untuk membicarakan hukum dan mengembangkan pemahaman praktisnya yang kemudian bisa diterapkan. Setidaknya hal ini mula-mula memunculkan imaginasi alternatif tentang hukum yang bermula dari dipertahankannya ruang tadi dan kemudian menerapkan pengaruhnya.

Berdasar pada kekhasan historisnya, gaya wacana hukum ini berkembang tidak merata ke seluruh dunia, dan di tempat-tempat yang berbeda mengembangkan suatu sifat yang dibentuk oleh sejarah metode dan gagasan yang mendahuluinya. Gaya ini sangat dikembangkan di Amerika Serikat masa kini, dengan alasan yang akan diuraikan nanti. Di samping itu pengaruhnya di dunia berkembang dengan mantap. Dalam kaitan ini, hal ini berarti sebuah peristiwa yang khas dari suatu situasi historis, dimana kemanusiaan disatukan oleh analogi-analogi yang saling berkaitan, disatukan dalam pengalaman-pengalaman, dan juga dalam berbagai masalah dan pemecahannya. Kemudian para pembaharu masyarakat dan pembaharu kebudayaan yang gelisah mengambil-alih praktek-praktek dan institusi-institusi dari seluruh dunia lalu menghubungkannya kembali. Cara ini memang terjadi demikian itu, bukannya terjadi dengan cara-cara yang sewenang-wenang, yang membuat kekuatan modal menjadi bergerak super cepat, sementara kaum buruh tetap dipasung dalam negara-bangsa, atau dalam kelompok negara-bangsa yang homogen. Cara ini lalu membuat umat manusia menjadi sungguh dipersatukan. Negara-negara yang akan tetap lebih menghormati praktek penalaran hukum yang lebih terikat pada analogi (karena di semua negara praktek semacam ini sungguh punya pengaruh), dan juga negara-negara yang proyek ilmu hukum abad kesembilan-belas-nya berada dalam keadaan hidup dan mati, akan segera menjadi panggung konflik antara doktrinalisme lama dan gaya baru rekonstruksi rasional dalam hukum.

Perbedaan yang lumrah dalam penekannya menampakkan, dengan telah berkembangnya di seluruh dunia, bagaimana metode di atas menyesuaikan diri dengan tekanan yang khas yang muncul dari persilangannya dengan banyak arus sejarah. Di Amerika Serikat dualitas *common law* dan *statutory law* yang masih berlangsung berkali-kali memberi usulan gagasan bahwa tafsir hukum yang retrospektif, rekonstruktif dan dinamis, yang berpedoman pada kebijakan dan prinsip yang terkait, mempunyai peran yang lebih luas dan bersifat lebih tetap untuk dipakai dalam *judge-made law* daripada dipakai dalam perumusan statuta yudisial. Secara perlahan para pengacara merombak hambatan-hambatan ini, dengan mengajukan klaim, dalam perumusan statuta, kebebasan yang sama untuk mempertahankan penafsiran ulang dan rekonstruksi yang mereka letakkan dalam perkembangan internal *common law*.

Di negara-negara yang memakai sistem *civil-law* sejarah yang teratur dari sikap-sikap terhadap rekonstruksi rasional dalam hukum menempuh jalan yang berbeda. Proyek ilmu hukum abad kesembilan-belas, yang secara sangat sistematis tampak dalam karya para ahli hukum Jerman, dipandang oleh pengikutnya sebagai penerus dan juga perbaikan dari *common-law* Kristen-Romawi Eropa. Pergumulan terjadi antara dua sikap terhadap kodifikasi. Di satu sisi kodifikasi dipandang sebagai dijinakkannya kekuatan para ahli hukum oleh demokrasi. Di sisi lain kodifikasi dipandang sebagai penulisan-akhir doktrin para ahli hukum dengan cara yang paling tepat. Di tempat dimana sikap pertama unggul, seperti di Perancis sesudah masa revolusi, ada upaya bersama untuk mengatasi literalisme dalam penafsiran hukum. Literalisme ini menghapus akar politisnya dan ikut memiliki *pandectism* lebih dahulu, seperti halnya sekarang ini hal itu ikut menghalangi inaugurasi penuh analisis hukum yang merasionalisasikan. Di lain pihak, di tempat dimana ahli hukum privat dan akademis tetap mempertahankan kekuasaan untuk merumuskan hukum di seluruh era kodifikasi besar pada akhir abad kesembilan-belas dan awal abad kedua-puluh, seperti yang terjadi di kebanyakan negara Eropa yang lambat berdemokrasi, kitab hukum dipandang oleh para ahli hukum sebagai pepadatan ilmu mereka. Institusi-institusi demokratis, jika ada, menyetujui dan mengoreksi doktrin yang sudah ada sebelum mereka. Dalam iklim seperti ini jalan menuju rekonstruksi rasional dalam analisis hukum menjadi terbuka. Tidak ada kelompok di antara kodifikasi dan literalisme yang berkuasa penuh. Sejarah panjang ini mempersiapkan penerimaan analisis hukum yang merasionalisasikan pada masa ini.

8.4. Pengaruh anti-eksperimentalis dari analisis hukum yang merasionalisasikan

Berhubung telah tersebar di seluruh dunia, analisis hukum yang merasionalisasikan ikut menahan laju berkembangnya dialektik antara hak memilih dengan rancangan-rancangan yang membuat

penentuan-diri individual dan kolektif menjadi efektif –sebuah dialektik yang menjadi ciri kejeniusan hukum kontemporer. Cara terpenting yang dipergunakannya adalah mendiamkan adanya suatu pemujaan institusional. Cara ini menunjukkan adanya praktek-praktek dan institusi-institusi masyarakat yang telah ditetapkan secara legal, sebagai sebuah taksiran terhadap sebuah skema kehidupan sosial yang dapat dimengerti dan dapat dibenarkan. Ia juga menampakkan bentuk-bentuk demokrasi perwakilan yang sudah mapan, ekonomi pasar yang telah diatur, dan masyarakat sipil sebagai gambaran masyarakat bebas yang menyimpang tetapi nyata, sebuah masyarakat yang rancangan-rancangannya didasarkan pada penentuan-diri individual dan kolektif. Menurut pandangan ini, jika bentuk-bentuk ini tidak menjadi satu-satunya bentuk yang mungkin, setidaknya mereka itu adalah bentuk-bentuk yang telah disahkan oleh sejarah, sebuah sejarah yang ditandai oleh kontrak sosial yang sulit diubah dan juga oleh kelangkaan rancangan-rancangan yang bisa dilaksanakan.

Analisis hukum yang merasionalisasikan dilaksanakan dengan cara memberi wajah yang bagus, bahkan yang sebagus mungkin, pada sebanyak mungkin hukum. Hal ini berarti juga memberi wajah yang bagus kepada rancangan-rancangan institusional yang mendapatkan bentuk rinci dan khasnya dari hukum. Ia harus melarang adanya suatu perkecualian, sebab hal-hal yang tidak dapat disesuaikan dengan skema kebijakan dan prinsip pada akhirnya harus ditolak, karena dipandang sebagai sebuah kekeliruan. Bagi para ahli hukum menolak terlalu banyak pengertian tentang hukum yang telah diterima karena dianggap sebagai sebuah kekeliruan, yang dilakukan dengan memperluas kekuatan revisioner analisis hukum, akan berarti menggoncangkan keseimbangan yang sangat peka antara klaim untuk menemukan prinsip-prinsip dan kebijakan-kebijakan yang sudah ada dengan kerelaan untuk memaksakannya pada materi hukum yang tidak sempurna. Hal ini akan berarti suatu persekongkolan di jalan perebutan kekuatan demokratis. Jadi, penyimpangan dan kontradiksi lebih menjadi ancaman intelektual dan politik daripada menjadi peluang intelektual dan politik, yang juga berarti materi untuk suatu konstruksi alternatif.

Sebuah perumpamaan sederhana bisa membantu memperjelas arti penting hambatan-hambatan ini bagi pemberangusan imajinasi institusional dalam pemikiran hukum, dan menunjukkan bagaimana praktek-praktek analisis hukum yang bertentangan bisa menjadi ramalan yang dipenuhi sendiri (*self-fulfilling prophecy*). Andaikanlah ada dua macam masyarakat. Yang satu mempunyai rancangan-rancangan institusional yang tampak sedikit lebih terbuka terhadap tantangan pembaharuan dibanding yang lain. Dalam masyarakat yang sedikit lebih terbuka itu para ahli hukum akan berkata, “Mari kita menekankan perbedaan dan kekhasan rancangan-rancangan masa kini, kemunculannya yang tiba-tiba dan variasi-variasinya yang mengejutkan, supaya bisa mengkritik dan mengubah mereka dengan lebih baik, mengambil-alih rancangan-rancangan yang dibuat untuk tujuan lain dan menghubungkannya kembali dalam cara-cara yang baru.” Praktek gaya analisis hukum yang berlangsung lama seperti ini akan menghasilkan institusi-institusi yang mengundang eksperimentalisme praktis, termasuk eksperimentalisme tentang institusi-institusi itu sendiri. Sebaliknya, coba bayangkanlah suatu masyarakat yang di dalamnya tampak kurang terbuka terhadap peninjauan ulang. Para ahli hukum akan berkata, “Marilah kita melakukan yang terbaik dari situasi ini dengan memberi wajah yang paling masuk akal pada rancangan-rancangan yang ada, dengan menekankan kedekatannya pada rencana rasional dan yang selalu dapat diperbarui. Atas nama rekonstruksi rasional ini kita bisa berharap untuk membuat banyak hal menjadi lebih baik, khususnya untuk mereka yang paling membutuhkan pertolongan, yaitu masyarakat yang tampaknya menjadi korban dari kekuatan-kekuatan sosial yang langsung memegang kendali perumusan hukum.” Meski begitu, praktek metode yang berkelanjutan ini akan menutup peluang-peluang kita untuk mengusahakan eksperimentalisme institusional. Hal ini akan dilakukan dengan cara menjauhi eksperimen yang nyata dan juga dengan cara menghindarkan kita dari cara berpikir dan berbicara kolektif tentang nasib institusional kita dalam detil hukum yang kuat dan tak tergantikan. Inilah dunia yang telah ikut dibentuk oleh analisis hukum yang merasionalisasikan.

9. STRUKTUR KOMPLEKS KESADARAN HUKUM

9.1. *Momen ilmu hukum abad kesembilan-belas*

Tidak ada satu pun gaya dari suatu wacana, sekuat apapun pengaruhnya, yang bisa menguasai seluruh budaya hukum atau bisa merasuk dalam seluruh pikiran hukum, termasuk di tempat-tempat dimana gaya wacana itu dilukiskan dengan sangat baik dan analisis hukum yang merasionalisasikan, yang efektif, memperoleh posisi khasnya di tengah berbagai gagasan hukum yang berbeda-beda. Sebelum meninjau akar-akar dan batas-batas cara penalaran hukum yang berorientasi pada kebijakan dan prinsip, perhatikanlah adanya bentuk dari suatu koeksistensi dari berbagai gagasan hukum yang lumrah itu dewasa ini. Saya akan mengambil contoh-contoh dari budaya hukum yang berkembang paling luas di luar batas-batas ilmu hukum abad kesembilan-belas, yaitu yang ada di Amerika Serikat, dan saya akan menceritakannya dalam bentuk rangkaian yang disederhanakan. Tiga momen kesadaran hukum, yang masing-masing memadukan sebuah pandangan tentang hukum dengan sebuah metode analisis hukum, berturut-turut muncul dalam suatu kurun waktu. Hanya saja, yang muncul kemudian tidak sepenuhnya menggantikan yang terdahulu. Mereka sangat dipaksakan pada yang terdahulu. Pemaksaan ini mengakibatkan suatu koeksistensi yang kompleks dari gagasan-gagasan hukum yang berlainan dan praktek-praktek analisis yang memberi ciri khas budaya hukum yang akan kita simak secara bertahap.

Momen pertama dalam rangkaian tadi adalah momen ilmu hukum abad kesembilan-belas. Gagasan yang menggerakkannya adalah sebuah upaya untuk memperjelas muatan hukum yang tersembunyi dari suatu tatanan ekonomi dan politik bebas. Muatan ini ada dalam sebuah sistem hak milik dan hak kontrak, serta ada dalam sistem rancangan-rancangan hukum publik dan tuntutan untuk mengamankan tatanan privat. Hukum yang tetap adalah hukum koordinasi yang netral secara distributif, yang ditentukan oleh muatan hukum yang melekat dalam suatu tipe masyarakat bebas. Hal ini harus dibedakan dari hukum politik yang buruk dan lembek, yaitu hasil dari direnggutnya kekuasaan pemerintah oleh sekelompok orang yang memanfaatkan kekuasaan untuk merumuskan hukum untuk membagikan hak-hak dan sumber-daya bagi mereka sendiri.

Sarana metodologis yang bisa dimanfaatkan untuk visi hukum substantif ini adalah sekumpulan teknik yang sekarang ini kita nilai sebagai formalisme dan konseptualisme. Kita seharusnya tidak mencap mereka sebagai sebuah prasangka yang kasar dan deduktifis terhadap bahasa dan penafsiran. Sebabnya adalah bahwa mereka bisa dipahami dalam konteks gagasan tentang sebuah muatan hukum yang telah ditentukan bagi sebuah tatanan yang bebas. Jadi, konseptualisme akan menyimak gugusan-gugusan peraturan dan doktrin yang termuat dalam kategori-kategori sistem hak yang mengorganisasikan, yaitu kategori-kategori seperti hak milik itu sendiri. Sementara itu, formalisme menarik kesimpulan putusan-putusan yang lebih rendah dari putusan yang lebih tinggi. Praktek-praktek diskursif yang dibuat untuk mengamankan batas-batas antara hukum yang bagus dan yang secara distributif netral dengan hukum redistributif yang buruk melengkapi metode dasar ini. Tujuan awal dari praktek pengamanan ini adalah suatu bentuk penafsiran konstruktif yang dilakukan dengan cara melukiskan dan merumuskan kembali hukum yang buruk, jika secara persuasif mungkin, menjadi hukum yang baik. Cadangannya adalah upaya pencabutan konstitusional, yang dilakukan dengan cara meruntuhkan contoh-contoh redistribusi tadi melalui hukum yang tidak dapat dikendalikan melalui perbaikan penafsiran. Dengan menyebarkan metode-metode ini ilmu hukum mengemban misi fundamentalnya untuk mewujudkan skema kebebasan politik dan ekonomi dalam sistem aturan dan gagasan hukum, dan dengan itu berarti menjaganya dari perbuatan yang keliru. Tugas ilmiah ini lalu sesuai dengan tanggung-jawab politiknya.

Pendekatan hukum seperti ini memadamkan konflik sosial. Seluruh kepentingan dan ideologi aktif yang mengharapkan sesuatu yang lebih dari janji-janji modernitas, dan yang tidak mau melihat adanya sebuah skema koordinasi yang netral dalam institusi-institusi masyarakat mereka, menentang pendekatan tadi. Walau begitu, proyek ilmu hukum tidak hanya diserang tanpa

dasar. Seperti halnya setiap praktek imajinatif yang kuat, proyek ini mencurigai dirinya sendiri. Pengikut-pengikutnya menemukan bahwa dalam setiap kesempatan di dalam gerak dari abstraksi yang relatif lebih besar ke arah kenyataan yang relatif lebih besar dalam definisi peraturan-peraturan dan konsep-konsep, ada lebih dari satu kesempatan yang masuk akal yang bisa diambil. Jadi, sebuah metode yang dirancang untuk mempertahankan kesatuan konseptual dan keperluan institusional menampakkan keragaman dan peluang yang tak terbayangkan dalam hukum yang sudah ada.

Satu contoh terpenting dari insight tentang ketidak-menentukan (*indeterminacy*) yang tidak diinginkan ini adalah ditemukannya konflik antar hak milik yang tak bisa diatasi. Doktrin *sic utere* adalah salah satu dari banyak hal yang menipu harapan bahwa di bawah tata kekuasaan harta milik privat setiap orang yang punya hak akan bisa menikmati keleluasaan dalam lingkup hak itu. Sejauh tidak memasuki wilayah hak dan harta milik orang lain, seseorang dapat menikmati hak istimewa tindakannya. Ia dapat memperlakukan harta miliknya sebagai alternatif, tidak hanya untuk kebebasan personal, tetapi juga untuk ketergantungan sosial secara timbal-balik. Namun demikian, para pengacara praktis menyadari bahwa setelah diterapkan secara konvensional dan masuk akal, konflik antar hak gampang menyebar dan tidak bisa dihindarkan. Hukum dalam praktek menjadi penuh dengan *damnum absque iniuria* -contoh-contoh kerugian yang bisa ditimbulkan oleh seorang pemilik hak terhadap yang lain, dengan kekebalan maupun tanpa pertanggungjawaban -dan dengan luka kompetitif- dideritanya suatu kerugian ekonomis yang disebabkan oleh praktek-praktek kompetisi ekonomi yang sudah biasa.

Setiap inisiatif dalam suatu upaya penyebaran hak terbukti mempunyai "eksternalitas," memakai istilah yang kemudian biasa dipakai oleh para ekonom. Melarang inisiatif atau membuat para pemilik hak membayar semuanya ("menginternalisasi eksternalitas") akan berarti merintangikan tindakan produktif dan mengosongkan kekuatan hak-hak. Tetapi mengizinkan pemakaian hak-hak yang memasuki wilayah hak-hak lain dan mengambil yang disukai dalam upaya diberlakukannya suatu tanggung-jawab terhadap konsekuensi-konsekuensi pre-yudisial berarti mengakui miskinnya logika murni hak-hak. Tidak ada jalan untuk mengatasi konflik ini, atau membuat seleksi, dengan cara menyelidiki sistem kategori dan doktrin secara lebih seksama. Perlulah mengambil posisi dan membenarkannya dengan mengacu pada pertimbangan tujuan, apakah itu diakui sebagai faksional atau diperkirakan bersifat impersonal. Doktrin-doktrin kerugian yang diakibatkan oleh suatu persaingan dan *damnum absque iniuria* menampakkan adanya persaingan yang tak bisa dihilangkan antar hak milik dalam hukum ekonomi pasar, meski hak-hak itu mungkin ditentukan. Mereka menandakan adanya konflik horisontal antar para pemilik dan menuntut kebijakan kompromi untuk mengatasinya.

Pemikiran hukum memerlukan waktu yang sangat lama untuk mengenali gaya konflik vertikal yang kedua, yaitu serangkaian pilihan tentang syarat-syarat yang diperlukan oleh para pelaku ekonomi untuk mengambil resiko, yang tak bisa dihindarkan dan saling terkait, tanpa langsung menyebabkan mandegnya ekonomi. Garis batas dari kegagalan dan pertanggungjawaban, dimana para pelaku ekonomi harus menghentikan perannya, yang terjadi karena bangkrut atau karena harus membayar dampak-dampak penderitaan yang mereka akibatkan pada orang lain, tidak mempunyai tempat yang tetap dan alamiah dalam logika hukum ekonomi pasar. Para ahli hukum dan para pembuat hukum harus menghadapi serangkaian dilema yang saling terkait, yaitu kebangkrutan langsung untuk perusahaan yang gagal atau kesempatan untuk hidup lagi melalui reorganisasi di bawah kontrol manajemen yang ada (pasal 11 dalam hukum kepailitan Amerika); pertanggungjawaban yang tak terbatas atau terbatas dalam kegiatan ekonomi yang digabungkan; monopoli pemerintah terhadap pembuatan uang atau kreasi bebas oleh bank-bank, dan, dengan pilihan akan monopoli publik atas uang dan tumbuhnya sistem bank sentral, deposit bank yang diasuransikan atau yang tidak diasuransikan.

Struktur dilema-dilema tadi selalu sama. Desakan untuk memperhitungkan resiko moral dan desakan untuk membuat masyarakat bertanggung-jawab terhadap konsekuensi kegiatan mereka yang tidak diberi ganti-rugi harus diseimbangkan dengan suatu kebutuhan untuk mendorong perilaku yang berani mengambil resiko dalam produksi dan dalam keuangan. Tidak pernah ada sebuah cara sebelumnya, dan secara umum, syarat-syarat yang terikat aturan (*rule-bound terms*),

untuk membedakan kegiatan yang mengandung resiko yang baik dari kegiatan yang buruk. Memang, ketidak-mungkinan untuk membuat perbedaan itu adalah salah satu alasan untuk lebih memilih ekonomi pasar sebagai prioritas utama. Serupa dengan itu, adanya sebuah kelas masyarakat yang suka membayar tinggi untuk mendapatkan suatu hak istimewa untuk mengambil resiko dikatakan sebagai pembenaran historis dari “kapitalisme,” jika kapitalisme dipahami tidak hanya sebagai konsepsi abstrak ekonomi pasar, tetapi juga sebagai versi khusus ekonomi yang memberikan kekayaan personal sebagai penghargaan terhadap keberhasilan personal.

Garis batas ini tidak hanya dapat digeser, tetapi bahkan harus digeser terus-menerus, dan tidak ada cara pembatasan khusus yang sepenuhnya memuaskan. Sekali lagi, pilihan-pilihan harus dibuat dengan pertimbangan-pertimbangan serius tentang kebijakan yang tidak bisa diturunkan oleh para ahli hukum dari logika hukum yang diandaikan dari tatanan ekonominya, karena lemahnya kekuasaan mereka. Kita masih terus berjuang untuk memahami bahwa pengandaian-pengandaian tentang bentuk-bentuk ekonomi pasar institusional yang mungkin dibuat, yaitu pengandaian-pengandaian yang ada dalam bahasa hukum yang rinci, membentuk apa yang kita bayangkan sebagai suatu bentuk pemecahan yang mungkin dilakukan atas konflik horisontal dan konflik vertikal antar hak milik.

Mengetahui bahwa konflik horisontal dan konflik vertikal antar hak milik itu bisa merembet; bahwa kita tidak dapat menarik kesimpulan dari konsepsi abstrak ekonomi pasar dan logika hukumnya bagi mereka; dan bahwa jalan-jalan keluar yang dilokalisasi, seperti yang bisa kita ambil, harus bersandar pada kompromi antar kebijakan atau kepentingan yang terpisah-pisah dan dipertengkarkan, adalah satu perkara. Sementara itu mengidentifikasi dalam beberapa jalan keluar itu adanya bibit-bibit penyakit bagi ekonomi pasar dan juga bagi sistem hukum privat yang berbeda dari yang biasanya di dalam demokrasi industrial kontemporer, adalah perkara yang lain.

Sebagai contoh, reorganisasi korporat dengan model pasal 11 dalam hukum kepailitan Amerika menyediakan alternatif bagi matinya sebuah perusahaan yang sekarat, yaitu bahwa manajemen perusahaan itu mungkin diberi kesempatan untuk mendapatkan pinjaman dan melakukan perbaikan, sementara perusahaan itu tetap bertahan terhadap kreditornya. (Ketetapan serupa ada dalam hukum kepailitan seluruh negara demokrasi industrial.) Ada banyak analogi terhadap pasal 11 ini dalam banyak bidang hukum, seluruhnya dari campur tangan IMF dan konsorsium pemerintah-pemerintah untuk menyelamatkan negara-negara yang sedang mengalami krisis likuiditas ke arah supervisi publik atas rekonstruksi ekonomi regional ketika sebagian besar industri mempunyai resiko kebangkrutan. (Perhatikanlah keputusan perubahan haluan selektif yang diambil oleh *Treuhandgesellschaft* dalam rekonstruksi dan privatisasi industri Jerman Timur.)

Andaikanlah bahwa kita tidak mempunyai standard ekonomi *ex ante* yang bisa diandalkan, yang bisa digunakan untuk mengidentifikasi mereka yang memang berhak menjadi penerima perubahan haluan itu. Lebih jauh, andaikanlah bahwa keberhasilan sebuah perubahan haluan yang sifatnya selektif –yaitu suatu kebijaksanaan yang ada dalam keputusan awal dan yang berarti suatu dukungan bagi pelaksanaan yang berkelanjutan dalam perusahaan dan komunitas–seperti halnya ada dalam banyak inisiatif ekonomi, tergantung pada beberapa bentuk kerjasama yang saling terkait, yaitu antara perusahaan dan pemerintah lokal, antara pemerintah lokal dan organisasi komunitas, antara penanam modal dan pekerja, antara *insiders* (pemilik kerja dalam perusahaan yang diselamatkan) dan *outsiders* (pekerja dalam perusahaan yang sudah ada dan pencari kerja). Dalam pengandaian-pengandaian ini suatu perubahan haluan yang bersifat selektif bisa menuntut adanya sebuah struktur hukum yang komprehensif dan kompleks tentang kerjasama antar kepentingan.

Struktur seperti itu bisa mencakup banyak hal seperti misalnya transaksi-transaksi yang bisa didiskusikan terus-menerus; ketergantungan dan penyesuaian timbal-balik yang kemudian diatur sebagai sebagai kontrak yang telah ditetapkan; hak milik yang melanggar logika hak milik tradisional tentang batas yang jelas dari wilayah penuntutan hak; dan asosiasi-asosiasi yang berfungsi mengawasi atau mengkoordinasi, yang berdiri di antara pemerintah dan perusahaan. Mengembangkan usulan-sulan seperti ini akan berarti menciptakan kembali bentuk hukum

ekonomi pasar. Memulai suatu upaya menciptakan kembali bentuk hukum ekonomi pasar akan berarti menanggung tekanan melawan bentuk-bentuk hukum demokrasi representatif dan masyarakat sipil bebas yang telah diwarisi.

Ada sebuah perbedaan antara mengakui bahwa konflik antar hak milik harus diselesaikan dengan kompromi-kompromi yang keliru dan yang mencakup berbagai kepentingan tetapi toh harus dilaksanakan (*rough-and-ready*), dengan melihat dalam beberapa kompromi ini titik awal yang mungkin ada demi transformasi institusional kumulatif. Namun demikian, perbedaan itu tidak lebih daripada sebuah perbedaan yang ada dalam sejauh mana kita tetap menjauh dari gagasan awal ekonomi pasar dengan logika hukum yang sudah tetap dan ada di dalamnya. Hanya saja, meski telah yakin untuk melaksanakan pekerjaan yang pertama dari dua pekerjaan ini, pemikiran hukum itu jelas tidak berhasil menyelesaikan pekerjaan yang kedua, atau bahkan sekedar membayangkan.

Kerja pemikiran hukum yang bersifat subversif terhadap dirinya, yang tampak dalam ditemukannya secara progresif konflik horisontal dan vertikal antar hak milik, punya dua ciri yang tampak jelas. Yang pertama adalah bahwa ia telah berlangsung sejauh terjadi sekarang ini. Yang kedua adalah bahwa ia telah mandeg, atau berhenti di tempatnya sekarang ini.

Karena hambatan ini, analisis hukum secara perlahan mengembangkan insight-nya dalam konstitusi politik dan kesementaraan institusional ekonomi pasar. Seluruh gerakan doktrin hukum dan teori hukum selama seratus lima puluh tahun terakhir adalah sebuah pergumulan untuk mengembangkan insight dan untuk memahami implikasinya. Namun demikian, perjuangan ini didukung oleh, dan sekaligus juga berhadapan dengan, ilmu hukum. Hal ini lalu berarti bahwa ilmu hukum berperang melawan dirinya.

Ahli-ahli hukum kontemporer telah membuat kekeliruan dengan percaya bahwa dirinya bebas dari kesalahan visi hukum ini. Jadi, teori hukum Amerika secara berkala bisa berbangga atas penolakannya terhadap "Lochnerisme," yaitu diterimanya secara berlebihan dan dipertahankannya secara konstitusional suatu sistem hak privat khusus untuk menentang semua upaya distribusi ulang hak-hak dan sumber-daya dan upaya mengatur kegiatan ekonomi. Meski begitu, nyatanya Lochnerisme tetap bertahan sebagai sebuah aliran yang terpendam dari momen-momen kesadaran hukum yang muncul kemudian. Dalam posisi laten ini ia berubah menjadi makin tidak menyukai kritik-kritik. Ia hidup lagi dengan penuh semangat, lebih-lebih dalam bidang ekonomi, bukannya dalam pemikiran hukum, yaitu bahwa semua analisis ekonomi, kecuali versi yang paling keras dan yang mengingkari-diri, tetap bersandar pada gagasan tentang bentuk ekonomi pasar yang bersifat legal-institusional dan alamiah, yang hanya terbuka terhadap variasi-variasi kecil saja.

Lochnerisme yang sudah terlambat dan tidak dinyatakan terang-terangan ini juga tetap meninggalkan jejaknya dalam hukum. Seringkali hal itu terjadi dalam bentuk konsep yang mengorganisasikan, seperti misalnya doktrin tindakan negara dalam hukum Amerika dan padanan fungsional terhadap doktrin itu dalam sistem hukum yang lain. Doktrin tindakan negara mengandaikan keabsahan perbedaan antara rancangan-rancangan sosial yang ditetapkan secara politis dan rancangan-rancangan sosial yang bagaimanapun juga ada di sana secara pra-politis (*prepolitically*) saja. Namun perbedaan itu, dan bukannya salah satu dari akibat sampingannya saja, yaitu otoritas khusus peraturan dan konsep hukum privat untuk menandai garis dasar yang netral, yang dipakai untuk menilai aktivisme pemerintah, sesungguhnya adalah aksiom sentral Lochnerisme. Sering kali kita dapat menunjuk adanya pengaruh visi hukum ini dalam suatu gugusan sikap yang mengelakkan diri dari manifestasi doktrinal yang benar, seperti misalnya kesediaan untuk menerima stabilitas yang lebih besar dan rasionalitas peraturan hukum privat yang sentral. Pandangan ini membandingkan hukum privat dengan upaya-upaya kontroversial dan yang bersifat sambil lalu, yang dibuat oleh negara yang hendak mengatur dan melakukan distribusi ulang, seolah peraturan harta milik dan perdagangan kurang artifisial bila dibandingkan dengan ketentuan *tax-and-transfer*. Meski begitu, satu-satunya usaha yang paling penting untuk menunjukkan kekuatan proyek ilmu hukum yang terus-menerus itu adalah analisis hukum yang merasionalisasikan, sebuah gaya wacana yang menggantikan ilmu hukum abad kesembilan-

belas, meski tetap tergantung pada banyak pengandaianya dan tetap memperjuangkan banyak hal yang dicita-citakannya.

9.2. *Momen analisis hukum yang merasionalisasikan*

Momen kedua dalam kesadaran hukum kontemporer adalah momen analisis hukum yang merasionalisasikan itu sendiri, yaitu gaya analisis hukum yang berorientasi pada kebijakan dan prinsip, yang mengakui adanya ketergantungan analisis hukum itu pada adanya tujuan yang telah dimiliki sebelumnya, suatu tujuan yang telah memberi arah pada isi konsepsi umum kesejahteraan kolektif atau hak politik. Meski demikian, wacana yang memberi idealitas dan cita-cita tentang hukum dalam bahasa gagasan-gagasan prinsip dan kebijakan yang saling terkait ini bukanlah satu-satunya pengganti bagi proyek ilmu hukum yang mendahuluinya. Setidaknya dua bahasa yang berlainan untuk memikirkan dan membicarakan hukum telah berkembang sebagai dampak proyek tadi. Yang pertama adalah pandangan tentang hukum sebagai hasil dari serangkaian kompromi dalam konflik kepentingan yang terorganisasi, yang diatur dengan baik, yaitu sebuah konsep yang sering disebut “pluralisme kelompok kepentingan,” (*interest-group pluralism*). Yang kedua adalah gagasan hukum sebagai perwujudan yang tak sempurna dan bersifat sementara dari cita-cita impersonal kesejahteraan dan hak. Ada banyak hal yang saya miliki yang akan segera saya katakan tentang transaksi yang paradoksal dan membingungkan antara dua bahasa ini. Yang satu mengarahkan ke pengertian hukum sebagai serangkaian kontrak yang diatur antar kelompok kepentingan, sedang yang lain berpandangan bahwa hukum adalah sebagian perwujudan dari tujuan umum yang dicita-citakan. Pendekatan yang kedua, dibanding yang pertama, lebih diikuti dalam budaya hukum akademis profesional. Dalam setiap peristiwa, dalam semangat dan dampaknya pendekatan ini sangat dekat dengan ilmu hukum yang digantikannya. Koeksistensi kedua bahasa ini berguna untuk memperkenalkan perbedaan sentral yang mengorganisasikan dari dua gaya analisis hukum.

Analisis hukum yang merasionalisasikan memandang perbedaan antara hukum sebagai kebijakan dan prinsip impersonal dengan hukum sebagai perundingan faksional oleh kelompok kepentingan yang kuat telah menggantikan perbedaan yang sifatnya lebih ambisius dan tidak fleksibel antara hukum sebagai kerangka distributif yang netral dari suatu koordinasi antara individu yang bebas dan sederajat dengan hukum sebagai campur-tangan redistributif yang tidak sah oleh pemerintah dalam kerangka ini. Kesejajaran antara dua pasang perbedaan ini, jika dipahami dengan benar, seharusnya bisa cukup membantu. Yang telah hilang adalah gagasan tentang sistem hak-hak privat dan publik yang bersifat tetap, yang secara implisit ada dalam setiap definisi tentang tatanan ekonomi dan politik yang bebas. Analisis hukum yang merasionalisasikan menolak, bersama dengan gagasan tadi, dampaknya yang utama, yaitu klaim akan sistem hukum privat tentang harta milik dan kontrak untuk menyediakan standard yang secara distributif netral, yang dianggap bertentangan dengan keabsahan “intervensi” pemerintah. Hanya saja, hal itu telah menyelamatkan komitmen untuk menampakkan hukum sebagai pencarian kepentingan publik yang mampu memberi gambaran dalam bahasa kebijakan dan prinsip, dan yang dengan tegas dibedakan dari promosi diri kelompok melalui pembuatan hukum, dari keruntuhan klaim tadi.

Tidak satu pun unsur kepentingan publik yang tampak lebih penting daripada komitmen untuk secara efektif meyakinkan masyarakat akan syarat-syarat praktis untuk memenuhi hak-hak sebagai warga negara yang bebas, pelaku ekonomi yang bebas dan individu yang bebas. Dengan mempunyai kemampuan, sebagai tugas pokoknya, untuk mengabdikan tuntutan dipenuhinya hak-hak, pengaturan dan redistribusi yang dilakukan negara lalu mendapatkan legitimasinya, dan bisa menunjukkan hubungannya dengan kepentingan publik.

Tugas utama untuk mewujudkan hukum ini adalah membayangkan tindakan pengaturan dan redistribusi oleh pemerintah yang bertindak sebagai ‘aktivis’ sebagai hukum. Dalam tugas inilah analisis hukum yang merasionalisasikan bisa mendapatkan hasil yang sangat memuaskan.

Kemudian, tugas yang lebih besar adalah membayangkan kembali, dari perspektif demokrasi sosial, metode penalaran hukum yang sedang berlangsung dan seluruh satuan hukum dan institusi hukum, termasuk hukum privat tradisional. Dalam pekerjaan yang lebih besar ini keberhasilan analisis hukum yang merasionalisasikan, dan perannya mendukung teori hukum, tidak terlalu meyakinkan. Memang, tidak diselesaikannya misi yang lebih besar ini memberi alasan kepada para ahli hukum kontemporer untuk tidak lagi mencoba mengejar ambisi intelektual atau transformatif yang lebih besar. Ada begitu banyak pekerjaan yang tersisa untuk dikerjakan. Terpesona oleh “kompleks Atlas” (*Atlas complex*) karena kemauannya sendiri, pemikiran hukum menghentikannya langkahnya dalam upaya menjauh dari proyek ilmu hukum abad kesembilanbelas.

Bagian-bagian yang akan menyusul dalam buku ini akan menyimak motivasi-motivasi dan batas-batas dari cara yang digunakan untuk memikirkan dan membicarakan hukum yang sekarang ini dominan. Sekali lagi, kombinasi konflik sosial yang nyata dan subversi diri intelektual yang tak bisa ditahan telah menunjukkan kelemahannya. Pada jaman pemerintah yang melakukan pengaturan dan redistribusi, perselisihan tak berujung tentang keuntungan dan beban kelompok, penggabungan dan pemisahan sosial, meruntuhkan otoritas dari sebuah gagasan bahwa setiap pola khusus pengaturan dan redistribusi dapat dipandang sebagai koreksi otoritatif terhadap tatanan sosial yang lebih dahulu ada, yaitu hal yang menjanjikan terwujudnya demokrasi liberal. Yang lebih menyulitkan adalah ditemukannya kenyataan bahwa sumber-sumber frustrasi yang terpenting dalam upaya dipenuhinya hak-hak secara efektif mungkin terletak dalam praktek-praktek dan institusi-institusi yang tidak bisa dicapai oleh sarana-sarana kebijakan demokrasi sosial yang secara institusional konservatif dan yang tidak mampu diwujudkan oleh wacana para ahli hukum tentang kebijakan dan prinsip.

Sebagai sebuah strategi untuk membatasi ketidak-merataan, sistem *tax-and-transfer* biasanya hasilnya mengecewakan. Hanya di beberapa negara saja hasil *tax-and-transfer* ini bisa sedikit meningkatkan tingkat pemerataan kekayaan dan penghasilan, dan itu pun hanya berarti suatu dampak yang biasa-biasa saja bagi distribusi kekuatan ekonomi. Setiap upaya besar untuk melakukan redistribusi melalui *tax-and-transfer* justru menghasilkan tekanan dan krisis ekonomi, baik secara langsung karena tidak adanya investasi dan pelarian modal atau secara tidak langsung karena dampaknya yang menghancurkan bagi keuangan publik. Kekecewaan praktis ini tampak dalam gaya wacana yang memperbandingkan modal dasar dengan efisiensi sebagai tujuan-tujuan yang terperangkap dalam hubungan yang tegang dan bahkan kadang terbalik. Alternatifnya adalah pengorganisasian kembali suatu sistem demi produksi dan perdagangan, dan pengorganisasian kembali hubungan antara kekuatan publik dengan inisiatif privat yang mempengaruhi distribusi primer kekayaan dan penghasilan, sambil mendukung dan memperluas cakupan kegiatan pasar. Namun demikian, alternatif seperti ini tergantung pada eksperimen institusional, termasuk eksperimen dalam tata kekuasaan harta milik, yang tampaknya kemungkinan untuk ini telah ditutup oleh kompromi sosial-demokratis.

Setelah batas-batas kompromi sosial demokratis ditentukan, analisis hukum yang merasionalisasikan ditarik di antara dua kekuatan. Di satu sisi, ia cenderung untuk mencoba memberi wajah yang terbaik pada penyelesaian institusional yang telah dibuat, dengan cara tidak menganggapnya sebagai serangkaian kompromi yang sementara dan kebetulan, melainkan sebagai kerangka yang tetap dan rasional untuk disempurnakan, bukan untuk dilawan atau diubah. Di lain sisi, secara serius mengambil alih pandangan tentang hukum sebagai perwujudan cita-cita sosial, yang diungkapkan dalam bahasa kebijakan dan prinsip, berarti memberi kemungkinan adanya konflik antara cita-cita ini dengan praktek-praktek dan organisasi-organisasi yang ada. Penerapan yang kompleks adalah satu ungkapan yang paling pas dari desakan yang berlawanan arah (*countervailing impulse*) dalam doktrin hukum. Sampai saat ini adanya pembagian wilayah kerja telah menyembunyikan pertentangan arah ini. Upaya untuk tidak memberi kesempatan dilakukannya penyelidikan yang seksama terhadap rancangan-rancangan institusional telah termuat dalam visi hukum substantif. Penyelidikan yang pilih-pilih terhadap institusi pada umumnya telah menghambat berkembangnya perbaikan-perbaikan prosedural, seperti halnya yang terjadi dalam penerapan yang kompleks. Telah kita lihat bahwa konsekuensi

dari inovasi prosedural ini adalah dimanfaatkannya peran-peran dan pelaku-pelaku proses hukum yang ada secara tidak pas, yaitu bahwa hakim-hakim mengurus penerapan yang kompleks karena mereka memang menginginkannya, karena mandat hukum substantif rupanya menuntut bahwa seseorang mengurusnya, dan karena cabang-cabang pemerintah yang lain tampaknya tidak cocok untuk tugas itu. Hanya pengadilanlah yang cocok. Karena kekurangan sumber-daya otoritas, keahlian serta dana untuk melakukan pekerjaan itu, mereka melakukannya dengan tersendat-sendat dan hanya dilakukan di pinggiran, sampai mereka kehabisan tenaga dan kehendak. Jadi, dengan logika subversi-diri dalam suatu proses evolusi dalam gagasan hukum, kita mengurangi usaha merasionalisasikan prosedur, agar bisa mempertahankan rasionalisasi hukum substantif dengan lebih baik. Pada giliran yang lain, sebaiknya kita bertanya mengapa kita seharusnya tidak mengurangi usaha merasionalisasikan hukum substantif, agar bisa mengafirmasi kepentingan dan cita-cita kita dengan lebih baik.

Ada beberapa cara serupa yang bisa menggambarkan inti kelemahan dan subversi-diri dalam analisis hukum yang merasionalisasikan ini. Bab-bab yang akan datang mencermati tugas ini dari berbagai sudut. Dalam salah satu deskripsi, fokus kebingungan dalam analisis hukum yang merasionalisasikan adalah kesulitannya dalam mempertahankan perbedaan antara kepentingan faksional dengan kebijakan dan prinsip impersonal yang sifatnya mengorganisasikan. Setiap definisi khusus dari kepentingan publik, dalam bahasa kebijakan dan prinsip yang diidealkan, dalam upayanya memberi arah pertimbangan terhadap hasil khusus, akan tampak sangat tidak menentu atau terlalu sulit untuk lepas dari keyakinan-keyakinan kontroversial, yang pada gilirannya dikaitkan dengan kepentingan-kepentingan faksional.

Meski begitu, aspek dari suatu praktek diskursif yang bisa sungguh memberi petunjuk dan sekaligus membingungkan ini tampak makin jelas ketika kita memusatkan diri pada hubungan antara cita-cita hukum dengan kenyataan sosial. Sebagai contoh, bayangkanlah bentuk khas sebuah artikel tinjauan hukum oleh seorang akademisi hukum Amerika di akhir abad kedua-puluh. Secara khas artikel semacam itu mengungkapkan bagian peraturan dan ajaran hukum yang diperluas sebagai ungkapan gugusan kebijakan dan prinsip yang saling terkait. Ia mengkritik bagian satuan hukum dan ajaran yang telah diterima karena dianggap tidak mencukupi untuk mencapai tujuan ideal yang ada sejak mula. Kesimpulan yang diambilnya adalah sebuah usulan untuk mereformasi hukum, yang mengarah ke keseimbangan yang bisa lebih dipertahankan dan lebih komprehensif antara material hukum yang terinci dan konsepsi ideal yang dimaksudkan supaya materi itu bisa dipahami. Tetapi mengapa reformasi itu berhenti di satu titik tertentu, bukannya di titik yang lain? Mengapa ia tidak bergerak maju lebih jauh ke dalam perangkat perencanaan sosial, dengan merekonstruksinya demi konsepsi ideal, dan kemudian melakukan definisi ulang konsepsi ideal itu dalam pengertian rancangan-rancangan yang aktual atau yang terbayangkan? Sebuah pertimbangan implisit tentang suatu kemungkinan politis praktis yang gampang dikerjakan memberi arah pada jawaban atas pertanyaan ini. Karena kebanyakan latar belakang institusional, sebagai suatu perkara yang praktis, harus dipertahankan supaya tetap konstan setiap saat, usulan untuk memulai upaya institusional kecil-kecilan harus tetap bersifat sederhana dan dilakukan di pinggiran. Terlebih, karena si pengarang tidak berbicara mewakili dirinya, melainkan seolah sebagai semi-hakim atau semi-birokrat, usulan untuk melakukan reformasi seharusnya tidak bersifat terlalu sektarian. Jadi, praktek analisis hukum yang merasionalisasikan jadi dibentuk oleh pembatasan-pembatasan implisit yang pada umumnya dibiarkan tidak disanggah dan tidak digarap lebih jauh oleh praktek analitis. Dari kecocokannya dengan pembatasan-pembatasan yang samar dan yang tak bisa dibenarkan ini muncul perasaan kesewenangan relatif, perasaan bingung di antara pembenaran normatif dan strategi praktis yang makin lama makin menjadi bagian pengalaman aktual dalam melakukan analisis hukum.

Contoh tentang artikel tinjauan hukum tadi maknanya mungkin tampak terbatas saja bagi situasi seorang ahli hukum yang menawarkan usulan untuk mereformasi hukum, meski tidak punya tanggung-jawab administratif atau peradilan, dan hanya mempunyai sebuah keinginan untuk tetap terkait dengan dunia administrasi dan peradilan praktis. Namun contoh tentang perintah yang kompleks (*complex injunction*) yang disebut dimuka menunjukkan bahwa masalah akan muncul kembali dalam banyak peran yang kita mainkan untuk mempraktekkan analisis

hukum. Dari waktu ke waktu hakim harus meninjau kembali pengertian hukum yang diterima. Tetapi, jika ia terlalu banyak meninjaunya, atau meninjau sebagian darinya terlalu radikal, dan dengan itu ia menyanggah dan mengubah sebagian dari tatanan institusional yang ditetapkan dalam hukum, ia melampaui batas-batas dari peran yang ditetapkan baginya oleh analisis hukum yang merasionalisasikan. Apa yang membuatnya tetap berada di dalam batas itu? Apakah itu sebuah jaminan bahwa sebagian besar satuan hukum dan pengertian hukum yang diterima setiap saat pada dasarnya dapat dipandang sebagai ungkapan kebijakan dan prinsip yang terkait? Jika demikian, bagaimana harmoni antara sejarah hukum prospektif sebagai sejarah konflik antar kelompok, kepentingan dan visi, dengan rasionalisasi hukum retrospektif sebagai skema kebijakan dan prinsip yang bisa dimengerti, bisa terjadi? Atau apakah dibatasinya gerak ke arah perbaikan oleh hakim itu adalah suatu hal yang lahir dari serangkaian standard independen tentang hal-hal yang selayaknya harus dikerjakan oleh hakim? Jika demikian, dari manakah standard ini datang? Apapun isi dan asalnya, bagaimana mereka dapat mengelak dari upaya memaksakan pembatasan yang ketat dan menyimpang terhadap kemampuan kita untuk membayangkan kembali dan merekonstruksi hukum sebagai ungkapan kebijakan dan prinsip?

9.3. Momen penafsiran-ulang doktrin hukum yang sifatnya taktis

Dewasa ini macam-macam kebingungan tadi menjadi bagian integral dari pengalaman melakukan analisis hukum yang berorientasi pada kebijakan dan prinsip. Bersama dengan kekuatan dari luar yang membuat tidak mantap, yaitu politik yang sesungguhnya (*real politics*) dari sebuah pemerintahan aktivis, yang punya sifat mengatur dan redistributif (*an activist, regulatory, and redistributive government*), mereka memunculkan momen ketiga dalam evolusi kesadaran hukum moderen, yang diletakkan di atas dua momen yang mendahului, yaitu dalam evolusi ilmu hukum abad kesembilan-belas dan analisis hukum yang merasionalisasikan. Momen ketiga adalah redefinisi gaya wacana hukum yang berorientasi pada prinsip dan kebijakan sebagai sebuah taktik yang disebar, yang akan bermanfaat bagi suatu kelompok proyek politik yang jelas berbeda.

Saya akan menyebut kelompok proyek politik ini reformisme konservatif. Ini adalah sebuah upaya untuk mencapai tujuan programatik, seperti misalnya kompetisi ekonomi yang lebih banyak atau kesamaan yang lebih besar terhadap kesempatan praktis dan suara kultural, di dalam batas-batas yang dibuat oleh tatanan institusional yang sudah dibentuk. Versi reformisme konservatif khusus yang berpengaruh dalam perkembangan momen taktis dalam kesadaran hukum kontemporer ini akan saya sebut sebagai reformisme pesimistis progresif.

Dua buah keyakinan dan sebuah komitmen menjadi ciri khas bagi reformisme pesimistis progresif ini. Keyakinan yang pertama adalah yang membuatnya menjadi bagian dari reformisme konservatif, yaitu pandangan bahwa tidak ada perubahan institusional dalam kamusnya. Terlebih, bahkan jika perubahan itu mungkin dan diinginkan, kita, para ahli hukum, tidak bisa menjadi pelaku yang sah dan efektif. Keyakinan yang kedua adalah yang membuatnya pesimistis, yaitu bahwa dalam politik pembuatan hukum, mayoritas yang senantiasa hanya memikirkan kepentingan dirinya akan menyingkirkan kelompok marginal dan kelompok yang tak punya kekuatan. Bahkan jika kita dapat menjamin perubahan kumulatif dalam rancangan-rancangan formatif dan dalam keyakinan masyarakat yang telah mengakar, hal itu mungkin malah membuat perkara menjadi lebih berbahaya bagi kebanyakan kelompok yang lemah. Hak-hak yang bisa melindungi mereka dapat disapu habis dalam antusiasme periode rekonstruktif. Skema *tax-and-transfer* demokrasi sosial yang secara institusional bersifat konservatif dan perbaikan hukum retrospektif dengan analisis hukum yang merasionalisasikan malah bisa membuat harapan terbaik mereka menjadi lemah. Memang, jika dilihat dari sudut ini, demokrasi sosial dan analisis hukum yang merasionalisasikan adalah sarana kembar proyek politik yang sama. Dengan memberi wajah yang terbaik pada hukum, dengan memandangnya lebih sebagai kebijakan dan prinsip impersonal daripada sebagai

kemenangan koalisi kepentingan yang kuat dan parsial, pengacara dapat membuat berbagai hal menjadi lebih baik bagi masyarakat yang paling membutuhkan bantuan. Dengan dalih membuat ideal suatu penafsiran hukum, ia dapat membagikan kembali hak-hak dan sumber-daya kepada pihak-pihak yang selalu menjadi korban koalisi pembuatan hukum. Maka, komitmen progresif berarti suatu kecenderungan untuk memakai analisis hukum yang merasionalisasikan.

Dari sudut yang menguntungkan ini, gaya doktrin hukum yang resmi mungkin dipandang sebagai sebuah kebohongan, meski toh bisa disebut sebagai kebohongan yang perlu dan mulia. Hal ini memberi perlindungan dari kemungkinan yang paling buruk, dan juga berjanji untuk melakukan perbaikan yang sederhana tapi nyata bagi mereka yang, tanpa bantuannya, akan menderita kekalahan paling besar.

Praktek analitis yang melengkapi visi hukum ini hampir tidak ada bedanya dengan suatu alat bantu ke suatu tujuan yang ideal di dalam analisis hukum yang merasionalisasikan. Hal ini disebut sebagai analisis hukum yang merasionalisasikan dengan ketentuan yang ironis, yaitu bahwa meskipun pengandaian metodenya mungkin tidak dapat dipercaya secara literal, mereka mengarah ke tujuan yang vital. Kerumitan di dalam perubahan visi ini ke dalam suatu bahasa tertentu dan dari bahasa tertentu tadi ke dalam strategi itu berarti bahwa imperatif strategis menuntut si pelaku terus mengucapkan bahasa visi yang tidak dipercayainya lagi itu. Dengan melakukannya ia sungguh gagal memahami halangan tersembunyi yang termuat secara implisit dalam bahasa strategis yang dimaksudkannya. Analisis hukum yang merasionalisasikan, yang dipadamkannya, tidak selalu cocok untuk berbagai macam politik. Hal itu cocok untuk politik yang secara institusional konservatif, yaitu politik yang menolak upaya kecil-kecilan yang dilakukan secara kumulatif dan terus-menerus dengan stuktur institusional dan alih-alih, berusaha membagikan kembali hak-hak dan sumber-daya dalam struktur itu.

Ketika masalah besar masyarakat, demi penyelesaian masalah mereka, mulai menuntut adanya eksperimentalisme tentang rancangan-rancangan praktis, kekurangan ini terbukti fatal. Taktiknya sendiri menyerang balik si pembuat taktik itu.

Bentuk kesadaan hukum dewasa ini bukanlah salah satu dari momen-momen pemikiran hukum atau lainnya. Bentuk kesadaran hukum itu adalah kombinasi dari tiga jalan berpikir yang ada bersama, tidak hanya di dalam budaya hukum dan politik yang sama, tetapi sering juga di dalam pikiran individu yang sama. Hasilnya adalah komunitas diskursif yang terikat satu sama lain, yang sering kali memang tampak sebagai komunitas diskursif, menurut prinsip yang diutarakan oleh si pencerita dalam novel Proust, yaitu bahwa kita berkawan dengan mereka yang gagasan-gagasannya sama-sama membingungkan.

10. PLURALISME KELOMPOK KEPENTINGAN DAN ANALISIS HUKUM YANG MERASIONALISASIKAN

10.1. *Dua bahasa tentang hukum yang tidak saling bersesuaian*

Sebelum melihat lebih dalam akar-akar dan batas-batas analisis hukum yang merasionalisasikan, perhatikanlah bagaimana bahasa kebijakan dan prinsip yang merasionalisasikan punya hubungan dengan saingan utamanya, dan saling melengkapi dalam budaya politik dan hukum kontemporer, yaitu bahasa kepentingan dan kelompok kepentingan. Kita dapat menarik kesimpulan bahwa bahasa kebijakan dan prinsip bukanlah sebuah sarana (*medium*) yang jelas dengan sendirinya, yang bisa dipergunakan untuk menampakkan hukum dalam kaitan dengan dipergunakannya setidaknya satu bahasa alternatif pada masa ini. Pengandaian-pengandaian dari dua bahasa perbincangan hukum ini tidak saling bersesuaian. Dalam teori, batas-batas penerapannya, yang dianggap sah, bersifat kontroversial. Dalam kenyataannya, batas-batas itu bisa digeser. Hal ini berhubungan dengan apakah kita memakai salah satu darinya dan dimana kita menggunakannya.

Meskipun demikian, anehnya kedua pendekatan hukum itu ada bersama (*coexist*) dengan cukup damai dalam budaya politik dan hukum kontemporer. Keduanya, meski mempunyai pesan dan konsekuensi yang begitu berlainan, punya titik temu dalam keterpisahan analisis hukum dari imajinasi institusional. Titik temu ini memungkinkan mereka bisa hidup berdampingan secara damai.

Pluralisme kelompok kepentingan, kalau boleh kita sebut begitu, menghadirkan hukum sebagai hasil dari tawar-menawar dan konflik antar kelompok kepentingan yang terorganisasikan. Dalam demokrasi, yang pertama-tama, meski bukan satu-satunya cara kegiatan pembuatan hukum, adalah proses pembuatan hukum atau legislasi, yang berlatar-belakang politik partai peserta pemilihan umum. Dalam bentuk yang tidak terlalu kelihatan, persaingan dan kompromi dalam kelompok yang sama bisa juga terjadi dalam proses seleksi dan kegiatan-kegiatan pengadilan serta dalam kantor-kantor administratif. Menurut pluralisme kelompok kepentingan ini, setiap bagian hukum mewujudkan tanda kemenangan atau tanda 'perdamaian sementara' dalam konflik yang terus-menerus antar kelompok kepentingan. Akibat hukum dari konflik ini tetap dapat dibenarkan sejauh perilaku konfliknya masih memenuhi dua tuntutan. Tuntutan pertama adalah bahwa kelompok-kelompok yang bersaing itu bertindak berdasar aturan dasar yang ditulis dalam hukum, khususnya hukum yang menentukan rancangan-rancangan demokrasi konstitusional dan politik pemilihan umum. Tuntutan kedua adalah bahwa semua kelompok harus terorganisasi atau terwakili. Jika setiap kelompok tidak terorganisasi dengan baik, pemecahan jangka panjangnya adalah mengorganisasikannya dan mewakilinya, dengan memberikan jaminan suara bagi yang tak punya suara. Pemecahan jangka pendeknya adalah memberinya perlindungan sosial atau ganti-rugi.

Dalam bahasa alternatif ini kita seharusnya menafsirkan hukum dengan cara mengidentifikasi proses tawar-menawar yang ditulis dalam setiap bagian hukum. Pemahaman tentang keseimbangan kekuatan-kekuatan yang membuat hukum, tentang tujuan-tujuan dari kekuatan-kekuatan yang lebih besar, dan tentang konsesi yang mereka buat untuk mengamankan tujuan-tujuan mereka, dapat sangat membantu. Daripada memahami hukum sebagai rekonstruksi retrospektif dan rasionalistis dalam bahasa kebijakan dan prinsip yang diidealkan kita punya upaya untuk memahami hukum sebagai perwujudan yang bersifat berkala dari suatu kompromi praktis di tengah konflik yang nyata, yaitu konflik tentang visi yang ideal maupun tentang kepentingan material.

Pluralisme kelompok kepentingan, seperti telah diuraikan, bukanlah sosiologi pembuatan hukum. Seperti halnya analisis hukum yang merasionalisasikan sendiri, pluralisme kelompok kepentingan ini adalah sebuah wacana yang memberi petunjuk, yang memberikan catatan tentang bagaimana hukum bisa dibenarkan dan tentang bagaimana hukum itu harus diwujudkan. Ia tidak berbicara tentang hal yang berbeda dari analisis hukum yang merasionalisasikan. Ini semua tentang hal yang sama. Pun pula, ia bukanlah pemikiran yang menyimpang, melainkan salah satu dari dua wacana konvensional tentang hukum pada masa ini. Kemudian, bagaimana dua bahasa yang tampak tidak bersesuaian itu bisa hidup berdampingan?

Biasanya, mereka hidup berdampingan dengan membuatnya bisa diterapkan dalam wilayah yang berbeda. Bahasa kepentingan dan kelompok kepentingan secara tradisional dikhususkan pada wilayah legislasi dan politik pemilihan umum. Sementara itu bahasa kebijakan dan tujuan telah tersebar dalam wilayah penafsiran hukum profesional, khususnya dalam seting pengadilan, dan juga oleh setiap analis atau administrator yang memakai perspektif seorang hakim. Jadi, cara tradisional untuk mengatur adanya dualitas bahasa tentang hukum adalah dengan berganti-ganti dari yang satu ke yang lain menurut konteks wacananya.

10.2. *Batas di antara kedua bahasa yang bisa digeser*

Anda bisa bertanya, mengapa batas antar pendekatan-pendekatan hukum ini harus ditarik di satu tempat, bukannya di tempat lain? Mengapa, misalnya, tidak meletakkan kata-kata dan metode-metode pluralisme kelompok kepentingan ke dalam seting pengadilan, dengan

memanfaatkannya sebagai sebuah cara untuk memutuskan perkara dan juga cara untuk menggambarkan pembuatan hukum? Perhatikan tiga keberatan terhadap cara seperti ini.

Keberatan pertama adalah bahwa kompromi, dan keseimbangan kekuatan yang mendasarinya, mungkin terlalu samar. Adalah tidak gampang untuk mengatakan, sebagai misal, seberapa besar produsen dan distributor semua susu telah memperoleh kemenangan atas konsumen dalam membuat hukum dan peraturan administratif yang membatasi distribusi, atau juga harga, susu bubuk pengganti? Tidak mudah mengatakan seberapa besar serikat pekerja harus tunduk kepada kaum industrialis untuk mengamankan pasal hukum yang membatasi atau memperlambat penutupan pabrik-pabrik berhadapan dengan kompetisi asing. Memang, juga sangat sulit untuk mengidentifikasi hasil pertimbangan yang pasti atau mempertimbangkan kekuatan yang efektif dari kepentingan-kepentingan yang berganti-ganti. Hanya saja, pertanyaannya tetap, yaitu dibandingkan dengan mana? Sesamar apa pun konflik dan kepentingan itu, dan identitas pihak-pihak yang menang dan yang kalah, mereka berakar dalam realitas sosial yang bisa dirasakan. Sebaliknya, tujuan-tujuan dan kebijakan-kebijakan yang diidealkan dari analisis hukum yang merasionalisasikan tidak mempunyai posisi yang aman di dalam kehidupan masyarakat yang nyata. Mungkin saja mereka mengajak para pemilih dan juga anggota legislatif berdebat. Namun demikian, secara umum mereka mempunyai karakter yang mengambang dan punya banyak sisi, sampai dipegang, diperbaiki dan dikembangkan oleh wacana sistematis analisis hukum.

Keberatan yang kedua adalah bahwa perbedaan antara dua pendekatan itu bisa menyesatkan. Kebijakan dan prinsip punya peran formatif dalam konflik partai politik dan legislatif dalam proses pembuatan hukum. Berbagai visi ikut membentuk kepentingan. Para politisi berjuang menghadapi konsep yang berbeda tentang kebaikan bersama (*common good*). Analisis hukum yang merasionalisasikan hanya menggunakan unsur yang memperhatikan kepentingan masyarakat dalam materi hukum, dan melakukan tugasnya dengan memurnikan dan mengembangkannya, memisahkannya dari godaan untuk memperhatikan kepentingan diri. Meski begitu, keberatan ini keliru dalam memahami kekuatan dari perbedaan antara kedua pendekatan terhadap hukum itu. Kita tidak perlu memahami pluralisme kelompok kepentingan sebagai sebuah doktrin yang mendukung dan menerima kemenangan kepentingan-kepentingan material terhadap pandangan ideologis. Seharusnya pokok pikirannya adalah menegaskan sentralitas dan legitimasi konflik atas kepentingan-kepentingan, baik spiritual maupun material, atau atas hasil-hasil kombinasi keduanya, dan kemudian mengusulkan bagaimana hukum, dalam demokrasi, bisa dipahami sebagai diaturnya konflik melalui peraturan-peraturan dasar, dan juga sebagai upaya dikurangnya konflik dengan cara kompromi.

Pandangan yang dihasilkannya memandang setiap bagian hukum sebagai campuran dari berbagai unsur: sedikit dari yang ini dan sedikit dari yang itu. Kita tidak perlu mempertimbangkan skema rasional yang belum lengkap dan yang masih berkembang dalam hukum supaya dapat mengenali legitimasinya dan membaca maknanya. Kita dapat mengetahui konflik dan kompromi antar klaim-klaim ideologis dan juga antar berbagai usaha yang keras untuk menguasai uang dan privilegi. Analisis hukum yang merasionalisasikan berusaha melawan sikap tunduk kepada konflik dan kompromi yang tak teratur. Secara retrospektif, hal itu, dalam setiap bagian hukum yang diperluas, tampak sebagai bagian yang mungkin ada di dalam upaya penataan kehidupan sosial yang komprehensif dan rasional. Inilah perbedaan yang sesungguhnya, dalam semangatnya dan juga dalam kata-katanya.

Tatkala kita mengesampingkan kedua keberatan terhadap proyeksi pendekatan kelompok kepentingan dalam seting pengadilan tadi, karena masing-masing dipengaruhi oleh kesalahpahaman, kita sampai ke keberatan ketiga yang lebih pelik. Dengan mempertahankan pendapat tentang penafsiran hukum sebagai perwujudan kebijakan dan tujuan dalam seting pengadilan, kita menerapkan suatu pembatasan yang penting terhadap kepentingan kelompok yang hanya mementingkan dirinya sendiri di dalam politik pembuatan hukum. Para pelaku politis dari koalisi kepentingan-kepentingan yang kuat tahu bahwa begitu hukum-hukum yang mereka buat sampai di tangan para hakim dan ahli hukum, hukum-hukum itu akan dibaca sebagai upaya untuk memajukan kepentingan umum. Penafsiran konstruktif, jika mungkin, akan berusaha

menyelamatkan hukum dari kepentingan diri faksional. Jika upaya ini terlalu sulit dan kepentingan diri itu begitu besar, peninjauan kembali suatu hukum (*judicial review*) dalam demokrasi konstitusional malah dapat menghancurkan hukum yang tidak dapat direkonstruksinya lagi.

Jadi, supaya dapat mencapai tujuannya, kepentingan-kepentingan yang menjadi pendorong itu harus melakukan konsesi, dengan cara memberikan kepada proyek hukum mereka suatu hal yang serupa dengan suatu kesesuaian dengan kepentingan umum dan kemudian melukiskannya dalam bahasa yang bisa membuat kesesuaian ini masuk akal. Setidaknya dipergunakannya tujuan-tujuan ideal dalam analisis hukum yang merasionalisasikan sebagai suatu tolok-ukur bagi suatu pertimbangan akan sungguh punya peran. Dalam teori Marxis peran ini diletakkan pada ideologi. Ideologi melegitimasi kepentingan dominan dengan membuatnya universal, dengan menampilkan mereka sebagai sarana kebaikan kolektif yang lebih luas. Universalisasi yang memberi legitimasi ini tidak dapat berlaku jika ia tidak mendapatkan kekuatan yang sesungguhnya, dengan cara mengurangi perhatian pada diri di dalam kepentingan yang dominan itu.

Kesulitan yang muncul dengan pembenaran pragmatis dari adanya pergantian yang mengejutkan dari digunakannya satu bahasa hukum ke penggunaan bahasa hukum yang lain adalah bahwa hal itu bersandar pada suatu pengandaian faktual yang sering kali terbukti salah. Upaya mencari hak sewa untuk kepentingan pribadi (*rent-seeking*) dan perilaku sektarian, yang ditutup-tutupi dengan dalih kepentingan umum, mungkin saja akan lebih berbahaya dan lebih berhasil ketika mereka diijinkan untuk tetap hidup di balik suatu kedok. Anda hanya perlu menguji risalah-risalah perdebatan-perdebatan legislatif dan juga perdebatan yang berkaitan dengan pemilihan umum untuk melihat betapa elastis dan ambigu bahasa kepentingan umum itu. Sesekali kepentingan diri kelompok dapat dijinakkan dengan cara didesak untuk berbicara tentang retorika besar keprihatinan sosial. Jika kemunafikan adalah sebuah penghargaan terhadap sifat buruk yang menjadi keutamaan, retorika ini mungkin bisa dipakai sebagai sarana moralitas politik minimal yang, meski begitu, sungguh diberlakukan. Namun demikian, acap kali tindakan memperhatikan kepentingan diri melalui hukum kemungkinan bisa dikontrol secara efektif dengan cara diakui apa adanya.

Dalam teori politik spekulatif, tidak hanya perdebatan yang muncul. Ada implikasi praktisnya bagi penalaran hukum. Hukum yang dipandang sebagai kontrak antar kelompok kepentingan bisa ditafsirkan secara sempit. Hukum yang dilihat sebagai perwujudan prinsip dan kebijakan impersonal dapat dianggap sebagai titik pijak bagi analogi-analogi yang jangkauannya sangat luas. Jika hukum diungkapkan dalam bahasa kepentingan, kedudukan prosedural (*procedural standing*) akan tetap dalam keadaan terkekang (*on a short leash*). Ketika hal itu didiskusikan dalam bahasa kepentingan dan prinsip, kesediaan untuk memperluas kedudukan (*standing*) dan memperbanyak cara pemecahan masalah akan muncul seiring dengan bangkitnya penafsiran yang konstruktif dan analogi yang jangkauannya sangat luas.

Bahkan mereka yang tidak menyukai kritik-kritik terhadap institusi-institusi dan cita-cita yang sudah mapan, dan yang tetap berada di dalam dunia imajinatif budaya hukum dan politik masa kini, akan mendapatkan kesulitan dalam upaya menarik garis batas bagi suatu penerapan dua bahasa hukum konvensional ini pada batas antara legislasi dan pengadilan. Perkembangan mutakhir dalam pemikiran hukum Amerika mendukung pandangan ini. Dua puluh tahun yang lalu sebuah kelompok ilmuwan hukum sayap kanan Amerika, yang terlatih dalam ekonomi arus utama (*mainstream economics*), mulai mempertanyakan kesejajaran antara kedua pendekatan dan kedua setting institusional itu. Mereka membuat perbedaan antara dua tipe hukum, yaitu hukum yang bisa menjamin usaha mendapatkan hak sewa untuk kepentingan pribadinya (*rent-seeking law*) dan hukum kepentingan umum (*general-interest law*). (Secara prinsip, perbedaan yang serupa dapat dibuat di dalam hukum yang dibuat hakim (*judge-made law*), meskipun kesempatan untuk mendapatkan hak sewa itu mungkin lebih besar dalam legislasi.) Sebagai akibatnya mereka mengusulkan bahwa penafsiran hukum, termasuk di dalamnya penafsiran pengadilan, memakai metode pembuatan kontrak (*the carry-out-the-contract method*) untuk tipe pertama dan metode kebijakan yang bertujuan (*the purposive policy method*) untuk yang kedua.

Mereka menawarkan berbagai daftar yang berisi tanda-tanda petunjuk praktis yang dipakai untuk membedakan dua varian hukum, yaitu seberapa banyak detil khusus yang bisa dimasukkan dalam sebuah skema yang sudah ditetapkan dalam hukum; seberapa banyak catatan legislatif terisi dengan ungkapan yang jelas tentang kepentingan umum dan kompromi; dan terlebih seberapa siap kita dapat menemukan dalam ketetapan-ketetapan hukum itu tanda-tanda adanya usaha mencari hak sewa, seperti misalnya halangan untuk memasuki pasar. Mereka berpendapat bahwa keuntungan untuk mengakui suatu legislasi yang memberi hak sewa, karena sudah demikian adanya, terletak dalam harapan untuk meletakkannya dalam karantina, untuk mencegah perluasan analogis dan untuk menahan kemajuan prosedural. Beberapa ilmuwan ini dikemudian hari menjadi hakim-hakim yang berpengaruh, dan sebagai hakim mulai mempraktekkan apa yang telah mereka utarakan. Akibatnya mereka telah memasukkan dalam pengadilan sebuah perbedaan yang pada mulanya dianggap untuk mengikuti batas antara legislasi dan pengadilan.

10.3. *Implikasi-implikasi yang mengganggu*

Kita dapat menarik dua kesimpulan dari argumen dan 'persaingan' di atas. Kesimpulan pertama adalah bahwa baik analisis hukum yang merasionalisasikan maupun pluralisme kelompok kepentingan dapat hidup berdampingan meski ada perbedaan uraian dan arah. Sebabnya adalah bahwa secara bersama mereka mempunyai sifat negatif yang cukup menentukan. Sifat ini adalah suatu perlawanan terhadap upaya perbaikan institusional kecil-kecilan, yaitu kemampuan untuk memisahkan pewujudan hukum dari imaginasi latar belakang strukturalnya, dan pembuktiannya. Bagi pluralisme kelompok kepentingan, hukum adalah konflik dan kompromi kelompok melawan sebuah latar belakang institusional yang dapat dibiarkan tak tersanggah dan bahkan juga tak terlihat. Rancangan-rancangan untuk demokrasi perwakilan dan ekonomi pasar adalah sisa-sisa dari suatu konflik dan kompromi masa lalu yang tidak dianggap kontroversial. Meski begitu, secara implisit pluralisme kelompok kepentingan harus mengembangkan klaim yang lebih kuat demi rancangan-rancangan institusional, yaitu bahwa melalui *trial-and-error* mereka bisa mempunyai sifat seperti yang dimiliki oleh 'mesin pemilihan yang bergerak selamanya' (*perpetual-motion choice machine*). Mereka bisa membuat sebuah kerangka menjadi tidak bias di antara kepentingan-kepentingan dan karenanya sama-sama terbuka terhadap semua kompromi. Dalam ekonomi politik pasangan dari pandangan ini adalah suatu gaya sejarah institusional dan analisis institusional ("institusionalisme baru") yang mencoba untuk menjelaskan asal mula dan tersebarnya rancangan-rancangan institusional ekonomi dengan suatu perluasan yang sederhana dari suatu gaya rasionalitas yang sama, yang menandai keputusan-keputusan ekonomi di dalam sistem ekonomi yang telah ditetapkan. Jadi, misalnya, institusi-institusi ekonomi pasar Eropa modern akan menjadi jawaban rasional (yang perlu) terhadap masalah-masalah dan peluang-peluang yang diciptakan oleh berbagai faktor, seperti pertumbuhan penduduk dan perkembangan teknologi. Jika kerangka itu sendiri defektif dan menciptakan dirinya sendiri, jika ia hanyalah salah satu dari berbagai bentuk demokrasi dan pasar yang mungkin, dan jika setiap bentuk itu mempunyai konsekuensi yang berbeda yang memungkinkan kelompok yang mengadakan tawar-menawar itu mogok, pluralisme kelompok kepentingan menjadi praktek yang secara radikal tak lengkap. Ia perlu dilengkapi oleh beberapa cara lain untuk mewujudkan dan membuat hukum, yang mungkin malah bisa memberi arti yang berbeda.

Analisis hukum yang merasionalisasikan menghasilkan praktek yang mirip dan tergantung pada perkiraan-perkiraan yang serupa. Wacananya tentang kebijakan dan prinsip tetap terpusat pada redistribusi hak-hak dan sumber-daya dalam tatanan institusional yang ada sekarang ini. Metode perbaikannya, yang dilakukan melalui penafsiran yang konstruktif, menuntut kita untuk memberi wajah yang paling baik bagi hukum dan karena itu berarti juga pada praktek-praktek dan institusi-institusi yang ditetapkan dalam hukum. Sebagai contoh, coba lihat sikap terhadap penafsiran konstitusi dalam doktrin konstitusional Amerika, yang menawarkan sebuah kasus

ekstrem dari suatu analisis hukum yang merasionalisasikan. Tidak ada tempat dalam sikap itu bagi suatu kemungkinan bahwa tipe demokrasi yang diperlukan negara menjadi satu hal yang tidak bisa diakomodasi oleh rancangan-rancangan konstitusi Amerika tanpa revisi yang komprehensif. Jika sebuah tipe demokrasi yang tertentu itu memang yang terbaik, seharusnya ia bisa ditemukan dalam konstitusi. Jika dengan jalan apa pun tidak bisa ditemukan dalam konstitusi jelaslah bahwa ia tidak sebagus kenampakannya. Tekanan terhadap rasionalisasi rekonstruktif yang dihasilkan dari pemujaan terhadap konstitusi kemungkinan adalah contoh yang ekstrem dari dibatasinya kritik dan upaya institusional kecil-kecilan, tetapi hal itu hanyalah contoh ekstrem dari sesuatu yang bisa menular dalam keyakinan-keyakinan dan metode-metode dari gaya doktrin hukum yang sekarang dominan.

Kesimpulan kedua yang bisa ditarik dari perbandingan kedua pendekatan hukum konvensional bahkan akan tampak lebih bersifat apa-adanya. Jika ada dua bahasa untuk mewujudkan hukum dan jika batas-batas penerapannya bersifat kontroversial dan bisa digeser, mengapa tidak ada lima bahasa, atau satu bahasa yang berbeda dari keduanya? Mempelajari koeksistensi dua bahasa tentang hukum di dalam budaya politik dan hukum sekarang ini berarti mendapatkan perasaan yang tak bisa ditetapkan tentang kesementaraan mereka.

Sekarang saya mengusulkan untuk membuat rasa kesementaraan ini menjadi baik dengan cara menguraikan empat perspektif yang bisa melengkapi motif-motif dan batas-batas analisis hukum yang merasionalisasikan. Setiap perspektif mewakili sebagian dari misi yang menggerakkan dari analisis hukum yang merasionalisasikan dan sekaligus mewakili pandangan tentang kelemahan-kelemahannya. Dengan mengaitkan kritik terhadap wacana ini dengan pemahaman akan pekerjaannya dari titik-pandangannya sendiri kita berharap untuk mendapatkan akses ke dunia imajinatif internalnya. Jika kekurangan kita adalah tiang kelima dalam hati manusia yang berasal dari Tuhan, kekurangan dalam praktek diskursif memberikan energi subversi diri. Kita harus mempelajari analisis hukum yang merasionalisasikan secara mendalam karena hal itu menjadi gaya wacana hukum yang paling berpengaruh di seluruh dunia. Kita juga harus mempelajarinya karena melalui subversi dirinya ia memberikan cara-cara yang bisa dipakai untuk mengubah pemikiran hukum menjadi sebuah sarana imajinasi institusional.

11. EMPAT-LAPIS AKAR ANALISIS HUKUM YANG MERASIONALISASIKAN: PRASANGKA TERHADAP ANALOGI

11.1. *Sebuah prasangka yang telah mengakar*

Cara yang paling sederhana untuk menetapkan pokok penting analisis hukum yang merasionalisasikan adalah mengatakan bahwa analisis itu mewujudkan sebuah cara berpikir tentang hukum yang dilakukan secara jernih dan saling terkait. Dalam pandangan ini, jika anda merefleksikan hukum dengan cukup lama dan bersungguh-sungguh, anda akan sampai pada suatu hal yang serupa dengan gaya penalaran hukum yang terarah, yang berdasar pada prinsip dan berorientasi pada kebijakan. Dalam catatan tentang tujuan doktrin hukum ini, musuh utamanya adalah tunduknya analisis hukum pada analogi yang tidak reflektif. Banyak penalaran yang dibuat oleh para pengacara di dalam berbagai tradisi hukum mempunyai peran penting bagi perbandingan dan perbedaan analogis. Caranya adalah tetap berpegang pada dasar pemakaian dan preseden serta tidak mau membawanya ke tahap abstraksi, generalisasi dan sistem. Sangat mungkin bahwa menurunnya proyek ilmu hukum abad kesembilan-belas meninggalkan ruang kosong yang bisa diisi lagi oleh analogi yang tidak teratur. Namun demikian, analogi ini tidak bisa mengisi ruang kosong itu dalam waktu yang lama, demikian argumentasinya, jika kita mempunyai pandangan yang jernih dalam cara berpikir kita tentang hukum.

Jika kita tetap bertahan dalam praktek pertimbangan yang sifatnya analogis, kita menemukan bahwa gambaran perbandingan dan perbedaan analogis bergantung, setidaknya secara implisit,

pada pertimbangan-pertimbangan tentang tujuan yang terkait dengan kepentingan-kepentingan manusiawi yang memang penting. Karena di satu sisi situasi faktual bertambah banyak, di sisi lain upaya untuk mengungkapkan dan menghubungkan tujuan-tujuan ini bertambah maju. Di bawah tekanan ganda pengalaman dan analisis, sebuah kumpulan analogi yang longgar dan tak berbentuk mulai menemukan bentuknya. Tujuan-tujuan yang diharapkan mulai berkembang menjadi generalitas definisi yang lebih besar. Sedikit demi sedikit mereka mulai menyerupai tujuan-tujuan doktrin hukum yang merasionalisasikan, yang bermuatan kebijakan dan prinsip. Melalui penjelasan timbal-balik terhadap konteks yang relevan dan tujuan yang memberi arah ini, hukum, dalam bahasa Lord Mansfield, bekerja secara murni pada dirinya, yaitu ia mendekati bentuk yang diinginkannya sebagai skema asosiasi manusia yang bisa dipahami dan bisa dipertahankan. Praktek pertimbangan analogis yang tidak dibangun kembali, dalam retrospeksi, berubah menjadi langkah pertama yang keliru dalam upaya menuju suatu penalaran yang berasal dari kebijakan dan prinsip. Seharusnya ia menjadi bagian dari analisis hukum yang merasionalisasikan, seperti halnya gerak perlahan yang menjadi bagian dari suatu proses jalan kaki.

Kritik terhadap prasangka anti-analogis ini sebaiknya dimulai dengan sebuah upaya untuk memilah-milah beberapa kelompok cara penalaran praktis yang bersifat analogis, karena kelompok ini adalah suatu kelompok dari beragam cara yang terkait secara longgar dalam membuat dan membenarkan keputusan-keputusan praktis. Tiga atribut minimalis menandai ruang analogi.

11.2. *Atribut-atribut analogi*

Atribut yang pertama adalah dialektik yang berulang antara ditetapkannya (*ascription*) tujuan dengan klasifikasi lingkungan. Kita membandingkan atau membedakan fakta situasi untuk menerapkan peraturan tertentu. Kita pun merumuskan peraturan dalam hubungan dengan fakta situasi yang akan diaturnya, yang menurut pandangan tujuan itu akan dikembangkan oleh klasifikasi-ulang dan formulasi-ulang itu tadi. Tidak ada cara yang cukup jelas untuk membandingkan atau membedakan situasi dari titik akhir suatu peraturan pemerintahan yang terpisah dari pertimbangan yang bertujuan (*purposive judgments*). Perbandingan analogis secara inheren tidak ada di dalam fakta. Perbandingan itu adalah sebuah cara mengelompokkan fakta yang membantu kita untuk mengajukan kepentingan-kepentingan tertentu. Intinya adalah bahwa kita hampir tidak bisa beranggapan bahwa banyak hal bisa menjadi seperti yang kita kehendaki. Yang lebih jelas adalah bahwa kita tidak bisa mengawinkan peraturan dengan lingkungan secara efektif. Hal itu bisa terjadi jika kita mau membawa definisi tentang lingkungan yang layak dan juga definisi tentang peraturan yang relevan ke dalam terang pemahaman tentang kepentingan-kepentingan yang dijamin oleh upaya kita untuk menerapkan peraturan dan yang juga dijamin oleh peraturan-peraturan khusus untuk diterapkan. Apakah kendaraan beroda-tiga dianggap sebagai sebuah kendaraan yang dilarang oleh sebuah peraturan dalam taman dan karenanya apakah kendaraan beroda-tiga harus dianalogikan dengan mobil, tergantung pada apakah kita berpikir bahwa peraturan itu dimaksudkan untuk menghindarkan bahaya, suara yang ribut, atau tujuan lain yang obyektif, yang mencakup juga kendaraan beroda-tiga.

Berkali-kali, peraturan yang relevan, dan fakta situasi yang khas, bahkan juga kesimpulan yang formal dan deduktif silogistik mungkin punya peran dalam bagian di antara tujuan yang memberi arah itu. Peran yang dimainkan adalah peran yang sudah tertera dalam dialektika analogi yang lebih inklusif. Namun demikian, premis silogisme minor, bahwa kendaraan beroda-tiga adalah (atau bukan) kendaraan, adalah seluruh kerja analogi. Masa pra-sejarah silogisme adalah sejarah yang berlaku.

Atribut yang kedua dari kelompok penalaran praktis yang dilakukan melalui analogi adalah bahwa kepentingan-kepentingan atau tujuan-tujuan yang memberi arah, yang menjadi tempat penggambaran oleh seorang analogis, bersifat terbuka. Mereka tidak membuat daftar yang tertutup, atau mereka tidak mengatur secara hirarkis dalam sistem dalil aturan atas-bawah, yang terdahulu mengatasi yang belakangan. Mereka merefleksikan keragaman, pembaharuan

dan ketidak-teraturan dari keprihatinan manusia yang nyata. Penalaran analogis bukan sekedar praktek beberapa orang yang berpikir 'murni,' yang dipaksakan terhadap keprihatinan-keprihatinan ini atas dasar pandangan atau otoritas yang lebih tinggi. Penalaran analogis ini adalah bagian integral dari artikulasi mereka yang sudah lumrah dalam hidup sehari-hari. Sekarang ini kendaraan beroda-tiga tidak dipandang sebagai kendaraan terlarang karena mereka tidak membuat ribut atau berbahaya untuk orang dewasa, tetapi mungkin saja besok masyarakat memperhatikan kepentingan anak-anak di taman, sebuah praktek mungkin saja berkembang untuk mengizinkan mereka bermain-main, dan mereka mungkin takut akan kendaraan beroda-tiga, jika toh tidak merasa mendapatkan bahaya darinya. Baik simpati atau praktek bisa berubah. Yang lebih sering adalah bahwa mereka berubah bersama.

Contoh yang sama ini menunjukkan bahwa daftar tentang tujuan-tujuan dan kepentingan-kepentingan yang relevan bagaimanapun juga tetap terbuka. Distribusi energi dan otoritas di antara kepentingan-kepentingan yang berlaku di dalam gugusan perbandingan dan perbedaan analogis mungkin berubah terus-menerus. Jika perkawinan adalah sebuah perbincangan yang panjang, maka demikian jugalah perkawinan yang lebih besar dari komunitas diskursif. Hal yang pada waktu tertentu memberi fokus kecemasan, di lain waktu tampak sebagai ancaman jarak jauh. Ketidak-mungkinan mengatur tujuan-tujuan yang relevan dengan analogi secara hirarkis adalah konsekuensi dari ditolaknya upaya untuk menempatkan pengalaman sosial sebagai hal yang lebih rendah bila dibandingkan dengan suatu bentuk pembatasan yang skematis.

Atribut ketiga dari kelompok pertimbangan analogis adalah perluasan dari yang kedua. Penalaran analogis bersifat non-kumulatif, yaitu bahwa praktek yang diulang-ulang dalam suatu kurun waktu tidak mengubahnya, meski sedikit demi sedikit, menjadi sebuah sistem dalil-dalil yang diatur secara hirarkis, lebih abstrak dan lebih kongkret, karena kepentingan atau tujuan yang memberi arah itu sendiri tidak berubah menjadi sebuah sistem aksioma dan kesimpulan. Karena konvergensi dan penyederhanaan terjadi di beberapa bidang, divergensi dan kompleksitas meningkat di bidang lain. Mungkin ada kemajuan dalam penggunaan analogi. Namun demikian, bentuknya sangat lembut, yaitu perluasan cakupan masalah yang dijangkau oleh pertimbangan analogis, kayanya artikulasi tujuan yang memberi arah, dan adanya perbaikan dalam hubungan antara tujuan yang menggerakkan dengan lingkungan yang berulang. Praktek pertimbangan analogis yang berkembang adalah sebuah praktek yang serupa dengan versi dari kebanyakan metode pertimbangan moral dan politik yang lumrah, yang lebih sadar diri dan terkekang, yaitu terkekang oleh titik awal di dalam materi hukum, dan dibuat sadar diri oleh kecenderungan untuk mengungkapkan tujuan-tujuan dari sebuah upaya yang bersifat kolektif dan memaksa.

11.3. *Tiadaanya dasar prasangka melawan analogi*

Gagasan yang keliru tentang praktek-praktek yang bersifat diskursif mendasari suatu prasangka anti-analogi. Memandang analogi sebagai bentuk penalaran abstrak dan terikat aksiom yang sifatnya belum lengkap berarti menyetujui imperialisme praktek-praktek. Hal ini berarti memperlakukan standard pembenaran dalam analisis hukum yang merasionalisasikan atau yang serupa itu sebagai pembawa pengandaian otoritas rasional. Tetapi, mengapa kita harus menerima pengandaian macam itu? Kelompok praktek-praktek yang bersifat analogis dan bijaksana lebih tersebar dalam pengalaman historis dan lebih berakar dalam keprihatinan manusiawi daripada gaya abstrak dan deduktif penalaran hukum, moral dan politik. Bahkan dalam dunia sejarah doktrin hukum, bentuk penalaran analogis dan *glossatorial* mempunyai pengaruh jauh lebih besar dalam waktu yang lebih lama daripada abstraksi yang bertujuan mencari prinsip yang dibuat oleh para ahli hukum yang sistematis dan rasionalistis. Seringkali kelompok analogi sudah mempunyai perasaan percaya diri terhadap superioritasnya berhadapan dengan kelompok rasionalisasi. Jadi, sebagai contoh, para pendukung jurisprudensi republikan Romawi menganggap rasionalisasi hukum hanya sebagai suatu bentuk penyimpangan dari seni yang lebih tinggi dan lebih halus, yang disebabkan oleh desakan ganda dominasi rasionalisme dan birokrasi Yunani.

Kaum realis dan post-realis hukum Amerika mengulangi pergeseran ini ketika mereka mengagung-agungkan *common-law* sebagai hasil dari penalaran eksperimental yang terkait dengan konteks, yang membuat abstraksi hukum tampak dungu. Imperialisme konseptual dari orang-orang yang membuat rasionalisasi, yang pada dasarnya bersifat takhyul itu, telah menemukan lawan-tandingnya di dalam upaya untuk melawan takhyul yang dilakukan oleh seni hukum yang tak terlukiskan. Sering kali bahasa kebijakan praktis dan berseni ini membuat pemikiran hukum kebal terhadap kritik sosial.

Tidak-pas-nya caci-maki terhadap analogi menjadi makin jelas ketika kita ingat bahwa gaya berpikir analogis telah menjadi sarana bagi satu-satunya konsep yang paling berpengaruh dalam sejarah gagasan-gagasan tentang jiwa dan kepribadian di Barat, yaitu pemahaman, dalam agama-agama Semitik monoteistik: Yahudi, Kristen dan Islam, tentang hubungan antara Tuhan dan umat manusia dengan analogi hubungan antar manusia. Narasi tentang perwahyuan memperdalam narasi perjumpaan personal dan menguatkan transvaluasi revolusioner yang bisa membuat yang personal dihargai lebih tinggi daripada yang impersonal sebagai sumber gagasan baru (*insight*) dan otoritas. Penalaran analogis dan pengetahuan masyarakat adalah pasangan yang tetap, yaitu bahwa penafsiran pengalaman diri dan penafsiran pengalaman orang lain memberikan kepada masing-masing pihak analogi-analogi yang bisa menyelamatkan kita, meski hanya sedikit, dari pandangan seolah-olah bahwa hanya diri kita yang bisa dipahami (*solipsisme*) dan juga dari ketidak-jelasan diri (*self-obscurity*). Pembatasan terhadap pertimbangan analogis dalam pemikiran hukum, jika hal itu bisa diselesaikan, menghasilkan dehumanisasi radikal terhadap hukum, yaitu satu metode untuk masyarakat, satu metode lain untuk peraturan-peraturan.

Kita harus membebaskan diri baik dari takhyul imperialisme konseptual maupun dari seni hukum yang menentang takhyul itu. Praktek adalah praktek. Praktek-praktek itu mewujudkan banyak tujuan yang setengah terungkap, seperti halnya mereka juga membentuk tujuan-tujuan yang bisa kita kejar dan kemungkinan-kemungkinan yang bisa kita miliki. Mereka tidak mempunyai esensi yang tetap. Kita telah menjadi terbiasa terhadap gagasan bahwa metode ilmu alam berbeda, secara perlahan dan secara tidak langsung, dengan isi penjelasan ilmiah kita. Hal yang sama bisa diterapkan dalam penalaran hukum: jadi, saya telah memberi contoh bagaimana gaya rasionalisasi dalam pemikiran hukum dewasa ini berbeda dari metode ilmu hukum abad kesembilan-belas, dan bagaimana perubahan metodologis ini terkait dengan perubahan visi substantif hukum.

Praktek-praktek perbincangan kita dapat diubah, kadang dengan sengaja tetapi selalu secara perlahan. Alasan mengapa kita sukar mengubah praktek-praktek kita adalah bahwa, dalam arti umum, kita ini adalah kumpulan dari praktek-praktek perbincangan dan tindakan. Alasan mengapa kita dapat mengubah praktek-praktek kita adalah bahwa mereka tidak pernah menentukan kita secara menyeluruh: kita menikmati sisa kemampuan produktif dan kreatif yang gagal mereka manfaatkan atau mereka jinakkan. Tujuan yang kita kejar melalui mereka tidak pernah hanya menjadi satu-satunya tujuan yang mungkin kita capai.

Jika kita harus mempercayai suatu pengandaian otoritas yang lebih tinggi demi rekonstruksi rasional suatu hukum, dengan metode prinsip dan kebijakan, atau dengan yang lainnya, kita tidak dapat mendasarkan pengandaian ini pada kebutuhan untuk berpikir secara jernih dan saling berkaitan tentang hukum. Kita harus menuntut nilai yang lebih selektif dan lebih sosial bagi praktek yang merasionalisasikan. Nilai yang paling banyak disebut dalam tujuan ini adalah komitmen untuk melanggengkan kekuasaan hukum (*the rule of law*) dan tata kekuasaan hak-hak (*regime of rights*).

12. EMPAT-LAPIS AKAR ANALISIS HUKUM YANG MERASIONALISASIKAN: PENEGAKAN TATA KEKUASAAN HAK-HAK

12.1. *Kekuasaan hukum (the rule of law) dan tata kekuasaan hak-hak*

Pembenaran atas analisis hukum yang merasionalisasikan yang paling banyak disebut adalah keyakinan bahwa integritas sebuah tata kekuasaan hak-hak atau integritas *rule of law* menuntut sesuatu yang serupa dengan pendekatan terhadap hukum tadi. Dalam pandangan ini gaya doktrin hukum yang berdasar prinsip dan kebijakan adalah suatu penangkal yang tak bisa dielakkan terhadap kesewenangan (*arbitrariness*) dalam penalaran hukum. Hal ini memungkinkan orang tetap aman dalam menuntut haknya, dan sementara itu kekuasaan dibatasi oleh hukum. Di dalam batas yang luas orang dapat memahami makna hukum dan bagaimana hukum itu diterapkan. Warga-negara dapat berpartisipasi dalam proses pembenaran publik yang sama, yang juga harus dipakai oleh para hakim. Lebih penting lagi, sifat dari pertimbangan-pertimbangan untuk mengambil keputusan, yang diberikan dalam argumen hukum yang merasionalisasikan, memiliki kekuasaan untuk membuat generalisasi dan seleksi yang penting.

Diduga metode analogis yang terikat pada konteks tidak memiliki kekurangan akan kekuasaan-kekuasaan ini, yaitu bahwa jika daftar tujuan-tujuan yang relevan itu terbuka dan jika metode penalaran tidak kumulatif, dasar untuk melakukan kritik terhadap setiap perbandingan atau perbedaan analogis yang khusus akan tetap lemah. Akibatnya, seorang analogis akan mampu mendapatkan hampir semua yang diinginkannya. Jika ia tampak terhambat, hambatan itu akan berkurang dari metode analogis itu sendiri, bukannya dari latar-belakang kebiasaan dan kebudayaan yang dihidupi bersama. Meski begitu, alasan penting untuk pertama-tama menilai tata kekuasaan hak dan *rule of law* adalah untuk mengurangi keragaman dari beberapa kecemasan yang ditimbulkannya. Jika kita berada dalam situasi suku tertentu, diikat bersama-sama oleh pandangan dan nilai bersama yang dirumuskan dengan bagus, kiranya kita tidak membutuhkan, atau menginginkan *rule of law*. *Rule of law* diperlukan dalam situasi historis yang tidak punya cukup penghambat, yang akan membuat praktek analogi dapat diperkirakan.

Jika analogi tidak berhasil membatasi kesewenangan, di lain pihak demikian pulalah kesediaan untuk memperlakukan penalaran hukum sebagai perwujudan dari suatu konflik ideologis yang berlangsung terus-menerus dalam masyarakat. Jika dalam arti yang lain analisis hukum hanya menjadi sebuah kelanjutan politik, penyelesaian hak-hak dalam setiap kasus khusus akan tetap ditempatkan di bawah komitmen-komitmen ideologis dari siapa pun yang memegang kekuasaan untuk memutuskan. Demokrasi akan menurun bersama dengan hak-hak: tidak peduli macam hukum apa yang akan dibuat oleh para wakil rakyat, analisis hukum akan mampu membuatnya lagi sekehendak hatinya, dengan dalih menafsirkan hukum itu. Jadi, analisis hukum yang merasionalisasikan, demikianlah klaim para pengikutnya, mempunyai posisi penting di antara ketidak-sadaran depresif dari hukum sebagai analogi dengan ketiadaan tanggung-jawab yang terang-terangan dari hukum sebagai ideologi.

Apa sih persisnya arti tata kekuasaan hak itu, atau di lain pihak, *rule of law* itu? *Rule of law* ada ketika pemegang kekuasaan tetap dibatasi oleh peraturan-peraturan umum, bahkan jika peraturan-peraturan itu dibuat oleh pemegang kekuasaan itu sendiri. Bagi mereka, dibatasi, untuk sebagian, berarti bahwa peraturan-peraturan itu harus ditafsirkan, diterapkan dan dilaksanakan dengan suatu cara yang bisa dipahami secara umum. Alasan-alasan yang mendasari suatu keputusan tidak boleh bergantung pada pertimbangan kepentingan strategis kasus-per-kasus yang tidak punya hubungan umum yang bisa dipahami dengan peraturan-peraturan. Konsekuensi dari sebuah penafsiran mungkin saja relevan dengan upayanya untuk membuat orang menjadi yakin, tetapi hanya sejauh mereka mendapatkan arti dan bobot dari tujuan-tujuan kesejahteraan atau hak yang sifatnya impersonal.

Ketika *rule of law* berlaku, orang akan merasa aman di dalam tata kekuasaan hak-hak. Mereka tahu bahwa doktrin hukum dan hukum yang sudah mapan akan merumuskan tuntutan akan hak-hak mereka dan bahwa perkembangan dalam bidang penafsiran dari suatu peraturan dan doktrin hukum dalam suatu kurun waktu akan dibentuk oleh pemahaman yang biasa terhadap

kata-kata dan juga oleh kepedulian impersonal –yang selayaknya memang dikaitkan dengan hukum- yang bisa dicapai oleh semua orang. Akibatnya, *rule of law* dan tata kekuasaan hak-hak bisa berlangsung bahkan meskipun demokrasi tidak berlaku. Suatu jenis demokrasi yang tertentu yang sifatnya tidak liberal, yaitu demokrasi sebagai pemerintahan oleh mayoritas, bisa berlangsung tanpa mensyaratkan adanya tata kekuasaan hak-hak.

12.2. Analisis hukum yang merasionalisasikan dan tata kekuasaan hak-hak

Sampai sejauh ini, argumentasi dari perkara ini mengatakan bahwa *rule of law* dan tata kekuasaan hak-hak menuntut adanya analisis hukum yang merasionalisasikan atau sesuatu hal yang serupa dengannya, sebagai suatu metode publik untuk memahami hukum dan untuk perkembangannya melalui penerapan yang bisa dibenarkan. Di dalam praktek “penguraian yang sungguh dipertimbangkan” (“*reasoned elaboration*”) yang dilakukan hukum sebagai sebuah upaya yang bertujuan ini, ada perhatian yang begitu besar terhadap garis-besar suatu pemahaman dan suatu penerapan. Kita harus menghargai perbedaan antara pembuatan hukum dan penerapan hukum. Kita harus memberi keseimbangan antara rasa hormat terhadap preseden masa lalu dengan kebutuhan untuk membiarkan hukum, sesudah suatu keputusan, dalam keadaan yang terorganisasi, yaitu suatu keadaan yang membiarkan para hakim, pegawai-pegawai yang lain, para pengacara dan juga orang-orang awam untuk memahami dan untuk menaati hukum serta setiap bagiannya, sebagai suatu rencana yang bisa dipahami, daripada hanya sebagai kumpulan dari kebetulan-kebetulan dan kesepakatan-kesepakatan yang tak punya bentuk. Dalam rencana seperti ini, perbedaan-perbedaan perlakuan itu berkaitan dengan tujuan-tujuan yang memberi arah, yang biasanya disebut sebagai kebijakan dan prinsip.

Dalam memperkirakan klaim analisis hukum yang merasionalisasikan bahwa membuat suatu penangkal untuk menghadapi kesewenangan dalam hukum itu sangat multak diperlukan, kita harus mengajukan pertanyaan-pertanyaan pembanding. Setiap praktek analisis hukum, semacam deduktivisme yang ekstrem dan tidak praktis, melihat bahwa beberapa cara yang cukup leluasa untuk melakukan pertimbangan itu penting bagi kerjanya. Setiap praktek analisis hukum, semacam intuisiisme yang ekstrem dan tidak praktis, justru menciptakan peluang-peluang bagi pertimbangan yang serius, meskipun tidak mau digunakannya, karena takut bahwa menggunakannya akan berarti mengklaim dan memaksakan suatu kekuasaan yang tidak sah dan tidak berkelanjutan. Analisis hukum yang merasionalisasikan lalu malah memunculkan bentuk-bentuk kesewenangan yang secara intelektual dan secara politik setidak-tidaknya sama-sama menyulitkan, seperti halnya dengan kesewenangan dari saingan-saingannya yang sudah cukup dikenalnya. Karena itu, tuntutan yang diminta oleh *rule of law* atau tata kekuasaan hak-hak lalu tidak bisa dipertahankan lagi.

12.3. Dua asal-usul hukum

Pembahasan ini dimulai dengan sebuah kontras antara asal-usul tatanan hukum yang bersifat prospektif dengan yang bersifat retrospektif, sebagai implikasi dari rekonstruksi hukum rasionalis dan metode penguraian yang sungguh dipertimbangkan (*reasoned elaboration*). Secara prospektif, hukum adalah hasil dari konflik kolektif yang nyata, yang berlangsung dalam jangka waktu lama, di antara berbagai kehendak dan imaginasi, kepentingan dan visi, yang berbeda-beda. Sewaktu *rule of law* dibangun dalam bentuk demokrasi, pluralisme ini mendapatkan nilai eksplisit dan afirmatif. Disitu, membuat suatu pilihan kolektif dari rancangan-rancangan sosial di tengah pluralisme yang telah begitu mengakar bisa dilaksanakan, dan mengorganisasikan suatu konflik supaya bisa menghidupkan pluralisme, dan bukannya malah mematikannya, adalah satu cara untuk menentukan tujuan demokrasi. Jika demokrasi hanya sekedar mencoba untuk menemukan dan memperkirakan suatu skema kehidupan yang bisa dibenarkan, yang biasanya banyak diketahui oleh para ahli dan para filsuf, atau jika konflik kepentingan dan konflik visinya dangkal

saja dan tidak cukup berharga, peran yang selayaknya dimainkan oleh lembaga-lembaga demokratis dalam masyarakat yang demokratis akan menjadi marginal dan cakupan pilihan demokratisnya menjadi sempit.

Kekuatan pluralitas kepentingan dan visi yang bisa memberi bentuk, kehendak dan imaginasi, dalam asal-usul hukum prospektif ini tidak akan melahirkan masyarakat demokratis. Hal ini tetap berlangsung, dalam kenyataan historis jika toh bukan dalam doktrin yang resmi, hampir di setiap lingkungan sosial yang nyata. Ia tidak bisa bertahan hanya dalam dua lingkungan yang sifatnya membatasi, yang pada umumnya bersifat mitis.

Dalam salah satu lingkungan itu, kekuasaan untuk membuat hukum terpusat pada satu pikiran, atau dalam sebuah kelompok yang sepikiran dengan penguasa, yang saling berhubungan dengan erat. Namun demikian, tidaklah cukup bagi individu atau diktator kolektif ini untuk memegang seluruh kekuasaan. Mereka perlu, dengan cara apa pun, mengatur supaya dapat mempertahankan kekuasaan ini selama mungkin, dengan cara mencegah para pengganti mereka untuk mengurangnya. Karena itu, bahkan secara lebih menakutkan, mereka harus membuat masyarakat bersikap luwes terhadap keinginan-keinginan mereka dan berusaha membuat mereka tidak mengubah hukum sewaktu hukum itu diterapkan. Untuk mewujudkan rencana ini mereka membutuhkan pengantara, yaitu mandor dan centeng. Namun begitu, bawahan-bawahan ini bisa berbahaya karena bisa mempunyai tujuan mereka sendiri.

Kasus lain yang sifatnya membatasi adalah kasus yang berasal dari masyarakat kesukuan fiktif. Dalam masyarakat ini konsensus tentang nilai dan tentang suatu pemahaman menyembunyikan konflik kehendak dan imaginasi. Namun demikian, dalam lingkungan seperti ini adat kebiasaan menggantikan hukum yang dibuat negara. Hal itu juga berfungsi untuk membuat, mereproduksi dan menerapkan hukum.

Hukum yang dibuat melalui asal-usul prospektif dari konflik yang tak terselesaikan akan tampak carut-marut, dan akan menjadi lebih carut-marut dalam demokrasi yang menghargai dan melembagakan pluralisme. Hukum seperti ini akan mempunyai banyak kompromi yang mewujudkan keseimbangan-keseimbangan yang berbeda-beda di antara kepentingan dan visi yang bertentangan. Jalan keluar yang masih bisa diperdebatkan terhadap masalah-masalah serupa akan tetap ada. Batas-batas penerapannya akan tetap tidak menentu. Kepentingan dan cita-cita yang lebih dikehendaki dalam beberapa wilayah tidak akan diperhitungkan di wilayah lain. Yang menjadi sebab adalah suatu rangkaian yang menjadi tempat munculnya sebagian konflik yang sifatnya sangat menentukan, dan juga pengaruh relatif yang dimiliki oleh kelompok-kelompok pendapat yang setiap kali saling bersaing. Mode intelektual akan ikut bergabung dengan kepentingan yang lebih besar untuk menghasilkan suatu hal yang tak mungkin bisa diperkirakan oleh kepentingan maupun metode itu sendiri. Jalan keluar yang keliru atau yang ditolak, dengan tidak sepatasnya, akan tetap berada di sudut-sudut hukum sebagai bekas-bekas pendekatan yang sudah usang dan sebagai peramal-peramal berbagai alternatif yang mungkin ada. Berbagai perkecualian akan membuat jalan keluar yang dipandang dominan tidak punya isi. Meski begitu, potensi perkecualian untuk menjadi jalan keluar umum alternatif akan menjadi beku. Yang bagi beberapa orang dianggap sebagai bekunya suatu pikiran akan disambut oleh yang lain sebagai kejeniusan kompromi dan kemenangan pengalaman.

Meski demikian, hukum, seperti diwujudkan dari sudut pandang retrospektif dari suatu analisis hukum yang merasionalisasikan, harus menunjukkan wajah yang lain. Bagian besar dari suatu hukum, dengan komentarnya yang integral terhadap pemahaman hukum yang diterima, harus diuraikan lagi dan direkonstruksi sebagai upaya mencari-cari sebuah rencana. Terlebih, bagian besar hukum itu haruslah sebuah rencana yang tunduk pada pernyataan yang diungkapkan dalam bahasa prinsip dan kebijakan yang sifatnya membuat generalisasi dan yang relatif abstrak. Logika tradisionalis Burkean yang menolak abstraksi, atau dalam hal ini, logika para ahli hukum Romawi, tidaklah cukup memadai. Rencana seperti itu adalah sebuah hal yang harus diyakini oleh pikiran tunggal, yaitu kehendak tunggal dan imaginasi tunggal.

12.4. *Kekuasaan revisi*

Menurut pendapat jurisprudensi yang dominan ini, analisis hukum harus mempunyai kadar kekuasaan revisi. Analisis hukum harus bebas untuk menolak beberapa pemahaman hukum yang telah diterima karena dianggap keliru, seperti halnya ia memperbaiki dan mengembangkan skema penafsiran kebijakan dan prinsip. Kekuasaan revisi bukanlah sekedar sebuah tuntutan efikasi praktis, yang dibuat untuk mengadaptasi hukum yang telah diterima terhadap lingkungan yang berubah, melainkan juga sebagai tuntutan persuasi rasional.

Setiap mahasiswa hukum telah memiliki pengalaman meringankan tersangka (*a suspect ease*) dalam menunjukkan rasionalisasi retrospektif. Misalnya, dengan adanya sejumlah kecil keputusan yang tampaknya tidak konsisten dan panggilan untuk mendamaikan mereka, hampir senantiasa ada sejumlah gugusan maksud, argumen dan perbedaan-perbedaan yang masuk akal yang bisa memberi keserupaan suatu pertimbangan yang teratur dengan materialnya. Beberapa upaya semacam ini mungkin lebih meyakinkan daripada yang lain, yaitu ada sebuah ukuran kemasukan dan persuasi yang dapat bergeser. Meski begitu, dalam ukuran ini kita tidak menemukan pemberi nilai yang cukup jelas, yang bisa membedakan contoh-contoh pembenaran retrospektif yang dianggap sah dan yang melampaui batas normal.

Jika harus memahami semua pengertian hukum yang diterima, analisis hukum tidak akan memahami satu pun. Kekuasaan revisi adalah sebuah syarat otoritas persuasif dan juga adaptabilitas praktis.

12.5. *Dari kebijakan-kebijakan dan prinsip-prinsip yang terkait ke konsep yang seperti teori*

Dengan adanya ukuran kekuasaan revisi yang telah ditetapkan, bagaimana kita bisa mengetahui manakah pemahaman hukum yang telah diterima di dalam bagian hukum tertentu bisa ditolak karena dipandang salah? Kita harus melihat pemahaman mana yang gagal untuk menyesuaikan diri dengan skema kebijakan dan prinsip yang berkembang. Pada gilirannya, tujuan-tujuan dan prinsip-prinsip ini menjadi sama dengan fragmen-fragmen konsep preskriptif yang bersifat lebih komprehensif tentang seluruh area hukum dan praktek sosial. Konsep seperti itu harus mempunyai sifat seperti teori.

Dapat diyakini bahwa, bagi semua selain bagi para ahli hukum akademis, transformasi serangkaian kebijakan dan prinsip yang terkait ke konsep preskriptif yang sepenuhnya terartikulasikan mungkin dibiarkan tidak terwujud, sebagai sebuah batas ideal atau sebuah cita-cita yang sifatnya membatasi, daripada sebagai sebuah pencapaian aktual, dari sebuah wacana. Meskipun transformasi itu mungkin dibiarkan tidak terwujud, hal itu harus diandaikan sebelumnya. Jika kebijakan dan prinsip yang terkait bukanlah fragmen-fragmen dari konsep-konsep yang mirip teori yang bersifat lebih komprehensif, mereka hanya akan menjadi sedikit lebih bila dibandingkan dengan dasar yang dipuji-puji untuk membuat suatu perbandingan dan perbedaan analogis. Argumentasi yang sama yang berlaku untuk menentang ketidak-teraturan analogi akan berlaku untuk menentang mereka. Jika prinsip-prinsip dan kebijakan itu, di bawah, gagal dijangkarkan di dalam analogi-analogi yang terkait dengan konteks, mereka harus dikaitkan, di atas, pada teori preskriptif. Pokok-pokok yang mengikat ini membuat perbedaan antara asal-usul hukum prospektif dan retrospektif makin jauh, yaitu antara hukum sebagai hasil konflik yang relatif tidak teratur dengan hukum sebagai ungkapan teori yang relatif teratur.

Pemahaman baru tentang peran dari konsep yang seperti teori sebagai batas ideal dari argumen kebijakan dan prinsip memungkinkan kita untuk mempertajam kontras antara dua asal-usul hukum. Analisis hukum yang merasionalisasikan dan teori pendukungnya menampilkan area hukum dan doktrin hukum yang diperluas sebagai hal yang mengarah ke tatanan konseptual teori preskriptif yang komprehensif. Mungkin saja hal ini adalah teori tentang pasar, atau tentang demokrasi perwakilan, atau tanggung-jawab resiprokal yang diterima setiap individu dalam

kehidupan sehari-hari, atau tentang keluarga dan perkembangan kepribadian di dalamnya. Nalar harus bersuara, meski dalam sejarah telah terlambat dalam menguraikan kembali dan mereorientasikan kecarut-marutan sejarah.

Kekuasaan revisioner yang terlalu banyak hanyalah berarti tidak cocok dengan misi penalaran hukum profesional yang dipilih sendiri, dan berarti juga terlalu sedikit. Dampaknya bisa sama sekali mengesampingkan perbedaan antara menafsirkan dan menerapkan hukum. Di balik 'judul' menafsirkan hukum, analisis hukum akan menjadi perumus yang sebenarnya, merebut kekuasaan cabang pemerintah demokratis dan mengganggu keamanan dalam pemenuhan hak-hak. Tidakkah jelaslah arti ukuran kekuasaan revisioner dalam analisis hukum yang merasionalisasikan. Demikian juga tidak jelas dimana kita seharusnya mencari gagasan-gagasan dan standard yang bisa menuntun kita untuk menentukan ukuran itu. Saya akan segera kembali ke masalah ini. Untuk sementara ini cukuplah menghargai bahwa integritas analisis hukum yang merasionalisasikan menuntut bahwa pembatasan-pembatasan yang keras diberlakukan dalam pelaksanaan kekuasaan revisionernya.

12.6. *Divergensi yang tak dapat dihilangkan antara dua asal-usul hukum*

Supaya pembatasan-pembatasan itu bisa bekerja, asal-usul hukum prospektif dan retrospektif harus saling bertemu dalam banyak hal. Sebanyak apa, hal itu tergantung pandangan kita tentang ukuran yang cocok bagi kekuasaan revisioner. Hukum yang dibuat secara prospektif sebagai hasil dari kehendak dan imaginasi, kepentingan dan cita-cita, yang saling berkonflik, harus menyerupai hukum yang diwujudkan secara retrospektif sebagai ungkapan kebijakan dan prinsip yang terkait. Analisis hukum harus menjembatani jurang perbedaannya, apa pun itu, dengan menjalankan kekuasaan revisioner analisis hukum. Dijalankannya kekuasaan ini, yang sebenarnya tidak diakui dan tersembunyi, bahkan akan menjadi sumber kekuasaan yang tidak sah dan sewenang-wenang yang lebih menyulitkan bila dibandingkan dengan adanya pengakuan yang terus terang terhadapnya. Meskipun demikian, jika jurang perbedaan antara asal-usul hukum prospektif dan retrospektif menjadi terlalu besar, tekanan untuk menyembunyikan beberapa pelaksanaan revisioner akan menjadi berlebihan, dengan cara mewujudkan yang sebenarnya adalah perbaikan rekonstruktif sebagai suatu penafsiran yang tunduk pada aturan.

Dalam pengandaian mana asal-usul prospektif dan retrospektif hasilnya secara substansial bisa saling menyerupai? Kita harus mengandaikan bahwa kekuatan-kekuatan pembuatan hukum tidaklah berbeda-beda dan bertentangan seperti yang mereka duga. Mereka bertindak sebagai agen dari pengandaian-pengandaian tersembunyi –sebuah kesadaran atau ideologi bersama yang selalu ada- atau agen dari perintah praktis yang samar-samar dipahami –seperti perintah tentang efisiensi dan pertumbuhan yang selalu ada secara institusional. Tidakkah cukuplah bagi pembatasan-pembatasan tersembunyi yang memberi bentuk ini diberlakukan secara statistis, dalam suatu kurun waktu sejarah. Mereka harus membuat logika evolusioner, terus-menerus menggerakkan hukum ke arah sebuah rencana yang, setelah terjadi, dapat kita gambarkan kembali dalam bahasa konsep ideal yang berkembang dan konsisten. Dari pertempuran yang gelap, dimana para prajurit yang tak tahu-menahu bertempur, datanglah rencana rasional. Kita dapat mengenali bentuknya hanya setelah orang-orang yang membangun, yang setengah sadar, telah meletakkan unsur-unsurnya di tempatnya. Persilangan antara asal-usul hukum prospektif dan retrospektif tergantung pada keyakinan terhadap rasionalitas evolusioner yang tetap ada di dalamnya, praktis atau moral, yang mendorong perkembangan hukum dan mengecilkkan antagonisme para pembuat hukum yang tampak jelas. Analisis hukum bisa menutup lubang, dan menghaluskan pinggirannya yang kasar, dalam upaya memenuhi tanggung-jawabnya, dengan cara yang bisa dibenarkan, untuk melakukan suatu perbaikan. Meski begitu, secara umum ia memainkan peran “burung hantu Minerva Hegelian,” yang mengepaskan sayapnya menjelang malam dan memperlihatkan kepada kekuasaan nalarnya yang sampai sekarang tidak diakui.

Kontras antara asal-usul hukum prospektif dan retrospektif tidak begitu berlaku bagi hukum yang dibuat para hakim (*judge-made law*) seperti dalam *common-law* gaya Anglo-Amerika. Namun demikian, perhatikanlah mengapa begitu. Kekuasaan untuk menyatakan hukum harus dipusatkan dalam elite yang relatif bertahan-lama dan terbatas. Elite ini mungkin yakin bahwa tugasnya adalah menjalankan, dalam suatu kurun waktu, tuntutan-tuntutan norma-norma koordinasi manusiawi atau tuntutan hirarkhi sosial yang bersifat implisit, yaitu norma yang hanya sedikit dipengaruhi oleh pilihan yang disadari. Pengandaian tentang logika evolusioner yang ada di dalamnya akan terus ada di dalam pandangan seperti itu. Kita mendamaikan asal-usul hukum prospektif dan retrospektif dengan membatasi ruang konflik dan pilihan tentang syarat-syarat kehidupan sosial. Sejauh kita memandang para hakim dan keputusan pengadilan, di dalam sistem hukum yang dibuat para hakim (*judge-made law*), sebagai agen kepentingan dan visi faksional yang bertentangan, masalah dua asal-usul itu muncul kembali.

Kontras antara asal-usul hukum retrospektif dan prospektif telah meninggalkan jejaknya dalam dua bahasa perbincangan hukum yang bersifat konvensional, yaitu bahasa hukum kelompok kepentingan, yang memandang hukum sebagai hasil perundingan, dan bahasa hukum yang bercita-cita, yang memandang hukum sebagai kebijakan dan prinsip. Tidak satu pun dari bahasa itu yang dengan tepat menggambarkan praktek-praktek yang berkaitan dengan hukum. Terutama dalam praktek-praktek inilah bahasa itu disebar. Hanya saja kedua bahasa itu hidup berdampingan dengan tidak gampang, dan hal ini memberi kesaksian yang tidak langsung terhadap masalah adanya dua asal-usul hukum itu.

Ada dua masalah yang berbeda dengan pengandaian-pengandaian yang bisa membuat kita berharap akan adanya pertemuan yang substansial antara kedua asal-usul itu. Pertama, dilihat dari perkembangan pemikiran sosial dan historis kontemporer, pengandaian-pengandaian ini menjadi tidak bisa dipercaya secara hurufiah. Kedua, andaikan mereka itu betul, dampaknya adalah diperlemahnya arti penting demokrasi, karena secara drastis membatasi wilayah urusan sosial yang dapat kita bawa di bawah kontrol demokratis. Perhatikanlah setiap keberatan ini dengan baik nantinya.

Kiranya kita tidak perlu mengambil posisi yang begitu kontroversial dalam perdebatan teori sosial kontemporer untuk mengakui bahwa gagasan-gagasan yang bertautan dari sedikitnya sistem institusional yang mungkin diwujudkan dan sedikitnya gagasan-gagasan rangkaian evolusioner yang telah ditentukan sebelumnya (*predetermined*) dari tahap-tahap perkembangan institusional kedua-duanya mendapatkan pukulan. Proses belajar secara historis dan pengalaman praktis telah bergabung untuk menyingkirkan mereka. Adalah benar bahwa kombinasi penjelasan fungsional dengan pengandaian-pengandaian tentang keberadaan sistem-sistem atau tahap-tahap institusional yang tadi terbagi, hidup lagi dalam varian ekonomi tertentu dan varian sejarah institusional yang berorientasi ekonomi. Seluruh arah studi sosial dan historis selama lebih dari satu abad dapat digambarkan sebagai sebuah barisan yang berhenti, menjauh dari spesies determinisme yang pernah dominan ini. Sisa-sisanya muncul dalam bahasa kita –dalam pemakaian istilah-istilah seperti kapitalisme atau dalam kontras antara politik revolusioner dan reformis- bahkan juga tatkala kita mencoba untuk menghapusnya dari keyakinan yang masih kita anut.

Kita boleh tetap percaya bahwa keuntungan-keuntungan fungsional –misalnya keberhasilan komparatif dalam memilih dinamisme atau sumber-daya teknologis dan mobilisasi sumber-daya manusia- bisa ikut mempertanggung-jawabkan keberhasilan relatif dari rancangan-rancangan yang tertentu. Meski begitu, keuntungan-keuntungan fungsional tidak membuat pilihan dari daftar tertutup atau rangkaian tatanan institusional yang *unilinear*. Mereka bekerja dengan materi institusional dan ideologis yang ada di tangan, dan yang telah dihasilkan oleh berbagai rangkaian konflik praktis dan imajinatif yang tidak terkait dengan ketat.

Terlebih, struktur pengaruh dan keuntungan yang telah ada senantiasa membuat timbangan pilihan institusional tidak seimbang, yaitu bahwa keuntungan fungsional biasanya diseimbangkan bila berhadapan dengan suatu tekanan untuk mengurangi trauma terhadap struktur privilege yang telah ada. Jadi, misalnya, alih-alih melihat sistem hukum privat yang ada pada abad kedelapan-belas dan kesembilan-belas Eropa sebagai temuan struktur legal masyarakat pasar

yang bersifat natural, kita mulai untuk memandang, dengan lebih realistis, sebagai sebuah kompromi. Hal ini mendamaikan hak-hak prerogatif kelas-kelas sosial yang terbentuk di dalam lembah *Standenstaat* Eropa yang mulai runtuh, dengan keuntungan praktis yang ditawarkan oleh desentralisasi terhadap peluang-peluang ekonomis dan generalisasi hak-hak ekonomis. Jika sebagian besar kompromi ini bobrok dan bisa diganti, hal itu juga berarti bahwa setiap bagiannya juga bobrok dan bisa diganti.

Saya sudah menyinggung bagaimana ilmu hukum abad kesembilan-belas, setelah ingin mempertahankan gagasan sistem hak-hak yang rasional, melalui kekuasaan subversif-dirinya, ikut berperan dalam menyingkirkan konsep tadi. Jika studi-studi sosial dan historis kontemporer gagal menolak determinisme evolusioner dan fungsionalis secara sungguh meyakinkan, alasannya bisa terletak dalam ketakutan yang tak berdasar, meski bisa dipahami, bahwa penolakan total terhadap keyakinan determinis akan membawa kita ke arah agnostisisme kausal.

Benarlah bahwa kombinasi antara penjelasan fungsional dengan pengandaian-pengandaian tentang identitas, ketidak-mungkinan untuk dibagi (*indivisibility*) dan rangkaian sistem-sistem institusional, dan juga dengan keyakinan-keyakinan tentang kekuatan yang serupa dengan hukum yang mengatur evolusinya, hampir tidak membicarakan cara-cara yang mungkin dilakukan untuk membenarkan gagasan skema rasional, yang terungkap dalam perkembangan hukum yang bersifat historis. Meski begitu, sejauh ini, kombinasi ini menjadi cabang determinisme legal-institusional yang paling canggih dan berpengaruh. Keberatan terhadapnya berlaku juga terhadap semua gaya penjelasan yang tidak memperhitungkan adanya ketergantungan perubahan sosial pada suatu alur, longgarnya hubungan antar berbagai rangkaian yang terkait dengan sejarah yang nyata, adanya pengaruh yang membuat tidak stabil dari terobosan-terobosan dan kegagalan-kegagalan imaginasi, dan adanya kecenderungan untuk menjadi *self-fulfilling prophecies* dari gagasan-gagasan kita tentang kenyataan dan kemungkinan sosial dan historis.

Terlebih lagi, logika evolusioner yang mampu mendamaikan asal-usul hukum prospektif dan retrospektif perlu berbuat lebih banyak, daripada hanya menjelaskan konvergensi ke arah sistem institusional dengan logikanya sendiri. Ia perlu menjelaskan adanya konvergensi ke arah tatanan yang bisa dibenarkan, yaitu suatu hal yang sia-sia dan keliru saja untuk dilawan. Ini adalah suatu standard yang telah menjadi suatu titik-temu yang menyulitkan bagi determinisme teori sosial masa lalu, yang sifatnya fungsionalis dan evolusioner. Untuk ini dituntut adanya suatu keyakinan terhadap konvergensi yang memberlakukan-diri dari hal yang diperbolehkan dan hal yang memang tepat. Ia bersandar pada Hegelianisme sayap kanan. Dampaknya adalah bahwa Hegelianisme sayap kanan ini menjadi filsafat sejarah tersembunyi dari analisis hukum yang merasionalisasikan. Meski begitu, tidak dengan sendirinya hal ini memberi pengaruh. Pengaruhnya tergantung pada sifat yang sebagian besar tidak disadari.

Namun demikian, andaikan bahwa beberapa catatan tentang bertemunya asal-usul hukum yang retrospektif dan prospektif itu sungguh baik. Konsekuensinya bisa memalukan bagi tuntutan demokrasi. Pemerintahan-diri kolektif, dengan jaminan pluralisme, ketidak-sepakatan dan pengamanan terhadap penindasan publik dan privat, akan tetap mungkin dilakukan. Hanya saja jangkauan kehidupan sosial yang terbuka bagi penentuan diri kolektif, atau individual, akan makin sempit. Demokrasi harus berarti, di antara yang lain, kekuasaan untuk memilih syarat-syarat kehidupan sosial, yang tidak dipaksakan, tanpa sepengetahuan dan kesepakatan kita, melalui pengaruh tersembunyi dari suatu kekuatan yang bersifat menentukan. Jika demokrasi membatasi cakupan penentuan nasib-diri kolektif melalui kekuasaan mayoritas dan partai pemerintah, hal itu akan dilakukan dengan dalih hormat terhadap penentuan nasib-diri individual, dan juga keluar dari keinginan untuk menjunjung-tinggi syarat-syarat bagi pergantian pemerintahan. Rencana tersembunyi, yang secara retrospektif tampak dalam perkembangan hukum, akan menghilangkan sebagian besar kekuasaan penentuan nasib-diri, baik yang individual maupun yang kolektif. Hal ini akan mengubah mereka menjadi sarana yang tidak disadari untuk mendukung adanya keperluan yang lebih tinggi dan yang lebih menentukan nasib. Konflik dan kontroversi kolektif yang terorganisasi kemungkinan tampak tidak terlalu penting bila dibandingkan dengan keahlian untuk memahami arah nasib rasional ini, seperti

yang dimiliki oleh seorang pengacara, seorang ekonom atau seorang filsuf. Namun demikian, demokrasi itu melawan nasib, apakah itu nasib yang rasional atau tidak.

Dua rahasia kecil yang kotor dari jurisprudensi kontemporer, yaitu jurisprudensi pada masa analisis hukum yang merasionalisasikan, adalah ketergantungannya pada pandangan Hegelian sayap kanan tentang sejarah sosial dan hukum, dan ketidak-cocokannya dengan demokrasi, yaitu pemujaan terhadap kemenangan historis dan ketakutan terhadap tindakan populer. Hegelianisme sayap kanan mengungkapkan diri dalam praktek sehari-hari yang menekankan kelicikan historis untuk mengembangkan tatanan rasional, yaitu kemajuan terhadap efisiensi alokasional, atau klarifikasi terhadap tanggung-jawab institusional, atau prinsip hak moral dan politik, yang muncul dari muatan kompromi dan konflik historis yang tidak menjanjikan. Ketidak-cocokan dengan demokrasi ini tampak dalam setiap wilayah kebudayaan hukum kontemporer. Satu: dalam identifikasi terus-menerus terhadap dikendalikannya kekuasaan mayoritas, bukannya terhadap dikendalikannya kekuasaan minoritas yang dominan, seperti tanggung-jawab para hakim dan ahli hukum yang menolaknya. Dua: dalam diperbesarnya praktek-praktek dan rancangan-rancangan yang bersifat menentang pengaruh mayoritas. Tiga: dalam oposisi terhadap semua perbaikan institusional, khususnya yang dirancang untuk mempertinggi derajat keterlibatan politik massa karena dipandang sebagai ancaman terhadap tata kekuasaan hak-hak. Empat: dalam penyamaan hak-hak terhadap hak-milik dengan hak-hak untuk menyatakan ketidak-setujuan. Lima: dalam upaya mendapatkan dari para hakim kemajuan-kemajuan yang gagal dibawa oleh politik masa, dengan dalih memperbaiki penafsiran. Enam: dalam ditinggalkannya rekonstruksi institusional terhadap momen-momen dibangunnya kembali bangsa (*national refoundation*), yang jarang dilakukan dan sifatnya magis. Tujuh: dalam fokus tunggal terhadap para hakim tinggi dan proses seleksinya, yang dipandang sebagai bagian politik demokratis yang paling penting. Delapan: dalam cita-cita demokrasi deliberatif karena demokrasi macam ini dipandang sebagai hal yang paling bisa diterima berhubung gayanya sangat dekat dengan gaya perbincangan yang santun yang dilakukan para *gentlemen* dalam sebuah ruang lukis abad kedelapan-belas. Sembilan: sesekali juga dalam tindakan eksplisit penguasa partai yang dianggap sebagai sebuah subsidiaritas, suatu alur-akhir dari sumber evolusi hukum, yang harus diterima ketika tidak satu pun cara-cara resolusi hukum yang lebih baik bisa diterapkan. Kekhawatiran dan ketidak-sukaan rakyat selalu mengancam untuk menjadi suatu gelora kebudayaan hukum yang bisa menentukan arah. Karena sama sekali tidak terkurung dalam varian doktrin hukum kontemporer yang konservatif, gelora-gelora ini telah menancapkan jejaknya dalam pemikiran hukum progresif yang tidak ekstrem (*centrist*).

Sebagai misal, perhatikanlah baik-baik satu-satunya jenis pemikiran hukum Amerika yang paling khas dan berpengaruh pada paruh kedua abad kedua-puluh, yaitu materi-materi proses hukum menurut Hart dan Sacks, yang telah diterbitkan dalam bentuk buku baru-baru ini. Karya ini mencoba untuk memasukkan beberapa kritik para realis hukum terhadap metode doktrinal tradisional dan mengakomodasi keragaman bentuk pembuatan hukum yang menjamur sesudah masa "*the New Deal*," dan sekaligus mempertahankan metode analisis bertujuan yang berorientasi pada kebijakan dan berdasar pada prinsip sebagai sarana utama para pengacara. Karya ini sesungguhnya jatuh dalam -seperti telah saya sebut di muka- momen kedua kesadaran hukum kontemporer yang bersifat merasionalisasikan. Namun demikian, dalam materi proses hukum itu, pembuatan hukum oleh legislator demokratis tampak seperti jalan terakhir untuk membuat hukum, jika semua yang lain gagal. Kita menyadari bahwa dengan tiba-tiba, padahal seharusnya tidak begitu, kita terlempar kembali ke masa teori hukum akhir abad pertengahan dimana *gubernaculum* sang pangeran, yang sekarang terwujud dalam bentuk cabang pemerintahan yang demokratis, mewujudkan intervensi korektif yang episodik dalam jaringan koordinasi yang polos, yang dihasilkan secara perlahan oleh *jurisdictio* para pengambil keputusan atas suatu perkara, yang mewakili pemerintah dan masyarakat.

Dalam masyarakat demokratis, dipinggirkannya hal-hal yang diharapkan bisa menjadi sumber hukum yang utama ini membuat usaha untuk rekonstruksi yang merasionalisasikan menjadi lebih masuk akal. Jika untuk sementara waktu kita dapat mengkarantina cabang-cabang politik

dan membiarkan perkembangan hukum yang berdasar kasus demi kasus ada di tangan para ahli yang terlibat dalam metode penguraian yang sungguh dipertimbangkan (*reasoned elaboration*), kita dapat mengharapkan hukum dapat memurnikan dirinya dalam suatu kurun waktu. Hambatan terhadap demokrasi membuka ruang bagi berlalunya *self-fulfilling prophecies* dari Hegelianisme sayap kanan. Sebuah hukum, yang terus-menerus diolah lagi oleh mereka yang memegang erat kebijakan dan prinsip, pada akhirnya bisa tampak seolah-olah sebagai ungkapan dari konsep preskriptif yang mirip teori, yang menjadi tujuan argumen-argumen kebijakan dan prinsip.

Kesimpulan sementara dari argumen yang bisa ditarik sampai pada titik ini adalah bahwa kita tidak punya jembatan yang cukup handal dan tidak menyalahi aturan, yang bisa menghubungkan asal-usul hukum yang prospektif dengan yang retrospektif. Beberapa orang telah berharap bisa mengisi *missing-link* ini dengan mengacu pada satu gugusan khusus gagasan tentang pelaksanaan kekuasaan revisioner dalam analisis hukum, yang bisa memberi legitimasi dan memberi pembatasan. Hukum seperti yang dilihat oleh para hakim, atau oleh para analis hukum yang ada dalam posisi imajinatif para hakim, dalam pandangan ini, harus tampak berbeda dari hukum yang dilihat oleh seorang warga-negara, seorang sejarawan atau seorang ilmuwan sosial. Ukuran tengah kekuasaan revisioner adalah ukuran yang sepatasnya dapat dimiliki oleh semua analis hukum yang profesional. Pelaksanaan kekuasaan yang membatasi-diri ini cukup untuk menutup perbedaan antara hukum sebagai politik dan hukum sebagai pertimbangan yang sehat.

12.7. *Kekuasaan revisioner dipertimbangkan kembali*

Marilah kita kembali ke pertanyaan yang belum terjawab di depan tadi. Dalam upaya menentukan ukuran yang pantas bagi kekuasaan revisioner dalam sebuah analisis hukum, gagasan manakah yang dapat kita jadikan pertimbangan? Pertimbangkanlah beberapa calon yang memang layak dipertimbangkan. Kita bisa saja berkata bahwa tradisi profesional dalam budaya hukum bisa menentukan pas-nya ukuran suatu kekuasaan revisioner. Dengan mengandaikan bahwa kita bisa sepakat untuk memberikan kepada para ahli hukum suatu otoritas penuh terhadap jangkauan rekonstruktif dari wacana mereka, kita masih bisa menemukan bahwa pengandaian yang faktual terhadap proposal itu gagal. Biasanya tidak ada konsensus di antara para ahli hukum, jauh lebih sedikit dibanding dalam masyarakat luas, tentang tingkat kecocokan kekuasaan revisioner terhadap analisis hukum. Setiap orang telah mendengar debat gaya Amerika tentang aktivisme hukum dan pembatasan-diri yang sifatnya yudisial (*judicial self-restraint*), suatu bahasa yang sering digunakan oleh orang-orang Amerika untuk berurusan dengan masalah kekuasaan revisioner. Sebuah debat yang serupa, yang ditempatkan dalam bahasa yang berbeda, ada dalam setiap tradisi hukum yang besar, seperti *common-law* dan *civil law*, hukum sekular dan religius. Serangkaian perhatian yang sama terbentang dari diskusi aktivisme yudisial di Amerika Serikat sampai debat-debat kuno tentang kekuasaan kreatif *istihsan* dan *istislah* dalam syariat Islam. Kontroversi terhadap tingkat kekuasaan revisioner itu bisa menular dan tak bisa ditahan karena mengajukan pertanyaan, dalam bentuk sebuah pertanyaan tentang metode, tentang hal yang paling dipertentangkan, yaitu "siapa dapat mengerjakan apa bagi siapa" (*who can do what to whom*)?

Proposal kedua sehubungan dengan sumber dari suatu standard untuk membuat revisi adalah meminta bantuan (*appeal*) kepada teori preskriptif tentang tanggung-jawab yang pantas yang pada khususnya dimiliki oleh seorang hakim atau yang pada umumnya dimiliki oleh seorang analis hukum profesional. Jika tata kekuasaan hak-hak dibentuk dalam sebuah demokrasi politik, doktrin seperti itu akan menjadi sebuah varian teori demokratis. Meski demikian, untuk mencapai tujuan itu, ia seharusnya tidak hanya menjadi teori kontroversial dari orang tertentu. Seharusnya ia menjadi sebuah catatan pertanggung-jawaban dari berbagai pelaku sistem hukum yang bisa membuat tradisi institusional, rancangan-rancangan, dan juga cita-cita politik, menjadi sungguh masuk akal. Sungguh masuk akal berarti memang masuk akal dan sungguh bisa dipertahankan.

Dengan kata lain, ia harus mempunyai hubungan yang sama dengan peraturan-peraturan institusional yang menghubungkan kebijakan dan prinsip ini. Selain itu, dengan menjadi konsep-konsep yang ideal tata kekuasaan hak-hak tadi harus membentuk hukum dan mendapatkan pemahaman hukum pada umumnya.

Namun begitu, sekarang kita sadar bahwa kita kembali ke masalah tentang dua asal-usul hukum dan jurang yang tak terjembatani di antara mereka itu. Rancangan-rancangan yang membentuk peran (*role-shaping arrangements*) dari sebuah sistem hukum partikular adalah hasil dari kehendak-kehendak dan imajinasi-imajinasi yang saling bertentangan, dari gagasan-gagasan dan kepentingan-kepentingan yang berlawanan, yang banyaknya sama dengan bagian hukum yang lain. Hal-hal yang tampaknya sudah mapan pada suatu kurun waktu adalah hasil dari berbagai rangkaian konflik dan kontroversi yang tidak saling terkait dengan ketat, dan juga hasil dari kompromi-kompromi yang kurang-lebih berat-sebelah, yang untuk sementara waktu memcakup mereka. Pengandaian-pengandaian yang memungkinkan kompromi-kompromi itu bertemu lalu bisa menjadi konsep yang mirip teori tidaklah bisa dipercaya dan juga tidak bisa dipandang sah. Jika kita dapat mempercayainya, kita bisa melihat bahwa implikasi mereka terhadap demokrasi itu membingungkan.

Ketika kita menysihkan pemecahan-pemecahan teoretis dan konsensual terhadap masalah untuk menentukan standar kekuasaan revisioner dalam analisis hukum, kita mungkin akan sampai ke posisi ketiga yang agnostik. Dari posisi ini kita tidak mau mengadili praktek diskursif kolektif seperti misalnya analisis hukum. Kita yakin bahwa praktek-praktek semacam itu lebih dalam dari teori-teori kita dan lebih kaya dari kesepakatan-kesepakatan kita. Kita berkata bahwa tingkat kekuasaan revisioner yang pas dalam penalaran hukum sesungguhnya adalah yang dimiliki oleh penalaran hukum itu. Kita berharap saja bahwa jumlah revisi yang dituntut untuk sebuah pelaksanaan yang bisa dipercaya dari suatu metode kebijakan dan prinsip yang punya tujuan jelas akan tetap biasa-biasa saja, cukup untuk mempertahankan perbedaan antara legislasi dengan pengadilan, seperti halnya antara konflik kepentingan yang terbuka dan ideologi-ideologi dalam partai politik dengan perkembangan yang telah sungguh dipikirkan (*reasoned development*) dari hukum yang dibuat hakim (*judge-made law*).

Apa yang membuat kita punya hak untuk tetap berharap? Kita perlu menemukan hak-hak (*entitlements*) itu di dalam keyakinan-keyakinan yang akan menerangkan bagaimana berbagai asal-usul hukum yang prospektif dan yang retrospektif itu bisa berubah menjadi serupa secara substansial. Jurang perbedaan antara dua asal-usul itu akan tetap begitu lebar sehingga setiap pemahaman aktual, yang menjadi tujuan ditolaknya suatu pemahaman hukum yang telah diterima oleh analisis hukum karena dipandang salah, mungkin terlalu sempit untuk bisa menyelamatkan hukum dari ketidak-teraturan analogis dan politisnya, meski juga terlalu luas untuk mempertahankan perbedaan antara hukum dan politik. Jadi diskusi tentang kekuasaan revisioner dalam doktrin hukum berakhir dengan menyatakan kembali, bukannya mengurangi, masalah divergensi antara hukum sebagai hal yang dibuat secara prospektif dan hukum sebagai hal yang diwujudkan dan direkonstruksi secara retrospektif.

12.8. Struktur argumentatif dari teori hukum kontemporer

Sekarang ini struktur argumentatif yang selalu berulang dari aliran pemikiran hukum kontemporer *mainstream* menjadi lebih jelas. Ingatlah bahwa setiap aliran hukum ini mengakui adanya kebutuhan untuk mendasarkan diskusi tentang kebijakan dan prinsip pada suatu gugusan konsep preskriptif yang mirip teori. Masing-masing menolak untuk memperlakukan tujuan yang memberi arah, yang disebut dalam penalaran hukum itu, hanya sebagai alasan-alasan yang dibesar-besarkan untuk membuat atau untuk menolak perbandingan analogis. Masing-masing memberi prioritas terhadap bahasa yang cocok bagi konsep pilihannya, yaitu doktrin hak moral dan politik, tujuan-tujuan efisiensi alokasional, atau standard untuk membuat setiap pelaku proses hukum berkuat dengan urusannya sendiri. Setiap aliran menyatakan bahwa analisis hukum, dalam usaha-usahanya yang sah untuk membuat perbaikan, harus menempatkan

beberapa materi kebijakan dan prinsip yang bisa memberi gagasan (*ideational*) di dalam hukum, sambil menemukan beberapa materi yang sudah ada disana, menunggu untuk diwujudkan, dalam hukum yang telah mapan. Masing-masing menyusuri sebuah garis di antara idealisasi hukum yang tak bisa dipercaya, yang menutupi fakta diambil-alihnya kekuasaan oleh para pengacara. Yang juga ditutupi adalah sama sekali diambil-alihnya kekuasaan itu, sebagai akibat dilaksanakannya secara berlebihan tanggung-jawab para pengacara untuk memperbaiki hukum, yang dilakukan melalui penolakan revisioner terhadap beberapa pemahaman hukum yang telah diterima yang dipandang keliru. Bagi masing-masing, masalah persinggungan antara asal-usul hukum yang prospektif dan yang retrospektif tetaplah sangat penting; haruslah ada tingkat persinggungan yang cukup besar untuk mengendalikan perbaikan dan idealisasi hukum supaya dapat dilaksanakan dengan mudah secara bersama-sama.

Meski demikian, tidak satupun dari aliran pemikiran hukum itu menawarkan alasan yang persuasif atau bahkan alasan yang jelas untuk mengandaikan bahwa persinggungan yang cukup besar itu ada. Tidak satu pun menunjukkan bagaimana hal itu bisa ada, jika memang ada, tanpa menimbulkan masalah bagi tuntutan demokrasi. Karenanya, masing-masing dirasuki semangat Hegelianisme sayap kanan, yang mengimplikasikan rasionalitas yang imanen dan otoritatif dalam perkembangan hukum. Masing-masing telah berusaha keras menyesuaikan dirinya dengan gagasan bahwa politik demokratis mungkin menjadi sumber hukum yang pertama, bukannya yang subsidier atau yang pokok.

Gagasan bahwa sejarah hukum disela oleh jeda antusiasme kolektif dan inovasi institusional, seperti misalnya rekonstruksi yang dilakukan setelah perang sipil dan "*the New Deal*" di Amerika Serikat, melunakkan ketidak-cocokan dengan politik demokratis tadi, tanpa menyingkirkannya. Dalam pandangan ini, analisis hukum yang normal, dalam metode dan sikapnya, tetap jauh dari momen kreatif yang memberikan petunjuk kepadanya. Hanya saja pendekatan ganda (*two-track approach*) terhadap sejarah hukum ini menampung lebih banyak demokrasi daripada yang dibuat oleh aliran pemikiran hukum konvensional karena ia tidak terlalu menyandarkan diri pada Hegelianisme sayap kanan. Tanpa disangka sebelumnya momen-momen pendasaran kembali yang sifatnya kolektif menyela kemajuan hukum yang bersifat evolusioner, dengan cara memperkenalkan gagasan yang belum pernah dicoba dan mengangkat kecemasan yang telah dipendam.

12.9. Kesewenangan dalam penangkal terhadap kesewenangan

Sekarang ini kita memiliki cara untuk mengidentifikasi dan menjelaskan bentuk-bentuk komplementer yang bertumpang-tindih dari sifat sewenang-wenang analisis hukum yang merasionalisasikan. Ada kesewenangan yang terdapat di dalam memilih satu bahasa kebijakan dan prinsip, bukannya dalam memilih yang lainnya, dan juga dalam memilih satu kelompok konsep preskriptif yang seperti teori, bukannya dalam memilih saingannya. Jika identitas keuntungan-keuntungan fungsional dan kekuatan-kekuatan teleologis dalam sejarah itu punya sifat kontroversial yang tak bisa disembuhkan, sifat kontroversial ini akan menyulitkan ketika pilihan akan tujuan-tujuan itu dijadikan sebuah alasan untuk menggunakan kekuasaan negara yang bersifat memaksa, yang dilakukan dengan salah satu cara yang tertentu, bukannya dengan cara yang lain.

Ada kesewenangan yang tampak dalam upaya memperluas rasionalitas yang teratur dari hukum yang sudah mapan dan dari pengertian hukum. Dalam hal ini kesulitannya terletak dalam kenyataan bahwa perluasan itu bisa dilakukan, secara kurang-lebih masuk akal, dengan begitu banyak cara, tergantung pada bahasa yang lebih disukai untuk membicarakan kebijakan dan prinsip. Setiap penambahan perluasan berkaitan dengan beberapa pemakaian kekuasaan yang tidak diakui dan tidak bisa dipertanggung-jawabkan.

Ada kesewenangan yang berasal dari pelaksanaan suatu perbaikan yang nyata, yang dilakukan dengan cukup tegas, katakanlah dengan kekuasaan yang cukup revisioner. Kita bukan hanya tidak mempunyai definisi yang disepakati terhadap ukuran yang pas dari kekuasaan

revisi. Kita juga tidak mempunyai gugusan gagasan yang dapat mengarahkan kita dengan sah dalam pencarian standard tadi.

Ada kesewenangan yang muncul dari dorongan untuk bertindak dengan cepat dan longgar dengan apa pun konsep, yang seperti teori, tentang kebijakan dan prinsip yang terkait, yang lebih kita pilih. Tindakan itu dilakukan cara membuat percobaan kecil-kecilan dengan konsep-konsep di dalam cara-cara yang bersifat sementara, agar bisa dengan lebih baik membatasi konflik terbuka mereka dengan hukum yang sudah mapan dan dengan pemahaman hukum.

Apakah dampak kumulatif dari bentuk-bentuk kesewenangan yang terkait ini lebih besar atau lebih kecil daripada tidak-menentunya suatu penalaran analogis yang terikat konteks dan bersifat terbuka? Kita tidak mempunyai ukuran yang bisa dipakai untuk membandingkannya. Namun demikian, yang bisa kita katakan dengan yakin adalah bahwa unsur pertimbangan yang keliru dipahami dan yang tidak ditata dengan baik dalam analisis hukum yang merasionalisasikan itu kurang transparan dan sifatnya lebih ambisius dibanding pasangannya di dalam ketidak-teraturan suatu aturan bagi kasus-kasus khusus.

Hal itu kurang transparan karena setiap kali, dalam sebuah konteks keputusan praktis yang di dalamnya ada dorongan besar untuk mengecilkan kontroversi, ia tergantung pada penggunaan yang spekulatif dari konsep-konsep yang juga spekulatif. Dorongannya besar karena seluruh unsur pelaksanaannya bertujuan untuk melestarikan pandangan analisis hukum sebagai praktek pertimbangan rasional yang sangat terikat dan terarah. Seorang analogis mengenakan ketidak-menentuannya itu di lengan bajunya, dengan cara mempertujukkannya sebagai bagian dari urusannya. Analisis hukum yang merasionalisasikan harus menghilangkan tanda-tanda khusus kesewenangannya karena masing-masing membuatnya berhadapan dengan masalah yang mengurangi nilai moral dari dua asal-usul hukum dan jurang perbedaan di antara keduanya.

Jika kesewenangan dari metode prinsip dan kebijakan kurang transparan dibandingkan dengan hal yang serupa dalam penalaran analogis, hal itu juga berarti lebih ambisius. Ia mengusulkan suatu cara lain untuk membuat hukum menjadi lebih baik, bukan hanya sekedar membuat uraian tentang hukum. Terlebih, ia menguasai beberapa wilayahnya sehingga bisa terhindar dari kemunduran demokrasi massa.

Karena itu, penafsiran dan dipertahankannya analisis hukum yang merasionalisasikan sebagai sebuah tuntutan dari *rule of law* atau dari tata kekuasaan hak-hak menemui kegagalan. Gaya resmi doktrin hukum tidak bisa dipahami sebagai konsekuensi yang tak bisa dihindarkan dari keperluan untuk berpikir tentang hukum secara jernih dan dengan berkaitan. Kita juga tidak bisa menjelaskan dan membenarkannya sebagai penangkal kesewenangan yang memberi jaminan pada *rule of law* dan tata kekuasaan hak-hak. Ia butuh tujuan yang lebih terfokus.

13. EMPAT LAPIS AKAR ANALISIS HUKUM YANG MERASIONALISASIKAN: REFORMISME PROGRESIF YANG PESIMISTIS

13.1. Reformisme konservatif

Reformisme konservatif adalah kerabat dari proyek politik yang menjadi tujuan dipergunakannya analisis hukum yang merasionalisasikan. Proyek politik ini memberi banyak kekuatan dan makna kepada reformisme konservatif. Ketika kita tidak lagi bisa membuat metode pemikiran hukum yang menggeneralisasikan dan yang mengidealisasikan sebagai sebuah tuntutan *rule of law* menjadi masuk akal, kita masih dapat menerimanya sebagai sarana yang sangat penting untuk mengurangi kejahatan masyarakat dengan cara memperbaiki dampak-dampak hukum. Karakter reformisme konservatif yang jelas terlihat adalah kombinasi antara komitmen terhadap tujuan-tujuan yang programatis dengan konservatisme institusional.

Yang menjadi tujuan programatis dari reformisme konservatif adalah komitmen-komitmen ideologisnya yang sudah cukup dikenal, yang menentukan posisi penting dalam debat-debat

hukum dan politik kontemporer. Mungkin saja mereka muncul dalam bahasa partai-partai politik dan kelompok-kelompok pendapat yang senantiasa muncul, yaitu kompetisi ekonomi dan inisiatif pribadi, distribusi yang lebih luas dan merata dari keuntungan pertumbuhan ekonomi, dan kesempatan bagi suara politik dan budaya, solidaritas sosial yang lebih besar dan perkembangan kehidupan berorganisasi. Selain itu, mereka itu bisa juga muncul dalam bahasa kebijakan dan cita-cita sosial yang dikaitkan oleh para pengacara dalam batang-tubuh hukum, yaitu, misalnya, standard anti-diskriminasi dan anti-penindasan dalam suatu konteks yang memberi kemungkinan pada legislasi untuk membuat suatu distribusi keuntungan pemerintahan, atau pengandaian adanya pertanggung-jawaban *fiduciary* (*presumptions of fiduciary responsibility*) dalam suatu situasi yang menjadi ajang konflik antara kepentingan-diri managerial dengan tanggung-jawab terhadap pelaku dan *stakeholders* yang tidak hadir. Tidak ada perbedaan yang jelas dan nyata antara ungkapan komitmen ideal dalam partai politik dengan dalam hukum ini, dan perbedaan-perbedaan di antara cita-cita itu sendiri tetap sukar dipahami dan cepat menghilang. Semuanya berasal dari dunia gagasan tentang proyek demokratis. Maka, semua berkaitan dengan suatu wilayah yang bertumpang-tindih antara kondisi kemajuan material dengan kondisi emansipasi individual.

Dalam wacana reformisme konservatif, cita-cita ini, dan cara-cara yang kita pakai untuk menghubungkannya dengan kepentingan kelompok, ditentukan dan dilaksanakan dalam kerangka institusi yang telah dibuat, khususnya bentuk-bentuk institusional demokrasi perwakilan yang diwarisi, ekonomi pasar dan masyarakat sipil yang bebas. Mungkin ada penyesuaian institusional yang dilokalisasi dan sesekali dibuat, tetapi mereka diperlakukan sebagai adaptasi terhadap lingkungan yang berubah, atau sebagai kembalinya ke bentuk resmi ekonomi pasar yang diregulasi, daripada sebagai sebuah permulaan dari suatu alur perubahan struktural kumulatif yang mungkin diwujudkan. Perbedaan antara memperbaiki dan mengubah tatanan institusional tampaknya relatif, dan sesungguhnya memang relatif. Namun demikian, argumen dalam bagian ini mendukung thesis bahwa hal yang sungguh diperhatikan adalah apakah fokus utama kekuatan imaginatif dan praktis itu terletak dalam upaya untuk membuat yang terbaik dari tatanan institusional yang sudah mapan atau dalam usaha untuk menggeneralisasi dan memperluas upaya kecil-kecilan dari seorang eksperimentalis dengan struktur ini. Dalam hal ini masa depan demokrasi sudah diperhitungkan dan karenanya harapan-harapan akan kebebasan dan kemakmuran diperhitungkan juga.

Semua versi reformisme konservatif –yaitu suatu tipe standard posisi programatis dalam politik kontemporer- menderita kerugian sebagai akibat dari karakter ketidak-stabilan internal. Dua sisi dari masing-masing posisi –yaitu upaya menentukan komitmen ideal dan konservatisme institusional- saling menggempur. Jika kita dengan erat berpegang pada struktur institusional yang sudah mapan, kita sadar bahwa kita membuang banyak cita-cita yang telah kita ucapkan. Misalnya, jika program kita adalah memperluas kompetisi dan desentralisasi ekonomi, tetapi tata kekuasaan harta milik yang sudah mapan menghalangi dibagikannya lebih lanjut suatu timbunan kekuatan ekonomi, sebagai suatu hal yang bisa dilakukan tanpa kerugian besar dalam efisiensi ekonomi, kita mungkin saja berhenti dari upaya desentralisasi yang mungkin dilakukan dan tetap berada dalam sistem yang ada, dengan memilih contoh-contoh kekuasaan monopoli yang paling paling kentara untuk hukuman. Karena itu kita harus melihat dimana saja, demi meningkatnya hasil, misalnya, di dalam harapan bahwa keuntungannya bisa “menetes” bagi mayoritas pekerja di dalam suatu negara.

Sebaliknya, kita bisa meradikalkan komitmen kita yang diharapkan berdampak besar dan demi dirinya sendiri melampaui batas-batas penyelesaian institusional yang sudah mapan. Dalam contoh saya, pelintasan-batas ini berarti dicarinya suatu kemungkinan yang bisa menggantikan tata kekuasaan harta milik, yang bisa membuat tingkat desentralisasi ekonomi makin mungkin untuk diwujudkan, tanpa mengorbankan suatu ukuran tertentu atau efisiensi. Yang dipakai adalah suatu metode yang mengijinkan adanya tuntutan-tuntutan akan harta milik, yang dalam arti tertentu terpisah-pisah, atau dalam arti yang lain dikumpulkan atau digabungkan. Setelah meradikalkan komitmen kita dengan mencobanya dengan bentuk-bentuk institusionalnya yang

sudah biasa, kita segera menemukan bahwa perubahan institusional yang aktual atau yang dibayangkan itu mendorong kita untuk merumuskan kembali komitmen kita.

Konsep kita tentang demokrasi ekonomi dan hubungannya dengan demokrasi politik akan berubah. Kontras yang kita kenal antara kanan dan kiri mulai berubah di bawah kaki kita, karena hal yang biasanya tampak sebagai program konservatif –yaitu program pasar bebas dan pemerintah yang pasif- sekarang berubah menjadi program yang radikal, dengan menuntut pembagian hak-hak milik. Pembagian hak-hak milik tradisional ini dan diberikannya bagian kekuasaan kepada para pemilik hak (*rightholders*) yang berbeda-beda, pada gilirannya bisa memfasilitasi dan menuntut praktek-praktek kompetisi yang kooperatif di antara perusahaan-perusahaan dan juga kerja-sama yang terdesentralisasi antara perusahaan dengan pemerintah.

Situasi standard dalam debat-debat hukum dan politik kontemporer itu adalah bahwa pilihan antara pengurangan dan radikalisasi tidak pernah dibuat secara eksplisit. Namun begitu, dihindarnya pilihan ini melalui konflik yang tak terdamaikan antara komitmen ideal dengan pengandaian institusional hampir tidak bersifat netral di antara dua pilihan ini. Hal itu akan berarti dikurangnya komitmen ideal secara *de facto* di balik pernyataan retorisnya. Dalam diskusi tentang analisis hukum yang merasionalisasikan sebagai politik reformis yang berikut akan ada banyak kesempatan untuk melihat bagaimana masalah ketidak-stabilan internal akan menduduki tempat utama dalam kerja para pengacara, dan bagaimana karakternya yang tidak tegas menghasilkan suatu pengurangan yang bersifat efektif terhadap cita-cita yang dilekatkan pada hukum, seperti misalnya kebijakan dan prinsip.

13.2. Reformisme progresif yang pesimistis

Kompromi sosial-demokratis dan praktek rekonstruksi rasional dalam analisis hukum adalah dua contoh reformisme konservatif yang utama, karena keduanya menggabungkan dalam dirinya komitmen ideal dan konservatisme institusional politik kontemporer. Mereka berkaitan dalam tema dan juga dalam pengandaian-pengandaiannya, yaitu bahwa berbagai karya politik dan intelektual yang paling ambisius dari analisis hukum yang merasionalisasikan termuat dalam upaya mengembangkan kategori-kategori dan doktrin-doktrin yang mendamaikan hukum yang bersifat regulatif dan redistributif tentang kompromi sosial-demokratis dengan seluruh batang-tubuh doktrin hukum yang sudah ada sebelumnya. Hubungan yang dalam ini membantu menjelaskan adanya otoritas luar-biasa dari jenis reformisme konservatif yang kita sebut sebagai reformisme progresif pesimistis.

Reformisme progresif pesimistis adalah komitmen untuk memperlakukan kelompok yang paling lemah dan paling miskin dalam masyarakat –kebanyakan dari mereka telah kalah dalam pergumulan politik dalam membuat hukum- sebagai pihak utama yang menerima rekonstruksi hukum yang bersifat rasional dan retrospektif. Dengan menghadirkan hukum sebagai ungkapan kebijakan dan prinsip yang terkait, dengan memandang konsep impersonal tentang kebaikan bersama (*common good*) atau hak politik, ahli hukum mendapatkan kekuasaan untuk menjinakkan kelompok yang kuat dan melindungi yang lemah. Ia dapat membagikan kembali hak-hak dan sumber daya kepada mereka yang paling membutuhkannya, sedikit demi sedikit tapi dengan langkah yang jelas. Ia dapat melakukan ini, sebagian, dengan cara menemukan dasar pemahaman hukum yang diperbaiki di dalam materi hukum yang sudah mapan dan sebagian lagi dengan cara melaksanakan perannya dalam mengoreksi dan melengkapi hukum.

Yang menyelamatkan pandangan tentang misi para ahli hukum dari beberapa sifat paternalis dan sektariannya (dengan menjadikan kaum yang lemah perwalian para pengacara) adalah gagasan yang, meskipun jarang diucapkan, mempunyai pengaruh besar terhadap gambaran-diri dan program pemikiran hukum. Ada makna penting yang di memberi ruang bagi kebanyakan warga-negara demokrasi industrial yang kaya –bukan hanya anggota “minoritas yang sangat khusus dan picik (*discrete and insular minorities*)”- untuk merasa diri sebagai *outsider* yang marah, marah kepada penguasanya atau kepada atasannya atau kepada keduanya, dan tidak berdaya untuk mengubah kendala terhadap situasinya. Para penganut kesadaran massa dan kebudayaan

politik telah melihat bahwa keyakinan akan negara dan perusahaan besar yang dikelola sebagai sebuah ajang demi keuntungan para elite pemangsa sudah banyak diketahui umum. Keyakinan ini sering membuat langkah yang mengejutkan ketika ia digabungkan dengan gagasan bahwa elite ini menjamin perdamaian sosial dengan cara membagikan keuntungan kepada orang-orang dari kelas bawah atau kepada kaum pinggiran, dan menjadi canggung tatkala mengorbankan kepentingan sebagian besar kaum pekerja.

Dalam setting semacam ini usaha hukum reformisme progresif pesimistis mendapatkan makna yang penuh dan terfokus. Hal ini bisa dianggap sebagai contoh –sebagai contoh yang benar-benar utama- dari kerja-sama implisit antara kaum elite dengan kaum pinggiran yang mengorbankan kaum pekerja biasa. Meski begitu, hal ini bisa juga berfungsi sebagai sarana untuk mengurangi pengaruh kaum elite, yang hanya memperhatikan kepentingan dirinya, pada substansi dan administrasi hukum. Dalam arti ini siapa pun bisa diwakili oleh ahli hukum. Namun demikian syarat untuk pembalikan peran ini adalah bahwa keinginan-keinginan demokrasi massa gagal diwujudkan. Karena itu setiap orang menjadi *outsider* yang lemah. Bagi orang-orang inilah pembuat hukum yang sesungguhnya perlu diarahkan untuk selamanya. Praktisi analisis hukum yang merasionalisasikan haruslah menjadi rekannya.

13.3 Analisis hukum yang merasionalisasikan sebagai teori sosial yang bersifat melawan

Tema pokok dalam argumen bagian ini adalah suatu cara yang digunakan oleh analisis hukum yang merasionalisasikan, di dalam cita-citanya yang paling besar secara intelektual dan politik, untuk menjadi sebuah terapi bagi kebobrokan demokrasi industrial, dengan cara berusaha keras mengurangi kerugian dan peminggiran, meskipun telah dihambat oleh metode dan visinya untuk mengidentifikasi atau menyebut sumber kebobrokan ini dalam rancangan-rancangan masyarakat. Memahami jurisprudensi kebijakan dan prinsip sebagai sarana suatu gaya reformisme tertentu lalu menjadi masuk akal. Namun begitu, studi tentang hubungan-hubungan antara bagian-bagian hukum dan politik dari proyek ini ikut meruntuhkan kepercayaan pada keduanya. Jika berubah menjadi sebuah terapi yang tidak melawan (*nonaversive*), ia bukan analisis hukum yang merasionalisasikan. Dalam hal ini pun para hakim tidak bisa menjadi pelaku utamanya. Di sini analisis hukum ditempatkan kembali sebagai imajinasi institusional. Rekan-bicaranya yang utama adalah rakyat kebanyakan yang demokratis (*democratic citizenry*) pada umumnya. Cita-cita utamanya adalah memberi masukan tentang keadaan kolektif saat ini dan keadaan kolektif masa depan alternatif bagi pembicaraan di dalam demokrasi, yang dilakukan dengan cara memperdalam pemahaman akan kenyataan dengan memperluas pemahaman akan kemungkinan.

Negara yang mempunyai usaha hukum reformisme progresif pesimistis yang sangat maju adalah Amerika Serikat. Semua ini: kekeramatan yang melekat pada konstitusi Amerika dan yang diperluas pada bagian-bagian lain dari tatanan institusional, mutu berbagai wacana politik Amerika biasa yang sifatnya anti-programatik dan anti-mobilisasional, kebiasaan yang sangat dikenal untuk menyusun kembali isu-isu politik sebagai isu yudisial, dan posisi para pengacara sebagai koordinator dari kaum elite politik dan ekonomi yang punya kepercayaan-diri bukannya sebagai 'kasta' yang berbeda dan rendah di dalam kelompok elite ini, telah bergabung untuk membuat terwujudnya reformisme konservatif ke dalam wacana hukum menjadi, khususnya, tampak masuk akal. Pada suatu momen ketika para pengacara progresif telah kehilangan harapan akan kemungkinan politik massa atau takut akan bahayanya, dan menemukan pintu cabang politik pemerintah tertutup, mereka lalu tergoda untuk melihat di dalam politik, melalui para hakim, wakil politik, yang mempunyai nasib baik, melalui politik. Mereka lalu sering kecewa, seperti ketika mereka sering gagal untuk menarik pelajaran yang benar dari kekecewaan mereka itu.

13.4. *Contoh perlindungan yang sama yang sifatnya substantif: ketidakcocokan-ketidakcocokan yang bersifat rasional*

Dalam sejarah hukum dan pemikiran hukum Amerika baru-baru ini contoh yang paling baik dari reformisme progresif pesimistis adalah berkembangnya doktrin perlindungan yang sama yang sifatnya substantif dalam hukum konstitusional dan juga dalam batang-tubuh peraturan, doktrin, kategori, dan cita-cita yang terkait dalam hukum anti-diskriminasi. Penelusuran terhadap batas-batas upaya hukum ini –batas-batasnya sebagai imaginasi sosial dan, lebih dari yang lain, sebagai perbaikan sosial- memberi terang baru bukan hanya bagi reformisme progresif pesimistis melainkan juga bagi kerabat besar proyek politik yang dimana ia tergabung. Jika kita berusaha lebih jauh ke arah ini, kita akan sampai di ambang pintu analisis hukum sebagai imaginasi institusional. Kritik-kritik itu sendiri menempa berbagai sarana yang dituntut oleh sebuah praktek penalaran hukum yang lebih loyal pada ekperimentalisme dan demokrasi.

Setelah secara singkat menyinggung ketidakcocokan-ketidakcocokan doktrin perlindungan yang sama, saya akan meneruskan diskusi tentang dasar-dasar skeptisisme tentang kekuasaan doktrin itu dan doktrin yang seperti itu, untuk membantu masyarakat yang sangat membutuhkan bantuannya. Saya memperluas diskusi dengan menunjukkan bagaimana, dalam dua ekonomi politik yang berlawanan, analisis hukum yang merasionalisasikan sebagai perbaikan sosial telah didorong oleh visi dan metodenya untuk mencapai tujuan yang terkait, meski tidak langsung, pada sumber-sumber kecemasan kolektif dan kerugian kelompok yang sesungguhnya. Kemudian saya akan memperdalam diskusi dengan menelusuri hubungan antara kerusakan praktis dan kekurangan imajinatif dari wacana hukum ini. Alasan-alasan mengapa wacana hukum ini bekerja dengan selektif, dan kadang dengan begitu suka menentang, sebagai upaya perbaikan sosial, menghubungkannya dengan lebih dekat pada alasan-alasan bagi kerabunan pandangan barunya terhadap kenyataan sosial dan kemungkinan sosial.

Klausul konstitusi Amerika Serikat tentang perlindungan yang sama telah menjadi wadah yang disukai oleh rasionalisasi hukum yang bersifat reformis dan penuh cita-cita, seperti yang terjadi dalam masa keputusan gaya *Lochner*, klausul tentang proses perlindungan dalam konstitusi mempunyai tujuan yang sama. Meski demikian, pada akhir abad kedua-puluh jangkauan dan keragaman usaha yang harus dilaksanakan oleh doktrin perlindungan yang sama, dan untuk tujuan itulah doktrin itu diciptakan, telah memaksakan konsistensi konseptual doktrin, tanpa bisa diperbaiki. Hasilnya adalah konflik khas antara tekanan untuk melakukan kompromi yang bisa dikerjakan, atau tekanan untuk mempunyai doktrin hukum yang menyuarakan kompromi politik yang telah dibuat, dengan dorongan yang melawannya untuk mengungkapkan cerita umum tentang hukum yang berlaku sebagai teori politik.

Apa isi uraian tentang bentuk doktrin perlindungan yang sama yang menelusuri perbedaan doktrinal yang aktual, setelah mereka diberlakukan pada akhir abad kedua-puluh, sambil tetap berada dalam kesatuan dengan catatan yang mirip teori tentang cita-cita yang memberi motivasi dan tentang hubungan cita-cita ini dengan praktek-praktek sosial? Demi suatu penyederhanaan yang dapat dijadikan contoh, perhatikanlah baik-baik separuh dari doktrin perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, yaitu sistem klasifikasi dari orang-orang yang harus diperhatikan secara khusus (*suspect classification*), dengan mempertinggi penyelidikan terhadap perlakuan yang berbeda-beda yang dilakukan oleh hukum terhadap rakyat. Ras adalah contoh yang jelas bagi sebuah klasifikasi dari orang-orang yang harus diperhatikan secara khusus, yang bisa menjadi titik pijak bagi penyelidikan yang paling canggih. Jender dan umur telah ditambahkan, menjadi titik pijak bagi penyelidikan “tingkat menengah.” Cacat fisik dan orientasi seksual baru-baru ini masuk juga dalam daftar. Status mereka tetap tidak jelas. Kemudian, tempatkanlah di sisi yang lain, separuh doktrin yang lain yang bersifat komplementer, yaitu upaya untuk mengevaluasi adanya perlakuan berbeda yang mengacu pada sifat yang relatif fundamental dari kepentingan-kepentingan pribadi yang dilanggarnya dan sifat yang relatif memaksa dari tujuan-tujuan pemerintah yang dilayaninya. Karena begitu banyak konflik tentang isi hukum berwujud suatu perjuangan menghadapi perbedaan perlakuan terhadap rakyat, doktrin perlakuan yang sama mempunyai tempat khusus dalam sistem gagasan hukum. Hal ini bukan hanya menjadi topik

yang berbeda dalam hukum, melainkan, karena *synecdoche*, juga menjadi masalah hukum itu sendiri, seperti halnya hak milik bukan sekedar hak yang lain melainkan juga contoh dari hak-hak substantif yang paling penting.

Untuk mencermati potensi eksplosif dari doktrin perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, dan sifat yang membingungkan dari pembatasan-pembatasan yang dipaksakan pada upaya untuk memperluasnya, bayangkanlah penerapannya pada pelajaran dalam dunia pendidikan, yang menghasilkan proses terjadinya kewarga-negaraan yang vital dan yang juga melahirkan hirarki. Pemisahan antara sekolah swasta dan negeri di Amerika Serikat adalah bagian dari sebuah sistem yang membuat kelas profesional-bisnis di sebagian besar negeri tidak memilih sistem sekolah negeri, dan mengirim anak-anak mereka ke sekolah swasta pilihan. Kemerostan sistem sekolah paroki, yang di Amerika Serikat telah berjalan seiring dengan menurunnya kelas pekerja Katolik, telah menampakkan kontras antara sekolah swasta elite dan sekolah negeri. Perkumpulan demokrasi dalam pendidikan umum dengan kontrol lokal telah membuat masalah hirarki pendidikan makin buruk, yaitu, pertama, dengan membuat sekolah-sekolah tergantung pada keuangan lokal, dan kedua, dengan memperkuat pengelolaan keluarga-keluarga dan komunitas-komunitas terhadap sekolah di tengah mereka. Misi pertama sekolah dalam sebuah demokrasi adalah menyelamatkan murid dari keluarganya, kelas sosial-nya, negerinya dan masa historisnya, dengan cara memberinya sarana-sarana berpikir bagi dirinya sendiri, dengan memperluas akses terhadap pengalaman yang belum dikenalnya. Warga-negara masa depan harus menjadi nabi kecil. Diwariskannya peluang pendidikan secara turun-temurun bersinggungan dengan proses pewarisan keuntungan ekonomi yang juga turun-temurun, yang kemudian menghasilkan sebuah kelas masyarakat. Kelas masyarakat ini bekerja-sama dengan kontrol komunitas dan keluarga untuk mengekang dan membungkam nabi kecil tadi.

Andaikan anda menyimpulkan bahwa untuk merobohkan hirarki dan merusak konspirasi ini kita perlu sungguh-sungguh melarang sekolah-sekolah swasta di daerah-daerah dimana mereka punya peran yang penting. (Supaya sekolah negeri bisa berubah di berbagai daerah dalam negeri, dihapuskannya pemisahan sosial, dengan gerakan di antara penduduk suatu wilayah, harus berkembang dalam model dihapuskannya pemisahan rasial. Meskipun jangkauannya radikal, pembaharuan seperti ini mewujudkan sebagian kecil dari rentangan imajinasi bila dibandingkan dengan pembubaran sekolah-sekolah swasta.) Kelompok profesional-bisnis harus dituntut untuk memasukkan anak-anaknya di sekolah negeri, dan di sekolah negeri inilah dibuat program penghapusan pemisahan sosial. Akan ada akibat ganda. Yang pertama adalah bahwa mereka yang menjadi bagian yang paling berpengaruh di republik akan punya minat yang penting untuk memperbaiki sekolah negeri. Kedua, kehadiran mereka akan membantu menumbuhkan harapan-harapan di ruang kelas.

Meski dampak-dampak perubahan itu punya jangkauan yang jauh dan sekarang ini di Amerika Serikat masih tidak bisa dibayangkan, argumen untuk pilihan ini dapat segera disusun dengan sebuah analogi terhadap satu contoh yang sangat terkenal dalam pembaharuan sosial yang dilakukan melalui hukum, yang sungguh dikehendaki dalam sejarah abad kedua-puluh Amerika, yaitu kampanye bagi penghapusan pemisahan rasial di sekolah sejak keputusan *Brown* dan sesudahnya. Kecaman terhadap pembedaan sosial akan muncul sesudah kecaman terhadap pembedaan rasial. Klaim "terpisah tapi sederajat," yang ditinggalkan di satu wilayah, sekarang ini akan ditolak dalam wilayah yang berdekatan. Pergeseran dari ras ke kelas sosial dalam daftar akan terjadi dalam wilayah yang sungguh terkait dengan tuntutan-tuntutan demokrasi.

Sepanjang alur ini, kita perlu untuk menafsirkan doktrin tindakan negara –yaitu sisa-sisa yang paling tampak dari gagasan sistem hak-hak yang pre-politis dan kodrati, yang berasal dari abad kesembilan-belas- dan juga hak kebebasan berpendapat dalam *Amandemen Pertama* terhadap konstitusi (Amerika Serikat). Dari semua kegiatan "swasta," persekolahan, subyek kewajiban hukum yang diberlakukan pada orang-tua, seharusnya segera dipahami sebagai hal yang "dipengaruhi oleh fungsi umum." Pada gilirannya, mengatasi kesulitan yang ditimbulkan oleh *Amandemen Pertama* akan menuntut diperkayanya pemahaman kita tentang isi dan kondisi kehidupan budaya yang bebas di dalam demokrasi. Seperti halnya kita bisa menuntut pemerintah untuk memilah-milah dan membagi-bagi akses terhadap sarana-sarana komunikasi masa, yang

bertolak dari keinginan modern untuk memenuhi hak kebebasan berpendapat, kita juga akan melihat di dalam penghapusan pemisahan sosial dalam dunia pendidikan adanya sebuah sarana yang penting bagi emansipasi budaya inklusif dan kewarga-negaraan yang terdidik (*informed citizenship*) secara efektif.

Meski berat, kesulitan-kesulitan doktrinal ini tidak lagi menakutkan bila dibandingkan dengan begitu banyaknya keberatan-keberatan yang mirip, yang dihadapi dan ditolak oleh hukum dalam upaya membawa doktrin tentang perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, kepada negara yang ada sekarang ini. Sesungguhnya hambatannya datang dari adanya keseimbangan antara kekuatan-kekuatan politik dengan konsep-konsep ideologis. Perbandingan di tingkat nasional yang biasa-biasa saja menunjukkan bahwa sistem pengaruh-pengaruh ini lebih bersifat lokal dan bisa ditinjau ulang jika dibandingkan dengan yang mula-mula tampak. Ketika di Amerika Serikat larangan terhadap sekolah swasta tampaknya tidak dapat dimengerti, di Inggris hal itu justru sedang diperdebatkan secara aktif. Dalam sejarah politik dan hukum jarak antara “yang tidak bisa dipikirkan” dan “yang biasa dikenal (*familiar*)” mungkin pendek saja.

Maksudnya sederhana. Jika masalah seperti pemisahan rasial dan sosial harus dibayangkan dan diselesaikan dalam bentuk doktrin hukum, seperti misalnya perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, diperlukan suatu pembuktian adanya hubungan yang tersembunyi antara bentuk-bentuk imajinasi hukum yang berlainan dengan praktek-praktek pembaharuan sosial yang berlainan. Setelah mengatur panggung bagi pencarian semacam ini, analisis hukum yang merasionalisasikan memadamkan lampunya.

Pertimbangkanlah sekarang kemungkinan-kemungkinan yang paling menjanjikan bagi peran dari suatu perhitungan tentang perlindungan yang sama, yang bisa dipandang seperti doktrin yang rinci dan juga seperti teori yang koheren. Suatu perhitungan yang paling sederhana dan komprehensif bisa menentukan suatu pokok persoalan dari klasifikasi dari orang-orang yang harus diperhatikan secara khusus sebagai kerugian-kerugian sosial yang disebabkan oleh pemerintah. Dari kerugian-kerugian inilah rakyat sadar bahwa tidak bisa menghindarinya dengan bentuk-bentuk inisiatif ekonomi dan politik yang sudah tersedia bagi mereka. Perlindungan yang sama, dalam pandangan ini, akan menjadi yang utama dari berbagai sarana dalam hukum kontemporer, karena menjamin syarat-syarat untuk pemenuhan hak-hak secara efektif, yaitu berbagai hak, bukan hanya hak yang khusus saja. Hal ini akan menggeneralisasi perhatian hukum kontemporer yang paling penting dengan cara mengubah kesulitan-kesulitan itu menjadi usaha memajukan diri melalui kerja, usaha-usaha dan pendidikan, yang juga melibatkan pemerintah. Hal ini akan menjadi suatu doktrin anti-penindasan, karena tidak hanya menyatakan sarana-sarana praktis untuk memenuhi hak-hak khusus secara efektif, tetapi juga syarat-syarat pokok untuk mempergunakan hubungan sentral kemampuan-kemampuan politik dan ekonomi, yang sangat diperlukan untuk tindakan politik dan ekonomi yang efektif.

Perhitungan tadi mungkin tampak menarik, seperti sebuah teori yang menghubungkan perlindungan yang sama dengan kejeniusan hukum kontemporer. Hanya saja perhitungan ini gagal dalam dua bagian pentingnya. Pembatasan yang mengharuskan kelompok yang dirugikan untuk mendapatkan dukungan dari pemerintah –sebagai ambang tindakan negara- mewujudkan sisa-sisa yang paling jelas di dalam pemikiran hukum dewasa ini tentang visi hukum dan masyarakat yang ada sebelumnya dan yang seharusnya telah disingkirkan. Hal ini mengandaikan bahwa kita dapat membedakan dengan baik antara kerugian-kerugian sebagai dampak politik, dan yang lain-lainnya yang memang ada sebagai dampak evolusi pre-politik dari kekuatan-kekuatan sosial alamiah. Ketidak-mampuan kita untuk membagi wilayah sosial pada dasarnya adalah satu pelajaran utama yang diajarkan oleh analisis hukum selama seratus tahun terakhir ini. Politik, termasuk politik kekuasaan negara, mempengaruhi, langsung atau tidak, semua rancangan-rancangan sosial. Premis penting dari doktrin tindakan negara akan lebih bisa dipercaya jika pandangan bahwa ekonomi bebas secara alamiah mewujudkan dirinya dalam sebuah sistem kontrak dan hak milik yang tertentu, memang benar. Jadi, meski politik mungkin bertanggung-jawab untuk menjaga sistem pasar bebas, ia tidak bisa diminta bertanggung-jawab terhadap bentuk legal-institusional yang berbeda dari sistem itu. Meski begitu, keyakinan ini keliru.

Konvergensi studi komparatif yang tertutup, dengan argumen yang bersifat programatis, berhadapan dengan latar-belakang gagasan-gagasan anti-pewajiban (*antinecessitarian*) dalam studi sosial dan historis, menyadarkan kita akan adanya penghargaan terhadap bentuk-bentuk legal-institusional yang berbeda yang dilakukan atau telah dilakukan oleh ekonomi pasar. Hal ini menarik perhatian dalam jangkauan yang jauh lebih luas dari variasi-variasi yang mungkin ada yang ditunjukkan oleh variasi-variasi yang ada sekarang ini. Penolakan untuk menggunakan aturan-aturan dan rancangan-rancangan hukum privat yang ada sebagai garis-dasar (*baseline*) netral, yang dipakai untuk menilai legitimasi regulasi pemerintah dan redistribusi, sejak lama mulai merasuki hukum dan pemikiran hukum. Akibatnya konflik antara menerima pengandaian-pengandaian doktrin tindakan negara dan menolaknya menjadi sebuah konflik di dalam hukum, tidak hanya antara hukum dengan teori sosial.

Paruh kedua dari teori yang diusulkan tentang perlindungan yang sama yang sifatnya substantif –yaitu identifikasi dari kerugian-kerugian yang bisa menyingkirkan hak-hak, yang tidak bisa dihindarkan oleh rakyat yang tidak berdaya- mengalami kegagalan karena terlalu inklusif dan sekaligus kurang inklusif terhadap perbedaan-perbedaan yang dibuat dalam doktrin. Ia terlalu inklusif karena ada keadaan-keadaan kerugian yang penting, tetapi tetap didiamkan saja oleh perlindungan yang sama itu. Dalam hal ini, yang paling penting untuk diperhatikan adalah keanggotaan dalam kelas bawah, khususnya, meski tidak secara eksklusif, kelas bawah dari pekerja yang menganggur dan pekerja tanpa keahlian yang sekali-sekali dipekerjakan. Bukti historis dan kontemporer menunjukkan adanya pengaruh yang sangat besar dari diwariskannya keuntungan ekonomi dan pendidikan secara turun-temurun. Bukti yang sama menekankan bahwa mobilitas antar generasi secara besar-besaran dan berkelanjutan –terlebih di Amerika Serikat- hanya ada di antara kelompok-kelompok pekerja kerah-biru (*bluecollar*) dan kerah-putih (*whitecollar*). Anak-anak pekerja kerah-biru telah menjadi pekerja kerah-putih, dengan tingkat ketidak-berdayaan dan tiadanya harta yang sama saja. Meski demikian, hanya sesekali saja di tingkat nasional dan dalam hubungan dengan distribusi langsung terhadap keuntungan dan beban pemerintah yang tertentu doktrin perlindungan yang sama mengakui kelas sosial atau kemiskinan sebagai klasifikasi dari orang-orang yang harus diperhatikan secara khusus.

Bahkan ketika sifatnya tetap terlalu inklusif, usulan teoretis ini sifatnya juga sekaligus kurang inklusif bila dibandingkan dengan perbedaan-perbedaan sosial yang diakui dalam daftar klasifikasi dari orang-orang yang harus diperhatikan secara khusus yang diterima. Seperti akan segera diusulkan oleh kritik kausal terhadap perlindungan yang sama, orang berkulit hitam atau perempuan yang tergabung dalam kelas profesional-bisnis bisa mendapatkan bagian yang kurang proposional dari keuntungan praktis doktrin konstitusional dan dari keuntungan praktis hukum anti-diskriminasi yang terkait. Sebagai pribadi, mereka sering kali mampu berada jauh di atas keadaan yang tidak menguntungkan, yang tidak bisa dihindarkan. Nyatanya mereka seringkali bisa berhasil menggunakan perlindungan doktrin, baik untuk keuntungan mereka sendiri dalam kompetisi dengan saingan pria berkulit putih. Di samping itu, sayangnya, doktrin itu bisa dipergunakan untuk menjauhkan diri dari kaum berkulit hitam dan perempuan yang ditindas dan dipinggirkan yang, dalam terang hukum yang tampak mempesona, mereka bela dengan bertindak sebagai wakil virtualnya.

Sekarang perhatikanlah baik-baik usulan kedua untuk menghubungkan perbedaan-perbedaan aktual doktrin perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, dengan konsep politik yang koheren. Kriteria yang selektif bagi klasifikasi dari orang-orang yang harus diperhatikan secara khusus adalah keterlibatan pemerintah, yang berarti diingkarinya kesempatan bagi rakyat berdasar pada prasangka. Prasangka, dalam usulan ini, adalah tidak diakuinya sifat-sifat khas orang yang tampak dalam wujud fisiknya, atau sebuah keyakinan tanpa alasan tentang konsekuensi negatif dari sifat khas tadi bagi kemampuan-kemampuan individu. Ras, jender, umur dan cacat fisik akan dapat diterima dengan gampang dalam cakupan kriteria tadi. Posisi kelas sosial sama sekali tidak akan diakui oleh doktrin yang sudah mapan.

Ambang keberatan terhadap pendekatan ini adalah, seperti halnya sebuah alternatif yang lebih punya cita-cita yang baru saja saya kritik, disandarkannya pendekatan itu pada kriteria keterlibatan pemerintah yang sebenarnya bersifat membatasi dan juga tak bisa dipertahankan

lagi. Sebagai tambahan, pendekatan itu juga memberikan sebuah privilegi kepada penyandang cacat fisik. Hanya saja, otoritas untuk memberi privilegi itu disandarkan pada keyakinan yang keliru tentang tatanan sosial. Menurut salah satu keyakinan ini, prasangka tentang keanggotaan dalam suatu kelompok yang berciri fisik bisa menimbulkan bahaya tertentu bagi masyarakat yang bebas, khususnya ketika prasangka itu diberlakukan dalam hukum. Seolah-olah struktur institusional masyarakat, yang dibangun dan disempurnakan oleh hukum, memunculkan hambatan yang tak bisa diatasi bagi dipenuhinya hak secara efektif, kecuali ketika pemberlakuannya diselewengkan oleh penyimpangan 'spiritual,' yakni dendam yang tidak rasional dan takhyul yang buta. Sekali anda terpengaruh oleh pandangan bahwa kerugian dan peminggiran itu berakar pada praktek-praktek dan institusi-institusi, bahwa ekonomi, masyarakat dan politik yang bebas dapat mempunyai wujud institusional yang sangat berlainan, dan bahwa wujud-wujud yang jauh berlainan dalam hal menimbulkan atau mengoreksi suatu kerugian, privilegi yang dipandang oleh pendekatan ini sebagai hal sudah dibawa sejak lahir dan dilingkupi oleh takhyul akan menjadi sangat tidak meyakinkan.

Salah satu dari berbagai konsekuensi dari penekanan ini adalah suatu upaya untuk memberikan, kepada mereka yang dirugikan dan yang dikecewakan, suatu alasan yang sangat meyakinkan untuk menggambarkan kembali bentuk hidup yang mungkin memiliki unsur pilihan yang substansial sebagai nasib genetis. Sebagai contoh, lihatlah politik homoseksualitas seperti yang telah berkembang di Amerika Serikat. Untuk menempatkan homoseksualitas di bawah payung doktrin perlindungan yang sama ada keharusan untuk mengikuti pandangan bahwa masyarakat mewarisi orientasi seksual. Meskipun pewarisan itu bisa punya peran yang sungguh besar dalam orientasi seksual, tampaknya hal ini hanya akan menjadi seperti itu, seperti banyak hal lain dalam pengalaman moral kita, hal itu akan disadari sebagai hasil gabungan dari predisposisi yang diwarisi, pengaruh sosial dan pilihan kumulatif. Sebuah konsep tentang martabatnya akan lebih disesuaikan oleh perwujudannya sebagai sebuah nasib yang dipilih daripada sebagai nasib yang buta. Meskipun realistis dan bermartabat, perwujudan seperti itu akan berada di luar jangkauan doktrin perlindungan yang sama yang sudah mapan.

Andaikanlah bahwa kita membuat suatu ketetapan bahwa pengandaian-pengandaian empiris, yang membenarkan adanya privilegi yang diberikan pada pengandaian tentang kelompok-kelompok yang dianggap punya hak untuk memilikinya (*ascriptive groups*), memang bisa dibenarkan. Masih akan ada masalah selektivitas yang tidak bisa dibenarkan begitu saja di dalam daftar klasifikasi dari orang-orang yang harus diperhatikan secara khusus. Orang yang gemuk, aneh dan bodoh (seperti diukur dalam tes IQ) mungkin bersaing untuk dimasukkan dalam kelompok yang bisa mendapatkan perlindungan yang sama, yang akan memberi keuntungan pada mereka. Hal ini dilakukan dengan cara menyebutkan dan mengumpulkan bukti tentang dampak yang merugikan dari kondisi mereka, tentang tidak cocok-nya kekurangan mereka dengan kesempatan-kesempatan ekonomi dan pendidikan yang tidak bisa mereka dapatkan, dan tentang keterlibatan pemerintah, langsung dan tidak langsung, dalam melestarikan praktek-praktek pemberian ijin atau pemberian kerja yang bersifat pre-yudisial. Jawaban yang mungkin terhadap keberatan bahwa mereka tidak membentuk kelompok yang berbeda adalah bahwa kelompok-kelompok ini hanya berbeda seperti halnya "orang-orang cacat" atau "kaum homoseksual." Mudahlah dimengerti bahwa kategori-kategori ini tidak berhasil memasuki wilayah perlindungan yang sama yang sifatnya substantif. Sebabnya bukanlah bahwa dimasukkannya mereka dalam kategori itu tidak akan masuk akal, tetapi sebabnya adalah bahwa mereka tidak terlibat dalam gerakan-gerakan dan konflik-konflik terorganisasi yang hidup dalam politik dan kebudayaan bangsa.

Observasi ini memberikan catatan ketiga yang lebih realistis dan tidak terlalu berlebihan tentang butir perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, dengan menelusuri asal-usul dan evolusi doktrin itu secara lebih dekat. Menurut pandangan ketiga ini, perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, dan batang-tubuh hukum anti-diskriminasi yang terkait seharusnya pertamanya dipahami sebagai sebuah jawaban terhadap masalah yang luar-biasa, yang diciptakan oleh masa sesudah perbudakan, Perang Sipil dan Rekonstruksi. Ini bukan sekedar sebuah spesies dalam suatu *genus* dari berbagai masalah yang dirumuskan dengan baik. Hal ini adalah sebuah

ancaman bagi kesatuan dan keberlangsungan republik, bagi perdamaian sosial dan juga bagi keadilan sosial. Karena politik kelompok-isme, yang dilakukan dengan menggabungkan permintaan kemajuan sosial dengan permintaan pengakuan budaya, telah berkembang di Amerika Serikat, mula-mula minoritas kultural-rasial, dan kemudian kelompok yang tidak berdasar pada ras, telah merebut tempat dalam klasifikasi dari orang-orang yang harus diperhatikan secara khusus. Yang mengatur kemajuan ini bukanlah logika jenis alamiah, melainkan sejarah kekacauan masyarakat sipil Amerika

Tidak ada yang salah dalam pendekatan ketiga atas perlindungan yang sama yang sifatnya substantif ini, kecuali tidak terpuaskannya harapan akan adanya suatu konsep preskriptif yang seperti teori di dalam analisis hukum yang merasionalisasikan. Maka, mengapa yang diberangus malah pendekatannya, bukannya keinginannya itu? Fokus terhadap suatu krisis historis yang unik dan terhadap bangkitnya masyarakat sipil bisa memberi penjelasan terhadap adanya komposisi daftar klasifikasi dari orang-orang yang harus diperhatikan secara khusus. Hal itu dilakukan dengan tetap sungguh memperhatikan aspirasi-aspirasi dan kekhawatiran-kekhawatiran, konflik-konflik dan kontroversi-kontroversi, yang dijadikan dasar pembuatan daftar itu oleh orang-orang Amerika.

Catatan seperti itu tidak perlu hanya berfungsi sebagai sebuah penjelasan; ia mempunyai kekuatan normatif, seperti halnya roman sejarah demokrasi nasional yang real memiliki otoritas. Hanya saja, hal ini tidak bisa setiap saat memberikan alasan-alasan yang rasional bagi isi dari daftar klasifikasi dari orang-orang yang harus diperhatikan secara khusus itu. Yang ada hanyalah sifat yang tergantung pada jalannya suatu perubahan historis. Panjangnya daftar ini tergantung pada kekuasaan dan pengaruh kekuatan-kekuatan yang memang menginginkan daftar ini dibuat lebih panjang. Terlebih, pendekatan yang tampak makin menurun ini tidak mau menghadirkan pengalaman historis ini sebagai suatu ungkapan dari sebuah konsep yang seperti teori yang unik dan koheren, seperti misalnya komitmen untuk melarang keterlibatan pemerintah dalam segala kerugian kolektif yang tidak bisa dihindari oleh rakyat dengan sarana-sarana kemajuan pendidikan, inisiatif ekonomi dan tindakan politik yang sudah tersedia. Demi alasan-alasan ini, ia menunda menyelesaikan pekerjaan yang dituntut oleh metode kebijakan dan prinsip dari suatu penalaran hukum. Hal ini terlalu realistis untuk disebut bersifat rasionalistis, dan tidak mau mempertimbangkan adanya peran nalar di dalam sejarah.

Ketidak-cocokan rasional yang dikemukakan oleh kritik terhadap penafsiran yang berbeda, yang mungkin saja dipilih, dari doktrin perlindungan yang sama adalah ciri khas dari ketidak-cocokan rasional dalam analisis hukum yang merasionalisasikan itu sendiri. Hal ini menunjukkan adanya ketidak-teraturan yang sama, yang kita temukan ketika pada permulaan pembicaraan kita ini kita menguji klaim dari suatu metode resmi analisis hukum untuk mewujudkan tuntutan *rule of law* atau tuntutan tata kekuasaan hak-hak. Dengan kembalinya ke dalam argumen ini, ditemukannya kembali ketidak-cocokan rasional berguna bagi tujuan untuk memicu suatu skeptisisme tentang keuntungan praktis dari doktrin tadi –dan doktrin-doktrin yang seperti itu-terhadap mereka yang sangat membutuhkan bantuannya. Sekarang saya menyelidiki dan mengembangkan dasar-dasar bagi skeptisisme kausal itu.

Untuk ini kita tidak perlu memperlakukan doktrin itu secara harafiah, dengan memperhitungkan catatannya sendiri atas kejahatan-kejahatan yang dicarinya untuk diperbaiki dan kelas ahli waris yang mau didampinginya. Apalagi perkataannya tidak jelas, dalam arti bahwa ia menjadi jelas karena didasari pengandaian-pengandaian faktual yang meragukan. Alih-alih, kita dapat menerima pendekatan ketiga dari tiga pendekatan terhadap perlindungan yang sama yang sifatnya substantif –yang sangat historis dan sudah sangat menurun- sebagai yang paling jitu. Dilengkapi dengan pemahaman ini kita bisa bertanya tentang sejauh mana contoh-contoh reformisme progresif pesimistis yang sungguh luar-biasa di dalam hukum ini bisa bermanfaat bagi tujuan-tujuan yang masih samar, namun kuat, dari kesempatan yang sama dan suara yang sama, dari perlindungan dan inkorporasi kaum yang terpinggirkan dan yang tertindas. Tujuan-tujuan ini mempunyai tempat yang sentral dalam agenda pembaharuan progresif, pesimistis ataupun tidak.

13.5. Contoh dari perlindungan yang sama yang sifatnya substantif: kegagalan efikasi

Sebuah kritik kausal terhadap perlindungan yang sama yang sifatnya substantif sebagai reformisme progresif pesimistis bisa mulai dengan suatu dugaan yang lumrah bahwa doktrin itu hanya sedikit membantu mereka yang termasuk kelompok yang dituju, yang paling membutuhkan bantuannya. Menurut dugaan ini, kelompok yang paling membutuhkan mendapatkan bagian keuntungan yang tidak proporsional. Jadi, seorang yang berkulit hitam atau seorang perempuan, yang termasuk dalam kelas profesional-bisnis, kemungkinan besar lebih mendapatkan keuntungan daripada seorang berkulit hitam atau seorang perempuan yang termasuk dalam kelas pekerja. Tingkatan suksesif dari suatu promosi yang bersifat meritokratis dalam sebuah jenjang karier, dan pengaruh yang punya sifat menentukan yang ada dalam penerimaan pada tahap awal ke dalam lembaga-lembaga pendidikan atau lembaga-lembaga produktif yang sifatnya sentral, tampak lebih kentara di dalam pengalaman kelas profesional-bisnis daripada dalam pengalaman kaum pekerja. Spesialisasi pengalaman ini menentukan kemampuan superior kelas profesional-bisnis untuk memobilisasi sumber-daya hukum dan sumber-daya retorik dalam upaya mempertahankan kepentingan-kepentingannya.

Sangatlah mungkin bahwa doktrin tadi akan lebih menguntungkan kaum pekerja, baik kerah-biru maupun kerah-putih, bila dibandingkan dengan anggota kelas bawah, khususnya ketika kaum pekerja disatukan atau malah diorganisasikan. Kaum kelas bawah yang tidak terorganisasi, yang bekerja dengan tidak tetap dalam pekerjaan-pekerjaan yang sifatnya sementara saja dan yang tidak membutuhkan ketrampilan serta yang tidak akan berlangsung lama, sangat kecil kemungkinannya untuk bisa membuat daftar strategi anti-diskriminasi yang bersifat legal dan retorik untuk mempertahankan dirinya. Terlebih, hal itu hampir berarti sama sekali 'masuk kotak,' yang berarti bahwa dengan tidak mempunyai suara atau tempat, dengan terpaksa hidup dalam ketidak-amanan fisik dan ekonomi yang ekstrem, dengan tidak bisa mendapatkan pekerjaan tetap, makanan dalam keluarga, rasa aman di dalam rumah, hal itu pada umumnya berarti sungguh-sungguh di luar kemampuan pertolongan macam itu, yang mungkin ada dalam bentuk veto terhadap diskriminasi rasial dan gender.

Langkah kedua dalam perkembangan pengaduan muncul ketika kita bertindak dengan tidak lagi terlalu memperhatikan tidak sebandingnya kebutuhan dengan bantuan, untuk menyelidiki efek dinamis dari tidak sebandingnya kebutuhan dan bantuan ini terhadap realitas ras, gender dan kelas yang digabungkan bersama. Perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, dan hukum anti-diskriminasi yang terkait menjadi ungkapan-ungkapan dan sarana-sarana politik kelompok-isme. Gabungan dari sifat-sifat itu menentukan kualitas khusus dari politik ini. Pertama, permintaan akan perlindungan ekonomi dan dimajukannya kelompok yang dirugikan digabungkan dengan sebuah permintaan akan pengakuan, dan itu berarti juga permintaan akan suara politik dan budaya. Kedua, politik kelompok-isme berjalan dalam visi tertentu tentang hubungan antara mayoritas kelas pekerja di seluruh negeri dan minoritas yang tertindas. Kaum mayoritas mungkin terbagi-bagi dalam tingkatan-tingkatan ekonomi dan pendidikan, dan tetap lemah terhadap resiko dan ketidak-stabilan ekonomi. Meski begitu, kelompok ini tidak terlalu mengalami penderitaan karena ketidak-mampuan yang disebabkan oleh prasangka dan eksploitasi yang melibatkan tangan pemerintah. Sebaliknya, kaum perempuan dan minoritas menderita karena ketidak-mampuan ganda, yaitu penindasan ekonomi dan kebodohan budaya, yang didukung dan dibiarkan oleh negara.

Ketiga, fokusnya ada dalam terklasifikasikannya rakyat ke dalam kelompok-kelompok yang tidak hanya dianggap sebagai makhluk politik dan institusi, yaitu ras, kebangsaan, agama, gender, orientasi seksual (sejauh orientasi seksual ini diyakini sebagai hasil turunan biologis) dan cacat fisik. Apa titik kesamaan kelompok-kelompok ini? Kita bisa menggunakan label yang biasa digunakan oleh para sosiolog, yaitu "kelompok yang dianggap punya hak untuk memilikinya (*ascriptive group*)," dan lebih memperhatikan mereka yang mempunyai kenampakan fisik di antara kelompok-kelompok askriptif. Meski demikian, label tadi tidak bisa melihat hal yang paling penting. Kelompok-kelompok yang berdiri di tengah panggung politik kelompok-isme adalah kelompok-kelompok yang secara masuk akal dipandang mampu menerima berbagai kenyataan

dan perbedaan mereka itu dari kekuatan-kekuatan yang melampaui konstruksi politik institusional. Meskipun mungkin saja mereka itu korban dari politik dan institusi, mereka bukan hanya hasil dari politik dan institusi itu.

Mengakui unsur yang terus berulang dalam politik kelompok-isme berarti memahami bahwa “kelas (sosial)” tidak bisa menjadi “klasifikasi dari orang-orang yang harus diperhatikan secara khusus” berikutnya, disejajarkan dengan ras, jender dan cacat fisik, karena kelas sosial adalah realitas sosial yang langsung dihasilkan oleh politik dan institusi. Subversi terhadap perbedaan kelas bisa menuntut perubahan-perubahan dalam struktur ekonomi dan politik masyarakat. Dimasukkannya kelompok yang terpinggirkan dan tertindas dalam struktur yang ada tidaklah mencukupi.

Dalam dunia imaginatif semacam ini kaum elite dan kelompok-kelompok pre-politik yang terpinggirkan, atas nama kelompok-kelompok yang mereka wakili, akan lebih menuntut proses penggabungan yang sama ke dalam struktur yang sudah ada. Desakan asimilasionis ini bisa dilakukan bergantian dengan ancaman untuk memisahkan diri, yaitu penarikan diri dari masyarakat pada umumnya ke dalam dunia sosial yang terpisah. Jadi, para pemimpin kulit hitam Amerika dari waktu ke waktu telah berpaling dari cita-cita untuk lebih mendapatkan kesamaan penggabungan ke dalam masyarakat Amerika demi upaya membangun bangsa Afrika yang terpisah. Namun demikian, bahkan ketika dikehendaki dengan jujur dan sungguh-sungguh, aliran yang mau memisahkan diri ini tampaknya tidak mempunyai kenyataan praktis. Dalam kenyataan, ia justru mau menekankan hal yang lain itu.

Sebagai ahli waris utama politik kelompok-isme dan ungkapan hukumnya –doktrin perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, dan anti-diskriminasi- kaum elite dari setiap kelompok yang terpinggirkan dengan gampang dibujuk dan dikooptasi ke dalam elite institusi tatanan sosial yang ada. Mereka ini diandaikan mewakili anggota biasa dari kelompok-kelompok itu, yang nyatanya malah mereka tinggalkan. Sesuatu akan diperoleh, dengan melemahkan prasangka dalam kehidupan bangsa. Sesuatu hal juga akan hilang. Pada akhir jaman, setiap kelompok yang dirugikan akan menyadari hilangnya kepemimpinan alamiahnya. Kepemimpinan ini mungkin terjepit di antara bujukan kooptasi yang menyenangkan dan dalih perwakilan yang tak nyata.

Politik kelompok-isme dan pasangan hukumnya dalam doktrin perlindungan yang sama yang sifatnya substantif itu, membesar-besarkan perbedaan dan mengecilkan persamaan di dalam pengalaman-pengalaman sosial penindasan dan tiadanya hak suara. Mereka gagal untuk mencari akar kejahatan yang sama, yang mereka lekatkan pada institusi-institusi terkait, praktek-praktek yang terinstitusionalisasi dan keyakinan-keyakinan yang dibuat. Perbedaan-perbedaan ras dan jender itu memang nyata, tetapi toh juga relatif. Kejahatan-kejahatan yang menjadi pusat perhatian mereka itu menjadi sangat besar ketika diingkarinya rasa hormat dan juga suara orang-orang itu menjadi satu dengan adanya kenyataan peminggiran ekonomi dan pendidikan. Ada satu hal ketika digabungkan dengan kenyataan ini, dan ada hal lain lagi ketika diputuskan dari mereka. Untuk menyebut mereka kita harus mengakui kualitas-kualitas dan akar-akar yang mereka miliki bersama. Kita harus merekonstruksi institusi ekonomi untuk mengurangi segmentasi hirarkis angkatan-kerja. Kita harus merekonstruksi institusi politik dan sosial demi pengorganisasian diri masyarakat sipil, mobilisasi politik rakyat kebanyakan, dan resolusi yang cepat terhadap jalan buntu di antara cabang-cabang pemerintah.

Sampai disini kita harus mencoba mengembangkan praktek-praktek pemahaman ekonomi dan hukum yang memungkinkan kita mengakui kesementaraan institusi-institusi kita dan juga daya penghambatnya. Lalu, berselang-selingnya tanpa hasil antara asimilasi pada struktur yang sudah mapan dengan pemisahan dari struktur itu dalam imaginasi politik dari para pengikut politik kelompok-isme akan memberi jalan ke arah pencarian politik untuk membayangkan kembali dan merekonstruksi struktur. Politik semacam ini terus berjalan dalam pepatah bahwa untuk setiap kemajuan dalam setiap usaha dimasukkannya kaum yang terpinggirkan ke dalam kehidupan yang aktif dan produktif haruslah berkaitan dengan beberapa perubahan dalam rancangan-rancangan sosial.

Dari kegagalan untuk mengakui kesamaan dan sebab-sebab penderitaan yang hendak ditanggapinya muncul karakter keempat dari politik kelompok-isme, yaitu bahwa para penganut politik kelompok-isme yang didasari oleh kemarahan yang diakibatkan oleh kesadaran akan hak ini menemukan lawannya dalam kontra-politik terhadap kemarahan itu. Di Amerika Serikat politisi populis sayap kanan dan wartawan telah berhasil menyebut kaum lelaki berkulit putih dari kelas pekerja sebagai “minoritas” dalam makna politik kelompok-isme. Sekarang ini para agitator ini mempunyai banyak rekan hampir di seluruh demokrasi industrial barat. Dengan mengalami diri sebagai sebuah kelompok massa-luar yang marah, dan dikorbankan oleh kaum elite dalam kedudukannya sebagai penguasa ekonomi dan politik, kaum “minoritas” yang berjumlah besar ini tadi dapat diarahkan menjadi pendukung serangan terhadap negara dan ditundukkan pada kepentingan bisnis. Kontra-politik terhadap kemarahan tetap dipandang tidak penting di negeri-negeri dimana kesamaan sosial dan budayanya sangat besar, di negara berkesejahteraan yang sangat berhasil mengurangi ketidak-amanan ekonomi dan yang sistem pajaknya yang sangat halus (sebab sangat bersandar pada pajak tidak langsung).

Jadi, suatu keluhan yang bersifat kausal terhadap gaya reformisme progresif pesimistis, yang diperbesar oleh doktrin perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, bermula dengan ditemukannya perbedaan yang menyulitkan antara mereka yang membutuhkannya dengan mereka yang mengambil keuntungan darinya. Keluhan semacam ini berkembang menjadi suatu pemahaman bahwa politik hukum ini menarik hidup mereka dari politik sosial kelompok-isme. Kelompok-isme berperan dalam memecah setiap kelompok yang diuntungkan dari dalam, dan membesarkan kontra-politik frustrasi yang dilakukan kaum pekerja yang penderitaan dan kekhawatiran-kekhawatirannya tidak bisa disebutkan. Akibatnya adalah dihalanginya aliansi massa yang lebih inklusif dan dihambatnya sarana-sarana imajinatif dalam upaya dikembangkannya program-program rekonstruktif yang dibutuhkan untuk membuat dan mempertahankan aliansi tadi.

ekurangan-kekurangan politik hukum reformisme progresif pesimistis ini tampaknya sangat kurang dikemukakan ketika upaya dalam pembaharuan yang dilakukan oleh perintah-perintah pengadilan berjalan dalam aliansi implisit dengan gerakan-gerakan akar rumput dalam masyarakat sipil. Inisiatif yudisial ikut memperlebar ruang gerak gerakan-gerakan sosial; re-alokasi hak bisa menggoncangkan keseimbangan dalam konflik lokal dan politik nasional. Sebaliknya, gerakan-gerakan sosial bisa membantu memberi inspirasi dan memberi arah inisiatif yudisial itu dan juga meningkatkan tekanan terhadap cabang-cabang politik pemerintah yang menentanginya.

Kerja-sama antara pengadilan federal dan gerakan hak-hak sipil dalam perkembangan doktrin perlindungan yang sama dan anti-diskriminasi memberi sebuah contoh. Para peneliti telah menunjukkan bahwa sangat sedikit yang terjadi dalam upaya mengubah kenyataan pemisahan rasial dalam sepuluh tahun ini setelah terjadinya kasus *Brown vs Board of Education*. Hanya saja, aliansi yang terus terjadi antara para hakim progresif dengan agitator akar rumput tampaknya ikut membentuk dan mempercepat rangkaian konflik dan pencapaian hak-hak sipil yang lebih panjang. Hal yang sama bisa dikatakan sekarang ini tentang persekutuan antara gerakan-gerakan feminis dengan perkembangan yudisial tentang hak-hak perempuan.

Dalam setiap contoh tadi kita menemukan sebuah hubungan vital dalam setiap praktek transformatif, yaitu hubungan antara politik yang berorientasi ke negara di lapisan atas dengan politik yang mendasarkan diri pada masyarakat di lapisan bawah. Namun demikian, kesulitannya adalah bahwa tidak ada sesuatu pun di dalam teori atau praktek analisis hukum yang merasionalisasikan yang bisa membatasi usaha pembaharuannya pada lingkungan yang lebih diinginkan ini. Dari sudut pandang doktrin hukum, aliansi tadi lebih tampak sebagai sebuah kebetulan daripada sebagai sebuah syarat atau sebuah tujuan. Jika kita harus memikirkannya sebagai sebuah tujuan atau sebuah syarat, kita akan terpaksa bertanya tentang perencanaan sosial mana yang bisa dengan baik menjamin pelaksanaannya. Kita perlu menemukan cara berpikir tentang hukum yang bisa membantu membuat suatu redefinisi hak-hak di lapisan atas yang peka terhadap gerakan sosial di lapisan bawah.

Sekarang saya bisa menempatkan keluhan kausal tadi ke tingkat ketiga, yaitu tingkat yang terakhir. Kesulitan dengan perlindungan yang sama yang sifatnya substantif dan dengan gaya politik progresif yang dicontohkannya, adalah bahwa terjadinya pembelokan perhatian dari struktur institusional masyarakat yang tetap menjadi tempat terkaitnya kepentingan, cita-cita dan identitas grup kita. Praktek-praktek dan institusi-institusi bukanlah seluruh kisah tentang penafian dan tiadanya hak bersuara; melainkan bagian dari suatu kisah yang bisa dibicarakan oleh hukum dengan sangat efektif. Kesadaran dan budaya diperhitungkan pula; tetapi yang paling banyak dilakukan untuk mengubahnya terjadi ketika pemikiran hukum ini mewujudkan gambaran-gambaran tentang perkumpulan manusia yang diusulkannya dalam rancangan-rancangan praktis. Prasangka-prasangka tentang ras dan nasionalitas, jender dan orientasi seksual, umur dan penyakit, bukanlah fiksi, tetapi hal-hal ini menjadi amat sangat potensial ketika dikaitkan dengan kenyataan adanya kerugian ekonomi dan pendidikan yang didasari institusi, dan juga ketika dikaitkan dengan kenyataan adanya dis-organisasi sosial dan demobilisasi politik.

Sebagai contoh, perhatikanlah baik-baik adanya pemilah-milahan angkatan kerja secara hirarkis dalam masyarakat industrial kontemporer dan keberadaan kelas bawah struktural dalam beberapa masyarakat itu, dan di antaranya juga di Amerika Serikat. Berbagai jenis praktek yang terinstitusionalisasi, yang digambarkan dan direproduksi dalam hukum, saling berkait untuk mendukung kenyataan-kenyataan sosial seperti yang disebut ini. Satu: adanya perbedaan antara pekerja purna-waktu dan paruh-waktu, atau pekerja dan sub-kontraktor, yang memungkinkan perusahaan-perusahaan berurusan dengan lingkaran bisnis, dengan dipertahankannya dua lapisan angkatan kerja. Dua: adanya kemampuan perusahaan-perusahaan untuk mempergunakan kontrol yang ketat terhadap investasi dan strategi produksi mereka dengan cara menyandarkannya pada dana-dana investasi yang dihasilkan secara internal dan dengan menekankan aturan-aturan hak milik untuk mengingkari tanggung-jawab terhadap berbagai kelompok *stakeholders* yang potensial. Tiga: adanya persilangan antara sebuah bentuk hak milik pribadi yang membuat terpusatnya kepemilikan atau kontrol menjadi tampak sebagai sarana yang tak bisa dihindari bagi ekonomi yang sungguh terukur (*economies of scale*) dengan cara-cara menentukan organisasi-organisasi dan mesin-mesin yang mempertajam kontras antara tindakan-tindakan yang berfungsi untuk menentukan tugas dengan yang melaksanakan tugas. Empat: adanya hirarki sosial dan budaya yang sangat tinggi dalam sistem sekolah dan kemampuan kelas profesional-bisnis untuk membiarkan sekolah negeri ke dalam nasib mereka, dengan cara menghubungkan sekolah swasta dengan lingkungan masyarakat yang mempunyai privilegi atau dengan menempatkannya dalam sistem paralel sekolah-sekolah swasta. Lima: adanya aturan-aturan yang mengatur pewarisan kekayaan turun-temurun dan *inter vivos*, yang membuat orang mendapat warisan dengan cara yang berbeda-beda dari orang-tua mereka, bukannya mendapat warisan dengan cara yang sama dari masyarakat. Enam: adanya rancangan sistem pajak, yang dengan mempertahankan dalih redistribusi progresif, tidak berhasil mencapai efek redistributif yang signifikan, dan melalui ketidak-populerannya, bisa menghindarkan redistribusi yang mungkin terjadi lebih efektif pada sisi pengeluaran daripada pada sisi pengumpulannya. Tujuh: dipisahkannya secara berlebihan bantuan kesejahteraan terhadap kelas bawah dari bantuan ekonomi bagi mayoritas kaum pekerja dalam arti luas. Delapan: adanya penolakan masyarakat sipil terhadap sarana-sarana organisasional dari kontrak tradisional dan hukum korporat, yang memunculkan suatu pembagian antara mereka yang terorganisasi dan yang tidak, dan yang menyediakan tempat yang bisa digunakan oleh kepentingan-kepentingan yang terorganisasi dan menjadi besar untuk berunding di antara mereka sendiri. Sembilan: adanya rancangan-rancangan politik pemilihan yang menghambat adanya perjanjian antar warga, dengan cara memberi peluang pada uang untuk membeli perhatian, dan mengubah pilihan para pemilih menjadi sebuah interupsi, bukannya menjadi upaya penyempurnaan keputusan sehari-hari. Sepuluh: adanya bentuk-bentuk organisasi konstitusional yang lebih memilih kompromi daripada percobaan, dan jalan buntu daripada kompromi. Meskipun praktek-praktek dan institusi-institusi ini saling memperkuat, mereka membentuk suatu bagian dari suatu sistem yang bukan tak terbagi, dan kita juga tidak bisa selalu menarik kesimpulan tentang mereka itu dari konsep institusional yang abstrak seperti "kapitalisme" atau ekonomi pasar.

Masalah dengan program hukum reformisme progresif pesimistis terletak dalam upayanya yang beragam, bukannya dalam kegagalannya, untuk menantang sumber-sumber institusional dari penindasan dan peminggiran. Sebagai sebuah pelaksanaan di dalam pembaharuan praktis, program ini ikut memutus unsur-unsur kerugian dan pelaku-pelaku transformasi. Sebagai sebuah perwujudan hukum, ia membayar realokasi hak yang diperolehnya dengan memberi 'aura' otoritas dan keperluan yang dipertimbangkan pada struktur masyarakat yang terinstitusionalisasi. Sebagai sebuah bentuk imaginasi sosial, ia membiarkan kita tanpa suatu bahasa yang bisa dipergunakan untuk menggambarkan dan membicarakan masa depan alternatif masyarakat. Sebabnya adalah bahwa setiap masa depan ini muncul melalui beberapa interaksi antara perubahan praktek-praktek dan institusi-institusi yang sudah mapan dengan perubahan dalam pemahaman orang akan kepentingan-kepentingan, cita-cita dan identitas mereka.

13.6. *Memperdalam dan menggeneralisasi skeptisisme kausal: hukum di bawah dua ekonomi politik*

Sekarang ini saya memperluas argumen ini dengan mengembangkannya dalam konteks pandangan tentang tempat hukum dalam dua ekonomi politik yang bertentangan, yaitu dualis dan korporalis. Yang penting adalah mengusulkan bagaimana doktrin perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, dan juga hukum anti-diskriminasi memberi contoh suatu hubungan tertentu dari suatu pembaharuan hukum, yang sifatnya bertentangan dan salah arah, dengan ketegangan sosial yang menjadi sifat khas hukum dalam abad analisis hukum yang merasionalisasikan. Batas-batas dari pendekatan yang bertentangan dan salah arah ini berubah menjadi batas-batas reformisme progresif pesimistis dan batas-batas hukum-nya. Kontras antara dualisme dan korporatisme tidak seluruhnya ada dalam pilihan-pilihan politik-ekonomi dalam demokrasi industrial yang kaya dan juga tidak tercakup dalam pilihan-pilihan yang nyata. Berdasar pada perbedaan ini kita dapat mengungkapkan kembali cerita, yang sesungguhnya telah disederhanakan tetapi toh membuka pikiran, tentang kegagalan-kegagalan hukum dan ilusi-ilusi doktrin hukum.

Amerika Serikat adalah negeri yang mengikuti aliran dualisme dalam ekonomi politik dengan serius. Ekonomi politik dualistis ini ditandai oleh banyak ciri. Satu: kontras yang nyata antara industri produksi massa padat modal, yang barisan depannya adalah usaha-usaha yang terorganisasi secara fleksibel dan berlandaskan pengetahuan, dan ekonomi kedua dari jasa-jasa dan toko-toko padat karya. Dua: pemilah-milahan paralel atas angkatan kerja, antara kaum pekerja yang relatif diistimewakan, berketrampilan atau semi-berketrampilan dengan kelas bawah yang tidak berketrampilan dan bekerja paruh-waktu. Tiga: penolakan terhadap legitimasi intervensi pemerintah yang cukup dalam ke dalam ekonomi dan penolakan terhadap perjanjian-perjanjian yang difasilitasi pemerintah di antara kepentingan-kepentingan yang terorganisasi. Empat: perbedaan yang sungguh nyata antara bagian-bagian negara berkesejahteraan yang tanggap terhadap kaum pekerja pada umumnya dan bagian-bagian yang berurusan dengan kelas bawah. Dalam lingkungan seperti ini, penolakan terhadap pajak redistributif akan besar, dan akan menjadi makin besar jika sistem pajaknya berdalih menghasilkan redistribusi yang tidak pernah terlaksana. Ciri yang mencolok dari ekonomi politik dualis adalah bahwa kaum pekerja (yang di Amerika Serikat menyebut diri sebagai kelas menengah), meskipun relatif diistimewakan, tetap saja lemah. Kelompok ini tidak hanya bersaing dengan kelas bawah untuk mendapatkan perhatian pemerintah, tetapi juga tidak mempunyai paket hak kerja dan hak sosial yang dirumuskan dengan baik, yang melindungi mereka terhadap ketidak-amanan ekonomi. Kecewaan terhadap politik dan rasa permusuhan terhadap tindakan pemerintah menghalangi munculnya aliansi-aliansi dan program-program yang mungkin mengubah lingkungan kaum pekerja. Mereka melanggengkan politik kemarahan yang sudah frustrasi dan mengalahkan dirinya sendiri. Dalam politik ini setiap kelompok yang menjadi bagian mayoritas massa yakin bahwa mereka adalah korban dari kelompok yang lain.

Ekonomi politik dualis mempunyai hubungan timbal-balik dengan pluralisme budaya dan sosial. Pembagian yang ketat terhadap sejarah, identitas dan kesadaran kelompok menciptakan dualisme seperti itu. Rancangan-rancangan institusional dualisme memperkuat pembagian ini, dengan mendasarkannya pada tekanan kehidupan sehari-hari yang keras dan bertubi-tubi. Hubungan yang kedua –yang berlangsung dari dualisme ke pembagian-pembagian tadi– melibatkan pembagian rasial dalam pembagian kelas sosial, yaitu bahwa di Amerika Serikat, seperti halnya di dalam masyarakat lain yang mempunyai ciri-ciri dualisme, kelas bawah pada umumnya terdiri dari minoritas rasial dan juga perempuan yang tidak menikah bersama dengan anak-anaknya.

Hubungan yang pertama –yang terjadi dari pembagian-pembagian itu ke dualisme– memunculkan kembali beban yang memalukan. Ketika perbudakan dilarang, banyak dari para pemilik budak yang berusaha lebih keras mengusir para budaknya bermigrasi dan pergi ke daerah pertanian lainnya. Ketika produksi massal gaya *fordis* menjadi jantung sistem industri, kaum industrialis yang lebih berhasil menciptakan angkatan kerja yang relatif stabil dan dapat diandalkan, dan menyingkirkan kaum pekerja lainnya ke dalam urusan mereka sendiri. Ketika manufaktur dan jasa berkecanggihan mulai meninggalkan produksi massa gaya *fordis*, mereka yang menciptakan dan yang mendukung keuangannya memusatkan perhatiannya terhadap kaum elite pekerja yang terdidik dan mudah beradaptasi, dan membiarkan yang lain dalam pemeliharaan negara dan dalam himpitan bursa kerja yang tak memberi banyak kemungkinan.

Ada begitu banyak kesinambungan dalam komposisi sosial dan rasial dari sektor masyarakat yang terpinggirkan. Prasangka, apakah itu didukung negara atau tidak, telah dihidupkan kembali secara teratur oleh berbagai upaya peminggiran dan kecemasan-kecemasan yang senantiasa ada dalam struktur yang terbagi-bagi. Pekerja pria berkulit putih, yang bersaing dengan kelas bawah dan pekerja perempuan, dan terancam oleh ketidak-amanan ekonomi, tertutupnya kesempatan-kesempatan sosial dan keputus-asaan politik, dalam rasa berkemampuan dan percaya diri sebagai lelaki, telah, dan akan tetap, menjadi korban dari setiap prasangka ras, jender dan orientasi seksual. Prasangka itu punya banyak bentuk dan banyak sumber. Meski begitu, ia tidak mempunyai alasan lagi untuk memandang dan memahaminya terpisah dari struktur nyata suatu pembagian dan hirarki sosial. Lebih baik ia mempelajari suatu atmosfer di sekitar planet yang terpisah dari planet itu sendiri.

Perhatian yang paling mendalam dan sungguh kentara dari suatu pemikiran hukum di bawah tata kekuasaan dualisme adalah hukum anti-diskriminasi. Di Amerika Serikat, hukum ini menemukan ungkapan yang sarat dengan cita-cita dalam doktrin konstitusional tentang perlindungan yang sama yang sifatnya substantif. Masalah yang dihadapi oleh hukum anti-diskriminasi itu nyata, tetapi sebenarnya terbatas dan dangkal saja. Hukum dan pemikiran hukum berkembang seolah mereka memberikan prioritas tertinggi untuk memikirkan pembagian-pembagian dan kerugian-kerugian dualisme, hanya dengan sebab-sebab dan hambatan-hambatan institusional yang disisakan, dan perhatian yang lebih diarahkan ke prasangka daripada ke struktur, meskipun prasangka dan struktur itu pada dasarnya terkait erat. Benarlah bahwa pembagian dan peminggiran dualisme itu mengungkapkan, di bawah ekonomi politik dualis, adanya sumber frustrasi yang sudah menyebar kemana-mana terhadap pemenuhan hak. Dengan adanya semangat hukum kontemporer, mereka lalu menjadi target pembaharuan yang istimewa. Meski begitu, yang paling mencolok adalah bahwa jika sebuah perhatian itu begitu mendalam dan begitu berkuasa, perhatian-perhatiannya seharusnya tetap sangat sempit, dan pertimbangannya tetap sangat selektif.

Terhadap pertanyaan “Mengapa begitu selektif dan khususnya mengapa begitu anti-struktural?” ada dua jawaban yang mendasar. Pertama, prioritas yang lebih diberikan pada prasangka, bila dibandingkan pada institusi, hanyalah mengungkapkan politik kelompok-isme yang dominan. Untuk menjelaskan prioritas ini, kita harus menjelaskan politik ini. Kedua, demi semua alasan yang dijabarkan disini, analisis hukum yang merasionalisasikan itu buta secara institusional. Kedua jawaban ini lebih dekat satu dengan yang lain daripada kenampakannya. Anti-institusionalisme metode kebijakan dan prinsip mempunyai banyak sumber dan cabang.

Hal ini, di antara hal-hal lain, adalah sebab dan sekaligus konsekuensi dari ditiadakannya debat politik, sebagai sebuah ekspresi imajinatif dari diberikannya suatu beban kepada eksperimentalisme demokratis dalam kehidupan umum dan dalam wacana umum.

Hubungan hukum anti-diskriminasi dan hukum perlindungan yang sama dengan upaya peminggiran dan penindasan ekonomi politik dualis itu punya sifat khas di dalam kepedaiannya memilih (*selectivity*). Hal ini menjadi ciri khas dari suatu cara yang digunakan oleh doktrin hukum rasionalistis untuk membayangkan kehidupan sosial. Hukum memberi tanggapan yang nyata terhadap masalah yang nyata, meski juga berhenti di ambang-pintu perubahan struktural dan pembayangan kembali secara struktural (*structural reimagination*). Perhentian ini mungkin bisa dibenarkan oleh keberatan terhadap para hakim, birokrat, dan pelaksana hukum yang lain, yang seharusnya tidak dan tidak bisa menjadi agen perubahan sosial. Meski begitu, keberatan ini muncul, seperti akan dijabarkan dalam bagian sesudah ini, dari obsesi yang memiskinkan, menghambat dan bersifat takhyul terhadap keputusan pengadilan sebagai tugas pokok analisis hukum. Dalam pandangan ini para hakim adalah hal yang nyata, dan bahkan analisis dan teoretis hukum yang tidak resmi menggambarkan dirinya sebagai hakim-hakim ketika mereka berbicara tentang hukum. Dengan cara ini imajinasi anti-struktural memperoleh kesempatan kedua dalam hidup.

Kualitas yang sama dari suatu tanggapan yang terpasung dan salah arah muncul kembali dalam kerja hukum di bawah ekonomi politik korporatis. Korporatisme, dalam pengertian yang longgar dan inklusif, ada di atas batas-batas negeri, seperti Austria yang secara tradisional telah diidentifikasi dengan institusi korporatis. Dalam bentuk yang lebih universalis dan egalitarian, kita menemukannya dalam demokrasi sosial Skandinavia dan juga di Belanda. Dalam bentuk yang lebih menghargai perbedaan, dan lebih bersandar pada keluarga dan perusahaan sebagai sumber-sumber bantuan dan sarana kontrol, hal ini tampak di Jerman, Perancis dan Italia. Ketika tujuannya adalah memahami bentuk-bentuk dan asal-usul negara berkesejahteraan, kedua varian ini dipandang, paling baik, sebagai tipe-tipe yang berlainan. Meski demikian, dalam diskusi tentang pembaharuan sosial yang berlawanan di dalam hukum dan pemikiran hukum ini, bisa saja kita tidak memperhatikan perbedaan-perbedaan yang ada di antara mereka atau memakai perbedaan-perbedaan ini untuk melukiskan masalah bersama.

Gambaran ekonomi politik korporatis yang tak perlu diragukan lagi adalah kombinasi antara dirumuskannya hak-hak sosial yang membatasi pasar dengan praktek negosiasi di antara kepentingan-kepentingan masyarakat yang terorganisasi yang membentuk politik. Subyek pokok negosiasi kelompok adalah pendanaan serta cakupan hak-hak sosial dan ekonomi. Setiap individu mendapatkan satu paket keuntungan dan hak-hak yang tetap relatif terbatas terhadap tekanan persaingan pasar dan downswings lingkaran bisnis. Keuntungan-keuntungan terbatas yang berdasar pada hak ini mencakup klaim atas kesehatan dan pendidikan, kompensasi terhadap resiko fisik dan ekonomi, pemeliharaan anak-anak, orang tua dan orang sakit, dan larangan terhadap pemecatan kerja terhadap mereka yang memiliki pekerjaan.

Dalam demokrasi sosial yang penuh, hak-hak sosial ini dirumuskan cenderung berlebihan, dibagikan dengan lebih merata, dan secara lebih efektif bebas dari status dan pekerjaan daripada yang ada dalam masyarakat Eropa Tengah dan Barat yang lebih hirarkis dan negara-sentris (*statist*). Mereka yang membela gagasan Eropa dengan sangat fanatik memahami bahwa ikatan komunitas yang bersifat imajinatif dan sosial tergantung pada upaya dijembatannya jurang perbedaan antara dua tipe ekonomi politik korporatis ini dengan memberinya dasar ekonomi yang aman pada janji-janji demokrasi sosial yang lebih inklusif. Namun begitu, dalam kedua tipe tadi dapat kita temukan dialektika yang sama-sama berkembang antara hak-hak yang tetap berada dalam jangkauan yang aktif dan sehari-hari dari suatu kegiatan yang berorientasi pasar, dengan hak-hak yang membentuk pasar dari tempat di luar itu. Dialektika ini adalah bentuk khusus dari suatu dialektika hukum kontemporer yang paling menonjol dan universal di bawah demokrasi sosial korporatis, yaitu kontras antara hak-hak atas pilihan dan hak-hak yang ditarik dari pilihan demi pilihan itu.

Para pialang pemerintah berunding di antara kepentingan-kepentingan masyarakat yang terorganisasi tentang isi dan pendanaan paket hak-hak sosial, dan juga tentang agregat makro-ekonomi yang menjadi tempat bergantungnya paket hak tadi, yaitu upah dan harga, dan bahkan juga tingkat tabungan dan investasi. “Kontrak sosial” ini memperdamaikan janji-janji akan hak dengan kenyataan ekonomi, dan menjaga batas-batas antara lingkungan pasar dengan wilayah penjagaan yang dikhususkan untuk pasar (*market-insulated safeguards*). Sekali lagi, demokrasi sosial yang lebih utuh berbeda dari pasangannya yang kurang bersifat sosial-demokrat dalam hal inklusivitas, yang digunakan oleh partner-partnernya dalam kontrak sosial untuk mewakili sebagian besar masyarakat pekerja. Dalam versi ekonomi politik korporatis yang tidak terlalu merata dan berorientasi status, sebagian besar penduduk tetap tidak tahu-menahu tentang pokok yang dirundingkan dan tidak dilibatkan dalam perundingan yang diadakan. Pemisahan yang kemudian terjadi antara mereka yang terorganisasi dengan yang tidak terorganisasi di bawah korporatisme menghasilkan beberapa gambaran tentang dualisme. Kemiripan ini menjadi lebih kentara tatkala industri lalu bersandar pada pekerja migran yang tidak punya hak pilih, atau pekerja dalam negara-negara yang lebih miskin, dan menganggap mereka sebagai bagian kedua yang dapat dibuang dari suatu angkatan kerja yang mempunyai dua lapis itu.

Di dalam arti penting dan legitimasi kehadiran pemerintah yang nyata dalam ekonomi, baik hak-hak sosial maupun kontrak sosial tergantung pada suatu keyakinan yang sudah tersebar luas. Dengan keyakinan ini akan ada kemajuan dalam insight tentang konstitusi politik hubungan-hubungan legal, baik privat maupun publik. Kampanye pemikiran hukum sejak abad kesembilanbelas untuk menghilangkan takhyul tentang adanya bentuk ekonomi pasar, masyarakat sipil yang bebas, dan demokrasi perwakilan yang sifatnya pre-politis dan alamiah, menjadi makin kuat dalam gagasan-gagasan yang muncul ini. Konsekuensi praktisnya bagi politik partai adalah lebih banyak ruang bagi kebijakan pemerintah untuk melakukan manuver bila dibandingkan dengan yang ada dalam dualisme. Debat politik kemungkinan menjadi tidak lagi terlalu terjebak dalam oposisi antara kepercayaan dan ketidakpercayaan pada pemerintah. Dalam hal ini, konsekuensi praktisnya bagi pembaharuan hukum adalah dapat diperjuangkannya secara habis-habisan dan dengan lebih merata suatu redefinisi hak-hak sosial dalam wilayah hukum privat maupun publik.

Kesulitan dengan korporatisme terletak dalam batas yang dipaksakannya terhadap kemajuan dalam bidang inti dari suatu proyek demokratis, yaitu bidang yang bertumpang-tindih antara syarat-syarat kemajuan material dengan syarat-syarat emansipasi individual. Kontrak sosial ekonomi politik korporatis akan selalu punya resiko merosot menjadi sistem prerogatif kelompok yang tersusun secara hirarkis, seperti halnya tata kekuasaan hak-hak sosial baru yang kembali ke *ancien regime* dari hak-hak istimewa dan ketidak-mampuan dari suatu kelompok khusus. Hasilnya adalah halangan yang besar terhadap inovasi praktis yang pada saat yang bersamaan berlaku pula sebagai halangan terhadap kesederajatan.

Paket hak-hak sosial yang ada di dalam tata kekuasaan politik-ekonomi membentuk suatu bentuk kompromi sementara berhadapan dengan tantangan-tantangan ekonomi dan politik. Hak-hak yang telah mengakar ini secara khas akan menjadi makin luas, melampaui sarana-sarana ekonomi dan pendidikan bagi tindakan individual yang efektif. Hak-hak ini akan mencakup hak-hak istimewa yang dimiliki oleh setiap lapisan angkatan kerja, berhadapan dengan atasan dan bawahan langsungnya, dan juga klaim-klaim yang dimiliki setiap bagian bisnis terhadap kemurahan negara. Karena sarana-sarana pelaku individual menjadi bercampur dengan hak prerogatif suatu status, ruang untuk inovasi ekonomi menjadi sempit. Karena distribusi pengaruh politik dan ekonomi tidak pernah sepenuhnya bersesuaian, tidak ada satupun rangkaian perundingan yang dapat menghadapi kedua pengaruh tadi secara seimbang. Sementara pihak akan menganggap dirinya sebagai pihak yang kalah dan kemudian menyerang lagi dengan menahan pekerja, modal atau pemberian suara, seperti dipaksakan oleh kepentingan-kepentingan dan kekuasaan-kekuasaan mereka, dengan cara menggantikan praktek kontrak sosial yang kooperatif dengan perang sosial untuk menghabiskan tenaga lawan, yang biaya sosialnya tinggi. Karena kepentingan kelompok diwakili dan diorganisasikan dengan tidak seimbang, mereka yang tidak terorganisasi atau yang kurang terorganisasi akan menjadi anak

yatim dari tata kekuasaannya. Demokrasi sosial yang lebih utuh pun akan membatasi ketidak-samaan ini dengan memutuskan hubungan antara hak-hak dengan pekerjaan, tetapi dengan melakukan hal ini mereka juga meningkatkan biaya hak-hak berkesejahteraan (*the charge of welfare entitlements*) terhadap seluruh masyarakat –biaya yang diukur dalam kekhawatiran akan inovasi dan juga dalam biaya yang harus dibayar untuk hak-hak itu. Karena hak-hak sosial mencakup juga kebiasaan-kebiasaan kelompok dan juga sarana-sarana individual, suatu kontrak sosial yang menentukan mereka akan mencabut berbagai urusan dari agenda politik yang terbuka dan mempersempit jangkauan keterbukaan eksperimental dalam kebijakan dan politik.

Di jantung kemajuan praktis terletak hubungan paradoksal antara inovasi dan kerja-sama. Keduanya penting bagi kemajuan praktis itu. Masing-masing memerlukan dan sekaligus menjadi ancaman bagi yang lain. Pertumbuhan ekonomi adalah bidang yang sangat penting, tetapi bukan satu-satunya, yang menjadi tempat ditelitinya hubungan-hubungan paradoksal ini. Begitu kita melampaui tahap-tahap awal jarangnyanya sumber-daya dan kesederhanaan teknologi; inovasi teknik, organisasi-organisasi dan gagasan gagasan akan segera mengesampingkan tingkat tabungan sebagai hambatan terhadap pertumbuhan. Inovasi ekonomi di setiap tahapan tergantung pada kerja-sama sosial, yaitu kerja-sama di tempat kerja di antara para pekerja dan antara para pekerja itu dengan para pengawas; kerja-sama antar perusahaan –pemasok, pelanggan, dan bahkan juga pesaing; kerja-sama antara perusahaan dengan pemerintah, setidaknya dalam produksi modal dasar fisik, sosial dan modal manusia; dan kerja-sama dalam masyarakat yang lebih luas di antara kelas-kelas sosial dan bisnis yang bersaing mendapatkan perhatian pemerintah. Hanya saja, setiap inovasi mengancam berbagai rancangan, hubungan-hubungan dan harapan-harapan yang menjadi tempat berpijaknya praktek-praktek kerja-sama itu. Sebaliknya, setiap praktek kerja-sama, begitu sudah sangat mengakar, tidak akan memberi kesempatan terobosan inovatif. Masalah utama pertumbuhan ekonomi dan kemajuan praktis pada umumnya adalah rancangan institusi-institusi yang mengurangi campur-tangan timbal-balik, dan yang memanfaatkan adanya usaha untuk saling menguatkan, dari kerja-sama dan inovasi tadi; ini adalah kemajuan ke arah rancangan-rancangan kooperatif yang tidak akan menghambat tindakan inovatif.

Setelah dipertimbangkan kembali dari pemahaman ini, kesulitan yang muncul dari dualisme adalah bahwa dibiarkannya kebutuhan untuk kerja-sama tidak dipenuhi, atau dipenuhi hanya dengan sarana-sarana kekerasan ekonomi yang janggal dan mahal. Meski begitu, kesulitan yang muncul dari korporatisme adalah dibekukannya sistem kerja-sama khusus, sebagai kontrak sosial dan hak sosial, dengan cara memaksakan batas yang tegas pada inovasi. Alih-alih menarik mundur dari agenda politik jangka-pendek jaminan-jaminan terhadap kemampuan yang diperlukan untuk mengefektifkan penentuan-diri ekonomi dan politik, ia menarik seluruh bidang perencanaan sosial dari agenda. Hasilnya adalah bahwa ditempatkannya beban yang berat pada eksperimentalisme politik dan ekonomi.

Sekarang ini kita mempunyai semua unsur yang dipakai untuk memahami perhatian yang paling nyata dari analisis hukum yang merasionalisasikan di bawah ekonomi politik korporatis, yaitu fleksibilitas dan pembuatan hukum dari bawah ke atas. Seharusnya ada penangkal bagi hak-hak pribadi yang ditetapkan oleh negara dan kerja-sama yang diatur oleh negara, seperti halnya dalam dualisme, perlindungan yang sama yang sifatnya substantif, dan hukum anti-diskriminasi memang dibuat untuk memulihkan beberapa bentuk perbedaan sosial (*social apartheid*) yang dipilih. Seperti sebelumnya, tanggapan legal terhadap masalah sosial ini nyata tetapi juga dangkal, mendalam tetapi sekaligus salah-arah. Angan-angan bentuk teoretis dari tanggapan ini adalah ketertarikannya pada hukum yang melampaui negara, hukum yang dibentuk dari bawah ke atas, pengaturan diri dan "*autopoiesis*." Bentuk praktisnya yang membosankan adalah tekanan pada "prinsip subsidiaritas," yang beranggapan bahwa sejauh ini kekuasaan seharusnya menjadi hal yang dapat dilaksanakan, yang dijauhkan dari kekuasaan pemerintah pusat dan diarahkan bagi individu, keluarga, perusahaan dan pemerintah lokal. Setiap tingkat yang lebih tinggi hanya mengambil alih tanggung-jawab yang tidak bisa dilakukan oleh tingkat yang lebih rendah.

Memindahkan kekuasaan tanpa mengorganisasikan dan mereorganisasikan masyarakat sama saja dengan memusatkan kekuasaan di tangan mereka yang sudah memilikinya. Hal ini juga berarti membuat despotisme picik masyarakat sipil tanpa koreksi dari kejauhan atau dari atas. Secara lebih umum, hal ini berarti mengurangi kompleksitas dari berbagai forum dan dari berbagai kekuatan pada tingkat yang berbeda-beda, dengan janjinya untuk membuat tantangan dan membuat variasi. Contoh yang bagus dari masalah ini adalah sistem manajemen-diri pekerja dan kepemilikan pekerja, yang dilembagakan melalui bentuk-bentuk hak milik tradisional.¹ Jika kita mulai dengan suatu bentuk sederhana yang dibuat untuk menghargai pembagian pekerjaan yang ada dan juga yang menghargai gagasan yang diwarisi tentang hak milik yang disatukan; komitmen akan efisiensi yang menjadi tujuan awal kita, kesamaan dan partisipasi pada gilirannya akan mendorong kita untuk mengendurkan kedua pengandaian tadi. Begitu kita mencoba membatasi proses alienasi, akumulasi, akuisisi dan pengeluaran sumber-daya, kita menemukan bahwa, untuk menjalankannya secara efektif, versi kepemilikan pekerja yang tidak direkonstruksi, sebagai suatu transfer hak milik gabungan tradisional dari satu tipe pemilik (pemilik modal-investor) ke tipe yang lain (pekerja-pemilik), memberi jalan ke arah visi yang lebih kompleks tentang kekuasaan untuk memerintah, yang dibagi dan dimiliki bersama di antara pekerja-pemilik dan pihak luar. Terlebih, jika kita harus menghindarkan diri dari usaha untuk mendapatkan hak sewa untuk kepentingan pribadi (*rent-seeking*) dan dogmatisme dari ekonomi yang diatur secara sentral, yang akan menjadi pihak luar ini bukan hanya birokrasi-birokrasi pemerintah. Mereka harus mendanai dirinya secara kompetitif dan tidak boleh menjadi tergantung, dengan cara memiliki beberapa komponen yang sekarang kita sebut hak milik. Supaya pemerintah-pemerintah demokratis jatuh, peran yang tersisa namun sifatnya bisa menentukan dari suatu upaya untuk menetapkan perkara yang paling tinggi, akan membatasi variasi dan ketidakmerataan dalam alokasi sumber-daya produktif yang terdesentralisasi. Pada akhirnya, nanti, manajemen-diri dan kepemilikan oleh pekerja, yang dipahami sebagai satu-satunya transfer hak milik, akan sudah digantikan oleh manajemen-diri dan kepemilikan pekerja, yang ditafsirkan kembali dengan nama lain bagi ekonomi pasar yang didemokratisasikan. Ekonomi semacam ini memilah-milah hak-hak milik dan memberikan komponen-komponennya yang berbeda-beda kepada kelompok pemilik hak yang berlainan.

Dengan tidak adanya inovasi institusional seperti itu, subsidiaritas dan pemberian kekuasaan dari pemerintah ke institusi-institusi di bawahnya tadi memberangus kesempatan transformatif. Perubahan dari suatu kompromi yang bersifat sementara menjadi suatu hak yang diterima akan terus berlangsung, meski hanya dalam seting yang lebih terdesentralisasi. Kampanye melawan kekakuan ini kehilangan tujuannya. Pasangan 'spiritual' bagi diturunkannya kekuasaan secara praktis ini adalah mundur ke dalam bentuk kehidupan sosial dimana rakyat tidak peduli akan politik dan mencari hiburan dan keselamatan dalam "kehidupan personal yang dingin-dingin saja (*pianissimo personal life*)". Mereka berharap bisa menjadi besar dengan membuat politik menjadi 'kecil,' tetapi harapan mereka ini salah alamat.

Untuk menghindari nasib salah arah, hukum dan pemikiran hukum di bawah korporatisme seharusnya menghadapi dan membayangkan kembali bentuk-bentuk institusional praktis dari ambisi-ambisi mereka yang sifatnya mendesentralisasikan dan menentang kekuasaan yang terpusat pada negara (*anti-statist*). Namun demikian, analisis hukum yang merasionalisasikan tidak dapat menyelesaikan tujuan ini tanpa revolusi dalam metodenya. Sampai ia menempatkan hubungan antara institusi atau praktek-praktek dengan cita-cita atau kepentingan-kepentingan di jantung perhatiannya, analisis hukum tetap ditakdirkan hidup di permukaan gejala sosial, dimana konsekuensi-konsekuensi yang buruk menyusul maksud-maksud yang baik.

¹ Lihat diskusi menyusul yang lebih utuh tentang kepemilikan para pekerja dan sistem manajemen-diri di halaman (157-161)

13.7. `Kegagalan-kegagalan politik praktis dari analisis hukum yang merasionalisasikan

Sekarang ini anda bisa melihat dengan lebih komprehensif hal yang telah diusulkan oleh diskusi tentang perlindungan yang sama yang sifatnya substantif. Analisis hukum yang merasionalisasikan memang sungguh mengungkapkan kemungkinan-kemungkinan dan pembatasan-pembatasan pada reformisme yang secara institusional konservatif. Secara khusus, hal itu menarik makna, otoritas dan energi dari jasa yang bisa disumbangkan pada reformisme progresif pesimistis, yaitu orang yang menggunakan idealisasi retrospektif hukum sebagai dasar untuk memperbaiki situasi dari mereka yang paling lemah, mereka yang sangat mungkin menderita kekalahan dan dikebawahkan dalam pembuatan hukum.

Namun demikian, dalam mengusahakan jenis pembaharuan politik, analisis hukum yang merasionalisasikan juga memberi terang pada pembatasan-pembatasan mereka, baik sebagai bentuk-bentuk praktek politik maupun sebagai variasi-variasi imajinasi politik. Semakin kita mendalami dalam memahami hubungan antara proyek politik dan sarana hukumnya, semakin sedikit nalar yang kita miliki untuk mempercayainya.

Kekurangan pokok dari analisis hukum yang merasionalisasikan sebagai tindakan politik terletak dalam keagalannya menggali sumber-sumber kerugian dan peminggiran yang lebih dalam di dalam institusi-institusi dan praktek-praktek masyarakat. Ketika berhasil mencapai semuanya, fokusnya tetap begitu sempit dan visinya begitu dangkal sehingga kampanye untuk melakukan perbaikan sering membawa hasil yang paradoksal dan bertentangan. Pada kekurangan dasar inilah terkait semua kekurangan metode kebijakan dan prinsip sebagai pembaharuan praktis. Satu: suatu peran untuk memprakarsai yang diberikan kepada Bonapartisme kolektif yang tampak sungguh memalukan dari para ahli hukum, yang dengan mudah memberikan keuntungan hukum dari otoritasnya kepada rakyat dalam kapasitas mereka sebagai korban yang terasing, bukannya menyalurkannya melalui sarana-sarana organisasi kelompok yang berpandangan ke depan. Dua: tekanan pada komponen-komponen pengalaman ditindas, yang setidaknya terkait secara langsung dan transparan pada struktur institusional masyarakat, seperti diskriminasi yang didasarkan pada ciri-ciri khas fisik kelompok yang berbeda-beda. Tiga: kebutaan yang pilih-pilih terhadap hubungan di antara sumber-sumber kerugian yang berbeda, dan di antara kerugian kelompok yang berbeda-beda. Empat: sering dibaliknya hubungan antara jumlah bantuan yang dibutuhkan dengan jumlah bantuan yang diberikan. Lima: didalamnya pemisahan antara kaum elite dengan anggota kebanyakan dari kelompok yang diuntungkan dan juga antara kelompok yang dipilih dengan yang tidak dipilih untuk bantuan itu. Enam: sikap yang tidak kritis terhadap konteks institusional yang menjadi konteks dari keharusan kita untuk menyadari tujuan-tujuan programats seperti desentralisasi dan devolusi kekuasaan. Tujuh, secara lebih umum: upaya perbaikan yang bersifat obsesional dan sungguh bersemangat terhadap kejahatan-kejahatan sosial yang tidak dapat kita kurangi dengan efektif tanpa diaturnya kembali institusi-institusi, praktek-praktek, kepentingan-kepentingan dan cita-cita kita.

Sebagai imajinasi politik, analisis hukum yang merasionalisasikan mengalami kesulitan yang muncul dari dorongan untuk memberangus dan membekukan hubungan internal antara institusi-institusi atau praktek-praktek dengan kepentingan-kepentingan atau cita-cita. Hal itu terjadi dengan diberikannya gambaran yang ideal terhadap praktek-praktek dan institusi-institusi yang ditentukan dalam hukum, dan menemukan dalih untuk upaya peningkatan ini dalam perbaikan retrospektif hukum. Konsekuensinya adalah dibiarkannya ketidak-stabilan internal, yang menjadi ciri khas posisi programatis dalam hukum dan politik modern, tidak terungkap, tidak dijamah dan tidak diselesaikan, yaitu tegangan antara kepentingan-kepentingan yang dikenali atau cita-cita yang dinyatakan dengan sarana-sarana institusionalnya yang sudah mapan.

Terhadap suatu tanggapan bahwa kita dapat berharap melaksanakan hubungan internal ini pada bidang wacana yang lain, jawabannya adalah bahwa kalau kita sungguh mau melaksanakannya kita harus membuatnya dalam bentuk hukum. Kita tahu bahwa institusi-institusi dan praktek-praktek telah menyandera kepentingan-kepentingan dan cita-cita kita untuk hidup secara terperinci. Hal-hal ini tampak seperti hukum. Kemudian, dalam pemikiran hukumlah kita memberi perhitungan yang terpola -dan sangat menentukan- dari hubungan antara

rancangan-rancangan sosial dengan konsep-konsep tentang kepentingan dan cita-cita yang membuatnya masuk akal. Biaya imajinatif yang terbesar dari gaya penalaran hukum yang resmi itu bersifat negatif, yang berarti bahwa ia mengisi ruang imajinatif, tempat berakarnya cara berpikir yang lain, dan ia melakukannya dalam suatu tempat pengujian yang sangat penting, yang menjadi tempat bertemunya cita-cita otoritatif dengan kenyataan-kenyataan praktis.

Meski begitu, setiap usulan untuk mengarahkan kembali analisis hukum menghadapi keberatan karena bisa berarti menuntut tindakan-tindakan yang melampaui tindakan-tindakan yang bisa dilaksanakan oleh para hakim secara sah dan sukses. Kita tidak bisa mendapatkan kemajuan dalam memahami potensi analisis hukum jika kita tidak membuang gagasan bawa para hakim, atau pelaku lain yang seperti mereka, adalah satu-satunya pelaku pemikiran hukum. Seharusnya kita tidak perlu terlalu memandang tinggi peran yudisial, dengan cara memberinya tanggung-jawab khusus dan sekunder. Masyarakat sipil secara keseluruhan harus terlibat dalam pembicaraan tentang analisis hukum. Peran pertama para ahli hukum adalah mendampingi warga-negara dalam hal-hal teknis.

14. EMPAT LAPIS AKAR ANALISIS HUKUM YANG MERASIONALISASIKAN: PERAN HAKIM YANG BEGITU MENENTUKAN

14.1. *Konteks historis sebuah obsesi*

Dalih yang selalu ada dari diibatasinya analisis hukum yang merasionalisasikan terdapat di dalam pembatasan terhadap peran yudisial. Seperti pendahulu-langsungnya, analisis hukum yang merasionalisasikan mula-mula dimaksudkan bagi para hakim atau bagi mereka yang, sebagai birokrat atau sebagai analis hukum yang tidak resmi, secara praktis atau secara mental, bertindak sebagai hakim. Bahkan ketika teori “proses legal” kontemporer telah mengubah pengadilan menjadi satu sistem dari para pelaku hukum, ia tetap menjadi yang pertama di antara yang sederajat, di puncak piramida “uraian yang sungguh dipertimbangkan (*reasoned elaboration*),” seperti halnya legislasi telah diturunkan ke dalam status residual, menjadi suatu sarana terakhir yang digunakan kalau kekuasaan-kekuasaan pertimbangan rasional gagal. Setiap usulan untuk melakukan pembaharuan dan memperbaiki arah analisis hukum menghadapi suatu keberatan, yaitu “apa yang bisa dibuat para hakim dengan metode seperti itu?” Pertanyaan “Bagaimana para hakim seharusnya memutuskan perkara?” bisa menghentikan pembicaraan, dan pertanyaan ini tetap menjadi pertanyaan sentral dalam teori hukum.

Pertanyaan terhadap keputusan pengadilan ini tidak berhak mendapatkan privilegi. Privilegi akan menutupi berbagai pre-komitmen anti-demokratis yang tidak bisa dipertahankan, dan kekerasan kehendaknya ikut memasung kemajuan teori hukum. Secara khusus, privilegi telah menjadi sebab, dan sekaligus akibat, dari kegagalan pemikiran hukum kontemporer untuk beralih dari perhatiannya sekarang ini ke arah pemenuhan hak-hak yang efektif ke arah apresiasi yang belum dikembangkannya terhadap jalan institusional alternatif bagi pengembangan pelaksanaan hak-hak dalam masyarakat yang bebas. Obsesi terhadap pengadilan ini telah ikut mendorong anti-eksperimentalis ke arah pemikiran hukum, dengan cara membujuknya untuk mengkhianati panggilan utamanya di dalam sebuah demokrasi. Kita tidak perlu menganggap penting pertanyaan “Bagaimana seharusnya para hakim memutuskan perkara?” Kita harus menempatkannya dalam status khusus dan sekunder, sebagai sebuah pertanyaan yang menuntut jawaban-jawaban khusus, tetapi memberi peluang bagi praktek-praktek analisis hukum yang diarahkan ke lain tujuan. Tujuan pokoknya adalah menyusun, dalam imajinasi dan dalam praktek, interaksi antara cita-cita atau kepentingan-kepentingan dengan institusi-institusi atau praktek-praktek, melalui wadah hukum dan pemikiran hukum yang terinci. Namun demikian, sebelum membuktikan hubungan analisis hukum yang merasionalisasikan dengan status seorang hakim yang bisa dijadikan contoh, adalah berguna untuk mengingat beberapa gambaran yang menimbulkan pertanyaan dari sejarah status ini.

Bersama dengan upaya untuk mendapat kemenangan dan upaya untuk melakukan pembelaan, upaya untuk menyelesaikan suatu sengketa telah menjadi dasar terpenting bagi pemerintah, sebab tidak ada tujuan lain yang lebih fundamental dalam sejarah masyarakat dibanding upaya untuk membangun dan mempertahankan tatanan, yang diancam oleh konflik, perebutan kekuasaan dan dendam. Karena itu, dalam kacamata modern kita, bentuk-bentuk awal pemerintah sering tampak sebagai suatu bentuk pengadilan. Meski begitu, kesan ini memberi separuh kebenaran saja, yaitu bahwa kita, dengan adanya kerja hakim-hakim modern yang terspesialisasi dan penuh cita-cita, sering mencampur-adukkan suatu praktek pendamaian inklusif dengan suatu praktek penghakiman oleh institusi-institusi dalam suatu bentuk awal negara seperti itu. Hal yang paling penting untuk dimengerti tentang institusi-institusi awal ini adalah bahwa hal itu berlangsung dalam latar-belakang hukum adat (*customary law*). Pada bagian-bagian hukum adat inilah hukum suci atau campur-tangan raja mungkin dipaksakan dari atas.

Hukum adat terbentuk di seputar rangkaian yang berkesinambungan, yaitu rangkaian antara hukum dengan harapan-harapan dan klaim aktual, yang dimiliki orang-orang terhadap orang lain menurut peran sosial yang didudukinya; rangkaian antara standard-standard normatif dengan perilaku dan kepercayaan yang biasa terjadi; dan rangkaian antara tindakan yang menjadi sarana untuk merumuskan makna hukum dengan tindakan-tindakan yang digunakan untuk menerapkannya dalam kasus-kasus khusus. Rangkaian ini mempunyai dampak kumulatif, yaitu menjadi alamiahnya masyarakat. Artinya: dengan menempatkan sebagian besar rancangan-rancangan sosial di atas jangkauan tantangan dan revisi yang efektif, mereka, dalam praktek, menjadi tatanan benda-benda yang bersifat alamiah. Bahkan di akhir abad pertengahan Eropa munculnya pusat-pusat pemerintahan tetap terbagi antara *jurisdictio* dan *gubernaculum*. *Jurisdictio* menyatakan kembali hukum adat, yang dianggap lumrah oleh masyarakat, di dalam upaya penerapannya. *Gubernaculum*, yang biasanya melekat pada istana raja, turun tangan untuk mengatur krisis dan mengatur sumber-daya alam dan sumber-daya manusia tanpa bermaksud untuk merusak tatanan masyarakat yang alamiah. Tatkala perhatian pada hal-hal yang alamiah itu berdampingan dengan kesadaran akan adanya perbedaan-perbedaan di antara cara-cara hidup di dalam masyarakat yang berlainan, ia berubah menjadi konsep tentang identitas kolektif, yang dirumuskan dengan canggih, misalnya adat-kebiasaan Romawi menentukan makna menjadi orang Romawi.

Common law Inggris atau *ius commune* Eropa daratan telah berkembang dengan banyak keresahan dan dengan cara yang ambivalen. Ada perbedaan yang makin tajam dengan adat-kebiasaan sosial. Prosedur lalu lahir untuk mengatur penyelesaian sengketa. Para ahli hukum mulai memikirkan hukum mereka sebagai hasil sejarah yang berkembang di dalam waktu historis. Masyarakat mulai menegaskan kembali kekuasaan yang lebih besar untuk membangun kembali diri mereka melalui kecerdasan hukum-hukum mereka.

14.2. Keputusan hakim dan reskonstruksi rasional

Sekarang lihatlah karya para hakim modern dan tempat pengadilan modern. Penerapan yudisial dan uraian hukum terjadi berhadapan dengan sebuah latar-belakang yang memandang hukum itu sebagai buatan manusia, dan dalam kenyataannya dibuat oleh para pelaku dari luar wilayah pengadilan. Dalam sebuah demokrasi, yang harus sungguh diperhitungkan di antara para pembuat hukum ini adalah cabang-cabang politik pemerintah. Meski begitu, kekuasaan para hakim sebagai orang yang berhak menguraikan hukum tampak melebihi kekuasaan yang bisa dijelaskan oleh tanggung-jawabnya sebagai penjaga hak-hak individual yang berdasar pada konstitusi. Sejarawan komparatif hukum modern telah menunjukkan bagaimana sejak sekitar tahun 1800, bahkan di Eropa daratan, para hakim mulai mengandaikan adanya tanggung-jawab yang lebih besar terhadap penafsiran revisioner dan reorganisasi hukum. Mereka tidak bertindak melulu sebagai budak-budak yang pasif bagi para pembuat hukum yang sesungguhnya, yaitu suatu peran yang didambakan oleh banyak pembaharu radikal dan kaum demokrat di awal abad kesembilan-belas. Kodifikasi sering memperlambat pertumbuhan kekuasaan

pengadilan. Prestise para ahli hukum akademis dan konsultan pribadi para ahli hukum telah mengurangi lambatnya pertumbuhan itu, meski toh tetap terjadi. Dewasa ini, di negara seperti Jerman, teknik penafsiran hukum makin serupa dengan, katakanlah, yang dibuat para hakim Amerika, daripada serupa dengan teknik yang kita harapkan, seperti yang ditunjukkan oleh sejarah dua tradisi yang bertemu itu. Hanya saja para sejarawan gagal untuk menjelaskan mengapa para hakim terus saja berusaha mendapatkan kekuasaan untuk membuat hukum, bahkan juga di tempat dimana budaya hukum tradisional tampaknya menentang klaim mereka itu.

Kita bisa menemukan jawabnya dalam adanya penyesuaian timbal-balik antara kenyataan institusional dengan pra-konsep spiritual dalam negara-negara yang mempromosikan hakim. Cita-cita *rule of law* dan juga efisiensi administratif menuntut bahwa hukum dirumuskan sebagai batang-tubuh peraturan dan doktrin yang bisa memberi klaim yang khas dan tetap terhadap beragam kelompok yang mempunyai peran, yaitu warga-negara, pembayar pajak, konsumen, dan pekerja; pengutang dan pemberi utang; pasangan suami-isteri dan anak-anak. Bayangkan bahwa ada pembagian di antara kepentingan-kepentingan dan ideologi-ideologi yang menghasilkan batang-tubuh hukum ini, tetapi pembagian itu tidak terlalu besar; atau bayangkan bahwa elite yang berkuasa tidak terlalu terpisah-pisah dan tidak sektarian, sehingga mereka tidak bisa membiarkan kesepakatan ini relatif tidak lengkap dan menyerahkannya pada kader-kader pejabat khusus untuk melengkapinya. Salah satu cara untuk memahami analisis hukum yang merasionalisasikan dan memahami kekuasaan pengadilan yang penting, yang diberikan dan sekaligus disembunyikan oleh analisis hukum itu, adalah mengatakan bahwa ia berfungsi sebagai sarana yang digunakan oleh elite pembuat hukum dalam cabang-cabang politik pemerintah untuk menyerahkan kepada para hakim dan pelaksana hukum profesional lain tanggung-jawabnya untuk melengkapi kesepakatan mereka. Diserahkannya kekuasaan ini, yang diusahakan kelihatan, kepada para pelaksana hukum dengan menggunakan peraturan dan standard yang tidak jelas, hanyalah kasus ekstrem dari kebiasaan yang sudah sangat mengakar. Meski begitu, para hakim tidak bisa bekerja efektif dalam memperjelas logika sosial yang tersembunyi dari apa yang tampak sebagai kompromi yang rapuh, jika mereka harus menyebarkan metode cabang-cabang politik itu. Dengan mengembangkan metode ini, mereka juga tidak bisa mendamaikan tanggung-jawab untuk memperbaiki hukum dengan tugas untuk menghormati dan mengamankan hak-hak dalam kasus-kasus khusus. Jadi, analisis hukum yang merasionalisasikan, seperti pendahulunya di abad kesembilan-belas, berperan sebagai alat diskursif dari kesulitan institusional.

Dengan makin tajamnya pembagian dan alternatif yang dimunculkan dalam politik demokratis, suatu cara yang penting untuk memandang hukum sebagai sebuah rangkaian kesepakatan yang tidak lengkap, dengan logikanya sendiri yang mampu memperjelasnya secara retrospektif, kehilangan pijakannya di dalam kenyataan. Tidak ada skema rasional yang berkembang yang bisa diberi contoh oleh bagian hukum yang berbeda-beda. Tiadanya skema yang jelas seperti itu, dalam arti tertentu, justru menjadi sebuah prasyarat bagi kekuatan demokrasi, bukan malah menjadi masalah, sebab demokrasi tumbuh dengan membuka kehidupan sosial sampai ke suatu pelaksanaan percobaan yang disadari. Dengan alasan yang sama, diserahkannya tanggung-jawab untuk melengkapi hukum dan merekonstruksi hukum kepada sekelompok ahli yang terbatas dalam sebuah pertimbangan yang rasional tidaklah masuk akal. Keahlian seperti ini selayaknya menjadi milik warga-negara. Setiap masyarakat yang plural dan demokratis bisa mempunyai alasan yang bagus untuk membiarkan beberapa kesepakatannya tidak lengkap, tetapi hanya sebuah demokrasi yang dikuasai oleh takhyul anti-demokratis-lah yang akan mempercayakan kepada seorang kader mahaguru hukum suatu tugas untuk menguraikan kesepakatan ini dalam terang konsep-konsep yang sistematis tentang hak atau kesejahteraan, yang diharapkan ada tersembunyi dalam perundingan itu.

Jika dipertimbangkan kembali dari sudut ini, analisis hukum yang merasionalisasikan dan hubungan yang dibangunnya antara keputusan hakim dengan rekonstruksi hukum yang rasional tampak tergantung pada kombinasi yang berpengaruh antar lingkungan. Harus ada cukup eksperimentalisme praktis tentang kehidupan sosial untuk menghasilkan pembuatan hukum,

yang dilakukan dengan penuh pertimbangan, sebagai sumber utama rancangan-rancangan sosial, daripada sekedar suatu koreksi yang sifatnya marginal. Namun demikian, tidak harus ada banyak eksperimentalisme demokratis, seperti misalnya mencurigai adanya suatu pergeseran dari suatu sejarah hukum yang sifatnya prospektif, yang dipandang sebagai sebagai kompromi di antara kepentingan-kepentingan dan visi yang bersaing, ke sejarah retrospektifnya, yang dipandang sebagai perwujudan sistematis kebijakan-kebijakan dan prinsip-prinsip yang terkait. Demokrasi dan eksperimentalisme demokratis dihambat oleh transaksi ini. Masyarakat seperti itu tetap berpegang pada sisa-sisa naturalisasi kehidupan sosial kuno yang masih sangat berpengaruh di bawah bayang-bayang hukum adat –dan juga di bawah bayang-bayang dari pasangan naturalisasi ini di kemudian hari di dalam gagasan tentang sistem rancangan-rancangan dan hak-hak bagi kehidupan ekonomi dan politik yang bebas, yang jelas dengan sendirinya.

Analisis hukum yang merasionalisasikan mendapatkan banyak kekuatan dan maknanya dari suatu kepercayaan, yang pada umumnya belum terbukti, tentang hubungan alamiah antara metode penalaran hukum dengan tanggung-jawab keputusan pengadilan. Hambatan institusional dan ideologis terhadap peran pengadilan dalam demokrasi, dan upaya untuk menjelaskan hukum sebagai prinsip dan kebijakan yang terkait, tampak saling menguatkan dan saling membenarkan. Begitu kita memutuskan bahwa para hakim seharusnya menerapkan metode uraian yang dipertimbangkan, dan begitu kita menafsirkan uraian yang dipertimbangkan itu sebagai rekonstruksi hukum yang merasionalisasikan dalam bahasa kebijakan dan prinsip impersonal, kita lalu dapat memberikan bagi para pelaku sistem hukum yang lain –pelaku administratif, pemilik hak pribadi, dan legislator- varian uraian yang dipertimbangkan, yang dibuat longgar sesuai dengan kebutuhan. Pada akhirnya, kita sampai pada praktek yang tersisa, yang sifatnya berlawanan dengan akal sehat (*reason-resistant*), dari politik partai peserta pemilihan umum, tempat perlindungan terakhir, bukannya sumber pertama, dari pembuatan hukum. Hakim berdiri di tengah sistem imajinatif ini karena ia diharapkan menjadi perwujudan nalar dalam hukum.

14.3. *Meletakkan keputusan hakim pada tempatnya*

Ambang keberatan terhadap kaitan yang bisa dijadikan contoh antara penalaran hukum dengan keputusan hakim adalah bahwa menjadi hakim itu adalah peran yang dibentuk secara institusional, bukannya sebuah kegiatan sosial dengan inti dan batas-batas yang tetap. Peran ini mempunyai bentuk yang berbeda-beda dari satu masyarakat ke masyarakat yang lain, dan dari suatu jaman ke jaman yang lain. Eksperimen yang dipikirkan dengan sederhana bisa menunjukkan hal ini. Apakah tindakan untuk menyelesaikan suatu sengketa atas hak antar pihak individual yang berperkara dan tindakan untuk mereorganisasi praktek organisasional yang membuat frustrasi suatu pemenuhan hak (seperti melalui penerapan yang kompleks) seharusnya dilakukan oleh pelaku institusional yang sama, seperti yang terjadi sekarang ini, atautkah hal itu seharusnya dibagi dan diberikan kepada dua pelaku yang berbeda? Dalam satu kasus, peran yudisial, seperti yang dipahami di Amerika Serikat dewasa ini, mungkin makin tambah besar. Dalam kasus yang lain, peran itu mungkin harus melakukan kontrak. Tidak ada program metodologis yang dapat tetap *cuek* terhadap setting institusional pelaksanaannya.

Dua kenyataan yang tenggelam di dalam variasi dan kesementaraan historis itu –yaitu praktek analisis hukum dan pekerjaan menjadi hakim- tidak bisa dibuat tidak terlalu bervariasi dan bersifat sementara dengan menjadikannya, entah bagaimana caranya, dipaksakan, seolah mereka berlangsung bersama secara alamiah dan saling memiliki. Meskipun begitu usaha untuk menyamakan secara sewenang-wenang ini ikut membentuk program analisis hukum yang merasionalisasikan.

Sekali kita mengakui bahwa identifikasi penalaran hukum yang biasa dikenal ini dengan keputusan hakim itu tidak biasa, kita juga lalu dapat mulai menghargai konsekuensi-konsekuensinya. Konsekuensi-konsekuensi ini bisa dimasukkan dalam dua kelompok besar.

Dari dua ini, yang kedua, dan yang kurang nyata, sejauh ini sungguh lebih penting dibanding yang pertama. Kelompok konsekuensi yang pertama adalah pengaruh besar yang disebarkan dalam praktek analisis hukum oleh cita-cita dan kecemasan atas ditempatkannya peran-peran khusus, yaitu para hakim, para birokrat, dan para ahli hukum privat. Para ahli hukum ini mengambil tempat imajinatif para hakim, atau berbisik, dengan kiasan atau secara langsung, ke telinga mereka.

Tokoh-tokoh ini mengharapkan adanya pekerjaan penting yang bisa dilakukan, seperti yang kita kerjakan ketika kita serius. Mereka juga ingin mempertemukan arti penting kerja mereka dengan klaim yang sifatnya membatasi dari legitimasi demokratis dan efikasi praktis. Analisis hukum yang merasionalisasikan dapat dipahami sekedar sebagai cara penyelesaian yang paling mutakhir terhadap masalah ini. Karena sifatnya rekonstruktif dan revisioner, dan bisa mengakibatkan suatu penafsiran ulang serta bisa memungkinkan hak-hak itu diperlakukan dengan semestinya, analisis hukum yang merasionalisasikan menciptakan peluang bagi suatu pekerjaan yang penting tadi. Karena mengklaim untuk menafsirkan hukum, atau menguraikannya dengan panduan yang rasional, dan karena menghindari dibayangkannya dan dibuatnya lagi rancangan-rancangan institusional, analisis hukum ini menghormati batas-batas praktis terhadap kekuasaan para ahli dan batas-batas demokratis terhadap kekuasaan pejabat dan kaum profesional yang tidak dipilih. Dalam konteks ini, analisis hukum yang merasionalisasikan sungguh sejajar dengan bentuk-bentuk analisis kebijakan dan 'resep' yang disebarkan oleh para ahli kebijakan di dalam dan di luar kantor. Ia menelusuri logika kompromi sosial-demokratis yang esensial, dengan sikap penerimaannya terhadap *tax-and-transfer* dan penolakannya terhadap perlawanan struktural.

Kesulitannya terletak dalam kurang dihargainya hal yang dilakukan oleh analisis hukum bagi republik dan warga-negaranya bila dibandingkan dengan penghargaan terhadap hal yang dikerjakannya bagi para ahli hukum dengan mempertemukan ambisi mereka dengan kecemasan mereka. "Kelompok status (*status group*)" mencoba menghalangi misi yang lebih umum dengan cara mempertahankan tugas yang lebih besar tetap berada di dalam batas-batas perhatian khusus. Jika dampaknya adalah tertahannya proyek demokratis upaya untuk mempertahankan ini akan berarti membayar harga yang tak dapat ditanggung. Hal ini pun akan menghambat proyek itu jika ia menghindarkan kita dari cara-cara yang digunakan untuk menentukan dan menyelesaikan hubungan yang tidak stabil antara pengandaian-pengandaian tentang institusi-institusi dan praktek-praktek dengan definisi-definisi tentang kepentingan-kepentingan dan cita-cita. Hubungan yang tidak stabil ini terletak di jantung setiap posisi programatis yang biasa dikenal -konservatif, pihak tengah (*centrist*), atau progresif- dalam politik demokrasi kontemporer.

Jadi, kita sampai pada kelompok konsekuensi kedua dari satu-satunya perhatian pada para hakim di dalam pemikiran hukum. Perlu diketahui bahwa kelompok ini lebih sulit dipahami dan lebih penting untuk diperhatikan. Dampak dari perhatian itu adalah dirampasnya bidang imajinatif yang menjadi tempat berkembangnya praktek analisis hukum yang lebih konstruktif dan rekonstruktif. Standard dari suatu kemampuan berfungsi (*serviceability*) bagi para hakim menimbulkan suatu hambatan yang melumpuhkan bagi munculnya kembali analisis hukum, yaitu bahwa setiap gaya analisis yang lebih bercita-cita dan transformatif hanya akan tampak sebagai upaya untuk meningkatkan kekuasaan para hakim yang sudah melampaui batas.

Biarkanlah analisis itu ada di tangan para hakim, jawabannya lalu akan muncul. Jawaban itu pun akan berkaitan dengan hubungan internal antara kepentingan-kepentingan dan cita-cita dengan institusi-institusi dan praktek-praktek, yang disebabkan oleh semua variasi argumen politik lain yang sudah ada, di luar wacana hukum. Kesulitannya adalah bahwa berlangsungnya hubungan internal ini menjadi sangat penting justru tatkala hal itu dilakukan secara mendetil. Pada suatu tingkat kemendetilan yang tak bisa dihindarkan lagi, ia hidup dalam hukum. Hukum tidak melukiskan keteraturan perilaku dan rancangan-rancangan sosial. Dengan didukung oleh kekuasaan negara, ia memilih rancangan-rancangan yang menjadi sumber klaim-klaimnya. Pada gilirannya, doktrin hukum menghubungkan rancangan-rancangan yang memberi kekuasaan dan juga yang mengingkari kekuasaan ini pada konsep tentang hubungan manusia, yaitu

gambaran tentang bentuk-bentuk perkumpulan yang mungkin diwujudkan dan bisa diharapkan di dalam wilayah pengalaman sosial yang berbeda-beda.

Jika alternatif-alternatif institusional dan imajinatif yang berukuran besar, yang diwujudkan sebagai ideologi komprehensif, kehilangan daya bujuknya, dan proyek besar transformatif yang dikedepankannya telah gagal dan menimbulkan kekecewaan, alternatif-alternatif itu tetap hidup dalam ukuran kecil. Tidak ada satu pun tempat dimana detil institusional bertemu dengan konsep imajinatif secara lebih utuh. Pun, tidak di satu tempat pun pertemuan mereka itu mempunyai arti penting yang lebih besar bagi kekuasaan dan ketidak-mampuan orang, selain di dalam hukum dan pemikiran hukum. Para pengacara mempunyai kontrol, yang sifatnya intelektual dan juga praktis, terhadap tugas-tugas vital ini. Kita tidak berani menyerahkannya pada mereka, karena mungkin saja mereka akan mewujudkannya dengan suatu cara yang hanya berdasarkan suatu motivasi melakukan rekonsiliasi, yang sifatnya hanya memperhatikan diri sendiri, antara keinginan untuk melakukan pekerjaan yang penting dan kebutuhan untuk menghindari rasa malu di mata demokrasi.

Hubungan di antara hukum, pengacara dan warga-negara ini sifatnya khas, bukannya aneh. Dengan menyempitnya cakupan politik yang berorientasi negara di dalam demokrasi industrial yang kaya, seperti halnya filsafat yang melepaskan klaim terhadap otoritas subversif dan rekonstruktif, pergumulan atas hal-hal yang mendasar menghilang dari arena sentral filsafat dan politik. Namun begitu, yang ditarik dari panggung utama politik dan budaya muncul kembali dalam wajah keahlian teknis, dalam praktek dan wacana profesi. Supaya proyek demokratis bisa maju, ilmu-ilmu khusus dan praktek-praktek profesional dengan cara apa pun harus mengembalikan agenda yang lebih besar, yang sebelumnya telah ikut mereka buang darinya, ke pembicaraan sentral demokrasi. Mereka, setelah membuatnya lebih kaya, harus mengembalikannya. Selain itu mereka harus mengembalikannya dengan suatu cara yang mengakui begitu pentingnya peran pengetahuan khusus dan keahlian teknis, sambil mengubah hubungan para ahli dengan warga-negara.

Para ahli hukum, yang tidak lagi menjadi hakim imajiner, harus menjadi pendamping warga-negara. Warga-negara, bukannya hakim, harus kembali menjadi pelaku utama analisis hukum. Makin besarnya perasaan akan adanya kemungkinan kolektif ini harus menjadi misi dari pemikiran hukum untuk melakukan kontrol.

14.4. *Bagaimana para hakim harus memutuskan perkara?*

Untuk ini, anggaplah pertanyaan, “Bagaimana seharusnya para hakim memutuskan perkara?” sebagai sebuah pertanyaan khusus, yang menuntut penyelesaian khusus. Lebih jauh lagi, anggaplah bahwa dalam menawarkan jawaban khusus itu kita tetap menghindari ilusi analisis hukum yang merasionalisasikan, ilusi-ilusinya tentang analogi, tentang kesewenangan, dan tentang pembaharuan. Kita seharusnya menentukan metodenya dengan suatu cara yang menghargai kenyataan manusiawi dan kebutuhan praktis dari orang yang datang ke pengadilan, tanpa membebani mereka dengan sebuah skema yang ‘semarak’ untuk memperbaiki hukum. Kita harus yakin bahwa praktek pengadilan kita, secara praktis maupun imajinatif, membiarkan ruang, yang menjadi tempat terlaksananya upaya pembaharuan sosial yang nyata, terbuka dan tersedia. Kita harus menghindarkan diri dari dogma dan menerima adanya kompromi dalam perhitungan kita tentang praktek dan juga dalam pemahaman kita tentang masyarakat yang disokong oleh praktek tadi. Kita harus mencoba tetap dekat pada hal yang serupa dengan keputusan hakim dalam demokrasi kontemporer.

Pandangan tentang analisis hukum dalam setting pengadilan yang saya tawarkan ini mengurangi berbagai harapan politik dan intelektual dari doktrin hukum yang merasionalisasikan. Namun demikian tidak ada banyak cita-cita diletakkan di dalam pengadilan hanya karena ada lebih banyak cita-cita di luar itu. Terlebih, hal ini mempunyai keutamaan realisme, yaitu melukiskan berlimpahnya keputusan hakim yang aktual dengan lebih baik bila

dibandingkan dengan yang dilakukan oleh norma analisis hukum yang merasionalisasikan. Bahwa ia harus lebih superior terhadap saingannya yang sudah mapan, dalam arti ini, cukup mengejutkan ketika kita ingat akan kecenderungan setiap praktek diskursif untuk menjadi *self-fulfilling prophecy* dan akan kelemahan setiap praktek diskursif yang membuatnya dapat dipengaruhi oleh konsep kerjanya yang bergengsi. Teori tentang hal ini masuk ke dalam perkaranya sendiri. Bahwa program analisis hukum yang merasionalisasikan harus mempengaruhi praktek pengadilan, khususnya di pengadilan yang lebih tinggi, dapatlah diduga; hanya saja bahwa pengaruh ini harus tetap terbatas memberi pandangan baru.

Inti dari sebagian besar analisis hukum dalam setting pengadilan, dalam upaya menafsirkan undang-undang dan keputusan-keputusan hakim yang terdahulu, seharusnya dan harus menjadi praktek penalaran hukum yang berorientasi pada konteks. Penalaran analogis harus dituntun oleh adanya kaitan antara tujuan dengan materi yang ditafsirkan, sebuah keterkaitan yang sering tetap implisit dalam situasi penggunaan yang telah ditetapkan, tetapi toh harus dibawa ke ruang terbuka ketika makna dan tujuan itu diperkarakan. Tujuan-tujuan itu harus dinyatakan dengan jelas ketika kenyataannya mereka diperkarakan, dalam pengalaman masyarakat dan budaya yang lebih luas dan dalam situasi nyata pihak-pihak yang berperkara, bukan hanya oleh para pengacara di pengadilan.

Meski begitu, suatu praktek penalaran analogis yang punya tujuan seharusnya punya perbedaan dalam dua hal penting bila dibanding dengan metode yang direkomendasikan oleh analisis hukum yang merasionalisasikan dan oleh penempatan teori-teori yang mendukungnya. Pertama, ia seharusnya tidak menyatakan adanya dorongan ke arah penutupan dan abstraksi yang sistematis, yaitu ditingkatkannya pertimbangan-pertimbangan yang punya tujuan itu secara konseptual supaya bisa menjadi suatu konsep preskriptif yang seperti teori tentang seluruh bidang hukum dan kehidupan sosial. Kedua, seharusnya ia mencoba untuk menghindari dari kontras yang kaku antara asal-usul hukum yang prospektif dan yang retrospektif, yaitu antara hukum seperti yang dilihat oleh mereka yang berjuang, dalam politik dan pendapat umum, di dalam upaya pembuatan hukum itu, dengan hukum seperti yang dilihat sesudah kejadiannya oleh para profesional dan penafsir yudisial. Tujuan-tujuan yang menuntun para analogis ini harus bersifat eklektis seperti halnya sifat lain yang memberi motivasi kepada mereka yang bersaing dalam pembuatan hukum pada awalnya. Cakupannya terentang dari kemenangan satu kepentingan kelompok terhadap yang lain sampai ke suatu kekuatan dari segugus kecemasan dalam kaitannya dengan segugus ketakutan yang sifatnya meniadakan.

Yang penting diperhatikan adalah bahwa hakim bisa merumuskan suatu pandangan tentang tujuan-tujuan ini, yang punya kesinambungan dengan dunia nyata suatu wacana dan konflik, yang menjadi asal-usul munculnya bagian-bagian hukum tadi. Terlebih, pandangan ini seharusnya mengakui kualitas, yang pada dasarnya bisa disanggah dan terbagi-bagi dalam kelompok, dari setiap kepentingan, perhatian dan pengandaian yang menarik perhatian pandangan itu. Mereka diperhitungkan bukan karena mereka mereka yang paling baik dan paling bijaksana, melainkan karena mereka memenangkan, dan kemudian ditetapkan sebagai pemenang, proses awal pembuatan hukum. Penghargaan terhadap makna hurufiah dan harapan-harapan bersama hanyalah kasus yang sifatnya membatasi dari sebuah komitmen lebih umum untuk menghargai kemampuan partai-partai dan gerakan-gerakan untuk menang dalam politik, dan kemudian membakukan dan mengabadikan kemenangan mereka itu dalam hukum.

Dialihkannya komitmen ini kepada sistem *judge-made law*, seperti *common law* Anglo-Amerika, memunculkan masalah-masalah khusus, karena di sini tidak pernah ada suatu momen yang mendahului dan melampaui wacana dari para pengacara terspesialisasi, yang sifatnya merasionalisasikan dan retrospektif, dalam setiap periode sejarah. Dalam hal ini, pokok yang paling penting adalah bahwa *common law* sesudah demokrasi dan di dalam demokrasi harus punya makna yang berbeda, dan berkembang dengan cara yang berlainan, dari *common law* sebelum dan di luar demokrasi. Supaya bisa diberi toleransi dalam demokrasi, *common law* tidak bisa mewujudkan penemuan dan perbaikan kumulatif terhadap bidang kebiasaan yang sifatnya alamiah dan tetap, yang dilakukan oleh sekelompok orang bijak dalam bidang hukum. Ia juga tidak bisa menjadi sistem dasar dari suatu kategori hukum privat yang menentukan bentuk-

bentuk hukum yang yang diperlukan oleh ekonomi dan masyarakat yang bebas. Ia berada dalam suatu kesabaran untuk menanggung derita sebagai sebuah perwujudan dari kompromi-kompromi historis yang sesekali dipilih orang untuk ditinjau ulang. Dari perspektif keyakinan dan praktek demokratis, kita tidak lagi bisa menafsirkan batang-tubuh undang-undang dalam terang cita-cita dan analogi *common law*, dan juga tidak bisa begitu saja menyetujui konstruksi undang-undang yang kaku yang akan berarti merendahkan martabat *common law*. Seharusnya kita menafsirkan kembali *common law* dalam konteks eksperimentalisme demokratis sebagai penumbra dari rancangan-rancangan dan pengandaian-pengandaian bahwa demokrasi belum terganggu dan tidak boleh dianggap perlu untuk diganti. Kita memperkuat vitalitas dan otoritasnya yang berkelanjutan dengan cara memberikan pengandaian-pengandaian dan analogi-analogi yang aktif dalam pembuatan undang-undang dan juga konstruksi pengadilan pada perkembangannya yang bertolak dari satu kasus ke kasus yang lain. Dengan cara ini kita membuatnya menjadi milik kita, daripada hanya mengharapkannya, melalui perkembangan dari dalam dirinya, “menjadikan dirinya murni.”

Praktek penalaran hukum yang berorientasi pada konteks bisa diartikan sebagai suatu praktek yang belum lengkap, jika, satu: tetap menjunjung tinggi makna-makna hurufiah dan pemahaman-pemahaman yang telah ditetapkan. Dua: jika menentang adanya upaya peningkatan konseptual. Tiga: jika tetap berpegang pada komitmennya untuk mencari tuntunan dalam berbagai mentalitas dan bahasa dunia politik yang nyata, yang menjadi tempat terjadinya hukum. Empat: jika mengakui sifat bisa disanggah dan terpilah-pilahnya kepentingan dan keprihatinan yang dipertengkarkan. Bahkan sebagai metode keputusan hakim pun praktek penalaran hukum yang berorientasi pada konteks itu belum lengkap. Untuk memahami mengapa belum lengkap dan juga memahami dampak dari keadaan belum lengkap ini, kita harus mengakui bahwa ada dua cita-cita besar yang punya kaitan dengan keberlangsungannya dan menyesuaikan alurnya. Yang pertama adalah cita-cita akan perhatian pada pihak-pihak yang berperkara sebagai orang yang nyata, dengan kelemahan-kelemahan dan harapan-harapan mereka. Yang kedua adalah cita-cita akan komitmen untuk membuat pengadilan berfungsi sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih besar, yaitu untuk memajukan kekuatan masyarakat supaya bisa memerintah diri mereka. Acapkali kita cukup beruntung bisa mengejar cita-cita ini dengan berpegang pada metode-metode standard keputusan hakim. Namun demikian, sesekali kesetiaan pada cita-cita ini menuntut kita untuk membebaskan diri dari praktek standard ini. Dengan kebebasan semacam ini, yang dilakukan demi cita-cita keprihatinan manusiawi tadi, terjadi suatu penyimpangan dari suatu bentuk kesederajatan (*the deviation of equity*). Lalu, dengan kebebasan serupa, yang dilakukan demi cita-cita adanya suatu pemerintahan sendiri oleh rakyat, muncul suatu bentuk penyimpangan dari suatu keahlian bernegara di dalam dunia pengadilan (*the deviation of judicial statecraft*).

Dalam setiap kebudayaan, sebagian besar kehidupan moral tampak dalam klaim-klaim dan harapan-harapan dari orang-orang terhadap yang lain, yang tergantung pada perannya masing-masing. Cita-cita kita akan perilaku yang masuk akal dan jujur, yang tergantung pada peran itu, berbicara banyak tentang peran yang dipilih maupun peran yang telah dimiliki sebelumnya. Meskipun anda hampir tidak bisa menduganya dari tulisan-tulisan moral para filsuf, harapan-harapan yang terkait pada peran itu adalah bidang utama dimana kebiasaan-kebiasaan perilaku bertemu dengan kepercayaan-kepercayaan preskriptif. Karena itu, mereka adalah sisa-sisa yang paling penting dari hukum adat di dalam masyarakat modern.

Dalam demokrasi, yang rancangan-rancangannya toh telah mempunyai wujud yang nyata, karena bukan korban dari ketidak-sederajatan yang ekstrem dan juga bukan ‘budak’ dari aturan kolonial, hukum biasanya akan menyesuaikan diri dengan klaim-klaim dan harapan-harapan yang sudah ada sebelumnya itu. Memang, hukum bisa juga digunakan untuk mengubahnya dan karena itu bisa juga untuk menentangnya. Namun begitu, dalam syarat-syarat demokrasi, hal itu sangat mungkin terjadi ketika sudah ada konflik perasaan-perasaan politik dan moral, dengan cara membuka ruang yang menjadi wilayah kekuasaan inisiatif hukum.

Jadi, metode standard yang sifatnya analogis dan kontekstualis dari keputusan pengadilan biasanya akan bisa membuat tenang aturan-aturan populer tentang keadilan, yang berdasarkan pada peran. Hakim lalu berhasil membawa harapan-harapan moral yang sudah mapan di dalam wilayah sosial dari pihak-pihak yang berperkara untuk menghubungkannya dengan praktek yang bertujuan dari pertimbangan-pertimbangan analogis. Pada saatnya hukum secara terbuka akan mengundangnya untuk melakukannya dengan menggunakan standard-standard yang masih terbuka, seperti masuk-akalnya, amat sangat bisa diterimanya, dan niat baik, atau dengan praktek perdagangan dan penggunaan komersial. Lebih sering ia akan mampu bertindak tanpa undangan eksplisit, sebagai bagian dari usaha yang bisa dibenarkan untuk membaca dan menguraikan hukum dalam konteks wilayah sosial dan budaya yang menciptakan hukum itu.

Namun demikian, sesekali hakim dan pihak-pihak yang berperkara tidak akan begitu beruntung. Penafsiran hukum yang sifatnya biasa-biasa saja, sensitif dan punya niat baik, akan mengakibatkan kasus yang dihadapi berada dalam kontras yang nyata antara mandat hukum dengan hasil moral. Kontras ini mungkin saja hasil langsung yang dapat diperkirakan sebelumnya dari hukum yang memang diinginkan orang. Sebagai contoh, mereka telah memperbaiki hukum keluarga dengan suatu cara-cara yang telah dirancang untuk mengubah harapan-harapan yang berdasar pada peran dalam kehidupan keluarga sekarang ini. Sebagai alternatif, mungkin tidak ada cara untuk menjembatani jurang antara hukum dan kebiasaan tanpa mengancam, atau tampak mengancam, sebagian struktur masyarakat yang telah terlembagakan.

Masalahnya kemudian bukanlah bahwa pemisahan antara kebiasaan dan hukum memang sungguh dikehendaki, melainkan bahwa hal itu tidak dapat dihindarkan tanpa secara dramatis memperluas resiko yang ada dalam konflik. Sebagai contoh, jika kita, berdasar pada penghargaan terhadap adanya suatu perhatian manusiawi yang ideal, harus menggunakan doktrin tentang ancaman ekonomi dalam hukum kontrak untuk membatalkan semua kontrak yang dibuat antara berbagai anggota kelas-kelas sosial yang berlainan, kita akan merasa mendapatkan suatu mandat keliling untuk menumbangkan dan merekonstruksi tatanan sosial.

Ada keadaan-keadaan dimana para hakim bisa dan seharusnya menggunakan sebagian dari mandat seperti itu sehingga cabang-cabang politik dan rakyat kebanyakan dapat juga melakukannya. Saya akan segera mendiskusikannya dalam pembicaraan tentang perkecualian keahlian yang berkaitan dengan suatu keahlian bernegara di dalam dunia pengadilan (*judicial statecraft*). Meski begitu, untuk sebagian besar, usaha seperti itu terletak diluar batas hal-hal yang bisa diselesaikan dengan efektif atau dengan sah oleh para hakim. Jika mereka tetap nekad untuk mengambilnya, mereka mempunyai resiko didorong oleh suatu kebutuhan untuk mendamaikan suatu cita-cita yang lumrah dengan suatu reformisme yang tampak janggal dan sembarangan, sebanyak yang dibuat oleh suatu perbuatan yang jahat, sama halnya dengan yang dibuat oleh perbuatan yang baik.

Namun demikian akan ada situasi dimana sebuah perbedaan besar akan terjadi di antara hukum dan kebiasaan. Perbedaan itu tidak mungkin menjadi proyek hukum pada dirinya dan juga bukan suatu konsekuensi yang bisa diduga sebelumnya. Para hakim dapat menawarkan jalan keluar sementara, dengan membiarkan struktur institusional masyarakat tidak disentuh dan diancam. Disini ada peluang untuk suatu kesederajatan. Adanya sedikit pengecualian (*microexceptionalism*) dalam penyesuaian yang wajar pada suatu waktu membentuk kembali hak-hak dalam konteks peran, suatu pengorbanan hukum yang tidak biasa bagi adat-kebiasaan. Ada cobaan untuk mengurangi jatah kebrutalan dalam pengalaman sehari-hari, dan melakukannya tidak dalam ukuran keseluruhan tetapi dalam dimensi sebuah peristiwa dan sebuah perjumpaan. Sisi kemanusiaan seorang hakim menanggapi sisi kemanusiaan pihak yang berperkara. Tiadanya jarak ini seharusnya tidak hidup lagi dan tidak memberi pengaruh. Hal ini menimbulkan perkecualian bagi standard praktek pengadilan, tetapi toh suatu perkecualian yang secara wajar dimasukkan dalam pandangan yang lebih luas tentang praktek.

Cita-cita pemerintahan sendiri oleh rakyat biasanya mendapatkan pembelaan yudisial terbaiknya dalam kesederhanaan suatu praktek standard, yang alasan-alasannya telah dibahas dalam diskusi saya terdahulu tentang kekurangan-kekurangan barisan depan yudisial.

Bonapartisme para elite hukum yang wajahnya memalukan, dengan mengklaim mau membela rakyat dari ketidak-tahuan, kemarahan, dan egoisme mereka, tidak mempunyai catatan sejarah yang mendukung. Bahkan jika dengan bijaksananya dipilih garis kemajuan demokratis, ada beberapa hal yang akan lebih sering ditemukan, daripada tidak ada yang sama sekali bisa ditemukan. Satu: kurang dimilikinya kekuasaan dan legitimasi akan membuatnya tidak berurusan dengan struktur yang terlembaga, yang mengakibatkan sebagian besar kerugian dan peminggiran. Dua: dihindarinya sebab-sebab yang utama segera diikuti oleh penyucian mereka. Tiga: keuntungannya justru akan membuat salah arah terhadap bagian-bagian yang tak punya hak dari kelompok-kelompok yang memang punya hak. Empat: kesewenangan dan kecerobohnya membuat mereka yang dirugikan tetap tidak terorganisasi dan terbagi-bagi. Lima: dampak praktisnya sering tampak begitu remeh seperti halnya intervensi korektif yang gaduh. Terlebih, menggunakan setiap kasus khusus untuk mendorong sejarah ke depan akan sering berarti mengorbankan suatu cita-cita untuk memberi perhatian manusiawi dan juga cita-cita pemerintahan sendiri oleh rakyat. Hal ini biasanya dilakukan dengan lebih menghargai adanya cita-cita yang digantungkan pada nasib (*the ambitions of a black-robed providence*) daripada menghargai masalah dari pihak-pihak yang berperkara.

Hanya saja argumen buku ini juga menunjukkan adanya keadaan-keadaan dimana para hakim bisa dengan wajar mengambil argumen itu bagi dirinya untuk menyelesaikan dengan cepat suatu perkara yang sulit di dalam hukum dengan menggunakan pedang penafsiran konstruktifnya. Mereka bisa melakukannya dengan mengikuti anjuran cita-cita pemerintahan sendiri oleh rakyat. Syarat dasar yang bisa memberikan pembenaran terhadap tindakan keahlian kenegaraan dalam pengadilan (*judicial statecraft*) ini adalah adanya halangan yang telah begitu mengakar bagi pemenuhan hak-hak, khususnya hak-hak yang membentuk sistem pemerintahan sendiri oleh rakyat. Menyebut hambatan itu "telah mengakar" sama saja dengan mengatakan bahwa ia menolak adanya tantangan dan penyimpangan dengan sarana-sarana tindakan politik dan ekonomi yang biasa tersedia, dan bahwa sebagai akibatnya korban-korbannya menemukan diri tidak mampu menghindarkannya dengan usaha mereka sendiri. Karena itu ada dua varian utama.

Kesulitannya mungkin saja suatu hal yang telah menyebar dalam pengalaman suatu kelompok tertentu, meskipun dipicu oleh praktek-praktek khusus. Cabang-cabang politik pemerintah gagal menanggapinya, acapkali karena noda anti-demokratis menyentuh rancangan-rancangan tentang pembentukan mereka, seperti praktek-praktek pemungutan suara atau akses ke media. Mungkin, jalan keluarnya adalah dibuatnya kembali hukum dengan tegas, apakah itu hukum konstitusional atau hukum yang biasa. Direbutnya kekuasaan pengadilan semacam itu berarti bertaruh untuk mendapatkan dukungan. Prospek-prospek terhadap efikasi dan juga kasus bagi legitimasi (efikasi dan legitimasi bertumpang-tindih) akan sungguh diperkuat ketika para pembaharu di bawah ini dapat meyakini diri pada arus pendapat dalam masyarakat yang mempunyai landasan yang luas. Ia juga diperkuat ketika para pembaharu bertindak sebagai partner bagi gerakan-gerakan yang terorganisasi dalam bagian-bagian kehidupan sosial yang mereka masuki. Kerjasama pengadilan federal Amerika dengan gerakan-gerakan hak-hak sipil, dan kemudian, secara lebih tentatif, dengan gerakan feminis, selama maraknya jurisprudensi progresif, memberi contoh yang paling jelas.

Sebagai alternatif, kesulitannya mungkin dilokalisasi dalam struktur-struktur kekuasaan organisasi-organisasi khusus atau praktek-praktek sosial. Rusaknya cita-cita pemerintahan sendiri oleh rakyat akan tampak kurang jelas. Dalam bentuknya yang lebih kecil dan terbatas, hal itu mungkin lebih berbahaya sehingga bisa melemahkan kemampuan bagi penentuan diri individual maupun kolektif. Karena itu jalan keluarnya terletak dalam intervensi pelaksanaan kompleks yang bersifat struktural tetapi bertahap.

Sepanjang kita gagal membentuk cabang pemerintah yang sungguh berbeda untuk memainkan peran ini, dengan tanggung-jawab yang lebih demokratis dan sumberdaya investigatif, teknis, finansial dan administratif yang lebih besar bila dibandingkan dengan yang dimiliki pengadilan tradisional dewasa ini, tidak akan ada pelaku institusional yang cocok untuk melaksanakan misi

ini. Meski begitu, lebih baik bila ada pelaku yang kurang cocok dari pada tidak ada sama sekali. Para hakim mungkin adalah pelaku yang paling baik dalam konteks ini. Setidaknya mereka satu-satunya pelaku yang mau melakukan.

Untuk itu mereka harus menguji sejauh mana kekuasaan dan otoritas mereka, dan juga kehendak dan imaginasi mereka, mampu membuat mereka bisa mendorong usaha intervensi struktural yang bertahap tadi. Mereka perlu mengerjakan tugas itu dengan penuh kesadaran akan berbagai hambatan yang diciptakan oleh ketidakcocokan mereka sebagai pelaku dalam pelaksanaan tugas yang mereka pilih sendiri. Mereka akan punya alasan untuk bersikap skeptis dan rendah-hati. Mereka akan tahu, di dalam varian suatu keahlian bernegara di dalam dunia pengadilan (*judicial statecraft*) ini, seperti juga di dalam varian yang lain, bahwa memanggil roh-roh adalah satu perkara, sedang datangnya roh-roh itu adalah perkara yang lain.

15. **KENOSIS (PENGOSONGAN DIRI): MENGHINDARKAN SALAH-ARAHNYA TEORI KONTEMPORER**

15.1. *Teori sebagai hambatan*

Sebelum sampai ke implikasi konstruktif dari diskusi tentang analisis hukum yang merasionalisasikan bagi kerja pemikiran hukum di luar pengadilan ini, masih ada satu kesulitan lagi yang perlu diatasi, yaitu salah arah yang dituntunkan pada kita oleh pendekatan modern terhadap pemahaman hukum yang paling berpengaruh. Dimana pun analisis hukum yang merasionalisasikan berkembang, aliran-aliran yurisprudensi menjadi ideologi operasionalnya. Jadi, di Amerika Serikat dewasa ini teori-teori tentang proses hukum, tentang hak politik, dan tentang efisiensi ekonomi menawarkan usulan-usulan alternatif untuk memberi dasar dan memperbaiki bahasa kebijakan dan prinsip. Saya telah menunjukkan bagaimana dalam setiap contoh, seorang teoretisi mengklaim bagian dari skema yang merasionalisasikan yang sudah ada di sana dalam keadaan tersembunyi di dalam hukum yang masih ada, dan menerima pemahaman hukum, serta mengklaim bagian yang harus ditambahkan sewajarnya, atau dilengkapi, melalui upaya perbaikan kerja penguraian retrospektif yang sungguh dipertimbangkan. Kritik terhadap gagasan-gagasan ini diselesaikan dengan baik dengan mengkritik obyek nyata mereka, yaitu analisis hukum yang merasionalisasikan, yang telah diperbaiki ataupun tidak.

Namun demikian, gagasan-gagasan lain tetap ada. Gagasan-gagasan ini membahas sifat dasar hukum dengan lebih luas, dan juga membahas hubungan hukum dengan bentuk-bentuk kehidupan sosial dan dengan sistem-sistem pemikiran sosial. Melalui beberapa generasi terakhir, empat kelompok gagasan itu, dengan berbagai kekuatan, telah membentuk pandangan-pandangan kita tentang apa yang dapat kita kerjakan dengan hukum dan pemikiran hukum, yaitu suatu keyakinan bahwa tidak dapat ditetapkannya dan bisa dimanipulasinya suatu doktrin hukum adalah masalah pokok dalam penalaran hukum. Pandangan hukum ini berkaitan dengan beberapa hal. Satu: berkaitan dengan percobaan yang sesekali bertujuan untuk meradikalkan dan lain kali untuk menjinakkan unsur pertimbangan dalam penalaran hukum. Dua: berkaitan dengan suatu percobaan (oleh para teoretisi seperti Kelsen dan H.L.A. Hart) untuk secara tajam membedakan perwujudan analitis hukum dengan praktek doktrin legal yang ada di dalamnya, dan kemudian menghindarkan terjeratnya teori dalam ideologi. Tiga: berkaitan dengan pandangan fungsionalis hukum sebagai perwujudan lapisan atas atau sarana responsif bagi tuntutan-tuntutan kehidupan sosial yang praktis dan fungsional. Empat: berkaitan dengan konsep hukum sejarawan dan budayawan sebagai perwujudan luar terbentuknya rakyat dan kehidupannya, yang mengatakan bahwa tatanan hukum mewujudkan bentuk keberadaan bangsa yang nyata.

Kita harus menjauhkan diri dari pendekatan-pendekatan itu karena masing-masing, karena tercemari oleh ilusi, membuat kita makin jauh dari penemuan peluang transformatif. Dengan memaksa insight menjadi hal yang mungkin, masing-masing membuat pemahaman kita tentang hal yang aktual –tentang masyarakat yang ada dan hukum yang dibuatnya, dan tentang arti pemikiran hukum dan kemungkinannya ke depan- menjadi salah arah.

15.2. Radikalisasi terhadap suatu indeterminasi

Tidak satupun obsesi yang mempunyai kekuatan tetap, atau punya pengaruh lebih besar, dalam sejarah teori hukum modern, selain perhatian akan relatif tidak dapat ditetapkannya (*relative indeterminacy*) dan bisa dimanipulasinya doktrin hukum. Sejak akhir abad kesembilan-belas kritik terhadap gaya penalaran hukum yang dominan pada umumnya telah berbentuk suatu upaya untuk mengakui unsur elastisitas doktrinal dan pertimbangan yudisial yang lebih besar. Upaya untuk menyelamatkan dan menstabilkan kembali metode rekonstruksi rasional dalam pemikiran hukum, yang di antaranya, dalam hal ini, pertimbangan (*appeal*) pada kebijakan dan prinsip yang terkait menjadi bentuk yang paling mutakhir, telah dilakukan dengan serangkaian manuver-manuver pengakuan dan penolakan, yaitu di satu sisi membuang beberapa posisi awal dan di sisi lain bertahan pada sisa yang dapat lebih dipertahankan. Tampak jelas bahwa perkembangan-perkembangan ini terjadi dengan kekuatan yang sama baik dalam negara-negara *common-law* maupun *civil-law*. Di luar ini sekarang mereka bahkan telah menggemakan suatu tradisi hukum universal dalam perdebatan internal hukum-hukum Islam, Yahudi dan Hindu.

Hasil akhir dari kemajuan ini adalah adanya radikalisasi thesis tentang ketidak-mungkinan doktrin hukum ditetapkan oleh lawan-lawan yang paling gigih dari analisis hukum yang merasionalisasikan. Dari titik awal material hukum yang ada dan dengan bantuan metode argumen legal yang ada serta aturan-aturan penafsiran yang sudah mapan, kita secara khas, dengan kemasuk-akalan yang sama, dapat memperkirakan suatu penyelesaian yang berlawanan terhadap masalah-masalah khusus. Jadi, kita memilih apa yang kita klaim akan ditemukan. Dihadapkan pada klaim ini, ‘penjaga gawang’ pemikiran hukum *mainstream* dapat melihat dirinya sebagai pembela dari suatu penyederhanaan yang masuk akal dan kemasuk-akalan yang sederhana berhadapan dengan dampak buruk rasionalisme dan berlebih-lebihannya skeptisisme, berhadapan dengan tak bernalarnya hukum sebagai analogi dan tidak bertanggung-jawabnya hukum sebagai ideologi.

Meski begitu, radikalisasi ketidak-mungkinan untuk ditetapkan tadi (*the radicalization of indeterminacy*) adalah sebuah kekeliruan; bukan hanya kekeliruan tentang hukum dan bahasa melainkan juga sebuah kesalahan tentang hubungan antara yang dimaksudkan oleh indeterminis radikal dengan yang mereka katakan. Dengan tumbuh sebagai seluruh hasil yang tak bisa ditawarkan dari proses kemajuan panjang gagasan-gagasan, thesis radikalisasi ketidak-mungkinan untuk ditetapkan itu membuat kita menyadari bahwa sesuatu telah begitu lama keliru di dalam peristilahan diskusi ini.

Bayangkanlah pembicaraan berikut ini, yaitu antara bakal-calon pelaku radikalisasi ketidak-mungkinan untuk ditetapkan itu (disebut pihak pertama) dengan penjaga gawang terakhir rekonstruksi rasional (disebut pihak kedua). Pihak kedua mengatakan, “Jangan menyalahkan saya sehubungan dengan adanya suatu keyakinan yang naif dalam teori bahasa yang mempunyai makna datar, atau dalam hubungan antara kata-kata dan benda-benda yang jelas dengan sendirinya. Saya hanya menyatakan bahwa adalah mungkin membawa makna yang didasari oleh suatu perjanjian ke dalam dunia yang lumrah atau dalam tradisi milik-bersama, bahkan meskipun dunia atau tradisi itu mungkin terbagi dan tidak berlanjut, dan juga bahkan meski hal itu mungkin hanya mencakup suatu bagian dari apa yang dialami dan dinilai oleh kita dan oleh lawan bicara kita, dan juga bagian dari diri kita dan lawan bicara kita apa adanya. Nyatanya, sebagian dari anda telah membuat catatan-catatan yang mencerahkan tentang bentuk-bentuk tersembunyi dari kesadaran, yang membuatnya mungkin untuk menetapkan dan membawa

makna. Saya hanya tidak setuju dengan anda dalam evaluasi terhadap hal-hal itu, dan saya berharap untuk memperbaiki mereka dengan cara membawa mereka ke dalam terang refleksi dan pembicaraan. Dengan yakin anda, kaum indeterminis radikal, setuju bahwa mungkinlah membawa makna itu, karena di sini anda berdebat dengan saya.” Pihak pertama lalu menjawab, “Anda gagal memahami saya. Saya tidak pernah bermaksud untuk mengingkari kemungkinan memindahkan makna. Saya ingin menyanggah pengandaian-pengandaian institusional dan politik yang menjadi tempat terwujudnya pemindahan itu. Tujuan saya adalah politis, meski sebelumnya linguistis.”

Namun begitu, sekarang kita dapat melihat masalah sehubungan dengan pembicaraan itu. Thesis pihak pertama sebagian besar berubah menjadi metafora untuk sesuatu yang lain, yaitu kampanye yang terencana dari suatu kritik sosial dan budaya. Kesulitannya adalah bahwa ia tidak berbuat apa pun untuk memberi perlengkapan bagi kita untuk melakukan kampanye itu atau untuk menerangi tujuan-tujuannya. Hal ini berarti jalan buntu. Hal ini menggoda indeterminis radikal untuk masuk dalam pelarian intelektual dan politis, dan meninggalkannya di sana sendirian, tanpa arah, tanpa persenjataan, dan akhirnya rusak oleh ketidak-berdayaan.

Keterpinggiran membuat keseimbangan terganggu. Para pembaharu radikal pada abad kedelapan-belas dan kesembilan-belas ingin mengikat tangan dan kaki para hakim untuk mencegah dibuangnya program-program yang telah diundangkan dan direbutnya kekuasaan demokratis. Kaum indeterminis radikal tidak mempunyai hubungan organis dengan partai-partai atau gerakan-gerakan, dan mereka juga tidak membayangkan diri atau membayangkan kawan-kawan mereka sebagai pemegang kekuasaan. Mereka lebih suka percaya bahwa bagi mereka hampir tidak menjadi masalahlah siapa yang menang dan kalah dalam politik negara dan menetapkan kemenangan politik sebagai hukum. Sekali hukum jatuh ke tangan para penafsir – demikianlah implikasinya- segala sesuatu akan mulai dari sebuah goresan seolah tidak ada yang pernah terjadi sebelumnya.

Hanya dengan mengatakan hal di atas, kita tidak dapat mengubah suatu penaklukan politik menjadi permainan kata. Kita harus mengorbankan metafora tadi demi suatu kampanye, dan mengakui bahwa hukum dapat berarti sesuatu yang lain, dan bahwa hal itu berarti apa adanya. Setelah menolak radikalisasi indeterminasi tadi, yang dipandang sebagai salah pernyataan (*misstatement*)-nya maksud-maksud radikal, kita harus melanjutkan usaha untuk menanggalkan peran sentral masalah determinasi dan peran sentral pertimbangan (*discretion*) dalam teori hukum.

15.3. *Proyek teori hukum murni*

Salah arah kedua yang punya pengaruh cukup besar dalam teori hukum adalah proyek untuk menghasilkan suatu perwujudan hukum yang sifatnya analitis, yang dapat memisahkan diri baik dari kontroversi-kontroversi normatif tentang isi hukum yang seharusnya dan kontroversi-kontroversi sebab-akibat empiris tentang sebab-sebab dan akibat-akibat dari aturan-aturan dan doktrin-doktrin yang berbeda-beda. Meskipun ambisi ini dari waktu ke waktu telah membawa pengaruh dalam sejarah teori hukum, ia mendapatkan ekspresinya, yang sungguh tak bisa diajak berkompromi, dalam “teori hukum murni (*pure theory of law*)” menurut Kelsen. Kesampingkanlah teori penalaran hukum dalam teori Kelsen dan rekannya dari Inggris yang lebih berbobot, H.L.A. Hart, dan perhatikanlah baik-baik gagasan pokok dari suatu gambaran analitis tentang hukum, yang dilepaskan dari ideologi dan sosiologi.

Banyak dari dorongan untuk melepaskan diri dari ideologi dan sosiologi itu muncul dari keinginan untuk menciptakan bahasa yang bisa dipakai untuk berbicara tentang hukum yang bisa bebas dari idealisasi hukum yang dihasilkan oleh praktek rekonstruksi rasional dalam doktrin hukum. Dari dorongan inilah muncul beberapa kekuatan yang sekarang ini masih dimiliki oleh gagasan tentang analisis murni dalam hukum. Meski demikian, upaya yang tidak terlalu mempercayai analisis hukum murni telah membuatnya steril karena diasosiasikan dengan suatu prasangka yang seolah-olah ilmiah, yaitu pencarian universalitas dan kekuatan (*invulnerability*)

intelektual melalui kekebalan terhadap kontroversi normatif dan empiris. Diperkirakan bahwa dengan tidak memberi resiko, atau sesedikit mungkin, kepada komitmen programatis dan perkiraan empiris, kita akan makin kuat. Dengan cara ini mereka melemahkan dirinya sendiri, dan mencabut kampanye mereka untuk tidak menganggap suci hukum dan doktrin hukum dari setiap hasil produktif yang diharapkan dapat dicapainya.

Suatu perbandingan antara strategi mereka dengan arah yang diambil oleh teori ekonomi arus utama (*mainstream*) sejak munculnya marginalisme dan perkembangan analisis equilibrium-umum bisa memberi pencerahan. Ekonomi juga telah berusaha menghindari dari suatu perpaduan dengan pengandaian-pengandaian empiris dan ideologis yang kontroversial. (Bandingkan dengan ekonomi Marx, yang bermula dari titik pijak yang sama, berlangsung ke arah yang berbeda dan membuktikan bahwa hasilnya itu produktif dan sekaligus berdasar pada gagasan yang salah.) Ekonomi itu telah membayar kekebalan metodologisnya dengan suatu bentuk kemandulan yang bisa memberi penjelasan (*explanatory sterility*), yaitu bahwa mesin analitis hanya akan melahirkan suatu dugaan empiris ketika memberi sokongan pada gambaran-gambaran dan penjelasan-penjelasan yang berasal dari luar, dan kemudian hanya menghasilkan kesimpulan tentang kebijakan ketika diberi sokongan oleh arah programatis yang berasal dari luar. Meski begitu, ekonomi ini selalu tergoda untuk menjauhkan diri dari kecermatan metodologis. Dengan mengalah pada godaan, berulang-kali ia menyelundupkan, melalui pintu belakang, suatu pre-komitmen yang dikatakan telah dibuang keluar melalui pintu depan; sekarang ini, 'penyelundupan' itu lebih berbahaya, karena tidak didisiplinkan oleh teori dan argumen yang eksplisit. Ilmu sosial semacam itu akan jatuh dalam suatu bentuk kekanak-kanakan abadi.

Hanya saja, ekonomi arus utama mempunyai keuntungan ganda terhadap proyek analisis murni dalam teori hukum, yaitu kekuatan besar untuk memberi penjelasan tentang sisa empiris, yaitu skema psikologis suatu perilaku yang hanya memperhatikan kepentingan dirinya dan bersifat membesarkan dirinya, dan suatu kecakapan yang luar-biasa dalam hal perlengkapan matematis yang dapat digunakan untuk menguraikan skema tadi. Karena tidak mempunyai bentuk-bentuk kompensasi ini, analisis murni dalam hukum merosot menjadi suatu remeh-temeh yang kosong saja.

Di balik adanya pertimbangan yang salah tentang suatu kekuatan ada sebuah kekeliruan tentang hubungan metode dengan konsep. Kita tidak punya cara untuk mempertimbangkan nilai bahasa analitis untuk mengungkapkan hukum secara deskriptif -atau untuk sesuatu yang lain- kecuali oleh manfaatnya bagi suatu upaya khusus untuk memberi penjelasan atau upaya yang programatis. Yang kita butuhkan, dan yang tidak mau diberikan oleh para analis murni pada kita, adalah lebih banyak kenyataan, lebih banyak daripada yang dapat disepakati oleh analisis hukum yang merasionalisasikan dan teori-teori pendukungnya.

15.4. Pendekatan hukum fungsionalis

Pendekatan salah arah yang ketiga adalah penjelasan dan teori hukum yang berciri fungsionalis, evolusioner dan punya struktur yang dalam. Aliran kiri yang paling berpengaruh dari pendekatan ini adalah Marxisme ortodoks, yang dibawa ke dalam teori hukum. Sementara itu, ekspresi konservatifnya, yang tersebar luas, adalah gaya ekonomi fungsionalis dan penjelasan sosiologis tentang perubahan hukum yang memandang institusi-institusi hukum sebagai institusi yang didorong oleh konvergensi ke arah sistem praktek-praktek yang paling tersedia. Sekarang ini dua tradisi ini sesekali bercampur dalam gagasan "tahap-tahap kapitalisme," masing-masing dengan ekspresi hukumnya yang tetap. Yang tidak tampak di dalamnya hanyalah sambungan transformatif "sosialisme."

Unsur fungsionalis dalam pendekatan ini tampak dalam suatu keyakinan bahwa munculnya dan tersebarnya rancangan-rancangan hukum dapat dijelaskan oleh dampak-dampaknya, dan khususnya, oleh kemampuan mereka (yang unik) untuk memenuhi tuntutan-tuntutan kehidupan sosial praktis yang tak bisa ditawar-tawar. Unsur evolusionernya tampak dalam gagasan

kemajuan atau konvergensi, yang jika tidak tampak dalam jalan tunggal, setidaknya toh menuju hasil yang lumrah. Unsur struktur-dalamnya kelihatan dalam gagasan bahwa entitas-entitas kunci yang memiliki keuntungan-keuntungan fungsional evolusioner adalah sistem rancangan-rancangan yang diperkirakan tidak bisa terbagi, seperti “kapitalisme” atau “ekonomi pasar”, yang didorong ke depan oleh kekuatan-kekuatan yang seperti hukum.

Penjelasan fungsional tidak akan mempunyai sifat yang khas dan kekuatan kontroversialnya jika mereka tidak dihubungkan dengan pengandaian-pengandaian yang berstruktur-dalam itu. Cara berpikir kita tentang hukum di dalam masyarakat akan sangat berbeda dengan cara ini jika kita berpikir tentang beberapa masalah. Misalnya, satu: bahwa keuntungan-keuntungan fungsional dipilih dari materi-materi institusional dan ideologis yang dihasilkan oleh berbagai rangkaian konflik, inovasi, dan bercampurnya berbagai unsur, yang kaitannya longgar. Dua: bahwa tatanan institusional dapat dibagi-bagi sehingga pembaharuan revolusioner –perubahan sebagian kecil dari sebuah struktur formatif- menjadi mode standard dari transformasi mereka. Tiga: bahwa tarikan suatu fungsi akan berinteraksi dengan dorongan rangkaian yang sifatnya sementara, dengan meninggalkan bidang kemungkinan yang besar dan tidak berbeda, yang di dalamnya kehendak dan imaginasi dapat melakukan manuver. Empat: bahwa masyarakat dapat sungguh dirancang misalnya dengan memperkuat atau menindas kekuasaan ini untuk membuat kejutan dan membanggunya kembali.

Kritik terhadap pendekatan fungsionalis, evolusioner dan berstruktur-dalam terhadap hukum ini berubah menjadi kritik terhadap teori sosial yang menjadi asal kemunculannya. Saya telah melanjutkan polemik ini dimana pun, dan mencoba menunjukkan bahwa, jika diambil seluruhnya, kritik semacam ini tidak akan menuju ke arah agnostisisme tetapi ke arah gaya imaginasi teoretis yang berbeda, satu gaya yang bisa merusak rangkaian ambisi yang bisa memberi menjelaskan dari upaya untuk mempertahankan kebutuhan historis dan yang meletakkan insight di samping kebebasan transformatif.

Satu gambaran tentang penerapan metode fungsionalis dan berstruktur-dalam terhadap hukum ini pantas mendapatkan tekanan khusus, karena gambaran ini menunjukkan bagaimana metode fungsionalis-necessitarian ini kehilangan hal yang paling menarik tentang sejarah hukum. Ia menunjukkan bagaimana kerja pemikiran hukum modern yang bersifat subversif terhadap dirinya telah membuat diri tidak mempercayai dan bahkan memisahkan perpaduan antara penjelasan fungsionalis dengan pengandaian-pengandaian yang berstruktur-dalam di seluruh bidang studi sosial dan historis. Gambaran ini adalah suatu hubungan antara (1) keyakinan akan adanya kenyataan dan tidak dapat dibaginya sistem institusional yang diandaikan – kapitalisme atau ekonomi pasar- sebagai protagonis yang paling penting dari suatu percobaan-dengan-evolusi yang bersifat fungsionalis dan (2) keyakinan akan adanya sistem hak-hak yang tetap -khususnya kontrak dan hak-hak milik dan juga hak-hak milik berhadapan dengan pemerintah. Hak-hak itu dipandang sebagai hasil evolusi fungsionalis dan juga sebagai bentuk yang diperlukan bagi ekonomi pasar atau “kapitalisme.” Menurut pandangan ini, perbedaan-perbedaan –di antara masyarakat kapitalis atau ekonomi pasar- harus dibuat menjadi variasi-variasi kecil yang sifatnya sementara saja di dalam tema-tema yang masih terus berkembang yang sama.

Meski demikian, seperti telah ditunjukkan dengan begitu jelas oleh sejarah tindakan ekonomis bahwa hasil-hasil ekonomi yang mirip dapat dihasilkan oleh institusi-institusi ekonomi yang berbeda-beda, sejarah hukum dan pemikiran hukum telah menunjukkan bahwa konsep-konsep institusional yang sama –seperti “ekonomi pasar,” “kapitalisme,” atau “hak milik pribadi”- dapat diwujudkan dalam bentuk gugusan rancangan-rancangan legal-institusional alternatif, dengan akibat-akibat yang sifatnya menentukan bagi sifat kehidupan sosial. Masing-masing dari dua alur penemuan ini pelan-pelan akan menjadi lebih dikenal. Hanya karena kita gagal menghubungkan mereka dan mengulur implikasi bersamanya, pendekatan fungsionalis-necessitarian, bahkan sampai sekarang ini, mempunyai kemiripan dalam kemasuk-akalannya.

Sebagai misal, ada sebuah bentuk campuran dari suatu kontrol korporat publik-privat (“usaha-usaha desa-kota”) lahir di Cina. Kita akan lebih mungkin melihatnya sebagai sebuah adaptasi yang berjangka pendek dari prinsip-prinsip pasar dalam lingkungan Cina jika kita mulai dengan

suatu pra-konsep bahwa ekonomi pasar berkembang ke arah satu gugusan praktek yang didefinisikan dengan baik dan paling siap untuk dilaksanakan. Hanya saja kita tidak akan melakukannya jika kita menganggap institusi-institusi yang ada sebagai suatu bagian kecil dari satu gugusan bentuk yang jauh lebih besar dan kabur, yang mungkin ada. Keyakinan-keyakinan yang bertentangan ini tidak hanya akan mewarnai penafsiran kita tentang perkembangan-perkembangan; mereka pertama-tama bahkan juga bisa mendorong atau menghambat terjadinya suatu perkembangan.

Sebaliknya, bertambah banyaknya institusi-institusi yang punya pandangan yang berbeda dan toh sukses di seluruh dunia –dan disadarinya suatu kenyataan bahwa institusi yang punya pandangan yang berlainan itu, jika dipilih dengan baik, sering menjadi bagian dari biaya yang harus dikeluarkan untuk mendapatkan keberhasilan- memberi kesadaran bahwa semakin tidak mungkinlah menganggap kegagalan-kegagalan institusional sebagai penyimpangan-penyimpangan dari model standard suatu organisasi politik dan ekonomi. Kita mulai memandang setiap penyimpangan sebagai titik awal yang mungkin ke arah sesuatu yang lain, sebagai percobaan-percobaan yang lahir dari kompromi yang serampangan dan yang beresiko gagal di sepanjang jalan, tetapi juga tetap berisi potensi untuk memulai lintasan alternatif bagi perkembangan nasional.

Terlebih, yang berhasil dalam jangka pendek bisa menunjukkan, pada tahap berikutnya, bisa memunculkan hambatan yang mahal harganya. Sebagai contoh, kerja-sama elitis dan otoritarian antara kelompok bisnis dan pemerintah di dalam ekonomi Asia Timur bagian utara memang bisa menunjukkan adanya keberhasilan dalam mempertahankan pertumbuhan ekonomi dalam dunia produksi massa yang semi-trampil. Hanya saja hal ini ternyata tidak cukup dan bahkan bisa merusak jika evolusi industrial menuntut tingkat fleksibilitas, pengetahuan, dan pengaturan diri melalui kerja kelompok, yang lebih tinggi.

Kita harus melakukan tindakan berdasarkan dugaan-dugaan tentang hal yang memungkinkan adanya suatu keberhasilan yang berkelanjutan, dan yang mengusahakan supaya ekonomi nasional tidak jatuh ke dalam sifat kaku sehingga tidak tanggap terhadap perubahan-perubahan dalam roda ekonomi dunia. Satu hal penting untuk mendapatkan kekuatan yang tetap ini ada dalam kemampuan untuk mempertemukan kerja-sama dengan inovasi, dan kemampuan untuk mengembangkan berbagai rancangan kooperatif dengan cara mengurangi halangan-halangan bagi inovasi. Karena itu kita mempunyai resiko praktis dalam mempelajari bagaimana mengurai dan merangkai kembali hak-hak milik sehingga pelaku-pelaku ekonomi bisa mendapatkan lebih banyak akses terhadap sumber-daya produktif, dengan mempunyai sedikit kesempatan saja untuk mem-veto percobaan-percobaan yang dilakukan orang lain. Sebagai contoh, kita bisa menginginkan tata kekuasaan hak milik yang lebih menyukai persaingan kooperatif, karena tata kekuasaan hak milik ini mengakui adanya berbagai klaim terhadap sumber-daya produktif, dan pada saat itu ia pun mengingkari adanya hak untuk menjadi pengambil keputusan tentang jalan yang terakhir dari “pemilik” yang tersisa.

Jika dipertimbangkan kembali dari sudut keprihatinan dan penemuan-penemuan tadi, penjelasan hukum fungsionalis berubah menjadi punya banyak sisi dan tidak utuh, dan perubahannya menjadi necessitarianisme dan konvergensi tampak sebagai awal yang keliru. Terlebih, kita mempunyai kepentingan terhadap keadaan kelirunya itu dan itu berarti juga terhadap tindakannya seolah kita sungguh mengetahui (padahal kita tidak tahu) bahwa begitulah sesungguhnya. “Seleksi alamiah” rancangan-rancangan institusional berlangsung dengan beberapa hal yang perlu diperhatikan. Satu: dengan materi-materi yang pernah dihasilkan oleh berbagai bagian sejarah. Dua: dengan hasil dari beberapa kompromi, yang dibuat dengan perundingan yang ‘kasar’ dan kemudian siap diterapkan (*rough-and-ready compromise*), antara kepentingan-kepentingan atau takhyul-takhyul yang lebih dahulu ada dengan kekuasaan dan keuntungan-keuntungan yang diinginkan. Tiga: dengan suatu pengujian terhadap kegagalan dan keberhasilan yang mengukur suatu hal yang tersedia, yang berhadapan dengan suatu hal lain yang juga tersedia; bahwa pilihan akan institusi-institusi ekonomi yang pada saat yang sama dibuat kompleks oleh kenyataan dirinya sebagai pilihan akan bentuk hidup. Empat: dengan adanya penyimpangan suatu kemenangan jangka pendek dari potensi jangka panjangnya, yaitu

penyimpangan-penyimpangan dari model-model standard suatu organisasi yang mungkin menjadi suatu bentuk adaptasi lokal atau suatu permulaan alterternatif. Lima: dengan gagasan-gagasan kita tentang alternatif –khususnya gagasan-gagasan kita tentang bentuk-bentuk legal khusus yang mereka miliki- yang mempengaruhi kemampuan kita untuk memenangkan dan membangun mereka.

Pemikiran hukum tidak hanya menjadi korban pasif atau sekedar menjadi ahli waris penemuan-penemuan ini. Ia pun berperan sebagai pembuatnya juga. Sejak maraknya ilmu hukum abad kesembilan-belas pemikiran hukum ini telah ikut meruntuhkan suatu hal yang ditetapkan akan dipertahankan, yaitu konsep yang memang telah menjadi isi hukum terhadap gagasan tentang tatanan ekonomi dan politik yang bebas. Dengan adanya erosi kumulatif khususnya terhadap konsep tentang sistem hak milik, dan pada umumnya terhadap hak-hak penentuan-diri individual dan kolektif, hal itu telah mendobrak beberapa anggapan yang menjadi tempat bersandarnya aliran necessitarianisme fungsionalis tentang institusi-institusi.

15.5. Pendekatan hukum historis-kulturalis

Salah arah yang keempat adalah anggapan para ahli sejarah dan ahli budaya terhadap hukum sebagai ekspresi khas dari kehidupan orang, suara dari tradisi suatu bangsa. Perwujudan yang bisa dijadikan contoh pendekatan ini adalah *Spirit of Roman Law* karya Jhering. Pengaruhnya, meskipun bermutu dan terpilah-pilah, ada di sekitar kita. Sesekali pendekatan-pendekatan fungsionalis dan historis bergabung, seperti ketika kebudayaan-kebudayaan politik nasional yang berlainan dan yang hampir tak dapat diubah bertanggung-jawab untuk membuat suatu perlombaan mendapatkan keuntungan fungsional bisa berjalan dalam alur yang jelas, yaitu satu gugusan bentuk korporat yang cocok bagi orang-orang Amerika, yang lain bagi orang Jepang, dan lain lagi untuk orang Jerman. Bentuk kehidupan itu, yang khas dan organis, yang terwujud dalam rincian hukum dan berkembang sebagai tradisi hukum, dalam pandangan historis yang kuat itu menjadi topik utama studi hukum dan menjadi protagonis yang utama dari sejarah hukum.

Gagasan tentang hukum sebagai suatu ekspresi dari bentuk kehidupan yang khas secara drastis telah meningkatkan kesatuan dan keberlangsungan suatu kebudayaan yang terwujud dalam hukum serta mengecilkan ciri bahwa hukum itu dibuat orang. Sebagai contoh, setelah memahami sistem dipekerjakannya orang selama hidupnya (*life-employment system*) gaya Jepang kontemporer dan praktek-praktek hukum perburuhan yang mendukungnya sebagai ciptaan kebudayaan yang tidak menyukai konflik, kita bisa terkejut menemukan bahwa sistem ini adalah temuan yang relatif baru dari keahlian kenegaraan para wira-swastawan, politisi dan birokrat konservatif; bahwa sistem itu telah mengikuti beberapa generasi konflik industrial yang pahit; dan bahwa salah satu syarat dan efek-sampingnya telah menandai adanya pemisahan antara kelompok angkatan kerja Jepang yang terjamin dan yang tidak terjamin.

Seluruh kebudayaan –katakanlah, dari jaman Romawi kuno atau Jepang kontemporer-berubah menyerupai contoh ini, dengan diulang-ulangnya ribuan kali dalam ribuan detil pengaturan sosial. Institusi-institusi menjadi sebuah nasib tatanan kedua, meskipun hanya sesudah dibentuk dan dibuat stabil oleh sejarah pergulatan dan kompromi yang mengejutkan, sejarah insight yang terputus dan ilusi yang dipersenjantai. Rakyat melupakan penderitaan dan rasa sakit akibat perang ini, dan membayangkannya kembali sebagai kebudayaan.

Yang mendasari kenyataan ini adalah gambaran tetap tentang hubungan kita dengan konteks institusional dan diskursif tempat kita bertindak, yaitu bahwa kita mempunyai lebih banyak daripada mereka, kita mempunyai lebih banyak kekuatan insight, keinginan, dan asosiasi daripada yang dapat mereka sepakati atau mereka hindari. Sebagai akibatnya, rakyat mempunyai kesadaran dua sisi, bahkan di dalam masyarakat dan kebudayaan yang paling mengakar dan sungguh inklusif. Mereka tidak pernah sama sekali tunduk kepada kebiasaan-kebiasaan dan kesalehan-kesalehan yang tampaknya mengatur mereka. Dengan sembunyi-sembunyi mereka

menunjukkan keberatan mental. Jika tatanan yang telah dibentuk menderita trauma, mereka tiba-tiba bisa mengesampingkan hal-hal yang tampaknya telah mereka peluk seutuhnya.

Struktur ganda kesadaran ini mempunyai akibat penting bagi penafsiran hukum dan sejarah hukum. Ia memberi ketertarikan yang luar-biasa pada perkecualian-perkecualian, penyelesaian-penyelesaian yang meniadakan, sisa-sisa dan “kesalahan-kesalahan,” dari setiap tatanan hukum, karena tanda-tanda tentang penyelesaian yang telah lalu atau telah ditolak, tentang kepentingan-kepentingan yang dikebawahkan, dan jalan yang tidak ditempuh, membentuk material yang digunakan untuk berlangsungnya sisi yang tersembunyi dan berlawanan dari kesadaran yang terbagi. Masing-masing bisa menjadi titik awal bagi alternatif-alternatif yang lebih umum dalam hukum. Jadi, bertolak dari rasa malu secara intelektual dan politik, kesadaran-kesadaran tadi menjadi peluang-peluang intelektual dan politik.

Dalam alur sejarah mutakhir, kekeliruan aliran historisisme menjadi makin bertambah keliru. Keadaan ini tak bisa dilepaskan dari kenyataan kasus yang makin menggunung dalam menghadapi necessitarianisme fungsionalis. Makin miripnya kebudayaan-kebudayaan di seluruh dunia, makin kencangnya dorongan untuk mengambil dan mengkombinasi ulang praktek-praktek dari seluruh dunia demi keberhasilan praktis, terus-menerus makin mengosongkan isi identitas kebangsaan menurut adat. Identitas-identitas ini menjadi abstrak, yaitu terpisah dari semua gugusan kebiasaan yang tetap, yang dengan jelas menandai batas-batas antara bentuk kehidupan yang satu dengan yang lain. Kehendak untuk berbeda dari yang lain hidup lebih lama daripada perbedaan yang sesungguhnya ada, dengan melemahnya perbedaan itu semuanya menjadi makin tak mau menyerah. Kebiasaan yang nyata dapat dikompromikan; tetapi identitas-identitas kolektif yang abstrak tidak. Historisisme, yang mula-mula tampak sebagai sebuah ilusi, berubah menjadi sebuah bahaya, dengan mengusung gengsi atas penipuan-diri nasionalisme.

15.6. *Kenosis*

Setelah menyingkirkan beberapa salah arah yang ada dalam teori hukum ini, apakah kita membutuhkan sebuah pendasaran umum untuk berpijak? Sebuah teori hukum komprehensif normatif, yang bisa memberi penjelasan, menuntut tidak kurang dari sebuah doktrin sistematis tentang masyarakat dan suatu kepribadian yang mampu memberi penjelasan dan juga memberi usulan. Adalah suatu kebodohan membuat pernyataan dogmatis tentang ketidak-mungkinan adanya suatu teori “menyeluruh” dan mengidentifikasi adanya berbagai masa-depan pemikiran spekulatif yang mungkin dengan masa-lalu yang lumrah. Dalam buku-buku lain saya telah mencoba menunjukkan bahwa sarana-sarannya sudah ada di tangan, yang (1) bisa dipakai untuk menjelaskan diri kita tanpa mengurangi kebebasan kita, dan yang (2) juga bisa dipakai untuk mengenali adanya pengaruh formatif dari struktur-struktur imajinatif dan institusional, sambil membuang muatan determinis yang biasanya mendampingi gagasan tentang struktur yang tidak berkelanjutan, serta yang (3) bisa digunakan untuk memajukan proyek demokratis dengan membayangkan kembali berbagai bentuk praktis dan anggapan-anggapan yang belum teruji. Ada masa depan bagi teori sosial di luar perpaduan antara penjelasan fungsionalis dengan anggapan-anggapan yang berstruktur-dalam, seperti halnya ada masa depan bagi demokrasi di luar demokrasi sosial, dan yang pertama dari dua masa depan ini dapat ikut menunjukkan jalan kepada yang kedua.

Meski begitu, tetap bersiteguh pada suatu wacana sistematis tentang penjelasan dan cita-cita sebagai satu-satunya jalan kemajuan yang mungkin ada dalam imajinasi kita tentang masyarakat hanya akan berarti tampak dogmatis. Buku ini mencoba menempuh alur yang lain, yang lebih dekat pada argumen-argumen dan konflik-konflik yang melibatkan rakyat. Untuk ini, yang digunakan adalah sebuah masalah khusus –bagaimana memahami wacana praktis yang berpengaruh, analisis hukum yang merasionalisasikan, dan setelah memahaminya, mau diubah menjadi seperti apa. Argumennya mulai di bagian tengah dari seluruh materinya –institusi-institusi dan ideologi-ideologi di sekitar kita- dan mencari tuntunan dari kelompok cita-cita politik

yang sekarang ini memiliki kekuasaan terbesar di seluruh dunia, yaitu proyek demokratis. Ia bekerja dari bawah ke atas dan dari dalam ke luar. Dengan setia pada semangat ini, sikapnya terhadap salah arah teoretis yang sifatnya umum seperti misalnya hal-hal yang dikritik dalam bagian ini adalah seperti sikap yang disebut oleh para teolog patristik dalam Gereja Katolik sebagai *kenosis*: pengosongan diri. Hasil yang dikehendaki dari *kenosis* adalah kesiap-siagaan. Ruang kosong harus diisi dengan gagasan-gagasan seperti yang memang kita kehendaki darinya dan juga diisi dengan perbuatan-perbuatan seperti yang kita lakukan pada mereka. Kesadaran diri dapat membuat terlaksana, seperti memang sudah seharusnya, bagi sistem.

16. ANALISIS HUKUM SEBAGAI IMAGINASI INSTITUSIONAL

16.1. Tujuan-tujuan dari praktek analisis hukum yang ditinjau ulang

Yang termuat secara implisit dalam diskusi saya tentang analisis hukum yang merasionalisasikan adalah serangkaian standard yang terkait, yang digunakan untuk menuntun dan memperkirakan upaya mengarahkan kembali pemikiran hukum di luar pengadilan. Standard-standard ini bertemu untuk menghasilkan gagasan analisis hukum sebagai imaginasi institusional.

Jadi, metode yang kita perlukan seharusnya bersih dari noda pemujaan institusional dan pemujaan struktur. Pemujaan institusional adalah identifikasi konsep institusional yang abstrak, seperti misalnya ekonomi pasar atau demokrasi perwakilan, dengan suatu kumpulan khusus rancangan-rancangan yang sifatnya sementara. Pemujaan struktur adalah pasangannya yang mempunyai tatanan yang lebih tinggi, yaitu suatu kegagalan untuk mengenali bahwa tatanan-tatanan kehidupan sosial yang bersifat institusional dan imajinatif berbeda dalam keberakarannya maupun dalam isinya, katakanlah dalam hubungannya dengan kebebasan bertindak dan insight yang mereka hambat, berkaitan dengan sifatnya yang menentang struktur dan yang mengubah struktur.

Metode yang diambil seharusnya bisa membantu kita untuk mengidentifikasi dan menyelesaikan ketidak-stabilan internal yang menjadi ciri khas posisi programatis dalam hukum dan politik kontemporer, yaitu konflik antara komitmen untuk menentukan cita-cita dengan persetujuan terhadap rancangan-rancangan yang membuat frustrasi pelaksanaan cita-cita tadi atau yang memiskinkan maknanya. Karena itu, yang seharusnya digunakan adalah hubungan internal antara berpikir tentang cita-cita atau kepentingan-kepentingan dengan berpikir tentang institusi-institusi atau praktek-praktek. Ketika dilakukan, yang kemudian bisa diperoleh adalah kekuatan dan arah dari konsep yang lebih besar tentang proyek demokratis dan juga dari cita-cita tertentu yang telah ditetapkan dan kepentingan-kepentingan yang diakui, karena proyek demokratis, yang ditafsirkan dengan tepat, adalah kelompok cita-cita kita yang paling kuat dan juga cara yang paling menjanjikan yang kita miliki untuk memperdamaikan devosi kita terhadap cita-cita ini dengan upaya meraih kepentingan-kepentingan material kita.

Untuk tujuan ini, metodenya seharusnya membuat kemampuan hukum dan pemikiran hukum menjadi makin baik dalam upayanya mencapai suatu tingkat yang sungguh terinci dalam mewujudkan hubungan antara praktek-praktek dan institusi-institusi dengan kepentingan-kepentingan dan cita-cita dan dalam menghubungkan kenyataan-kenyataan kekuasaan pada wacana aspirasi. Untuk menggerakkan sumber-daya ini metode itu harus membebaskan diri (1) dari prasangka anti-analogis; (2) dari keyakinan yang menyesatkan terhadap rekonstruksi rasional sebagai penangkal yang diperlukan dan mencukupi untuk menghadapi kesewenang-wenangan dalam hukum; (3) dari kebingungan dan kebohongan reformisme konservatif, khususnya dalam varian reformisme progresif pesimistis; dan (4) dari obsesi terhadap para hakim dan cara-cara mereka memutuskan perkara. Metode ini harus memilih rakyat kebanyakan sebagai pihak pertama dan utama yang terlibat dalam pembicaraan ini. Metode ini pun harus membayangkan

kerjanya supaya menjadi pihak yang memberi informasi ke dalam pembicaraan dalam demokrasi itu tentang masa-depan alternatif yang ada sekarang ini.

16.2. Pemetaan dan kritik

Tujuan-tujuan ini muncul bersama-sama dalam praktek analisis hukum sebagai imaginasi institusional. Praktek ini mempunyai dua momen yang terkait secara dialektis, yaitu pemetaan dan kritik. Sebutlah versi aktivitas analogis tanpa jiwa, yang tingkatnya rendah, yang telah ditinjau kembali dengan sepiantasnya sebagai sebuah *pemetaan*, dan hal itu adalah suatu bentuk analisis hukum yang membiarkan hukum sebagai suatu tumpukan yang tidak berubah. Pemetaan adalah upaya untuk menggambarkan dengan rinci struktur mikro institusional masyarakat yang telah ditentukan dengan sah dalam hubungan dengan cita-cita yang telah dinyatakan dengan sah. Kemudian, sebutlah momen kedua praktek analitis ini *kritik*, yaitu suatu versi yang telah ditinjau kembali dari suatu hal yang telah dicemooh oleh para ahli hukum rasionalistis sebagai perubahan analisis hukum menjadi konflik ideologis. Tugasnya adalah menyimak adanya pengaruh timbal-balik antara rancangan-rancangan institusional masyarakat yang terinci seperti terwujud dalam hukum dengan gagasan-gagasan yang dinyatakan atau program-program yang dibuat frustrasi atau dibuat nyata oleh rancangan-rancangan ini.

Pemetaan adalah pemeriksaan struktur institusional masyarakat yang terinci, karena ia telah ditentukan secara legal. Mengandaikan bahwa struktur ini terwujud tanpa kontroversi dan dapat dilukiskan terpisah dari pra-konsep teoretis adalah sebuah kenaiifan positivisme. Hal yang pokok dari suatu pemetaan adalah dihasilkannya analisis hukum legal-institusional yang rinci, meski terpilah-pilah, yang menggantikan satu kelompok pra-konsep dengan kelompok pra-konsep yang lain.

Perspektif yang harus diambil adalah titik pijak momen kedua dari praktek analisis hukum yang telah ditinjau ulang yang sedang saya gambarkan, yaitu momen kritik. Jadi, kedua momen itu terkait dengan erat; mereka itu berhubungan secara dialektis, dan dengan ungkapan lain mereka berhubungan secara internal. Pemetaan yang bermanfaat bagi tujuan kritik adalah sebuah analisis yang mempertunjukkan institusi-institusi masyarakat yang formatif dan dogma-dogma yang telah diundangkannya tentang perkumpulan manusia sebagai sebuah struktur yang khas dan mengejutkan, dan lebih-lebih sebagai sebuah struktur yang dapat ditinjau kembali bagian demi bagian. Sistem yang telah mapan dari rancangan-rancangan dan kepercayaan-kepercayaan seperti itu menghambat pelaksanaan gagasan-gagasan sosial yang telah kita nyatakan dan pelaksanaan kepentingan-kepentingan kelompok yang dikauai dan sekaligus juga memberi berbagai makna yang tersembunyi kepada mereka itu.

Prakonsep-prakonsep yang harus digantikan itu mengingkari adanya kemungkinan atau arti penting dari suatu kritik. Prakonsep seperti itu mengungkapkan sebagian besar batang-tubuh hukum dan pemahaman hukum yang telah diperluas dan diterima sebagai sebuah ekspresi dari sebuah visi moral dan politik yang kohesif, atau ekspresi dari sekumpulan keperluan-keperluan praktis, atau ekspresi dari suatu rangkaian evolusioner yang seperti hukum.

Segugusan abstraksi anti-kritis yang secara khusus punya pengaruh besar dalam hukum kontemporer dan pemikiran hukum tadi adalah Lochnerisme tingkat kedua yang telah dibahas dimuka. Ingatlah bahwa Lochnerisme awal yang lebih kasar dan yang sudah ditinggalkan adalah sebuah kontras antara hukum yang seperti apa adanya, secara pra-politis, sebagai struktur legal yang dibangun di dalam (*built in*) dari suatu tipe organisasi ekonomi dan pemerintahan yang diterima dan dibentuk –sebutlah sebagai demokrasi kapitalis liberal atau apa saja– dengan hukum yang mewujudkan intervensi pemerintah yang dilakukan tanpa prinsip, yang didorong oleh kepentingan kelompok, dan yang sifatnya redistributif dalam struktur hukum inti. Inilah yang telah ditolak oleh orang-orang yang terkemuka dari Lochnerisme Amerika–dan juga rekan-rekannya dari Lochnerisme Eropa– meskipun mereka ini tetap tidak menolak seutuhnya dan juga tidak dengan tegas menolaknya. Lochnerisme yang masih ada, yang membuat arus kuat berbagai abstraksi yang menghalangi usaha kritik terhadap pemetaan, adalah Lochnerisme yang dimaksudkan untuk membedakan konsesi-konsesi dari kepentingan kelompok atau perkiraan

dari ekspresi-ekspresi moral impersonal dan visi politik atau keperluan praktis. Ekspresi-ekspresi ini harus diselamatkan dari konsesi-konsesi, dan hal ini dilakukan berdasar dipanggilnya kembali yang pertama dan ditolaknya yang kedua, yang tugasnya dikerjakan oleh analisis hukum yang merasionalisasikan.

Bahasa politik kontemporer biasanya memaksakan suatu abstraksi ideologis yang meyakinkan, kurang-lebih secara langsung, terhadap janji-janji rendah akan kepentingan-kepentingan khusus yang terorganisasikan. Dalam setiap kesempatan tidak mungkinlah bahasa politik itu mengatakan apakah abstraksi-abstraksi itu berfungsi sebagai topeng ideologis untuk memenuhi kepentingan-kepentingan atau sebaliknya apakah upaya memenuhi kepentingan itu dibuat salah arah oleh abstraksi-abstraksi tadi. Yang tidak kita miliki adalah suatu hal yang seharusnya menjadi inti terdalam dari wacana politik, yaitu dasar-tengah (*middle ground*) dari alur alternatif dari suatu perubahan institusi dan kebijakan. Membantu mengembangkan dasar-tengah ini adalah salah satu dari tugas-tugas praktek pemetaan dan kritik yang digabungkan. Satu syarat untuk memenuhi tugas ini adalah bahwa kita melawan dorongan untuk merasionalisasi atau mengidealisasi institusi-institusi serta hukum-hukum yang sesungguhnya telah kita miliki.

Tipe insight apa yang diharapkan bisa berkembang melalui praktek pemetaan ini? Perhatikanlah baik-baik contoh adanya kaitan antara hak milik tradisional dengan berbagai perkecualian yang mulai mengepung kita. Hak milik, yang membawa banyak kemampuan yang dilekatkan pada pemilik hak yang sama secara bersama-sama, adalah model yang baik dari gagasan modern tentang hak, dan mekanisme sentral bagi pembagian klaim yang terdesentralisasi terhadap modal. Meskipun begitu dalam sistem hukum kontemporer kita menemukan banyak bidang hukum dan praktek yang menyelesaikan masalah dengan cara yang tidak menggunakan logika hak milik ini. Sebagai contoh, dalam dunia pertanian mungkin ada kerja-sama antara pemerintah dengan keluarga petani, dengan cara membubarkan hak milik yang ada dan membatasi kemutlakan hak si pemilik harta itu, yang digantikan oleh berbagai sokongan pemerintah. Dalam industri persenjataan dan bahkan lebih-lebih dalam kondisi kapitalisme perang, pembubaran serupa dalam bentuk kerja-sama antara penguasa publik dan produsen privat bisa terjadi. Dalam perkembangan pasar modal kontemporer kita melihat diciptkannya terus-menerus pasar-pasar baru dalam bidang-bidang khusus yang diabstraksi dari hak milik komprehensif. Situasinya lalu mulai tampak seperti ini: mekanismenya yang utama dikepung oleh bertambah banyaknya perkecualian. Namun demikian, bahkan jika harta milik tradisional dikosongkan melebihi kenyataannya, harta milik tradisional itu akan tetap berperan penting dalam menguasai ruang yang akan dikuasai oleh setiap bentuk pembagian modal yang lain, yang telah terdesentralisasi. Ia menguasai ruang yang akan diduduki oleh metode alternatif pembagian modal yang terdesentralisasi, yang sudah digambarkan sebelumnya dalam perkecualian yang sedang berlangsung terhadap hak milik yang disatukan. Ini adalah contoh yang khas bagi suatu tipe kombinasi kesamaan dan keragaman yang diharapkan bisa ditemukan dengan pemetaan.

Momen kedua dari praktek analisis hukum yang telah ditinjau kembali ini adalah kritik. Kritik mencoba melihat ketidak-cocokan antara cita-cita sosial yang dinyatakan dan komitmen-komitmen masyarakat yang programatis, dan juga kepentingan-kepentingan kelompok yang diakui, dengan rancangan-rancangan institusional yang terinci yang tidak hanya menghalangi pelaksanaan cita-cita, program dan kepentingan-kepentingan tadi, tetapi juga memberi mereka maknanya yang telah berkembang.

Hubungan antara kritik dengan pemetaan sekarang dengan jelas makin bisa menjadi fokus. Pemetaan menyediakan bahan-bahan bagi kritik, dan kritik mengatur perspektif dan agendanya bagi pemetaan. Tidak ada satupun dalam catatan saya tentang praktek analisis hukum yang telah ditinjau kembali itu merumuskan suatu tingkat tertentu sejauh mana kritik dapat diberi informasi sendiri dan dituntun oleh tipe argumen moral dan politik yang lebih bebas dari konteks. Namun demikian, daripada mengulas masalahnya sekarang, cukuplah mengakui betapa sedikit kita membutuhkan sebuah pandangan yang mendahului dan lebih meyakinkan tentang hal itu tadi untuk mulai meninjau kembali praktek analisis hukum dengan cara ini dan mulai melakukan

suatu peninjauan kembali. Pendekatan yang diarahkan kembali itu mungkin cocok dengan sikap-sikap yang jangkannya luas tentang kemampuan kita untuk berhubungan dengan suatu cara membuat pertimbangan yang tidak terlalu terikat pada sejarah. Terlebih, suatu praktek yang baru dengan sendirinya bisa memiliki sesuatu yang memungkinkan untuk mengajarkan pada kita manfaat relatif dari beragam pandangan tentang otoritas yang melampaui konteks dalam perdebatan moral dan politik.¹

Sekarang perhatikanlah baik-baik beberapa alur yang kita lalui untuk memperhitungkan tanggapan yang tidak merasionalisasikan terhadap keadaan hukum dan pemikiran hukum kontemporer. Tugas pertamanya –tugas dari momen untuk melakukan pemetaan– adalah memahami situasi institusional yang ada sebagai suatu struktur yang kompleks dan saling bertentangan, yang memang begitu adanya, sebagai suatu penyelesaian yang aneh dan mengejutkan yang tidak pernah dapat anda duga dari abstraksi-abstraksi seperti “ekonomi campuran,” “demokrasi perwakilan,” atau “masyarakat industrial.” Dalam pandangan ini, ahli hukum seharusnya bekerja sebagai orang yang memperbesar perasaan kolektif tentang kenyataan dan kemungkinan. Ia harus bertindak seperti seniman yang bisa membuat yang lumrah menjadi aneh, dengan cara memulihkan beberapa perasaan yang hilang dan ditekan tentang adanya peluang transformatif supaya kembali menjadi pemahaman kita tentang keadaan kita sendiri.

Fokus pemetaan ini adalah percobaan untuk membuat gambar institusi-institusi kita –pemerintah, ekonomi, keluarga– dari bahan-bahan hukum dan pemikiran hukum. Ini tugas yang berat; bahan-bahannya tidak mengenakan suatu gambar khusus di wajahnya. Gambar seperti apa yang kita inginkan? Pertama, kita ingin sebuah pandangan yang menentukan diri dengan cara membuat kontras dengan catatan yang merasionalisasikan. Catatan ini –ingat– mau menunjukkan bahan-bahan hukum sebagai hal yang terikat bersama dalam suatu cara yang bisa membenarkan sebagian besar darinya dan sekaligus menyingkirkan sebagian kecil darinya itu. Rekonstruksi rasional dalam hukum memberi pembenaran dan menafsirkan sebagian besar hukum dan sebagian besar pemahaman hukum yang diterima, baik sebagai ekspresi dari suatu sistem konsep moral dan politik yang berkembang atau sebagai hasil tuntutan-tuntutan fungsional yang tak bisa ditawar-tawar. Secara afirmatif, pandangan yang kita inginkan adalah suatu pandangan yang bermanfaat bagi tujuan-tujuan momen kedua dari praktek analitis ini, yaitu bahwa momen kritik, ketika kita memusatkan diri pada ketidak-cocokan hukum dan pada suatu cara yang membuat konsep-konsep ideal, yang terungkap dalam kebijakan-kebijakan dan prinsip-prinsip, atau kepentingan-kepentingan kelompok yang terwujud dalam program-program dan strategi-strategi, akan terpotong dalam upaya pemenuhannya, dan akan dimiskinkan di dalam maknanya oleh bentuk-bentuk institusional yang diterimanya.

Di banyak tempat dalam buku ini sudah saya berikan sejumlah contoh dilakukannya pemetaan, yaitu sebagian alternatif-alternatif bagi gagasan hak milik yang disatukan yang sudah dapat kita saksikan dalam hukum dan praktek yang berlaku; hubungan pengadilan hak-hak tradisional dengan intervensi dari suatu pelaksanaan kompleks, yang sifatnya struktural tetapi bertahap; berbagai ketidak-cocokan dari perlindungan yang sama, yang bersifat substantif dan ketidak-cocokan hukum anti-diskriminasi yang terkait; dan pada umumnya, organisasi dialektis hukum kontemporer di setiap cabangnya sebagai dualitas hak-hak pilihan personal dan pemerintahan sendiri oleh rakyat serta hak-hak yang ditentukan untuk menjamin kenyataan adanya penentuan diri individual dan kolektif.

Apakah kita membutuhkan sebuah teori yang utuh, sebuah praktek penjelasan sosial, seperangkat gagasan programatis, dan sebuah konsep tentang hubungan antara pikiran programatis dan penjelasan sosial untuk memberi informasi pada pemetaan? Jawabannya adalah ya dan tidak. Kita berharap agar gagasan-gagasan itu sungguh berkembang dan menguraikan praktek analisis hukum yang telah ditinjau kembali. Tetapi kita tidak perlu punya sebuah teori untuk memulai pemetaan.

¹ Lihat diskusi yang akan menyusul tentang kampanye untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme di halaman

Kita sudah punya dua titik pijak untuk melangkah. Yang pertama adalah upaya untuk meradikalkan cita-cita sosial yang telah dinyatakan atau untuk meradikalkan program-program partai, untuk membawanya melampaui halangan-halangan institusional yang ada, dan mengubah maknanya dalam proses pelaksanaannya. Titik pijak yang kedua adalah suatu usaha yang sifatnya negativistis untuk melakukan pembongkaran terhadap konsep-konsep yang merasionalisasikan dan dilakukannya penafsiran hukum kontemporer.

Jadi, pemetaan ini tidak melibatkan suatu penerimaan yang naif terhadap gambaran yang tingkatnya rendah, yang sifatnya analogis dan *glossatorial*, tentang hukum sebagai sebuah tumpukan yang tak berbentuk dan tak tercerna. Hal ini menuntut digambarkannya kembali gambar tadi secara radikal dari sudut pandang pra-komitmen pada kritik. Momen pemetaan dan kritik membentuk kesatuan dialektis. Hanya saja kita dapat mengklaim adanya keuntungan-keuntungan tertentu bagi konsep hukum yang tingkatnya rendah dan bersifat analogis. Ia membuat hukum yang masih ada dan pemahaman hukum yang diterima menjadi bebas –atau lebih bebas– dari pesona yang merasionalisasikan dan dari pandangan khusus dari orang-orang terkemuka di Madison, yang cemas akan suatu pandangan hukum yang menjadi dasar mereka, seperti halnya para hakim dan wartawan, untuk bisa bertindak dengan sedikit saja rasa malu.

Apakah suatu kritik lebih mungkin dilakukan dalam kondisi dimana pemetaan mendominasi budaya hukum, atau dalam situasi dimana rasionalisasi yang mendominasi? Untuk menjawab pertanyaan ini kita harus mulai dengan mengingat bahwa pemetaan dan kritik tidak bisa dipisahkan; mereka adalah aspek-aspek atau momen-momen praktek yang sama. Seperti halnya pemetaan menyediakan bahan bagi kritik, hal itu sudah dilakukan dengan dipikirkannya kepentingan kritik. Terlebih, sebagai perkara yang praktis, pembentukan praktek analitis transformatif seperti itu hanya mungkin dilakukan dalam lingkungan historis dimana kita dapat melawan rasionalisasi yang tunggang-langgang, sebab, bahkan seperti analisis yang merasionalisasikan dalam hukum, dan dalam wilayah pemikiran politik dan sosial yang berhubungan, memitoskan institusi-institusi kita berarti juga menggeneralisasi cita-cita kita. Hal itu juga berarti menyediakan tempat bagi pelaku pemetaan dan peng-kritik untuk dapat mulai bekerja.

17. MEMBAYANGKAN MASA DEPAN ALTERNATIF SEBUAH MASYARAKAT BEBAS: DEMOKRASI SOSIAL YANG DIPERLUAS

17.1. *Gagasan masa depan institusional alternatif*

Bayangkanlah suatu praktek pemetaan dan kritik yang dilakukan pada bahan-bahan hukum dan pemikiran hukum kontemporer. Andaikanlah bahwa pemetaan dan kritik itu berlangsung melalui banyak tahap, tanpa adanya langkah-langkah transisional di pertengahan tahap. Kita lalu akan punya beberapa konsep alternatif tentang rangkaian demokrasi sosial yang diharapkan, seperti yang dewasa ini dipahami dan sebagian dipraktekkan di belahan dunia Atlantik Utara. Ketiga konsep itu digambarkan dengan tingkat kesederhanaan tertentu dan dengan jauhnya jarak dari rancangan-rancangan yang ada, yang bisa ikut mengusulkan suatu janji keragaman yang tersembunyi di bawah topeng kesesuaian. Tidak satupun dari ketiga program itu cocok dengan spektrum kanan dan kiri kita sekarang ini, sebuah spektrum yang terorganisasi di sekitar orientasi yang makin tidak berhubungan dengan perhatian-perhatian yang ada sekarang ini. Pemisahan yang nyata antara kaum radikal dan konservatif tidak terlalu menjadi perbedaan antara komitmen-komitmen kaum *statist* (yang mengagungkan negara) dengan *anti-statist*, bila dibandingkan dengan kontras antara mereka yang ingin melaksanakan program partai politik kontemporer dalam batas-batas institusi-institusi pemerintahan dan ekonomi yang diwarisi dengan mereka yang mengusulkan untuk meninjau ulang institusi-institusi tadi dan sebagai akibatnya juga mendefinisikan kembali komitmen-komitmen programatisnya.

Versi yang lumrah dari program-program partai sayap kanan dan partai sayap kiri telah menggabungkan, dalam satu contoh, sebuah komitmen dengan suatu persaingan ekonomi, dan dalam contoh yang lain, menggabungkan tujuan-tujuan redistributif dan partisipatoris dengan penerimaan akan rancangan-rancangan pemerintah dan ekonomi yang telah mapan. Kesulitannya adalah bahwa, sekali rancangan-rancangan ini dibiarkan tidak disanggah, tujuan-tujuan programatis sayap kiri dan sayap kanan, yang sudah begitu jelas, tidak bisa dibawa lebih jauh; mereka lalu menjadi suatu ketidak-seimbangan suatu tekanan sehingga, meskipun mampu membantu atau melukai rakyat kini, dan disini, tidak akan berhasil membawa alternatif-alternatif yang jelas bagi masyarakat. Jika kita menerima kerangka institusional yang sudah mapan, kita tidak dapat menganggap serius adanya suatu pemisahan yang sudah lumrah antara kanan dan kiri; kita harus mengurangi dan menghemat komitmen-komitmen programatis mereka.

Meski demikian, andaikanlah bahwa kita menunjukkan diri bersedia untuk menemukan alternatif-alternatif bagi hak milik yang disatukan agar bisa mencapai suatu perdamaian yang lebih baik antara pengambilan keputusan ekonomi yang terdesentralisasi dengan keuntungan finansial yang bisa diperoleh dari produksi yang berskala besar. Atau bayangkanlah bahwa kita melibatkan diri untuk mencari tujuan-tujuan redistributif melalui reorganisasi ekonomi, bukannya melalui skema *tax-and-transfer*, yang secara retrospektif, mencoba untuk memberi kompensasi terhadap operasi ekonomi yang menimbulkan ketimpangan. Lalu, kita sudah akan meradikalkan, bukannya menghemat, program kita. Apakah kita membuat radikal atau menghemat, kita sudah akan membuang pandangan tradisional kita tentang suatu garis pemisah di antara kanan dan kiri. Secara khusus, kita sudah akan menghapus cara yang biasanya dipakai untuk menarik suatu garis lintasan yang membawa sikap-sikap ke arah pasar dan mengarah ke dipindahkannya mereka oleh upaya-upaya, pembagian dan pengaturan yang dilakukan oleh pemerintah.

Rapuhnya perbedaan ideologis konvensional antara sayap kiri dan sayap kanan seharusnya tidak mengejutkan, karena perbedaan-perbedaan ini menandai adanya varian-varian dari hal yang dapat digambarkan secara sah sebagai program politik abad modern yang dominan. Program ini berusaha menemukan rancangan-rancangan yang mampu memanfaatkan tumpang-tindihnya syarat-syarat institusional untuk peningkatan kemampuan produktif masyarakat – melalui inovasi dan kombinasi ulang yang dipercepat- dengan syarat-syarat institusional bagi suatu bentuk emansipasi individu-individu dari peran-peran dan hirarki sosial mereka yang telah mengakar. Menurut pandangan umum, tugas utama filsafat politik adalah menemukan suatu titik pijak –yang lebih dalam atau lebih netral- yang bisa menjadi dasar pengadilan bagi doktrin-doktrin, harapan-harapan dan kepentingan-kepentingan yang saling berlawanan itu. Meski begitu, tugas pertama filsafat politik mungkin saja menyingkirkan kontras-kontras ideologis dangkal yang keliru, agar bisa memeriksa cara-cara yang kita pakai untuk bisa memilah-milah suatu program politik dominan yang disatukan, yang telah kita miliki. Hal ini adalah langkah pertama untuk menelusuri rute-rute alternatif yang lain, yang bisa menuntun ke suatu arah yang melampaui program tadi. Keragaman masa depan demokrasi bukanlah masalah; hal ini sekaligus tugas dan penyelesaian. Kita memerlukan gagasan-gagasan yang membantu kita untuk menciptakan konflik-konflik ideologis yang kita hadapi dengan lebih serius sebelum kita menyatakan untuk menyelesaikan pergumulan-pergumulan ideologis yang nyatanya tidak seperti yang terlihat.

Masing-masing dari ketiga masa depan masyarakat bebas yang saya diskusikan sekarang ini adalah suatu gambaran dari kejauhan yang telah dipertimbangkan tentang satu jalan yang mungkin bagi kemajuan demokrasi. Masing-masing menggambarkan sebuah jalan yang khas untuk melanjutkan perkembangan pemikiran hukum yang sekarang ini terhenti, dengan mengubah perhatian utamanya terhadap pemenuhan efektif hak-hak hukum menjadi sebuah usaha institusional kecil-kecilan yang termotivasi. Saya melukiskan setiap jalan ini tadi pada suatu titik yang jauh sekali dari rancangan-rancangan yang sekarang ini kita miliki, agar bisa menunjukkan ciri khas-nya yang mencolok. Meski begitu, arah lebih perlu diperhatikan daripada jarak. Melalui berbagai langkah sementara, kita dapat menghubungkannya kembali dengan keadaan kini dan disini. Pada gilirannya, kita dapat mewujudkan setiap langkah sementara itu

sebagai serangkaian inovasi institusional dan sekaligus sebagai seperangkat aliansi kelas sosial atau kelompok; inovasi-inovasi dan aliansi-aliansi hanyalah sisi lain dari masing-masing itu.

Hanya saja, ada asimetri yang sangat penting dalam hubungan ini. Kita membentuk aliansi kelompok dengan mencoba mengubah rancangan-rancangan sosial, baik dengan memanfaatkan kekuasaan pemerintah maupun dengan menggunakan perubahan-diri masyarakat sipil. Inovasi-inovasi institusional yang berhasil lalu mengubah hal yang sampai sekarang menjadi kerja-sama taktis antara kelompok yang berbeda-beda menjadi suatu penggabungan kepentingan-kepentingan kelompok atau identitas kelompok yang berlangsung lama. Sebagai misal, rekonstruksi industrial *post-fordis* yang berhasil, dengan cara membongkar batas-batas di antara industri produksi-massa tradisional, kelompok ekonomi 'garis belakang' yang terdiri dari toko-toko dan jasa-jasa yang belum dicaplok oleh modal besar, kelompok ekonomi garis depan yang terdiri dari produksi bertenaga-ahli yang fleksibel, akan meletakkan dasar bagi aliansi massa yang lebih inklusif dalam demokrasi industrial yang kaya bila dibandingkan dengan yang sekarang ini tampaknya bisa dilaksanakan.

Meski demikian, jika aliansi-aliansi sosial butuh agar inovasi-inovasi institusional dipertahankan, inovasi-inovasi institusional tidak memerlukan aliansi-aliansi sosial yang sudah ada sebelumnya. Yang mungkin mereka perlukan adalah pelaku-pelaku partai politik dan program-program institusional, dengan mendapatkan aliansi-aliansi kelas sosial atau kelompok itu sebagai sebuah proyek –sebuah proyek, bukannya sebuah premis. Jika perubahan institusional dan aliansi-aliansi kelompok tidak terkait secara asimetris dengan cara ini, masalah perubahan struktural yang dikehendaki dalam sejarah akan tetap tidak dapat dipecahkan, yaitu bahwa dialektika atau arah sejarah –yang satu luar biasa; sedang yang lain tidak bisa dipercaya- perlu menyediakan hal yang tidak bisa diselesaikan oleh aksi politik yang sadar (*conscious politicking*) karena ketidak-berdayaannya. Sebabnya adalah bahwa aliansi-aliansi dan antagonisme-antagonisme kelompok yang berlangsung setiap saat cenderung untuk mengandaikan dan menerapkan struktur masyarakat yang terlembagakan. Jadi, sebagai contoh, kelas pekerja industrial, yang terpusat dalam industri produksi-massa, membayangkan musuh mereka adalah kelas bawah pekerja temporer, yang bersaing dengan mereka untuk mendapatkan pekerjaan setengah trampil dari industri tradisional dan pilihan kesejahteraan negara. Mereka berusaha mempertahankan tempat mereka, daripada hanya mengubahnya. Geliat gerakan harus muncul dari tindakan politik yang dilengkapi dengan imaginasi institusional.

Jadi, diskusi tentang suatu gerak dari debat kebijakan masa kini ke arah pembicaraan programatis yang hilang pada permulaan buku ini menggambarkan gerak-gerak awal dalam pembicaraan-pembicaraan yang sama, yang gerak selanjutnya akan saya bahas sekarang. Analisis hukum sebagai suatu imaginasi institusional hanyalah praktek dari pembicaraan-pembicaraan ini, yang dilanjutkan, sejauh mereka bisa dan seharusnya, dalam materi-materi hukum yang rinci.

Seperti halnya masing-masing dari ketiga masa depan masyarakat bebas melalui langkah-langkah transisional dapat dihubungkan kembali dengan keadaan kini dan di sini, masing-masing menunjukkan pilihan bentuk kehidupan yang berbeda, yaitu suatu hal yang mendorong beberapa bentuk pengalaman individual dan sosial, meskipun di lain pihak menghalangi yang lain. Berlawanan dengan klaim dari mereka yang dengan keras memisahkan hak imparial dari kebaikan kelompok, tidak ada seperangkat institusi yang netral di antara bentuk-bentuk kehidupan. Khayalan tentang netralitas ini merintang jalan yang praktis dari suatu keterbukaan relatif untuk mencapai suatu keragaman pengalaman sebagai sifat positif tetapi parsial dari sebuah tatanan sosial.

Hubungan antara institusi dan kharisma, antara rancangan-rancangan praktis dan bentuk-bentuk kehidupan, adalah kunci bagi jalan yang saya pakai untuk menunjukkan ketiga masa depan masyarakat bebas tadi. Jadi, dalam setiap contoh, diskusi mulai dengan membangkitkan kharisma khusus yang menjadi jiwanya, terus merancang rancangan-rancangan institusional yang khusus dan membuat hukum, dan mengambil kesimpulan dengan menyebut masalah-masalah praktis dan spiritual yang mendasar, yang dapat kita harapkan agar dimunculkan oleh arah perubahan institusional muncul. Masalah-masalah itu sama sekali tidak menjadi keberatan

fatal terhadap setiap program. Bahkan, masalah-masalahnya adalah hidupnya. Dengan mengaturnya, setiap program menentukan sifatnya, dengan lebih utuh dan realistis.

Program-program yang dibuat dari kejauhan ini bukanlah ramalan atau pola. Mereka hanyalah diperbesarnya koleksi pilihan-pilihan sosial yang biasa kita miliki yang dibayangkan secara institusional, percobaan-percobaan yang sungguh terpikirkan untuk mendukung suatu usaha kecil-kecilan, yang didorong sedikit lebih jauh ke depan dari yang biasanya kita bawa dalam kesehari-harian argumen politik dan hukum. Perkembangan spekulatif mereka bukanlah pengganti bagi usaha yang penuh kesabaran dari suatu usaha kecil-kecilan dalam ke-kini-an dan ke-disini-an dari hambatan-hambatan, kebutuhan langsung dan kesempatan yang serampangan, yang semuanya sungguh menekan. Hanya saja, dengan diperbesarnya imajinasi politik dan hukum tadi kita dapat bergulat dengan lebih tegas melawan nasib dan penyimpangan, dan melemahkan kekuasaan lingkungan kita terhadap nalar kita. Kita dapat melihat dengan lebih jelas pilihan-pilihan yang disembunyikan oleh komitmen-komitmen kita sekarang ini, dan menggabungkan hal yang taktis ke yang visioner.

17.2. *Arah demokrasi sosial yang diperluas*

Sebuah alur untuk memperdalam demokrasi mungkin bisa disebut sebagai demokrasi sosial yang diperluas. Dari ketiga jalan terhadap dekonstruksi demokrasi yang telah saya gambarkan, hal ini adalah jalan yang menuntut pemisahan yang paling minim dengan rancangan-rancangan institusional yang diwarisi dan yang telah mapan. Karena itu, dalam pesan spiritual dan tuntutan-tuntutan moralnya, hal ini juga bisa lebih dekat dengan suatu perasaan yang sekarang ini dominan dalam negara-negara industrial yang kaya. Jika alur perkembangan ini mempunyai lebih sedikit kepentingan daripada alternatif-alternatif lain sebagai sebuah inovasi politik, secara proporsional ia mempunyai kepentingan yang lebih besar sebagai perluasan kecenderungan-kecenderungan yang ada dalam demokrasi industrial jaman ini.

Konsep inti yang menjiwai demokrasi sosial yang diperluas adalah keyakinan bahwa kehidupan individu adalah suatu arena pengalaman yang dimiliki secara istimewa, yaitu kemampuan individu untuk menentukan dan melaksanakan proyek hidupnya sendiri. Politik – politik pemerintah dan politik partai- tidak lagi menjadi sumber perubahan dan harapan besar yang masuk akal. Jika berhasil, ia berlangsung pada arus yang lebih sempit; tujuannya menjadi upaya meyakinkan agar efisiensi-efisiensi, kesederajatan, dan kepantasan dapat membuat tindakan individual efektif.

17.3. *Hukum dan institusi-institusi demokrasi sosial yang diperluas*

Seperangkat teknik institusional yang menentukan demokrasi sosial yang diperluas harus menggunakan komitmen untuk menetralkan latar-belakang keuntungan dan ketimpangan yang diwarisi di antara individu. Pewarisan turun-temurun hak milik tidak hanya harus sungguh dibatasi, tetapi individu juga harus diberi sokongan sosial –satu paket hak dan sumber-daya- yang bisa menjamin mereka terhadap ketidak-amanan ekonomi yang ekstrem, dan memberi mereka sarana-sarana yang bisa digunakan untuk membuka jalan mereka sendiri di dunia. Beberapa isi dari simpanan sokongan individual ini bisa digunakan sendiri dengan bebas, sedang yang lain, tergantung pada pendidikan awalnya, seperti misalnya pensiun dan jaminan sosial sebelum mendapatkan kerja, atau perlindungan kesehatannya, ada di bawah kontrol aturan yang ketat, atau, untuk mendapatkan kelonggaran dari kontrol aturan ini, diperlukan intervensi pengawas sosial.

Bentuk pembiayaan oleh pemerintah yang bisa dengan sangat efektif mendanai berlangsungnya pemerintah di bawah demokrasi sosial yang diperluas adalah pajak konsumsi langsung dan universal. Pajak ini berada di antara perbedaan antara penghasilan dan tabungan

atau investasi, dengan memberi kemungkinan banyak potongan bagi konsumsi yang sedang, dan tarif progresif yang bertingkat-tingkat untuk bagian yang bisa ditarik pajak dari pengeluaran untuk konsumsi. Pajak semacam ini mempunyai dua konsekuensi yang mendukung tujuan sosial dan ekonomi dari demokrasi sosial yang diperluas. Pertama, ia mengubah pemungutan pajak menjadi kawan, bukan musuh, bagi tabungan dan investasi. Jika ada masalah nyata pemakaian di bawah normal, hal ini bisa diurus langsung oleh kebijakan ekonomi makro yang menentanginya. Kedua, hal itu menerapkan apa yang seharusnya sungguh diharapkan oleh seorang demokrat sosial terhadap pajak, yaitu hirarki standard hidup dan dana pribadi bagi sumber-daya sosial. Sungguh, secara prinsip hal ini memang mungkin demi suatu penghematan supaya bisa mengumpulkan kekayaan, dan karena itu berarti juga mengumpulkan kekuatan ekonomi. Dua cara yang berbeda dan saling melengkapi untuk mengontrol kekuatan ekonomi menanggapi tujuan-tujuan demokrasi sosial yang diperluas ini, yaitu dipecahnya kekuatan ekonomi melalui berbagai fasilitas untuk mendapatkan akses terhadap modal, yang terdesentralisasi; dan pemungutan pajak suka-rela atas kekayaan. Pajak kekayaan dan pajak pemakaian secara bersama memperlengkapi demokrasi sosial yang diperluas ini dengan program fiskalnya. Mereka mungkin harus dilengkapi dengan pajak pertambahan nilai yang tarifnya tetap, yang sifatnya komprehensif, yang, dengan menjadi pajak tidak langsung yang paling tidak berlaku surut dan paling tidak menimbulkan kekacauan, meyakinkan pemerintah akan pendapatan substansial yang tidak bisa disediakan oleh pajak langsung dan redistributif karena tidak mencukupi.

Serangkaian teknik institusional kedua yang bertumpang-tindih di dalam perbendaharaan demokrasi sosial yang diperluas harus mempergunakan tuntutan-tuntutan fleksibilitas dan inovasi yang dipercepat dalam kehidupan ekonomi. Demokrasi sosial yang diperluas menghargai terbukanya kesempatan bagi inisiatif ekonomi independen baik bagi sumbangannya terhadap kemajuan material maupun bagi dorongannya terhadap penentuan dan pelaksanaan proyek-proyek kehidupan. Dua bentuk keterikatan pemerintah memberi gambaran tentang komitmen terhadap peningkatan mutu dalam batas peluang-peluang bagi kreativitas kewira-usahaan dan tindakan individual.

Dengan salah satu keterikatan itu pemerintah akan ikut menyediakan sarana-sarana yang bisa dipakai untuk membangun tata kekuasaan persaingan kooperatif bagi perusahaan-perusahaan ukuran kecil dan sedang. Perusahaan-perusahaan yang dalam suatu bidang bersaing, mampu bekerja-sama di bidang yang lain, dengan mengumpulkan bersama sumber-daya keuangan, teknologi dan komersial, dan dengan itu memberi jaminan pada akses mereka terhadap keuntungan finansial yang bisa diperoleh dari produksi yang berskala besar. Bank berbentuk campuran antara swasta dan umum dan jasa-jasa pendampingan teknologi akan diperhitungkan di antara bentuk-bentuk dukungan itu bagi jaringan antar perusahaan. Upaya-upaya konstruktif ini akan digerakkan oleh percobaan untuk memperluas ruang bagi sebuah gaya produksi yang memberi peran sentral pada upaya belajar kelompok. Upaya belajar ini adalah satu hal yang dimiliki bersama oleh demokrasi dan inovasi ekonomi.

Dengan keterikatan yang lain pemerintah seharusnya menyediakan kesempatan untuk pendidikan yang terus-menerus dan pelatihan-ulang sepanjang masa dewasa bagi rakyat. Sumber-daya yang dibutuhkan mungkin menjadi bagian dari sokongan sosial yang dimiliki tiap orang. Ada sumbangan terhadap kemampuan untuk mencapai suatu penentuan-diri individual, sebanyak syarat-syarat bagi inovasi yang tetap dalam ekonomi. Kesempatan-kesempatan untuk melakukan pelatihan kembali yang sifatnya tetap dan terus-menerus, yang ditekankan oleh jaminan terhadap ketidak-amanan ekonomi, memungkinkan adanya suatu eksperimentalisme yang dipercepat dalam kehidupan ekonomi. Mereka membuat rakyat bisa terbebas dari prinsip masa kerja (*job tenure*) yang mahal dan menghambat.

Kesamaan dari teknik-teknik demokrasi sosial yang diperluas yang memperluas kesederajatan dan yang menyukai inovasi adalah sungguh diperbesarnya tanggung-jawab bidang pendidikan. Dirumuskannya kembali pendidikan massa adalah tuntutan penting bagi kemampuan untuk mencapai penentuan-diri individual dan tuntutan penting bagi praktek inovasi dan penggabungan kembali ekonomi. Isi pendidikan itu seharusnya cocok dengan tujuan-tujuan ini. Tujuannya haruslah mengembangkan kemampuan-kemampuan praktis dan konseptual yang mendasar.

Sekolah harus berada di pihak kemanusiaan dan masyarakat (yang mungkin) berhadapan dengan pengalaman yang biasa dihadapi dan tatanan yang sudah mapan. Diutamakannya perhatian terhadap pendidikan mewujudkan salah satu komitmen yang dimiliki bersama oleh berbagai upaya pendalaman demokrasi.

Kampanye bagi demokrasi sosial yang diperluas ini sangat mungkin dilakukan dalam kondisi-kondisi ekonomi politik korporatis. Korporatisme ini ikut menggabungkan berbagai sarana praktis dan ideologis yang dibutuhkan untuk membangun demokrasi sosial yang diperluas, yaitu pekerja yang sangat terorganisasi dan kelompok-kelompok kewira-usahaan, suatu wadah bagi negosiasi sosial untuk strategi ekonomi nasional, dan penerimaan sosial yang meluas atas kepantasan dan kegunaan intervensi aktif pemerintah dalam perkembangan strategi nasional pertumbuhan ekonomi.

Meski begitu, pada saat yang sama korporatisme memunculkan ketidak-sabaran terhadap suatu bentuk kekakuan yang menjadi penyakit. Keuntungan-keuntungan sementara yang dijamin oleh kelompok-kelompok yang terorganisasi, di bawah tata kekuasaan korporatis, dengan cepat menjadi hak-hak pribadi. Seluruh tatanan sosial mulai menyerupai sekumpulan besar hak-hak istimewa yang dimiliki oleh kelompok khusus. Harga dari kekakuan tadi, dan juga harga dari kekuatan-kekuatan veto yang diakibatkan oleh hak-hak istimewa ini, membelenggu inovasi dalam setiap wilayah kehidupan praktis. Terlebih, karena hak-hak istimewa ini dibagi dengan tidak merata, kekakuan menjadi ketidak-adilan.

Karena itu, demokrasi sosial yang diperluas, yang difasilitasi oleh gaya korporatis ekonomi politik, pada saat yang sama menjadi penangkal bagi kelekatan yang menjadi ciri khas kepentingan-kepentingan kelompok yang tidak sederajat dan yang membatasi diri di bawah tata kekuasaan korporatis. Dalam demokrasi sosial yang diperluas, dorongan terhadap fleksibilitas yang lebih besar tampak sebagai ekspresi dorongan untuk melonggarkan dan sekaligus untuk menyamakan sistem perundingan dan prerogatif kelompok yang ketat, sistem persewaan politis (*system of political rents*), subsidi-subsidi tersembunyi, dan juga ketidak-mampuan efektif yang memberi ciri khas pada demokrasi industrial masa kini, khususnya yang telah begitu jauh mengambil-alih praktek-praktek korporatis.

Dari perspektif yang lebih luas, hal ini tampak seolah sebagai program demokrasi sosial yang diperluas yang mewujudkan sebuah sintesis antara liberalisme 'seolah-olah' di jaman terdahulu dan kompromi sosial demokratis yang berkembang sejak jaman Depresi Besar dan Perang Dunia Kedua. Meski demikian, hal ini lalu lebih tampak sebagai sebuah gerakan yang menciptakan kondisi-kondisi bagi dipenuhinya klaim-klaim liberal secara lebih utuh daripada suatu titik tengah antara kedua orientasi politik tadi. Upaya untuk membuat dunia aman bagi ajaran liberal tentang landasan bersama untuk kemajuan ekonomi dan kebebasan individual ini menuntut dibentuknya kembali institusi-institusi yang secara tradisional dikaitkan dengan sebab liberal. Pencarian landasan bersama antara kemajuan material dan emansipasi individual bisa menjadi maju melalui upaya kecil-kecilan yang dilakukan secara kumulatif dan terarah dengan praktek-praktek dan institusi-institusi yang dahulu kita gunakan untuk mencoba mengamankan landasan bersama ini.

Karena itu, gagasan-gagasan hukum yang sangat terkait pada demokrasi sosial yang diperluas adalah gagasan-gagasan yang menekankan diciptakannya hukum secara terus-menerus dari bawah ke atas, oleh organisasi-organisasi sosial. Doktrin hukum demokrasi sosial yang diperluas tidak hanya mengembangkan teori dan praktek organisasi papan tengah, yang bertindak di wilayah antara pemerintah dan pelaku privat, tetapi juga memberi arti penting yang khusus pada perkumpulan-perkumpulan yang berada di antara kontrak dan korporasi. Dunia demokrasi sosial yang diperluas seharusnya melihat berkembang-biaknya berbagai bentuk kerja-sama dalam penggunaan sumber-daya produktif dan persediaan jasa-jasa teknis dan profesional, yaitu bahwa berbagai kegiatan yang sekarang ini diatur dalam kekangan bentuk korporat akan dilaksanakan dalam bentuk kombinasi antara orang dan sumber-daya yang sifatnya sementara dan terpusat.

Garis-batas besar lain dari hukum demokrasi sosial yang diperluas adalah sumbangan sosial dari individu, bukannya praktek inisiatif yang terdesentralisasi. Individu harus memiliki serangkaian perlindungan dan kekebalan yang relatif terbatas dari resiko konflik politik jangka-

pendek. Inti praktis dari bahasa metafisis hak-hak fundamental dalam tradisi Anglo-Amerika tetap punya pengaruh, yaitu bahwa menyebut pengamanan tertentu sebagai hak fundamental sama saja dengan mengatakan bahwa kita tidak boleh menampakkannya dalam bahaya dan kerusuhan yang sering terjadi dalam arus konflik politik yang normal. Pengamanan itu nyatanya menjadi hak fundamental tatkala ia mendapat beberapa kekebalan dari resiko-resiko tadi.

Tidak setiap hal dalam sumbangan sosial individu berhak diperlakukan sebagai hak yang tetap dan keramat. Pada satu kutub spektrum kekuatan, kejelasan dan stabilitas dalam definisi hak adalah jaminan dasar untuk menghadapi penindasan umum dan privat, jantung dari kebebasan-kebebasan berekspresi dan berasosiasi, dan hak-hak berpartisipasi dalam kehidupan sipil. Bahkan hak-hak ini, dalam percabangan praktisnya, bernaung di dalam suatu wilayah. Di dalam wilayah ini relativitas hak terhadap sumber-daya menjadikan suatu kualifikasi kontekstual tak terhindarkan. Jadi, kebebasan mengungkapkan pendapat bisa menuntut tindakan pemerintah yang menjamin adanya akses terhadap sarana-sarana komunikasi massa bagi suatu kelompok yang sangat luas dari gerakan-gerakan pendapat yang terorganisasi dan tidak terorganisasi. Namun demikian, tidak seorang pun, juga tidak satu kelompok pun, dapat memiliki hak tertentu yang tidak bisa dihilangkan terhadap porsi khusus sumber-daya media. Di kutub yang lain dari spektrum itu, ada definisi suatu jumlah aktual yang siap untuk melindungi individu menghadapi resiko yang sangat besar, dan untuk mendanai pendidikannya yang terus-menerus sepanjang hidup. Di antara kedua ekstrem ini, banyak klaim akan berbagi sesuatu dari kekuatan definisi tentang hak fundamental dengan sesuatu dari relativitas investasi sumber-daya sosial dalam upaya pemenuhan atau pengembangan hak.

Jadi, teori hukum demokrasi sosial yang diperluas mencari hak-hak yang bisa menjadi penengah antara hukum publik dan hukum privat dan antara kontrak dan korporasi. Demikian pula, dalam batas prerogatif individu, ia melaksanakan doktrin tentang hak-hak campuran, yang dalam arti tertentu dengan jelas ditandai dan tanpa syarat dilaksanakan, tetapi dalam arti yang lain tunduk pada redefinisi sementara yang sifatnya kontroversial. Bentuk-bentuk campuran ini, yang langsung tumbuh dari hukum negara berkesejahteraan, mengungkapkan gagasan – yang begitu mendasar bagi hukum kontemporer bahkan dalam demokrasi-demokrasi sosial yang ada – bahwa penentuan-diri individual dan kolektif tergantung pada kondisi-kondisi empiris dan bisa dibatalkan.

17.4. *Jiwa dan kemenangan-kemenangan demokrasi sosial yang diperluas*

Jiwa demokrasi sosial yang diperluas adalah salah satu dari individualisme radikal. Politik harus menjadi kecil supaya individu bisa menjadi besar. Pencarian akan hal-hal yang menggairahkan –dilakukannya suatu percobaan secara terus-menerus, dengan batas pengalaman- seharusnya ada dalam skala biografi individual. Tatkala kita mengubah pencarian ini ke dalam politik, seperti yang diajarkan oleh doktrin demokrasi sosial yang diperluas, bahaya dan kekecewaan akan muncul sebagai akibatnya. Proyek-proyek besar rekonstruksi dan regenerasi biasanya berakhir pada otoritarianisme yang suram, dengan memotong peluang-peluang bagi inovasi ekonomi dan budaya, demi keuntungan kaum elite yang hanya memperhatikan kepentingan diri dan berlagak suci.

Gagasan ini memberi suatu bobot kekuasaan atau setidaknya, suatu kenyataan akan tidak bisa dihindarkannya bagi kebiasaan-kebiasaan hidup bersama, yaitu khususnya bagi hidup, (1) dimana fokus energinya tetap berada di ranah keluarga dan waktu luang; (2) dimana bentuk-bentuk kebudayaan yang berada pada posisi terdepan, yang punya sifat memberontak, mulai punya ciri seperti mimpi, seolah mereka ini seperti pesta-pesta jiwa yang tidak mampu menemukan tempat berteduh dalam dunia sehari-hari; dan (3) dimana konsumsi pribadi, yang lebih bervariasi dan makin baik, tampak sebagai pasangan material yang menjemukan bagi narcisisme jiwa yang memabukkan. Mempunyai pengalaman-pengalaman kesusilaan yang tenang di dalam kehidupan publik serta pengalaman-pengalaman kecemasan dan kegembiraan yang dipercepat

dalam kehidupan privat tetap menjadi tanda privilege ekonomi dan budaya. Kaum pekerja biasa tetap berhadapan dengan beratnya tuntutan pekerjaan yang bayarannya kecil dan tidak stabil, dan sementara itu menemukan hiburannya dalam sisa-sisa atau permulaan hidup komunitas. Cita-cita demokrasi sosial yang diperluas adalah memberi kepada setiap orang kesempatan untuk berbagi di dalam peluang-peluang eksperimentalisme privat.

Bahwa lebih dipilihnya versi kemajuan demokrasi ini harus berakar lebih kuat dalam partai-partai sosial-demokrat, yaitu gerakan-gerakan penting yang jelas-jelas mewarisi semangat kolektivistis, adalah sebuah fakta yang berpengaruh tentang arah spiritual dan kecenderungan politik dari demokrasi industrial yang kaya. Secara perlahan dan bertahap, partai-partai ini memutuskan hubungan istimewanya dengan kelas pekerja yang terorganisasi, yang berperan aktif dalam industri produksi-massa. Mereka melihat bahwa para pemilih tradisional ini adalah bagian penduduk yang akan menyusut, terjebak dalam sektor ekonomi yang menurun, dan dirasakan oleh yang lain, terlebih oleh dirinya, hanya sebagai satu golongan tambahan, dengan kepentingan-kepentingan golongan, bukan dirasakan sebagai pembawa kepentingan massa universal. Tatkala partai-partai buruh dan progresif memutuskan hubungan yang telah dipilihnya dengan organisasi-organisasi kelas pekerja, seringkali mereka percaya bahwa dirinya tidak punya alternatif, dan berbalik ke perhatian dasar akan "mutu kehidupan" dari kelas profesional-bisnis.

Meskipun kelas sosial ini mungkin hanya mewakili sebagian kecil penduduk, mereka adalah satu kelompok yang menikmati peningkatan budaya, khususnya terhadap banyak massa pekerja kerah-putih yang tak ber-harta dan tak-berdaya, dalam jasa-jasa, toko-toko, dan perkantoran, yang membayangkan dirinya sebagai anggota "kelas menengah" yang beranggotakan semua orang kecuali golongan yang paling kaya dan yang paling miskin. Pemiskinan visi tentang rute alternatif suatu perubahan sosial, yang diperburuk oleh necessitarianisme teori kiri tradisional, melakukan pembalasan pada partai-partai demokratis masa kini. Karena tidak mampu membayangkan garis pertumbuhan ekonomi dan perubahan institusional yang bisa menghapus batas antara produksi massa dan sektor ekonomi yang lain, partai-partai ini gagal membangun aliansi-aliansi politik dan sosial yang dituntut dan dihasilkan oleh jalan pertumbuhan tadi. Dalam keadaan ini demokrasi sosial yang diperluas mencabut kembali suatu hal yang sebaliknya justru akan tampak sebagai dilepaskannya cita-cita transformatifnya, yaitu bahwa ia memperbaharui hidupnya suatu dorongan yang mendemokraskan, bahkan di tengah reruntuhan aliansi-aliansi, strategi dan program yang mempertahankan demokrasi sosial klasik.

17.5. *Ketidak-stabilan internal demokrasi sosial yang diperluas*

Sekarang perhatikanlah baik-baik dua kesulitan dasar bagi perkembangan program demokrasi sosial yang diperluas ini. Kesulitan-kesulitan ini bukanlah keberatan-keberatan fatal terhadap program tadi. Mereka mengungkapkan bagian agenda masalah yang sangat jelas. Serangkaian perubahan kumulatif, yaitu perubahan cita-cita dan kepentingan-kepentingan dan juga institusi-institusi dan pratek-praktek, berkembang dengan cara yang juga digunakan untuk menanggapi masalah. Pemahaman akan kesulitan-kesulitan demokrasi sosial yang diperluas ini mempunyai kepentingan khusus, yaitu bahwa di antara berbagai rute yang berbeda-beda untuk meradikalisasi demokrasi, rute ini adalah yang paling dekat dengan rancangan-rancangan yang telah mapan di wilayah Atlantik Utara. Dengan menyebut problem yang telah diantisipasi, kita dapat mengembangkan pemahaman yang lebih dalam tentang beberapa masalah praktis dan spiritual dari masyarakat-masyarakat yang ada ini. Demokrasi sosial yang diperluas mewakili perkembangan hipotetis kecenderungan-kecenderungan yang sudah berlangsung dalam dunia nyata, yaitu bahwa proyeksi kecenderungan-kecenderungan ini membuat kita mampu menelusuri kecenderungan-kecenderungan itu, yang dilepaskan dari berbagai kekuatan yang meniadakan, yang sekarang ini menutupi sifat dan akibat-akibatnya.

Kategori pertama dari kesulitan-kesulitan untuk melaksanakan program demokrasi sosial yang diperluas mencakup serangkaian variasi dalam tema ketidak-stabilan internal, yaitu bahwa seperti

pasangan sosial-demokratisnya yang standard, program ini mengalami kesulitan yang diakibatkan oleh ketegangan yang selalu muncul antara komitmen-komitmen egalitarian dan partisipatorisnya dengan konservatisme institusionalnya. Kita dapat mengurangi komitmen-komitmen itu dengan melepaskan darinya bagian besar yang tidak dapat kita harapkan bisa diwujudkan dalam kerangka institusional. Sebagai alternatif, kita dapat meradikalkan komitmen-komitmen itu dengan melintasi batas-batas institusional dan menyiapkan diri untuk memikirkan kembali komitmen-komitmen tadi dalam terang rancangan-rancangan yang telah diubah.

Contoh yang paling umum dari ketidak-stabilan internal dalam program demokrasi sosial yang diperluas ini adalah tegangan antara energi politik yang dituntut untuk memulai serangkaian pembaharuan inklusif dengan dipasungnya energi politik yang rupanya dituntut untuk menegakkan program. Esensi demokrasi sosial yang diperluas adalah upaya untuk menutup kemungkinan terjadinya sejarah konflik kolektif yang besar yang melibatkan penggunaan kekuasaan pemerintah, dan digantinya sejarah macam ini dengan perjuangan dan percobaan-percobaan individu. Meski begitu, sekali dimunculkan dan dipertahankan dalam waktu yang lama, yang memang diperlukan untuk menyelesaikan agenda pembaharuan fundamental, energi politik mungkin mengubah tujuan-tujuannya demi tercapainya tujuan yang telah ditetapkannya. Hal ini menyadarkan masyarakat terhadap kekuatan aspirasi yang hanya dapat mereka wujudkan melalui upaya kelompok dan dalam kehidupan kelompok. Terlebih, integritas rancangan sosial-demokrasi, dalam setiap ketetapanannya, sungguh menuntut kewaspadaan terus-menerus. Bahaya-bahaya yang tak diharapkan dan yang tak dapat diduga akan muncul –bentuk-bentuk baru konspirasi kepentingan kelompok yang tidak sederajat atau tidak biasa- yang membutuhkan cara-cara penyelesaian yang baru, yang menuntut tindakan politis.

Jika energi politik yang berkelanjutan dipertahankan, baik tujuan-tujuan yang memberi arah dan bentuk-bentuk praktis demokrasi sosial yang diperluas mungkin harus berubah. Secara khusus, kita membutuhkan rancangan-rancangan –seperti misalnya pemungutan suara wajib, pendanaan kampanye publik, akses bebas terhadap sarana-sarana komunikasi massa, dan tata kekuasaan pemilihan-umum yang tertutup (*closed-list electoral regimes*)- yang bersama-sama bekerja untuk meningkatkan tingkat mobilisasi politik dalam masyarakat. Begitu terbentuk dan menjadi efektif, rancangan-rancangan itu segera mengundang perubahan-perubahan paralel dalam organisasi konstitusional pemerintah dan dalam kerangka hukum publik masyarakat sipil.

Untuk mempermudah dan mempercepat praktek pembaharuan praktis perubahan-perubahan tambahan ini perlu didukung dengan plebisit dan referenda, kekuasaan untuk mengadakan pememilihan umum yang telah diantisipasi, dan diperbanyaknya cabang-cabang pemerintah. Kemungkinan, mereka juga memperlengkapi masyarakat sipil dengan kerangka hukum publik untuk organisasinya, yaitu dengan menciptakan bentuk-bentuk perkumpulan yang telah tersedia bagi rakyat berdasarkan prinsip-prinsip yang terkait pada pekerjaan (perserikatan dan perkumpulan profesional), pada rumah (perkumpulan berdasar tempat tinggal) atau pada tujuan dan pengalaman bersama (organisasi kepentingan bersama), suatu organisasi inklusif yang di dalamnya kecenderungan-kecenderungan untuk bersaing akan saling berebut kedudukan seperti halnya partai-partai politik berebut posisi dalam struktur pemerintahan. Namun begitu, akumulasi pembaharuan-pembaharuan ini akan segera membentuk kembali sarana-sarana praktis yang jelas berbeda dan juga arah spiritual yang menentukan dari demokrasi sosial yang diperluas.

Contoh kedua ketidak-stabilan internal dalam program demokrasi sosial yang diperluas berkaitan dengan diperdamaikannya komitmennya terhadap meratanya kesempatan dengan kesetiiaannya pada fleksibilitas dalam produksi. Upaya perdamaian ini bisa menuntut dikembangkanannya bentuk-bentuk perkumpulan yang baru antara kekuasaan publik dan produsen privat dan juga menuntut diciptakannya sarana-sarana baru bagi pembagian modal yang terdesentralisasi, dengan cara menghapus batas-batas hak-hak milik tradisional. Desentralisasi akses terhadap sumber-daya mungkin perlu disesuaikan dengan usaha mendapatkan keuntungan finansial yang bisa diperoleh dari produksi yang berskala besar, dan dipertahankan dengan sebuah skema untuk redistribusi yang terus-menerus berhadapan dengan ketimpangan yang muncul kembali. Gambaran klasik tentang harta milik yang berukuran kecil –yang dalam arti tertentu berarti produksi komoditas kecil-kecilan dan dalam istilah lain berarti

republik 'pembantu' (*yeoman republic*)- mengalami kesulitan dari adanya ketidak-stabilan yang melemahkan. Bisa saja hal ini memberi jalan ke arah konsentrasi yang cepat, seperti produsen yang berhasil menelan pesaingnya yang lemah, atau bisa juga ia dikesampingkan oleh intervensionisme egalitarian dari negara yang melakukan upaya redistribusi.

Jika para pembaharu harus memperdamaikan suatu skala yang berjangkauan luas dalam agregat sumber-daya ekonomi dengan kebutuhan akan penanaman modal yang besar dalam barang-barang modal dan juga dalam infra-struktur dan dalam manusia, dan menggabungkan batas-batas efektif bagi ketimpangan kekuatan ekonomi pada suatu perluasan kebebasan inisiatif, mereka mungkin harus menempuh jalan inovasi institusional kumulatif. Perusahaan-perusahaan yang mengembangkan jaringan persaingan kooperatif di antara mereka sendiri mungkin menuntut bentuk-bentuk legal yang ada dalam suatu rangkaian-kesatuan (*continuum*) dari kontrak ke korporasi. Badan-badan usaha publik dan bank-bank publik, yang telah dibebaskan dari beban mencari keuntungan jangka pendek, bisa dituntut untuk membuat investasi strategis jangka panjang, sendiri atau bersama-sama dengan produsen-produsen privat. Mereka bisa ikut mendukung pembuatan jaringan persaingan kooperatif dari perusahaan-perusahaan privat dan bekerja-sama dengan mereka, mengembangkan garis-depan teknologi yang mampu menghasilkan, dalam penampilan yang disesuaikan, mesin-mesin dan masukan-masukan yang dapat disesuaikan oleh 'penjaga gawang' ekonomi. Kerja-sama perusahaan-perusahaan publik dan privat ini pada gilirannya bisa menuntut dikembangkannya organisasi-organisasi 'papan tengah,' yang ada di antara pemerintah dan produsen-produsen privat, dan yang mempunyai sifat keduanya. Organisasi-organisasi ini akan dilindungi dari kontrol politik langsung dan dibebani tugas mengatur atau membagi sumber-daya produktif, dibawah tata kekuasaan hak milik yang bersyarat atau sementara.

Inovasi-inovasi tadi menguji konservatisme institusional relatif dari demokrasi sosial yang diperluas. Mereka mengusulkan perlunya mengubah bentuk institusional dari demokrasi perwakilan dan ekonomi pasar dan membuka pintu terhadap serangkaian pembaharuan yang terus-menerus dalam kerangka organisasi politik dan ekonomi yang diwarisi.

17.6. *Politik kecil demi rakyat yang besar?*

Sekarang perhatikanlah masalah spiritual yang ada pada kemajuan demokrasi sosial yang diperluas. Jalan pikiran yang ada pada program ini adalah bahwa politik seharusnya menjadi kecil supaya individu bisa menjadi besar. Masalahnya adalah bahwa setelah politik mengecil, individu mungkin ikut mengecil. Karena negara menarik diri ke arah suatu pelaksanaan tanggung-jawab untuk mengkoordinasi yang sifatnya residual, fokus energinya lalu diharapkan ke arah individu-individu dan ke arah kegiatan-kegiatan yang mereka gunakan untuk membentuk dan mewujudkan rencana hidup mereka sendiri. Rakyat seharusnya mengembangkan hasrat-hasrat yang kuat dan berlainan, dan mengusahakan inovasi dalam praktek atau dalam sensibilitas, yang bisa memberi keuntungan kolektif dan memancarkan pengaruh yang berguna.

Meski demikian, hasrat dan kerja keras itu bersifat relasional, yaitu bahwa biasanya mereka berusaha mengungkapkan diri dalam cara-cara hidup bersama. Jika demokrasi sosial yang diperluas berhasil mencapai tujuan yang telah dinyatakannya, yaitu untuk menciptakan individu yang kreatif, mutu pengalaman individual akan segera menjadi ciri khas kehidupan kelompok. Rakyat akan ingin membangun praktek-praktek atau komunitas-komunitas dimana visi dan hasrat-hasrat yang mereka hargai dapat diwujudkan dengan nyata. Namun begitu, karena hasrat-hasrat mereka berusaha mengungkapkan diri dalam bentuk-bentuk kehidupan bersama, dunia demokrasi sosial yang diperluas yang telah dihilangkan energinya akan menimbulkan sebuah kekecewaan. Hasrat-hasrat itu lalu akan mengusahakan masa depan sosial alternatif, termasuk masa depan yang bisa ditelusuri dalam dua rute lain yang menuju ke suatu radikalisme demokrasi, seperti yang kita diskusikan ini.

Politik, setelah mereda, dengan satu atau dua cara, akan mulai memanas lagi. Ruang biografis bisa menyediakan suatu bidang yang bisa dimanfaatkan untuk mencoba suatu cara lain untuk

menjadi manusiawi. Tetapi setiap dirampoknya ruang kolektif akan membawa konflik –yaitu konflik politik- terhadap suatu pengaruh relatif bahwa visi dan kepentingan yang berbeda seharusnya diijinkan.

Ada dua cara yang memungkinkan bisa diinterupsinya upaya pencarian suara kolektif yang dilakukan oleh hasrat individual yang kuat. Setiap bentuk interupsi ini membawa suatu masalah spiritual dari demokrasi sosial yang diperluas, dalam terang yang berbeda. Rakyat bisa mengingkari tuntutan akan bentuk kehidupan kelompok yang berbeda, karena mereka nyatanya tidak mengembangkan visi dan hasrat yang kuat dan berlainan. Politik lalu tetap menjadi kecil hanya karena individu membiarkan dirinya diperkecil.

Sebagai alternatif, individu bisa mempunyai hasrat-hasrat yang kuat dari suatu jenis yang sangat khusus dan memberi kemungkinan akan kompromi –yaitu hasrat-hasrat narcisistis atau menyukai diri, yang menjebak mereka dalam sebuah labirin subyektivitas dan mengubah mereka di dalam dirinya ke arah dilaksanakannya suatu percobaan sesuai dengan selera dan perasaan mereka sendiri. Hasrat-hasrat ini kemungkinan menawarkan perkecualian yang jelas terhadap sifat relasional hasrat itu. Meski demikian, hal ini berarti sebuah perkecualian yang dipersulit. Artinya: kekurangannya akan sama-sama terletak di dalam sifat menghalanginya suatu pengalaman yang disediakan, seperti juga di dalam sikap memihak yang merusak dari cakupannya itu.

Dorongan narcisistis dan menyukai-diri itu tidak memungkinkan suatu rekonsiliasi dari syarat-syarat kembar suatu penonjolan diri menjadi baik. Syarat-syarat kembar itu adalah kebutuhan bersama kita untuk mengikatkan diri dengan yang lain dan mengontrol atau mengalahkan ancaman penundukan dan depersonalisasi yang membuat setiap ikatan itu berhadapan dengan kita. Pengalaman dengan hasrat-hasrat itu bisa bermanfaat bagi tujuan destablisasi dan subversi-diri, yang secara dialektis terkait pada rencana kebebasan yang lebih besar. Hanya saja, pengalaman seperti itu tidak memberi janji gerakan yang nyata ke arah kebebasan dan pemilikan-diri yang lebih besar.

Jadi, sekali lagi politik harus tumbuh supaya individu tidak menyusut; atau kekuatan kerja keras harus cenderung berkurang dalam proporsi dengan cakupan politik; atau ada besamanya hawa-panas dalam biografi dan hawa-dingin dalam sejarah harus dipertahankan dengan meningkatnya hasrat-hasrat menyukai-diri. Disini, seperti halnya dalam kelemahan terhadap tegangan antara aspirasi ideal dengan konservatisme institusional, kekurangan demokrasi sosial yang diperluas mencerminkan dan menonjolkan kelemahan-kelemahan bentuk kehidupan, dan pada saat yang sama memperluas jangkauan cita-cita yang paling menggoda.

18. MEMBAYANGKAN MASA DEPAN ALTERNATIF MASYARAKAT BEBAS: POLIARHI RADIKAL

18.1. *Arah poliarki radikal*

Radikalisasi poyek demokratis dapat dicapai dalam arah yang kedua, yaitu poliarki radikal. Poliarki radikal, bila dibandingkan dengan yang dilakukan oleh demokrasi sosial yang diperluas, mewujudkan lepasnya hubungan yang lebih tegas dengan bentuk kehidupan sosial yang terbentuk dalam demokrasi industrial kontemporer. Meski begitu, tidak ada suatu apa pun di dalam konsep yang sifatnya menentukan itu, atau dalam teknik yang sungguh berbeda, yang tidak bisa dibentuk dari materi-materi ideologis dan institusional yang ada.

Gagasan dasar poliarki radikal adalah transformasi masyarakat ke dalam konfederasi komunitas-komunitas. Komunitas-komunitas ini seharusnya tidak dibentuk pertama-tama pada alur-alur askriptif, menurut ras atau agama yang diwarisi. Alih-alih, mereka seharusnya mempergunakan kekuatan-kekuatan pengalaman dan komitmen yang dimiliki bersama. Diwariskannya ras atau agama bisa berperan dalam definisi-diri berbagai kelompok itu –hanya

dogmatisme yang tidak liberal akan menentang kekuatan-kekuatan agama dan ras yang menawarkan definisi komunitas. Hanya saja, dalam pandangan ini, komunitas-komunitas haruslah lebih berupa hasil temuan daripada sebagai suatu nasib, atau hasil dari suatu perpaduan bersama (dalam cara yang modern dan pasca-romantis) daripada suatu pengelompokan berdasar kesukuan. Komunitas-komunitas semacam itu tidak berarti sama sekali inklusif atau sungguh-sungguh eksklusif. Mereka tidak pernah boleh mencakup seluruh bidang hidup anggota-anggotanya yang sebaliknya harus berpindah dari satu komunitas ke komunitas lain dalam berbagai aspek pengalaman yang lain. Terlebih, seharusnya mereka, sebagian besar dari mereka, tetap terbuka terhadap orang yang kemampuannya, cita-citanya atau komitmennya punya arah yang sama.

Jadi, poliarki radikal mewujudkan komunitarianisme liberal. Titik awal doktrin ini bagi kita, kaum demokrat dan modern, yang dihadapkan pada masalah nyata masyarakat industrial, adalah bahwa hanya komunitarianisme liberallah yang bisa realistis atau memberi daya tarik. Unsur komunitariannya terletak dalam keyakinan bahwa tindakan yang paling penting dalam masyarakat ada dalam setting kehidupan kelompok daripada dalam biografi-biografi individu atau sejarah-sejarah masyarakat. Keragaman yang kreatif, secara khas, adalah keragaman dalam bentuk kehidupan kelompok; dan hanya dengan menghadapi latar-belakang komunitas-komunitas yang diberi tanda yang jelas tetapi tetap berakhir-terbuka (*open ended*) individualitas dapat sungguh berkembang. Unsur liberalnya dihasilkan dari penolakan untuk percaya terhadap gagasan reaksioner dan despotis komunitas-komunitas yang mencakup seluruh aspek kehidupan, khususnya ketika didasarkan pada "ikatan alamiah," yang lebih dahulu ada bila dibandingkan dengan suatu usaha dan pilihan yang sadar.

Semua masalah poliarki radikal yang khas, dengan satu atau lain cara, harus berlangsung dalam suatu hubungan yang tegang antara liberalismenya dengan komunitarianisme-nya. Meski begitu, pembela poliarki radikal menganggap masalah-masalah ini sebagai bagian dari harga yang tak bisa dihindari. Kita harus membayarnya untuk menghindari kecurangan dan kekecewaan yang diakibatkannya ketika cita-cita komunitarian berfungsi sebagai sarana utopianisme yang terbelakang, dengan caa memitoskan masa lalu untuk membalik penyakit-penyakit masyarakat yang dianggap individualistis, atau ketika memberi aura yang melembutkan pada struktur kekuasaan yang tak berubah.

Dengan pembalikan arah yang pertama, komunitarianisme akan menjadi sebuah bentuk penolakan terhadap modernitas dan kompleksitas dan karena itu juga terhadap individualitas dan subyektivitas. Dengan pembalikan arah yang kedua, komunitarianisme berubah menjadi sebuah jalan untuk menggeneralisasi suatu bentuk campuran antara suatu pertukaran yang tidak seimbang dengan suatu kesetiaan yang dibuat sentimentil yang menandai begitu banyak pengalaman dalam masyarakat-masyarakat hirarkis. Jadi, komunitarianisme korporatis yang dikemukakan di Eropa di antara dua perang dunia oleh Gereja Katolik dan pembaharu garis tengah, dan dianut oleh para ideolog yang begitu beragam, dari Durkheim sampai Santi Romano, menyesali ambivalensinya yang tak terselesaikan tentang rancangan-rancangan ekonomi yang telah mapan dan bentuk-bentuk korporat yang ada.

Komunitarianisme yang tidak liberal memahami komunitas sebagai hal yang harus diorganisasikan berdasar pengalaman-pengalaman bersama dan identitas-identitas yang disatukan. Bagi mereka, komunitas ditentukan oleh kontras terhadap konflik, termasuk konflik kepentingan atau pengalaman. Sebaliknya, poliarki radikal memperlakukan komunitas sebagai versi cinta yang cair -sebagai sebuah wilayah eksperimentalisme dan keterlibatan timbal-balik yang ditinggikan, dengan melemahnya batas-batas antar orang. Komunitarianisme macam ini bukanlah sebuah anti-tesis konflik yang sederhana; ia memasukkan konflik dalam kehidupan yang lumrah. Baik masalah institusional maupun spiritual poliarki radikal muncul dari hubungan antara liberalismenya dan komunitarianisme-nya.

18.2. Hukum dan institusi-institusi poliarki radikal

Poliarki radikal bekerja dengan teknik institusional dari suatu pembagian kekuasaan secara bertahap (*devolution of power*) dan pengorganisasian masyarakat sipil. Secara bertahap ia ingin membagikan kekuasaan negara yang ada di pusat kepada komunitas-komunitas lokal atau yang dikhususkan. Ia mengharapkan masyarakat sipil terorganisasi, atau, lebih tepatnya mereka mengorganisasi diri, sehingga dapat menerima dan mempergunakan dengan efektif kekuasaan yang dibagikan tadi. Kaitan antara pembagian secara bertahap dan pengorganisasian adalah hal yang paling membedakan program poliarki radikal dari gagasan-gagasan liberal atau pihak tengah tradisional yang serupa pada lapisan luarnya. Prinsip institusionalnya yang mendasar adalah bahwa setiap tahap dalam pembagian kekuasaan tadi seharusnya berkaitan dengan kemajuan dalam pengorganisasian masyarakat sipil.

Pembagian kekuasaan secara bertahap bisa terus berlangsung dengan memberikan kemampuan-kemampuan inisiatif yang lebih besar untuk mengusahakan suatu pengorganisasian yang sungguh berkaitan dengan setting tempat rakyat hidup dan bekerja atau berkaitan dengan konteks dimana mereka mengorganisasi di seputar keprihatinan bersama. Jadi, satu bentuk pembagian bertahap ini adalah dorongan untuk memecah unit produksi yang besar dalam unsur-unsur yang lebih kecil, yang lebih fleksibel dan partisipatoris, dengan cara menggabungkan unit-unit yang telah didesentralisasi ini dalam jaringan perusahaan yang bersaing secara koperatif. Bentuk lain dari pembagian bertahap ini adalah dikembangkannya sistem perusahaan-perusahaan yang dikontrol dan dimiliki oleh pekerja. Kepemilikan oleh pekerja dan manajemen-diri serta persaingan yang koperatif, yang memungkinkan adanya rekonsiliasi yang lebih baik antara ke-kecil-an dan fleksibilitas dengan keuntungan finansial yang diperoleh dari produksi yang berskala besar, adalah dua jalan yang berbeda ke arah pembagian kekuasaan ekonomi secara bertahap. Meskipun mereka melaksanakannya sebagian melalui teknik-teknik yang tidak bersesuaian, mereka bertumpang-tindih secara politis, dan mereka memunculkan masalah-masalah serupa.

Contoh kedua dari pembagian kekuasaan secara bertahap ini adalah upaya dikuatkannya pemerintah lokal. Dengan berkembangnya tujuan poliarki radikal, tempat-tempat yang berbeda bisa menuntut sifat-sifat yang makin berbeda pula. Sebagai akibatnya, konsep tentang pemerintah lokal bisa melampaui makna teritorialnya. Kewarga-negaraan lokal mungkin diberikan bahkan kepada rakyat yang tinggal di tempat yang jauh tetapi karena satu atau lain alasan ada dalam kesatuan yang erat dengan warga-negara tempat itu. Terlebih, struktur lokal atau perkumpulan lingkungan warga, yang dimunculkan oleh hukum (publik), bisa sejajar dengan struktur pemerintah, dengan menciptakan hubungan yang lebih kompleks dan dengan sungguh disadari bersifat plural dan bahkan konfliktual antara aparat pemerintah lokal dengan organisasi rakyat dalam masyarakat lokal. Baik pemerintah lokal maupun organisasi sosial dalam masyarakat lokal pada gilirannya bisa mempunyai bunga harta milik dalam sumber-daya produktif. Mereka bisa juga mengembangkan rancangan-rancangan bagi upaya pembalikan selektif perusahaan-perusahaan yang mengalami kesulitan atau kekurangan sumber-daya. Rancangan-rancangan ini bisa mempermudah syarat-syarat demi tersedianya modal bagi bisnis yang secara ekonomis menjanjikan atau secara sosial penting, dan menentukan lingkungan dan cara-cara yang menjadi tempat diselamatkannya dan dibangun kembalinya perusahaan-perusahaan yang telah gagal.

Meskipun demikian contoh ketiga dari pembagian bertahap tadi akan memindahkan kekuasaan pada publik yang secara khusus tertarik dan terorganisasi. Di antara publik ini mungkin termasuk aliansi-aliansi orang-tua, guru, dan pemerintah lokal yang bertanggung-jawab terhadap konfederasi sekolah, atau aliansi-aliansi dokter, rumah-sakit, perusahaan, pemerintah lokal, dan wakil pasien yang terlibat dalam pemantauan perawatan kesehatan.

Pembagian kekuasaan dengan sarana-sarana tadi meningkatkan hiruk-pikuknya kehidupan perkumpulan masyarakat. Jadi, pembagian bertahap secara sistematis dari luar tampak menyerupai prinsip subsidiaritas yang dianut oleh kaum sayap-tengah dan partai-partai Kristen Demokrat dalam politik Eropa kontemporer, yaitu gagasan bahwa pemerintah yang lebih tinggi

seharusnya hanya memiliki kekuasaan ketika kekuasaan itu tidak bisa dilaksanakan secara efektif oleh pemerintahan yang jauh lebih dekat dengan kehidupan individu. Yang membedakan pembagian bertahap di bawah poliarki radikal dari prinsip subsidiaritas dan juga dari bentuk-bentuk naif liberalisme libertarian adalah kecurigaan militan terhadap institusi-institusi dan hirarki yang telah diwarisi. Membagikan kekuasaan secara bertahap kepada perusahaan-perusahaan, komunitas-komunitas, dan perkumpulan-perkumpulan yang ada dalam masyarakat yang terorganisasi secara tidak merata dan secara hirarkis, tanpa mengorganisasikan masyarakat, hanyalah menundukkan kekuasaan pada mereka yang telah terorganisasi dan mempunyai hak istimewa. Keberatan pokok terhadap liberalisme konservatif adalah, selalu, bersandarnya tanpa sikap kritis pada gagasan tentang ruang pra-politik murni yang akan membuka diri hanya jika kita mendorong balik intervensi pemerintah yang tidak memperhitungkan perasaan orang itu. Sebaliknya, teori hukum dan politik poliarki radikal mengakui bahwa setiap wilayah sosial itu bersifat kontroversial, sementara, dan lebih-lebih dibentuk melalui politik. Dalam pengakuan ini ada makna hubungan antara pembagian bertahap dengan pengorganisasian kembali.

Supaya pembagian bertahap ini maju, masyarakat sipil harus diorganisasi dengan cara memenuhi dua tuntutan fundamental, yaitu bahwa tidak satu kelompok pun nyata-nyata dirugikan terus-menerus dalam tingkat perkumpulannya dan bahwa seluruh tatanan organisasional ini menentang dorongan ke re-sentralisasi. Itulah sebabnya masing-masing contoh pembagian bertahap yang terdahulu mengusulkan serangkaian pembaharuan dalam rancangan-rancangan yang mengatur produksi, pemerintah lokal, atau penetapan kebutuhan kesejahteraan.

Pembaharuan-pembaharuan itu tidak berimplikasi adanya perubahan yang komprehensif dan mendadak ke arah seperangkat institusi-institusi yang baru. Mereka mengusulkan dilonggarkannya secara kumulatif bentuk-bentuk institusional yang telah diwarisi ke arah pemerintahan-sendiri yang terdesentralisasi dalam produksi dan perdagangan, kehidupan komunitas dan pembagian kesejahteraan. Program pembaharuan seperti itu menekankan tipe hukum yang dihasilkan dari bawah ke atas oleh jaringan kelompok-kelompok yang mengarahkan diri, bukannya dipaksakan dari atas ke bawah oleh pemerintah pusat. Tipe hukum ini serupa dengan hukum publik dalam menyediakan sebuah setting untuk tindakan kolektif di antara pelaku-pelaku kolektif. Namun demikian, ia juga tetap membutuhkan hukum privat dalam hal keterbukaan terhadap keragaman dan perbedaan. Di antara strategi-strategi yang khas itu ada upaya untuk mencopot dan mengelompokkan kembali paket hak-hak yang disatukan dan juga ada usaha untuk menciptakan struktur yang sejajar dalam pengorganisasian beberapa segmen masyarakat.

Baik persaingan koperatif di antara konfederasi perusahaan-perusahaan (berdasar alasan yang telah disebut di muka) dan kepemilikan dan manajemen oleh pekerja (berdasar alasan yang akan diuraikan) memerlukan pemisahan hak milik tradisional. Mereka melepaskan bagian-bagian dari hak-hak terhadap hak milik yang disatukan dan memberikan hak-hak itu pada pemilik hak yang berbeda-beda. Pemilik hak ini memiliki hak-hak yang berlainan ini pada saat yang sama dan dalam sumber-daya produktif yang sama. Kita perlu, dalam satu hal, memisahkan dan menggabungkan kembali hak milik ini untuk mendamaikan perusahaan yang berukuran kecil dengan efisiensi perusahaan yang berukuran-besar, dan dalam hal lain menghindarkan (seperti akan saya tunjukkan segera) tata kekuasaan ekonomi kepemilikan oleh pekerja dari penghancuran diri.

Contoh strategi dari adanya struktur-struktur paralel itu adalah berdampingannya pemerintah lokal yang telah diberdayakan dengan perkumpulan atau perserikatan lingkungan sosial yang telah diberdayakan –yaitu dua alur sejajar dari organisasi teritorial lokal, yang satu di dalam dan yang lain di luar pemerintah. Pokok penting dari struktur paralel ini adalah dibiarkannya alur alternatif tetap terbuka terhadap ungkapan ketidak-puasan dan praktek eksperimentalisme. Jika satu orang tertutup terhadap gerakan sosial khusus, yang lain mungkin dipaksa terbuka. Yang mempersatukan teknik struktur-struktur paralel dengan strategi pencopotan dan penggabungan kembali hak-hak adalah praktek usaha kecil-kecilan yang dirancang untuk membuat masyarakat lebih terbuka terhadap usaha kecil-kecilan ini, suatu jenis praktek yang terdesentralisasi dan bahkan anarkis.

18.3. *Paradoks-paradoks spiritual sebuah komunitarianisme liberal*

Perhatikanlah sekarang masalah-masalah yang khas spiritual dan praktis yang harus dihadapi oleh perkembangan poliarki radikal. Baik yang pertama maupun yang kedua berkaitan dengan kesulitan untuk mendamaikan liberalisme poliarki radikal dengan komunitarianismenya, komitmen terhadap ekperimentalisme terus-menerus dengan terus berlangsungnya pembagian bertahap.

Masalah spiritual yang pokok dari poliarki radikal adalah tegangan antara sifat dipilih, dibentuk dan berat-sebelah dari organisasi yang terdesentralisasi, yang menjadi tujuan dibagikannya kekuasaan secara bertahap oleh program ini, dengan sifat-sifat kehidupan kelompok yang menarik perhatian dan juga kesetiaan. Kuatnya perasaan kesukuan tampak terkait pada sifat "alamiah" mereka, suatu kualitas yang tidak dipilih, dan juga pada terpisahnya mereka dari tugas-tugas praktis. Kelompok-kelompok pra-politis ini membangkitkan kekuatan ikatan keluarga, yang menggiring individu masuk ke dalam sebuah dunia nasib dan ketergantungan yang terkait dengan tubuh manusia. Dapatkah organisasi yang hanya melingkupi sebagian dari kehidupan setiap anggotanya dan tetap mengikat mereka pada perhatian dan tanggung-jawab praktis bisa tetap menjadi pusat kesetiaan (*devotion*) dan hubungan?

Problem potensi spiritual dari ikatan yang dipilih ini pada gilirannya berkaitan dengan masalah yang kedua, yaitu kemampuan untuk memuat kecenderungan-kecenderungan ekspansionis dari cita-cita kelompok yang dirasakan dengan kuat. Andaikanlah organisasi-organisasi poliarki radikal yang terdesentralisasi itu berhasil menjadi, dan tetap menjadi, daya tarik energi sosial, suatu wilayah khusus bentuk-bentuk kehidupan yang berbeda, dan ikatan-ikatan yang sangat bertumpang-tindih di antara anggota-anggotanya. Apakah rakyat tanpa bisa dihindarkan tidak akan menegaskan keragaman pengalaman yang sungguh berbeda ini, dengan ingin melihat mereka tercermin dalam kehidupan kelompok-kelompok di sekitar mereka? Terlebih, reproduksi diri, reproduksi pengalaman dan komitmennya sendiri, adalah ideologi yang paling primitif dan universal, yang bersembunyi di balik topeng kesalehan-kesalehan yang lebih diperhalus dan terinci.

Disini tampaknya kita menghadapi paradoks yang dengan rapi menyejajarkan diri pada permainan kata "individu yang besar dalam politik yang kecil" di bawah demokrasi sosial yang diperluas. Jika suatu ikatan komunal menjadi kuat di bawah poliarki radikal, ia diharapkan bisa menghasilkan cita-cita kelompok yang ekspansif dan kontroversial, dan juga bisa menyebabkan suatu konflik yang harus berakhir dengan kemenangan dari beberapa program dan sensibilitas terhadap pihak lain. Di lain pihak, jika rakyat senang untuk menahan visi mereka dalam wilayah khusus mereka, kita bisa meragukan apakah visi-visi ini memang kuat.

Ada sebuah perkecualian dalam hubungan antara kekuatan bentuk-bentuk kehidupan kelompok dengan ekspansionisme mereka, yaitu kelompok-kelompok dengan sifat alamiah, seperti keluarga, ras, atau agama yang diwarisi. Bagi kelompok-kelompok ini mungkin ada beberapa tanda yang sifatnya tidak kontroversial, yang dipakai untuk menunjukkan adanya hak untuk bergabung ke dalamnya, beberapa halangan terhadap ekspansi, yang sudah ada dari *sono*-nya (*built-in*). Namun begitu, hal itu adalah tanda-tanda keanggotaan kelompok yang sungguh alamiah, yang harus dijadikan sampungan saja oleh komunitarianisme liberal.

Bagi pengaturan mereka kedua aspek masalah spiritual poliarki radikal –yaitu kekuasaan dari keanggotaan yang dipilih dan pembatasan-diri pada cita-cita yang kuat- tergantung pada ukuran keberhasilan dalam mengubah mutu pengalaman komunitariannya. Sejauh kita memahami komunitas dan menghidupinya sebagai titik-temu berbagai kepentingan dan identitas, dengan membedakan diri dari komunitas lain, kedua sisi masalah tadi menjadi makin tajam. Namun demikian kita bisa menempuh jalan lain, yaitu mengurangi tingkat keterikatan kelompok dan meningkatkan keterlibatan timbal-balik antar anggota.

Dalam pandangan ini, kesetiaan yang sesungguhnya adalah sesuatu hal yang kita berikan untuk membangun masyarakat, bukan suku atau organisasi. Setiap komunitas, bukannya hanya menyelesaikan penggabungan identitas individual, melainkan cukuplah mewujudkan sebuah

kawasan bagi suatu bentuk keterikatan timbal-balik yang dipertinggi dalam beberapa bidang praktis kehidupan sosial. Cita-cita yang bersifat regulatif bukanlah hubungan seorang anak dengan orang-tua biologis yang tidak dipilinya sendiri, sebuah nasib buta yang dimanusiawikan, melainkan hubungan seorang pria atau seorang wanita, dalam perkawinan, dengan pasangan yang dipilinya sendiri.

Butir penting yang perlu diperhatikan adalah dapat dipahaminya upaya untuk memperluas pengalaman psikologis dari suatu keterikatan tanpa semangat kesukuan ke arah jangkauan kehidupan yang lebih luas. Seperti biasanya, di sini mendasarkan sebuah program politik pada suatu keberhasilan dalam mencapai perubahan drastis dan mendadak dalam kecondongan kita sekarang ini akan berarti membabi-butu. Meski demikian, tidak bijaksana pula mengacuhkan interaksi, yang halus dan sungguh telah meresap di dalamnya, antara rancangan-rancangan praktis dengan pengalaman-pengalaman subyektif. Teka-teki praktis yang besar dari poliarki radikal ini dengan cepat menyusul masalah-masalah spiritualnya.

18.5. Dilema praktis dari suatu pembagian yang bertahap dan suatu ketimpangan

Masalah praktis pokok yang harus dihadapi oleh poliarki radikal adalah sebuah dilema pembagian bertahap dan ketimpangan. Setelah menunjukkan dilema ini dalam bentuk yang paling umum dan abstrak, saya akan meneliti penerapannya pada debat tentang perusahaan-perusahaan yang diatur dan dimiliki oleh pekerja.

Andaikanlah bahwa aturan-aturan pembagian bertahap dan pengorganisasian, yang menentukan tujuan-tujuan programatis poliarki radikal, mengungkapkan sebuah rancangan yang disusun secara kurang fair, yang sifatnya relatif stabil sekali-untuk-seluruhnya (*once-and-for-all*), dan hanya bisa sesekali saja bisa diubah, dan itu pun sangat sulit. Ada konstitusi komunitas dan konstitusi hubungan inter-komunitas, entah konstitusi ini terwujud dalam suatu bentuk yang sekarang ini kita akui sebagai konstitusional atau tidak. Dengan buah simalakama dilema ini, kita dapat mengubah aturan-aturan pembagian kekuasaan secara bertahap dan pengorganisasian masyarakat sipil, tetapi tidak bisa dilakukan dengan cukup tenang dan tanpa kesulitan yang besar. Terlebih, bentuk-bentuk ketimpangan yang baru, yang tidak bisa diduga sebelumnya, akan terus muncul, tanpa tergantung pada bentuk aturan-aturan pembagian kekuasaan politik dan ekonomi yang dilakukan secara bertahap itu. Beberapa kelompok akan menjadi makmur dan bertambah besar, meskipun ada berbagai pembatasan yang diterapkan oleh aturan-aturan tadi. Satu-satunya jaminan -jika ada- untuk menghadapi ketimpangan yang muncul kembali itu adalah redistribusi terus-menerus yang dilakukan oleh otoritas yang lebih tinggi. Meski begitu, jika dibelenggu oleh aturan-aturan, praktek redistributif seperti ini juga akan menghadapi masalah ketimpangan yang tidak terduga dan yang bisa muncul kembali. Sebaliknya, jika praktek redistributif memperbolehkan garis-batas yang luas pada administrasi dan penafsiran ulang yang dilakukan dengan suatu bentuk kebebasan untuk memilih, otoritas redistributif yang lebih tinggi akan menghadapi bahaya ketimpangan dengan melepaskan beberapa komitmen terhadap pembagian secara bertahap tadi.

Hubungan antara ketimpangan yang muncul kembali dengan struktur yang terikat erat pada aturan, yang dilihat dengan kaca-mata praktek pengendalian diri yang bersifat anti peninjauan ulang terhadap suatu penafsiran aturan, selayaknya dianalisis lebih jauh; secara mengejutkan ia bisa memperjelas hubungan antara harta milik dan aturan-aturan. Gagasan klasik harta milik bersandar pada konsep tentang batas-batas tegas yang membatasi sebuah kawasan yang memberi ruang bagi pemilik (pemilik hak) untuk bisa mempergunakan harta miliknya seturut kehendaknya, tanpa terlalu memperhatikan dampak penggunaan itu bagi orang lain. Makna sosial yang sesungguhnya dari suatu konsolidasi terhadap semua hak yang berbeda-beda, yang membuat harta milik menjadi hak yang disatukan, terletak dalam melemahnya ketergantungan sosial timbal-balik dalam keputusan kehidupan sosial yang praktis. Hanya pada dasar inilah pekerja dapat dibeli dan dijual, dan hasilnya bisa disimpan untuk membeli lebih banyak pekerja.

Jika dipahami dengan cara ini, harta milik yang disatukan merenggangkan hubungannya dengan gagasan primitif tentang kontrol terhadap benda, dan bergabung ke dalam gagasan klasik tentang hak-hak. Sebab apa arti hak, seperti yang dilihat oleh liberalisme klasik, kalau bukan suatu kawasan tindakan bebas yang dibatasi dengan tegas? Dalam batas-batas hak, seorang pemilik hak, kurang lebih, menurut kemauannya, bisa bebas untuk mengurangi atau mengacuhkan dampak-dampak pelaksanaan haknya bagi orang lain. Di luar batas-batas hak itu tindakannya menjadi terbuka bagi suatu penghitungan dampak-dampak dan ketergantungan timbal-balik.

Beberapa kontroversi yang sangat terkenal dalam sejarah pemikiran hukum modern telah berurusan dengan dampak-dampak dari perbenturan yang tak terhindarkan antar hak-hak yang dianggap tak bisa dihilangkan terhadap suatu sistem hak-hak publik dan privat. Dari kontroversi-kontroversi ini kita mendapatkan dua pelajaran tentang selalu pentingnya upaya melakukan reorientasi analisis hukum. Pelajaran yang pertama adalah bahwa tidak satupun sistem hak-hak yang tertutup dan koheren dapat disimpulkan, dengan prosedur analitis apa pun, dari gagasan ekonomi pasar. Pelajaran yang kedua adalah bahwa tidak satu pun versi ekonomi pasar yang sesungguhnya, versi tata kekuasaan harta milik, atau secara lebih umum versi masyarakat plural, dapat menghilangkan konflik. Terlebih, konflik-konflik yang senantiasa ada itu akan berkaitan dengan issue-issue sentral, seperti klaim-klaim modal dan pekerja yang saling bertentangan, bukan hanya berhubungan dengan masalah-masalah kecil tentang penyesuaian atau definisi.

Arti penting dari hak-hak klasik atau harta milik tradisional itu pada gilirannya bersandar pada praktek aturan penafsiran yang sangat menentang suatu revisi yang berkali-kali dilakukan terhadap pemahaman-pemahaman interpretif yang diterima. Praktek semacam itu terkait pada dasar analogi yang telah mapan dan komentar-komentar yang biasa dikenal. Sebaliknya, batas-batas yang jelas di sekitar kawasan hak akan terbukti tunduk pada perkiraan-kedua yang tetap, menurut hasil dari suatu persaingan antar visi-visi moral dan politik yang diatur dalam bentuk analisis norma-norma yang ada.

Sebuah rancangan yang kaku dalam aturan-aturan pembagian yang bertahap dan juga dalam aturan-aturan pengorganisasian, yang dituntut untuk mengakarkan tujuan-tujuan poliarki radikal, tergantung pada dipertahankannya skema tertentu dari harta milik, hak-hak, dan aturan-aturan, yang dipertahankan oleh praktek interpretif anti-revisioner. Skema semacam ini tidak akan mampu menghadapi suatu kecenderungan ke arah ketimpangan atau ekspansi, jika skema itu tidak dimampukan oleh redistribusi yang terus-menerus, yang berlawanan dengan tujuan desentralisasinya atau jika tidak dilengkapi dengan pembatasan terhadap pengalihan harta milik, dengan perancangan kembali sumber-daya, dan dengan akumulasi modal. Pembatasan semacam ini akan tampak begitu keras sehingga mereka sepertinya menghukum masyarakat dengan kemiskinan.

Ketimpangan yang dihasilkan akan menjadi lebih parah karena mereka tidak harus menghadapi suatu imbalan terhadap kekuasaan pemerintah yang kuat. Sebuah negara yang kuat adalah suatu negara yang mampu merumuskan dan menerapkan kebijakan yang tak banyak berkaitan dengan kepentingan-kepentingan dominan masyarakat, khususnya kepentingan ekonomi yang dominan. Meskipun Marxisme membuat kita terbiasa memandang aparat negara sebagai kepanjangan dari kepentingan-kepentingan ini, hal itu bisa menjadi pengungkit yang besar bagi transformasinya. Jika mereka tidak ada, ketimpangan yang telah mengakar dan rancangan-rancangan yang menghasilkannya dibuat menjadi alamiah. Ketimpangan ini tampak sebagai nasib yang tidak bisa dielakkan karena tidak ada sarana politis yang dipakai untuk mengubahnya.

Perhatikanlah baik-baik sekarang buah simalakama dilema pembagian bertahap yang lain dan ketimpangan di bawah poliarki radikal. Andaikanlah bahwa kita bisa sering mengubah aturan-aturan pembagian bertahap dan pengorganisasian dengan mudah, atau bahwa otoritas redistributif yang lebih tinggi, yang tidak diprogram dengan tepat oleh aturan-aturan yang relatif tidak berubah, dapat menyembuhkan ketimpangan itu. Lalu, kita akan berhadapan dengan masalah ketimpangan yang muncul kembali tetapi hanya dengan mengkompromikan beberapa

tujuan konstitutif poliarki radikal. Yang akan menjadi pelaku redistributifnya akan menjadi sebuah pemerintah pusat, demikian halnya forum yang menjadi wadah bagi rakyat untuk berdiskusi dan mengubah rancangan-rancangan untuk melakukan pembagian bertahap dan pengorganisasian. Di bawah poliarki radikal, karena rancangan-rancangan ini menentukan adanya kesempatan-kesempatan hidup rakyat, konflik atas isi rancangan-rancangan itu mempunyai makna yang menentukan. Pengaruh dalam konflik tadi, di bawah versi poliarki radikal yang telah dimodifikasi ini, menjadi sebuah daya tarik bagi suatu ambisi dan kecemasan.

Yang bisa dipetik dari dilema pembagian bertahap dan ketimpangan adalah bahwa program poliarki radikal tidak dapat dengan mudah membebaskan diri dari noda kepercayaan liberal konservatif dalam sebuah ruang tindakan bebas manusiawi yang dapat kita buka dengan memotong intervensionisme pemerintah yang dilakukan tanpa mempertimbangkan perasaan orang. Diketuainya hubungan antara pembagian kekuasaan secara bertahap dengan pengorganisasian masyarakat sipil tidak mencukupi untuk menghadapi campur-tangan antara dua gugus komitmen institusional ini. Inisiatif organisasional yang diperlukan untuk mencegah ketimpangan jadinya malah membatasi pembagian bertahap tadi, jika kita tidak menerima pembatasan yang tegas terhadap akumulasi kekayaan dan juga terhadap perubahan posisi di bawah poliarki radikal. Pembatasan-pembatasan ini tidak hanya akan memiskinkan rakyat; mereka akan menghalangi mereka untuk menjadi dan tetap bebas. Dilema pembagian bertahap dan ketimpangan menunjukkan kerapuhan internal komunitarianisme liberal.

18.5. Contoh kepemilikan oleh pekerja yang bisa dijadikan peringatan

Keluhan yang ditunjukkan oleh dilema ini tampaknya terlalu spekulatif untuk diperhitungkan. Hanya saja ia akan tampak nyata jika sarana atau varian poliarki radikal yang sangat lumrah disebut dalam debat-debat kontemporer, yaitu tata kekuasaan kepemilikan oleh pekerja dan manajemen oleh pekerja, kita pertimbangkan secara mendetil. Pikirkanlah suatu percobaan yang dipikirkan dengan sederhana saja, yang dirancang untuk memeriksa batas-batas dari suatu versi kontrol oleh pekerja yang sifatnya tradisional dan belum ditinjau ulang. Percobaan itu menunjukkan bahwa ekonomi perusahaan-perusahaan yang dimiliki dan diatur oleh pekerja telah gagal, baik karena efisiensi maupun karena demokrasi, jika ia tidak menjauh, secara progresif, dari gagasan sederhana untuk beralih menjadi suatu angkatan kerja dari perusahaan hak milik tradisional yang dimiliki oleh kapitalis individual. Setiap upaya menjauhkan diri dari model sederhana ini akan menimbulkan serangkaian kesulitan tambahan, yang harus diatur oleh upaya untuk menjauhi versi yang sederhana itu.

Pada akhirnya tata kekuasaan kontrol-oleh-pekerja yang telah ditransformasi -yang berjanji untuk menggabungkan legitimasi demokratis dengan efektivitas ekonomi- menuntut interaksi yang terus-menerus antara perusahaan atau pekerjanya dengan pusat-pusat inisiatif dan kekuasaan di luar perusahaan. Para pekerja tidak berhasil mendapatkan hak milik tradisional; tetapi hanya terhadap beberapa bagiannya. Harta milik tradisional tidak hanya dialihkan dari pemilik hak yang satu (kapitalis) ke pemilik yang lain (pekerja); hak-hak yang menjadi unsur pokok dibongkar dan ditempatkan kembali di antara beragam pemilik hak, yang memiliki hak-hak yang terbatas dan yang digabungkan ke dalam sumber-daya produktif yang sama. Versi manajemen pekerja yang telah ditinjau ulang menyingkirkan skema sederhana dari suatu pembagian bertahap ekonomis demi mendapatkan suatu visi kemajuan ekonomis dan fleksibilitas demokrasi yang lebih realistis dan lebih menarik. Suatu percobaan yang sungguh telah dipikirkan terhadap kontrol oleh pekerja akan mengubah bentuk dilema pembagian bertahap dan ketimpangan, dengan cara menunjukkan ketidak-mungkinan mendamaikan, dalam wilayah poliarki yang paling dikenal ini, pembagian bertahap yang kuat dengan kesamaan, fleksibilitas dan efisiensi.

Pertama-tama pikirkanlah sungguh-sungguh kasus yang paling sederhana dari tata kekuasaan kontrol oleh pekerja, yang ditentukan oleh diterapkannya dua pengandaian restriktif secara utuh. Pengandaian yang pertama adalah prinsip dihargainya distribusi yang mendasar terhadap

pekerjaan dan sumber-daya, yang ada pada waktu tata kekuasaan berubah. Pekerja memiliki hak milik yang utuh dalam perusahaan-perusahaan tempat mereka bekerja, pada saat sistem yang baru dimulai. Pengandaian restriktif yang kedua adalah prinsip diharganya sistem hak milik tradisional. Yang dimiliki oleh setiap pekerja adalah hak milik privat yang berkembang penuh dan sepenuhnya bisa alihkan. Hak itu dimiliki oleh masing-masing pekerja, dan dari hal itu muncul berbagai klaim khusus baik terhadap penghasilan yang berasal dari keuntungan yang diperoleh perusahaan, maupun untuk melakukan kontrol terhadap manajemen. Ini adalah gambaran dari sebuah tata kekuasaan yang dihasilkan oleh dialihkannya hak-hak milik secara sederhana, yaitu bahwa dengan adanya intervensi pembaharuan masing-masing pekerja sama-sama mewarisi paket hak milik yang disatukan, yang kemungkinan dimiliki oleh kapitalis tradisional atau negara yang berwira-usaha (*entrepreneurial state*).

Versi pekerja yang tidak ditinjau kembali akan bersifat sewenang-sewenang (*arbitrary*) dalam konsekuensi-konsekuensi distributifnya, seperti juga akan bersifat merusak-diri dalam operasi internalnya. Penerimaan awal hak milik di bawah tata kekuasaan semacam itu adalah sebuah permainan 'kursi dan musik'¹ dalam bidang ekonomi. Beberapa pekerja bekerja dalam industri modal-intensif; pekerjaan mereka terikat pada timbunan besar sumber-daya. Yang lain pekerja dalam pekerja-pekerjaan yang miskin modal. Yang lain lagi mungkin tanpa pekerjaan pada saat pembaharuan besar. Meskipun begitu, begitu tata kekuasaan itu berubah, masing-masing pekerja akan mendapat warisan yang banyak, sedikit atau tidak sama sekali, tergantung pada tempat yang didudukinya dalam skema dukungan yang relatif ini. Perbedaan-perbedaan lingkungan yang ada, yang memisahkan para pekerja yang satu dari yang lain, akan segera membeku dalam hak-hak pribadi. Tampaknya aneh bahwa sebuah pembaharuan yang dijiwai oleh visi keadilan sosial dan regenerasi akan cukup kuat untuk menghasilkan perubahan yang mencolok dalam organisasi ekonomis masyarakat, dan di lain sisi juga terpaksa menerima adanya penyerahan hak-hak dan sumber-daya yang besar-besaran.

Terlebih, skema yang ditetapkan secara sewenang-wenang ini akan segera mengurai diri. Beberapa perusahaan yang dimiliki oleh pekerja akan menjadi makmur, sementara yang lain gagal, sering kali disebabkan oleh peristiwa-peristiwa ekonomi di tempat yang jauh, yang sedikit saja berkaitan dengan jasa-jasa dan kegagalan-kegagalan para pekerja itu sendiri. Diterimanya tata kekuasaan hak milik tradisional akan memastikan adanya proses rekonsentrasi dan ketimpangan yang cepat, baik di antara perusahaan-perusahaan dan di antara pekerja-pekerja individual. Perusahaan-perusahaan yang berhasil akan membeli pesaingnya yang kurang berhasil. Pekerja-pekerja individual akan segera menjual sahamnya dalam perusahaan-perusahaan, seperti para petani yang diberi sepotong tanah, dan yang lebih kecil, di bawah rencana pembaharuan agraria yang primitif.

Kiranya, jaman tidak akan berubah sebelum pekerjaan dipisahkan dari hak milik dan sebelum dua lapis angkatan kerja dari para pekerja yang diberi hak milik dan penerima upah telah berkembang. Beberapa pekerja akan terus bekerja di perusahaan-perusahaan yang tidak lagi memberi bagian kepemilikan pada mereka. Yang lain, setelah menjual bagian sahamnya, atau sejak pertama kali tidak pernah memiliki bagian saham itu, atau memiliki bagian saham kepemilikan dalam perusahaan-perusahaan yang gagal atau telah dijual, akan menemukan dirinya mencari pekerjaan-pekerjaan dalam pasar antar-perusahaan untuk menjadi pekerja upahan. Tidak ada yang berubah dalam prinsip dasar tatanan ekonomi kecuali bahwa pergantian ke arah kepemilikan oleh pekerja, yang dilembagakan dalam semangat poliarki, akan melemahkan pemerintah pusat dan program-program kesejahteraan yang memberi kompensasi.

Sekarang perhatikanlah langkah pertama terlepasnya dari hambatan-hambatan tata kekuasaan sederhana yang sifatnya mengalahkan-diri. Varian kedua ini mempertahankan pengandaian tentang hak milik tradisional, tetapi membuang pengandaian diharganya pembagian pekerjaan

¹ Yang dimaksud di sini adalah permainan anak-anak yang memakai sarana kursi dan musik. Anak-anak akan bergerak dari satu kursi ke kursi yang lain, dan akan berhenti ketika musiknya berhenti, sementara kursinya tidak mencukupi untuk semua. Tentu saja akan ada yang tidak kebagian kursi.

pada saat tata kekuasaan berubah. Tatkala kita membangun tata kekuasaan, kita menyimpan dana untuk memberi kompensasi kepada mereka yang memiliki pekerjaan yang berdasar pada modal yang kurang intensif atau tidak memiliki pekerjaan sama sekali. Dana ini diprioritaskan untuk memberi kepada individu-individu, yang dirugikan oleh pembagian pekerjaan yang telah ada sebelumnya, pelatihan-pelatihan dan modal yang ingin mereka kembangkan dalam tingkatan-tingkatan keuntungan ekonomi.

Meski demikian, redistribusi yang bersifat korektif ini tidak bisa dibatasi pada saat tata kekuasaan berubah saja. Ia perlu terus-menerus berlangsung. Sebabnya adalah bahwa seluruh kekuatan yang mendorong resentralisasi dan ketimpangan yang berlaku dalam kasus yang sederhana akan terus bekerja di bawah tata kekuasaan yang telah ditinjau ulang. Adalah hal yang paradoksal bagi pandangan irrealisme tentang pembaharuan sosial jika di satu sisi cukup kuat menentang pembagian kesempatan ekonomi, sementara di sisi lain tetap tak-acuh terhadap akibat distributif dari rekonstruksi besar tadi. Kekuatan-kekuatan dan komitmen-komitmen yang sama, yang mula-mula menghasilkan pembaharuan, akan berjuang untuk memperluas dan mempertahankan usahanya ini.

Namun begitu, melanjutkan praktek redistributif sesudah dimulainya tata kekuasaan tadi berarti melakukan kekeliruan terhadap pengandaian restriktif yang lain dari kasus sederhana itu, yaitu dipertahankannya hak milik tradisional. Dalam bahasa dilema pembagian bertahap dan ketimpangan, hal itu juga berarti dilarangnya cita-cita untuk melakukan pembagian secara bertahap demi komitmen-komitmen yang bersifat egaliter. Jika praktek redistributif itu berwujud suatu koreksi atas ketimpangan yang muncul, yang dilakukan secara berkala dan bebas, hal itu akan berarti membatasi hak milik tradisional tanpa menggantinya dengan efektif. Tampaknya, jika kegiatan redistributif menjadi terkait erat pada aturan, pada waktunya ia akan meningkatkan ketergantungan timbal-balik sumberdaya-sumberdaya otoritas ekonomis di dalam perusahaan dan di luar perusahaan. Ketergantungan timbal-balik itu akan terwujud dalam ko-eksistensi kompleks dari berbagai tipe hak milik, yang terkait pada kategori-kategori para pemilik hak yang berbeda-beda, yang dari antaranya hanya satu yang dimiliki oleh para buruh.

Jadi, kita sampai pada momen kedua dari upaya untuk mengambil jarak dari bentuk sederhana kepemilikan oleh pekerja. Sekarang, kita mulai mengendorkan pengandaian yang kedua –yaitu dihargainya hak milik tradisional- dan juga pengandaian yang pertama –yaitu dihargainya pembagian pekerjaan yang sudah ada sebelumnya. Untuk mencegah adanya rekonstruksi yang cepat dan ketimpangan yang mengakar, kita mencoba membatasi pemakaian harta milik. Pembatasan-pembatasan yang paling pokok adalah tidak dapat dialihkannya bagian kepemilikan (*inalienability of ownership quota*) dan batas-batas terhadap kekuasaan untuk membeli perusahaan lain dengan pendapatan yang dikumpulkan. Ketidak-mungkinan untuk dapat dialihkan tadi mungkin bisa berlangsung dengan memberikan hak milik secara bersama-sama kepada angkatan kerja kolektif atau dengan melarang dipisahkannya pekerjaan dari kepemilikan bagian saham tadi. (Bagi setiap variasi dalam ketidak-mungkinan dialihkan ini ada rekanan yang sudah dikenal dalam sejarah percobaan-percobaan oleh para pembaharu kerajaan-kerajaan agraris-birokratis untuk membuat stabil pembaharuan agraria.)

Padanan fungsional dan pelengkap bagi suatu pembatasan terhadap kemungkinan dapat dialihkannya hak tadi adalah diberlakukannya pembatasan terhadap perusahaan-perusahaan yang berhasil dalam hal penumpukan pendapatan yang disimpannya, yang akan digunakannya untuk meningkatkan produktivitas atau untuk membeli perusahaan-perusahaan lain. Dikuasainya perusahaan-perusahaan lain akan mengakibatkan pembagian hirarkis yang mengakar antara pekerja-pemilik dengan pekerja upahan yang tak punya harta. Meski begitu, bahkan investasi perusahaan yang tak dibatasi, pada dirinya, dapat mendukung adanya ketimpangan posisi dan kesempatan ekonomi yang sifatnya ekstrem dan tidak dapat diubah. Para pekerja, dalam setiap perusahaan, mungkin hanya akan memilih untuk menanamkan modalnya dalam suatu pertumbuhan yang lebih pasti terhadap produktivitas pekerja mereka sendiri melalui perbaikan-perbaikan teknologi. Alih-alih membeli perusahaan lain dan mengurangi pekerja lain untuk mencapai status bebas dari pekerja upahan, secara progresif mereka bisa meningkatkan jarak antara sarana-sarana teknis pekerjaan mereka sendiri dengan

sarana-sarana yang bisa mengakibatkan disingkirkannya pekerja-pekerja lain dalam perusahaan-perusahaan lain. Mungkin saja mereka menolak untuk membayar pekerja-pekerja baru, atau hanya sesekali membayar mereka, dan itupun didasarkan pada pilihan dan koneksi. Karena itu kita perlu membatasi suatu penumpukan modal untuk melengkapi suatu usaha untuk membatasi pengalihan hak, meskipun dalam arti tertentu, kedua kategori pembatasan itu mungkin dapat dipertukarkan.

Meski begitu, dampak dari pembatasan-pembatasan terhadap harta tradisional ini memberikan insentif untuk mengurangi nilai perusahaan kepada pekerja-pemilik, dengan cara menempatkan kepentingan-kepentingan masa depannya di bawah pemakaian pendapatan secara langsung. Mereka akan ingin membagikan pendapatan perusahaan itu sebanyak mungkin pada mereka sendiri. Disini ada bahaya yang lebih dari sekedar hipotesa, yaitu bahwa hal itu menjadi penyimpangan yang fatal dalam sistem manajemen-diri Yugoslavia. Dibatasinya pengalihan dan penumpukan, yang diperlukan untuk mencegah penindasan ekonomi dan pekerja upahan, pada gilirannya mendorong dibuangnya aset. Tetapi bagaimana otoritas eksternal –atau seperangkat aturan yang berfungsi sebagai otoritas- menjaga dengan efektif terhadap dua bahaya yang sangat berlainan dari naik dan turunnya nilai perusahaan, dari rusaknya kesederajatan, fleksibilitas dan keterbukaan yang sifatnya relatif dalam perjanjian di antara perusahaan-perusahaan?

Desakan untuk menjawab pertanyaan ini membawa kita ke tahap keempat dan terakhir dari upaya untuk mengambil jarak dari versi kontrol-pekerja yang sederhana. Resiko-resiko yang berlawanan dari dibuangnya aset dan imperialisme yang berwira-usaha tidak dapat dimasukkan dalam kerangka hak milik tradisional, sedikitnya tidak tanpa intervensionisme yang telah menyebar, yang akan mengurangi bekerjanya ekonomi pasar dan mengolok-olok komitmen poliarkis terhadap pembagian bertahap.

18.6. *Poliarki radikal direkonstruksi*

Suatu bentuk poliarki radikal yang mampu mengendalikan masalah-masalah spiritual dan institusional adalah program yang telah berhasil membebaskan visinya dari sisa-sisa gagasan abad kesembilan-belas tentang “produksi komoditas kecil-kecilan,” yaitu ekonomi perusahaan-perusahaan yang bebas dan berukuran kecil, yang bahkan ketika diorganisasikan secara internal dalam prinsip-prinsip koperatif, tetap mampu bekerja-sama. Dipertahankannya dunia semacam itu, berhadapan dengan kekuatan-kekuatan persaingan dan konsentrasi, akan menuntut intervensionisme redistributif yang sebenarnya sudah ada. Intervensionisme semacam itu akan membawa pengaruh yang menghambat dan regresif terhadap produksi, dan mencegah komunitarianisme menjadi sungguh liberal.

Gagasan tentang benteng pertahanan yang kuat bagi hak-hak yang mencontoh harta tradisional harus memberi jalan kepada konsep tentang adanya berbagai hak yang saling mempengaruhi, yang ada bersama-sama di dalam ketegangan. Kekuasaan untuk membuat hukum, dari bawa ke atas atau dengan memisahkan diri dari latar-belakang tatanan hukum, harus bergandengan tangan dengan struktur organisasi politik dan ekonomi dari masyarakat luas, yang cocok bagi suatu ekperimentalisme yang terdesentralisasi dan dilakukan dengan gigih. Diakuinya kebutuhan akan struktur seperti ini adalah hal yang paling membedakan versi poliarki radikal yang telah dikoreksi dari rekanannya yang belum direkonstruksi.

Meskipun rusak dan berbahaya, poliarki radikal tetap menggoda karena ia punya janji untuk menggeneralisasi prinsip tatanan sosial yang sudah mulai melakukan revolusi dalam hal bagaimana orang bekerja bersama dalam perusahaan-perusahaan dan sekolah-sekolah yang paling berhasil di seluruh dunia, dalam pengalaman-pengalaman produksi post-fordis yang fleksibel dan produksi proses belajar koperatif yang berorientasi ketrampilan. Kelompok dari bentuk-bentuk koordinasi ini meruntuhkan hirarki, menghindari kontrak yang dinyatakan seutuhnya, dan mencampurkan kerjasama dengan persaingan. Dengan memperlunak perbedaan

antara supervisi dengan pelaksanaan, dan dengan memungkinkan rencana-rencana dapat ditinjau kembali terus-menerus dalam terang pengalaman dengan pelaksanaannya, hal itu juga mendorong ditinjaunya kembali konsep tentang kepentingan dan identitas secara terus-menerus. Ia menarik rancangan-rancangan sosial menjadi lebih dekat pada prosedur pikiran praktis, yang dipahami sebagai sebuah interaksi yang dipercepat antara gagasan dan percobaan, antara definisi-tugas dengan pelaksanaan-tugas; antara pemilah-milahan dengan penggabungan kembali; antara pengandaian-pengandaian dengan kejutan-kejutan.

Pada saat yang sama ia membuka wilayah perantara yang luas di antara bidang sempit dari suatu perundingan yang berjarak, atau koordinasi hirarkis yang masih berlangsung, di satu sisi, dengan demokrasi perwakilan, di sisi lain. Kita lalu melihat dan menggunakan berbagai bentuk dari masing-masing sarana koordinasi, yang telah diwarisi, sebagai keadaan-keadaan yang punya sifat membatasi dari suatu rangkaian eksperimentalisme praktis yang pada dasarnya tidak terlalu berbeda dan bersifat lebih inklusif. Dalam dunia seperti ini kita tidak menempatkan gambaran mitis tentang warga-negara republik yang tidak mementingkan diri atau anggota komunitas yang punya orientasi lain untuk menggantikan individu yang nyata, cemas, mempunyai kepentingan dan juga mengejar kepentingan. Alih-alih, kita mencoba memperluas cakupan kegiatannya dengan melakukan percobaan kecil-kecilan secara kumulatif, yang settingnya adalah praktek-praktek yang terlembagakan dan kepercayaan-kepercayaan yang dibuat.

Kombinasi antara keuntungan praktis dengan aspirasi demokratis dalam visi ini mendapatkan kekuatan tambahan dari intervensi unsur yang ketiga, yaitu perkembangan kedermawanan dalam sejarah moral umat manusia kontemporer – sebuah kedermawanan yang lebih dirangsang oleh gairah untuk membayangkan ke-berbedaan (*the otherness*) orang lain, bukannya terikat pada teknik-teknik altruisme yang cenderung mencampuri urusan orang, yang justru membuat jarak. Pertikaian yang sangat kasar antar kebencian-kebencian kelompok, yang pada umumnya didorong oleh kehendak untuk berbeda, yang makin tampak dengan menyurutnya perbedaan aktual, dan yang disebabkan oleh kemarahan karena ketidak-mampuan kolektif untuk mendapatkan perbedaan yang nyata, mengaburkan suatu perkembangan progresif lain yang lebih halus, yaitu tumbuhnya kekuatan kita untuk mengakui dan menerima keaslian orang lain, secara perlahan dan tersendat-sendat. Berbagai kekuatan punya andil pada akibat ini, yaitu dari pengaruh kaum perempuan terdidik yang makin besar sampai ke meningkatnya upaya mem-psikologi-kan moralisme, dan dari penyebaran proses belajar tentang orang lain dan lingkungan mereka sampai ke sisa-sisa Kristen-romantis dalam cerita-cerita kebudayaan populer yang berisi gagasan-gagasan yang banyak digunakan dari satu generasi ke generasi lain. Program poliarki radikal akan berusaha untuk menarik kekuatan-kekuatan yang tak tampak ini ke dalam perencanaan rancangan-rancangan praktis. Pada gilirannya rancangan-rancangan ini dapat memperbesar kekuatan-kekuatan ini dengan memperbanyak kesempatan-kesempatan bagi ekspresi-ekspresi mereka dalam kehidupan sehari-hari.

Meskipun ada alasan-alasan ini poliarki radikal memuat pesan visioner yang melampaui usulan-usulan institusionalnya. Sebuah tes bagi dua masa depan proyek demokratis lain yang disimak di sini –yaitu demokrasi sosial yang diperluas dan demokrasi mobilisasional- adalah kemampuan mereka untuk mengakomodasi sesuatu dari cita-cita utopian yang sangat duniawi ini.

19. MEMBAYANGKAN MASA DEPAN ALTERNATIF BAGI MASYARAKAT YANG BEBAS: DEMOKRASI MOBILISASIONAL

19.1. *Arah demokrasi mobilisasional*

Sekarang pertimbangkanlah arah ketiga yang mungkin bagi radikalisi proyek demokratis, yaitu demokrasi mobilisasional. Bagi demokrasi sosial yang diperluas, tindakan nyatanya berlangsung terus dalam kehidupan individu. Ia mengharapkan politik menjadi kecil supaya individu bisa menjadi besar. Bagi poliarki radikal, tindakan nyatanya berlangsung dalam komunitas-komunitas

dan organisasi-organisasi –yaitu bentuk-bentuk kehidupan kelompok yang nyata berbeda, yang memiliki kekuasaan yang telah dibagi-bagi secara bertahap. Ia mengharapkan masyarakat menjadi sebuah konfederasi komunitas-komunitas yang menjadi tempat individu dapat bekerja dan berkembang sebagai makhluk komunal seperti selayaknya. Bagi demokrasi mobilisasional, tidak ada tempat bagi tindakan nyata, atau, dengan lebih tepat, seluruh masyarakat adalah panggungnya. Ia ingin menghangatkan suasana politik, baik politik makro perubahan institusional maupun politik mikro hubungan personal dan melonggarkan halangan faksional terhadap sumber-daya kekuatan politik, modal ekonomi dan otoritas budaya yang berperan sangat penting dalam membentuk masyarakat. Ia menolak untuk menyingkirkan, atau mempersempit, ruang politik masyarakat luas.

Alur empiris yang sangat penting yang melandasi usulan-usulan demokrasi mobilisasional adalah kepercayaan terhadap hubungan sebab-akibat dua arah antara dua sifat potensial tatanan sosial, yaitu dilunakkannya pemisahan dan hirarki yang sudah mengakar dan kerelaan relatif rancangan-rancangan itu untuk disanggah dan ditinjau ulang. Dasar hubungannya terletak dalam sifat tidak alamiahnya kenyataan sosial. Segugus hubungan sosial dan rancangan-rancangan menjadi stabil, nyata dan menjadi seperti benda arti bahwa ia dikurung untuk menghindari kekacauan di tengah konflik lumrah yang bersifat praktis dan diskursif dalam masyarakat.

Kesediaan untuk disanggah dan ditinjau ulang seharusnya tidak disalah-pahami sebagai syarat perubahan terus-menerus yang bersifat tetap. Yang penting diperhatikan bukanlah suatu perubahan yang tetap dari rancangan-rancangan institusional–karena hal ini dihindari orang–melainkan dikurangnya jarak antara berusaha memenuhi kepentingan-kepentingan dalam sebuah kerangka dengan sedikit mengubah kerangka itu begitu anda masuk di dalamnya. Perubahannya menjadi dangkal, karena transparansi konteks institusional dari tindakan, dan keterbukaannya terhadap upaya kecil-kecilan, meningkat. Hal ini bukanlah pergeseran dari kestabilan ke ketidak-stabilan; melainkan sebuah perubahan dari mutu kestabilan, sebuah perubahan yang hanya bergerak ke suatu arah kemana ekonomi pasar dan demokrasi perwakilan telah menggiring kita.

Suatu kesejajaran spiritual terhadap alur empiris yang bisa memberi informasi kepada program demokrasi mobilisasional adalah sebuah upaya untuk mewujudkan-nyatakan cita-cita takhyul akan kebesaran –yaitu suatu pemberdayaan individual dan kolektif dalam bahasa modern kita– yang dapat lebih siap untuk didamaikan dengan cita-cita Kristiani tentang cinta, dan dengan komitmen-komitmen egalitarian dan solidaristis bahwa cita-cita ini ikut memberi motivasi. Dalam doktrin demokrasi mobilisasional kita menemukan alasan-alasan baru untuk mengafirmasi hubungan-hubungan antara ketiga keluhan utama terhadap masyarakat modern, yaitu bahwa kita terlalu sederajat, terlalu terpisah dari yang lain, dan terlalu kecil. Kita menemukan bahwa untuk memperbaiki dua keluhan pertama kita harus memperbaiki yang ketiga.

Di lain arah, alur sebab-akibat akan memperkuat klaim program demokrasi mobilisasional terhadap kemajuan harapan demokrasi radikal yang lama untuk memanfaatkan area interseksi potensial antara syarat-syarat institusional kemajuan praktis –khususnya pertumbuhan ekonomi– dengan syarat-syarat institusional bagi emansipasi individu dari hirarki yang ekstrem dan telah mengakar. Sebab dari eksperimentalisme praktis –dan tuntutanannya untuk mendapatkan kebebasan yang lebih inklusif bagi upaya kecil-kecilan– adalah hal yang sama-sama dimiliki oleh kedua proyek itu. Demokrasi mobilisasional mempertaruhkan diri di dalam kedekatan antara fleksibilitas yang dituntut oleh ekonomi yang gigih dan oleh inovasi teknologi dengan kepentingan manusiawi dalam pengalaman kebebasan yang utuh.

19.2. *Hukum dan institusi-institusi demokrasi mobilisasional*

Tiga gugus pembaharuan institusional bisa memajukan program demokrasi mobilisasional, dengan merekonstruksi bentuk-bentuk institusional negara, partai politik, ekonomi dan perusahaan, serta masyarakat sipil dengan organisasi-organisasinya.

Program politik demokrasi mobilisasional berisi pembalikan dua gugus teknik institusional yang memberi ciri khas pada tradisi politik dan konstitusional yang dominan dari demokrasi modern, yaitu lebih dipilihnya rancangan-rancangan konstitusional yang memperlambat politik transformatif melalui kesempatan-kesempatan yang mengarah ke jalan buntu dan tuntutan-tuntutan konsensus; dan pengambil-alihan praktek-praktek yang ikut membuat rakyat kebanyakan berada pada tingkat bawah dalam mobilisasi politik.

Sebagai ganti dari rancangan-rancangan yang lebih menyukai adanya jalan buntu atau menuntut konsensus, demokrasi mobilisasional menempatkan teknik-teknik konstitusional yang memungkinkan penggunaan secara transformatif kekuasaan politik dan pelaksanaan percobaan programatis yang tegas. Di antara teknik-teknik itu mungkin ada (1) percampuran penuh seni antara tata-kekuasaan parlementer dengan tata-kekuasaan presidensial, yang terjadi dengan cara yang membuka berbagai jalan untuk memenangkan kekuasaan pemerintah pusat; yaitu prioritas pada usulan-usulan programatis komprehensif atas legislasi episodik; (2) resolusi jalan buntu atas pengambil-alihan usulan-usulan tadi melalui plebisit dan referenda nasional; dan (3) diberikannya kekuasaan untuk menyelenggarakan pemilihan umum mendatang bagi semua cabang secara bersama pada cabang-cabang pemerintahan yang berlainan.

Sebagai pengganti praktek-praktek yang menentang mobilisasi politik rakyat, demokrasi mobilisasional lebih menyukai peningkatan derajat mobilisasi politik dalam masyarakat secara gigih. Untuk ini, dalam lingkungan politik kontemporer, ia mempergunakan sarana-sarana seperti aturan-aturan pemilihan suara wajib, tata-kekuasaan para pemilih (*electoral regime*) yang lebih disukai partai-partai yang kuat, pendanaan publik kampanye-kampanye, dan akses bebas yang diperluas terhadap sarana-sarana komunikasi massa. Alur kunci yang menjiwai pembaharuan-pembaharuan ini adalah gagasan tentang hubungan sebab-akibat antara tingkat energi politik dengan isi strukturalnya, yaitu bahwa tidak ada satu hal pun yang seperti politik berenergi rendah yang berisi praktek-praktek pembaharuan struktural yang sering dilakukan. Karena itu, program yang mau mengurangi jarak antara politik redistribusi marginal yang biasa dengan politik transformatif perubahan struktural harus tetap bersikeras terhadap upaya peningkatan derajat mobilisasi politik yang diperpanjang.

Dalam pelaksanaan rekonstruksi ekonomi, demokrasi mobilisasional berusaha memperbanyak syarat-syarat yang memungkinkan rakyat mempunyai akses ke sumber-daya. Hal ini memperkuat tata-kekuasaan persaingan koperatif antar perusahaan. Demokrasi mobilisasional membentuk organisasi-organisasi penengah antara pemerintah dengan perusahaan, dan dengan berbagai tingkat ketergantungan dari keduanya, dan membuat mereka bertanggung-jawab terhadap pembagian yang terdesentralisasi dari sumber-daya finansial dan teknologi di bawah berbagai tata-kekuasaan harta milik. Tata-kekuasaan-tata-kekuasaan ini seharusnya memperluas berbagai kemungkinan jalan untuk mencapai angka pendapatan tertinggi bagi pemanfaatan sumber-daya ke arah keterlibatan yang mendalam dan khusus dari konfederasi perusahaan-perusahaan. Dalam ekonomi yang sama, percobaan-percobaan ini, di dalam konteks adanya berbagai sistem hukum kontrak dan harta milik secara bersama, secara teratur akan menuntut dihilangkannya hak milik tradisional dan dilekatkannya bagian kemampuan-kemampuannya dalam beragam pemilik hak. Di antara para pengganti pemilik tradisional itu misalnya adalah perusahaan-perusahaan, para pekerja, pemerintah lokal dan pusat, organisasi-organisasi penengah, dan lembaga-lembaga dana sosial.

Sebagai salah satu prasyarat untuk meningkatkan suatu bagian dalam fleksibilitas ekonomis adalah upaya-upaya itu perlu terus bersandar pada segugus jaminan terhadap ketidak-amanan ekonomi dan segugus klaim terhadap pendidikan berkelanjutan seumur hidup. Disini, demokrasi mobilisasional, seperti poliarki radikal, memenuhi program demokrasi sosial yang diperluas. Setiap perluasan proyek demokratis menuntut bahwa rakyat dijamin aksesnya ke sarana-sarana praktis dan kultural untuk mengisi ketidak-amanan dan membentuk serta melaksanakan proyek kehidupan mereka sendiri. Jaminan-jaminan ini harus dijamin oleh hukum. Mereka harus dibuat efektif dengan bentuk-bentuk intervensi korektif yang dilokalkan dan juga struktural, seperti praktek yang diperluas dari pelaksanaan yang kompleks yang telah didiskusikan di bagian awal buku ini.

Percepatan politik dan dipercepatnya inovasi ekonomi mempunyai pasangan dan syaratnya dalam pengorganisasian-diri masyarakat sipil. Masyarakat sipil di luar negara haruslah diorganisasikan dengan cangguh dan universal menjadi institusi-institusi demokrasi mobilisasional yang bersifat politis dan ekonomis untuk mempertahankan integritas mereka. Sarana tradisional kontrak dan penggabungan privat tidaklah mencukupi untuk menyelesaikan tujuan ini seperti halnya bentuk-bentuk tradisional harta milik yang disatukan tidak mampu mendamaikan desentralisasi dan fleksibilitas yang lebih besar dengan ukuran dan agregat rayat dan sumber-daya yang perlu.

19.3. *Eksperimentalisme sosial dan hak-hak asasi manusia*

Inovasi-inovasi institusional dalam pengorganisasian negara, ekonomi dan masyarakat sipil ini memperkuat intensitas dan memperluas cakupan ekperimentalisme praktis dalam seluruh bidang pengalaman sosial. Apakah itu berarti mereka lalu mengancam hak-hak asasi manusia? Demokrasi mobilisasional tampaknya menuntut bahwa seharusnya ada lebih banyak lagi yang bisa dilakukan untuk mendapatkan keuntungan-keuntungan dalam politik. Meski demikian, hormat pada hak-hak asasi manusia menuntut bahwa sesuatu hal –bahkan jika hal itu hanyalah jaminan-jaminan yang menetapkan hak-hak itu sendiri- perlu ditarik dari politik.

Untuk memperkirakan adanya suatu bahaya terhadap upaya melindungi diri kita harus melihatnya bukan hanya dalam bahasa spekulatif hak-hak asasi manusia, melainkan juga dalam masalah-masalah praktis yang disembunyikan oleh bahasa itu. Dua gagasan substansial bergabung untuk memberikan isi empiris yang bisa diselamatkan kepada bahasa hak-hak yang sukar dipahami. Salah satu unsurnya adalah teknik, sedang yang lain adalah tujuan dari disebarkan-nya teknik tadi.

Salah satu komponen instrumental gagasan hak-hak asasi manusia adalah ditariknya beberapa hal tertentu dari agenda politik jangka pendek. Dalam pengertian ini, hak fundamental hanyalah sebuah hak yang mendapatkan sebuah perlindungan dari gangguan dalam arus konflik ekonomi dan politik biasa. Pendasaran konstitusional –yaitu kebutuhan untuk memenuhi ketentuan suara mayoritas yang sah- hanyalah satu bentuk yang paling lumrah dari kekebalan tadi. Kekebalan ini selalu relatif. Artinya: pada akhirnya tidak satu pun dapat menghindarkan gagasan-gagasan dan rancangan-rancangan yang membentuk hak-hak itu dari penyanderaan oleh konflik politik praktis dan ideologis. Diagung-agungkannya konstitusi dapat meningkatkan halangan-halangan. Demikian pula kiranya doktrin spekulatif tentang hak kodrat. Meski begitu, mereka membuat hal itu dengan harga yang sangat mahal, termasuk harga bagi perhatian penting yang ditanggapi oleh pembicaraan tentang hak-hak.

Apa yang harus ditarik dari agenda politik jangka pendek? Hanya jika kita menjadi pengikut keyakinan buta bahwa masyarakat bebas mempunyai bentuk institusional tunggal dan alamiah kita percaya bahwa pertanyaan itu mempunyai jawaban yang jelas dengan sendirinya. Karena kita menjauhkan diri dari pemujaan ini, kita perlu menjawab pertanyaan tadi dengan lebih jelas lagi.

Dalam teori sosial yang memasok informasi pada program demokrasi mobilisasional, jawaban yang paling baik adalah bahwa hak-hak yang dipisahkan dari resiko politik jangka pendek akan memenuhi dua tugas yang berbeda tetapi berhubungan. Mereka seharusnya melindungi rakyat dari ketidak-amanan radikal, termasuk resiko penindasan publik dan privat. Selain itu, mereka pun seharusnya memberikan kepada rakyat perlengkapan ekonomi dan budaya yang dibutuhkan untuk menentukan dan melaksanakan proyek kehidupan rakyat itu. Beberapa hak, seperti misalnya akses ke pendidikan yang sungguh dan berkelanjutan, ikut berperan-serta dalam kedua aspek kekebalan fundamental.

Jika rakyat tidak mendapatkan perlindungan dalam sebuah wadah keamanan yang sungguh terlindung, mereka akan memandang ekperimentalisme demokrasi mobilisasional yang dipercepat dan diperluas sebagai ancaman. Mereka akan segera mengganti ancaman-ancaman ini dengan

despotisme yang pertama-tama bersifat protektif atau politik yang di-demobilisasi yang dapat mereka temukan. Dilihat dari sudut ini, hubungan hak-hak asasi manusia dengan eksperimentalisme yang lebih kuat yang dapat dilangsungkannya mirip dengan hubungan cinta orang-tua dengan kesediaan anaknya menanggung resiko petualangan dan transformasi-diri.

Jika rakyat kekurangan sarana-sarana ekonomi dan budaya yang dipakai untuk membentuk dan melaksanakan proyek kehidupan mereka, mereka tidak akan berhasil menggunakan kebebasan mereka yang lebih besar di bawah demokrasi mobilisasional. Ketidak-mampuan mereka ini akan segera merusak dan menyesatkan kebebasan mereka. Dilihat dari sudut ini, hubungan hak-hak fundamental dengan eksperimentalisme demokratis serupa dengan hubungan visi dengan kehendak.

Karena itu, demokrasi mobilisasional seharusnya tidak disalah-pahami sebagai sebuah tata-kekuasaan yang menentang pengecualian-pengecualian relatif (karena semua pengecualian harus relatif) dari agenda politik jangka pendek. Alih-alih, ia berkembang dengan hubungan dialektis yang tak bisa dielakkan antara hal yang ditambahkan pada peluang transformatif dengan hal yang dilindungi dari resiko transformatif. Demi politik, dan juga demi kebebasan individual, beberapa hal harus dihindarkan dari politik. Kita bisa berharap bahwa isi hubungan dialektis antara perkara-perkara yang dikuasai oleh politik (jangka pendek) dengan perkara-perkara yang ditarik darinya dapat ditentukan dengan tegas dan tetap, tetapi perkaranya bukan itu, dan tidak bisa begitu karena hal itu mempunyai sifat empiris dan eksperimental.

Jadi, seperti halnya bahwa kita seharusnya tidak salah-memahami eksperimentalisme demokrasi mobilisasional yang diperluas sebagai sebuah tuntutan terhadap perubahan yang terus-menerus dalam perkara-perkara sosial, demikian juga kita seharusnya tidak mengharapkan percepatan politik di bawah demokrasi mobilisasional bertentangan dengan hak-hak asasi manusia. Yang harus kita hindarkan untuk bisa menggapai tujuan ini adalah ilusi, meskipun itu adalah ilusi yang biasanya berguna, untuk sementara waktu, untuk memberi kebebasan. Ilusi ini adalah kepercayaan dalam dasar hak-hak asasi manusia yang tidak bisa diubah. Sebuah dasar seperti itu akan muncul jika pandangan bahwa masyarakat yang bebas mempunyai bentuk institusional tunggal yang bersifat alamiah atau memang seharusnya begitu, atau setidaknya bahwa masyarakat-masyarakat yang bebas cenderung berbentuk seperti itu, dan bahwa sistem hak-hak yang resmi adalah salah satu unsur pokok tatanan bebas ini, benar. Namun, pandangan-pandangan ini salah. Kebebasan itu tidak aman, atau tidak dapat berkembang ketika ditawan dalam pandangan-pandangan yang salah.

Suatu jenis pemujaan institusional yang ditentukan oleh ilusi-ilusi ini adalah salah satu unsur utama ilmu hukum abad kesembilan-belas. Pemikiran politik dan hukum kontemporer sama sekali menolak untuk melepaskannya. Karena meskipun kita jarang-jarang mempertahankan gagasan tentang isi institusional yang telah ditentukan sebelumnya bagi demokrasi, kita khawatir bahwa pengakuan terang-terangan terhadap sifat semmentaranya institusi-institusi demokratis seperti yang kita miliki tadi akan membahayakan hak-hak yang mempertahankan kebebasan. Meski begitu, kebebasan tidak akan mendapatkan apa-apa dan kehilangan banyak hal, karena terjatuh dalam takhyul. Tidak peduli dasar sekular atau suci macam apa yang kita klaim bagi hak-hak yang telah kita janjikan untuk kita dukung, kita tidak dapat menghindari konflik terhadap isinya. Dengan terus berusaha mengendalikan pemujaan institusional kita akan bisa menjauhkan diri dari kekuatan pendorong yang nyata ke arah kebebasan praktis, suatu hubungan empiris antara percobaan-percobaan ekonomi dan politik kita dengan sarana yang kita perlukan untuk melakukan percobaan dengan aman dan efektif.

Terlebih, dengan menjauhkan diri dari tuntunan nyata ini, dengan berpegang pada jaminan yang menyesatkan terhadap bahaya-bahaya politik, kita juga akan mengurangi prospek adanya suatu emansipasi masyarakat dari kontrol elite ekonomi dan politik. Karena, menurut teori sosial yang melandasi program demokrasi mobilisasional, ada hubungan antara dibatasinya rancangan-rancangan institusional dari sanggahan dan revisi dengan kekuasaannya untuk membuat dan mendukung hirarki kekuasaan dan hirarki keuntungan yang ketat.

19.4. Keutamaan politik dan realisme politik

Meskipun demikian, begitu kita mengesampingkan keberatan yang keliru dari suatu upaya untuk menentang hak-hak asasi manusia, ancaman-ancaman yang nyata terhadap program demokrasi mobilisasional mulai menemukan fokusnya. Aspek spiritual dan praktis ancaman-ancaman ini mempunyai sumber yang sama di dalam suatu ketergantungan eksesif institusi-institusi demokrasi mobilisasional pada suatu tingkat kewaspadaan dan keterlibatan yang terus-menerus ditingkatkan. Demokrasi mobilisasional bukanlah versi lain dari percobaan otoritarian dan utopian untuk menggantikan individu yang sungguh nyata, yang memperhatikan diri dan mengejar kepentingannya, yang punya sikap ambivalen tak tersembuhkan terhadap masyarakat dan politik, dengan sosok mitis warga-negara yang transparan dan tak memikirkan diri sendiri. Ia lebih berusaha memperluas daripada mengganti tindakan normal dalam membentuk dan mengejar kepentingan-kepentingan.

Jika demokrasi mobilisasional yang tergantung pada cita-cita keterlibatan tanpa syarat dari kaum republikan-radikal, hal itu mengorbankan baik realisme maupun daya-tariknya. Daya tariknya terletak pada adanya gambaran satu-sisi dan yang tak bisa dipertahankan dari suatu kecenderungan manusiawi. Dalam prakteknya, minoritas tukang pidato dan mereka yang mengkampanyekan diri akan menemukan peluang-peluang yang diperluas untuk mendapatkan kedudukan yang lebih tinggi, sedang pihak mayoritas akan dijauhkan dari oligarki "badan-badan yang sibuk (*busy-bodies*)," dan berusaha membangun kembali dunia sosial yang berpusat pada karier individual dan kehidupan keluarga. Mayoritas ini akan menentang, dan memang bisa dibenarkan, untuk mengorbankan komitmen-komitmen dan ambisi-ambisi pribadi, kenikmatan-kenikmatan material dan kerinduan-kerinduan spiritual, ke arah ketaatan tunggal pada proyek-proyek dan hasrat politik nasional.

rinsip umum argumen programatis menggaris-bawahi pokok penting ini. Dalam mempertimbangkan hubungan rekonstruksi institusional pada ciri khas manusiawi, kita harus menempuh jalan di antara kekeliruan-kekeliruan yang saling berlawanan. Ya, benarlah bahwa semua sisi pengalaman manusia dipengaruhi oleh konteks pengalaman institusional. Kita tidak dapat memisahkan kehidupan manusia dalam dua bagian dan kemudian hanya mengklaim salah satu saja yang rentan terhadap pengaruh politik. Bahkan aspek yang paling intim dari kehidupan -perasaan-perasaan cinta dan kebencian yang paling pribadi- tetap dikungkung oleh struktur organisasional masyarakat.

Meski begitu, di lain pihak tidak ada yang dapat membuat kita dengan tiba-tiba dan radikal mengubah kecenderungan-kecenderungan kita. Ada keberatan yang fatal terhadap program pembaharuan, yaitu ketergantungan pada suatu skema regenerasi manusiawi yang tegas. Dengan tidak adanya perbedaan yang sangat mendasar antara sifat-sifat yang tetap atau universal dengan sifat-sifat yang beragam atau lokal, dengan hati-hati kita harus mengandaikan bahwa kita akan tetap serupa, dalam perilaku dan kerinduan, dengan diri kita sekarang ini. Tidak tertulis bahwa, di bawah skema rekonstruktif apapun, bahwa kita akan mengusahakan mengganti perhatian-perhatian yang melulu privat dengan devosi rakyat yang tidak memperhatikan dirinya sendiri. Yang secara realistis dapat kita harapkan adalah bahwa di bawah kondisi-kondisi institusional yang lebih dikehendaki, jangkauan upaya pencapaian kepentingan-kepentingan privat kita yang biasa akan bertambah luas, dan kontras antara kepentingan-kepentingan yang akan diwujudkan dengan struktur-struktur yang menghalanginya akan berkurang.

Karena semua alasan ini, demokrasi mobilisasional seharusnya tidak tergantung pada keunggulan hasrat politik atas pengalaman yang biasa. Hanya saja, setiap upaya pengurangan kewaspadaan atau keterlibatan akan menghadirkan bahaya-bahaya yang khas pada program ini. Resiko ini mempunyai dimensi-dimensi ekonomi, temperamental dan spiritual. Resiko ekonominya adalah bahwa kebekuan di tingkat mobilisasi akan memungkinkan kekuatan-kekuatan yang berkuasa memberi keuntungan kepada para pengikutnya dengan cara yang mengubah keuntungan sementara menjadi hak pribadi. Cakupan ekperimentalisme transformatif yang lebih bebas di bawah demokrasi mobilisasional bisa terbukti bersifat merusak-diri jika ia mempermudah jalan bagi kolusi antara kekuasaan politik dengan keuntungan ekonomi.

Resiko temperamentalnya adalah bahwa para tukang pidato dan mereka yang mengkampanyekan diri akan bisa bertindak lebih baik ketika keterlibatan umum menurun dibanding ketika keterlibatan itu meningkat. Karena rakyat sudah bosan terhadap pertemuan-pertemuan rutin untuk setiap hal dan juga untuk hal-hal yang tidak perlu, minoritas kecil dari mereka yang terlibat secara obsesif bisa mengambil-alih institusi-institusi partisipatoris, dengan mengatakan bahwa mereka mewakili rekan-rekannya yang tidak hadir, bingung dan bersedih.

Resiko spiritualnya adalah bahwa jurang perbedaan yang lebih lebar akan terbuka antara dogma-dogma tentang komitmen warga-negara yang mendasari tata-kekuasaan itu dengan kenyataan manusia yang harus dihidupinya. Dalam kegelapan jurang perbedaan ini perhatian-perhatian manusia akan diberangus, sementara dalih-dalih keterlibatan warga-negara mulai menyembunyikan kepentingan-diri yang sempit.

Pertanyaan yang paling mengganggu bagi demokrasi mobilisasional tetaplah kegagalannya menghemat energi dan keutamaan politik. Tata-kekuasaan model ini akan kalah jika ia harus memilih antara memanfaatkan perhatian rakyat dan mengalah pada keasyikan-keasyikan mereka yang bersifat sangat pribadi.

20. KAMPANYE UNTUK MEMISAHKAN PERBEDAAN ANTARA RASIONALISME DENGAN HISTORISISME

20.1. *Surutnya rasionalisme*

Masalah-masalah dan peluang-peluang yang disimak dalam upaya pengarahannya kembali analisis hukum dan upaya penelusuran masa-depan demokrasi alternatif ini ada dalam suatu pemikiran yang lebih besar pada jaman kita. Gaya doktrin hukum yang berwujud yang dikritik dengan nama analisis hukum yang merasionalisasikan menunjukkan sebuah kampanye teoretis yang diarahkan oleh kaum intelektual kontemporer di berbagai bidang pemikiran. Sebut saja hal ini kampanye untuk memisahkan perbedaan di antara rasionalisme dan historisisme dengan menurunkan rasionalisme dan menaikkan historisisme.

Yang saya maksud dengan rasionalisme adalah gagasan bahwa kita dapat mempunyai dasar untuk membenarkan dan mengkritik bentuk-bentuk kehidupan sosial, dan bahwa kita mengembangkan dasar ini melalui suatu pertimbangan, yang menghasilkan kriteria penilaian dengan melampaui tradisi, budaya dan masyarakat kita. Pokok historisisme adalah gagasan bahwa kita tidak mempunyai standard penilaian dengan otoritas yang melampaui bentuk-bentuk kehidupan yang khusus dan ditempatkan secara historis serta yang melampaui seluruh bidang pembicaraan. Penyimpangan dalam analisis hukum yang merasionalisasikan berubah menjadi sebuah pemberian ilustrasi pada kelemahan fundamental dalam kampanye filosofis yang lebih besar untuk menurunkan rasionalisme dan menaikkan historisisme, dan menemukan titik temu imajiner di antara kita.

Analisis hukum sebagai imajinasi institusional mewujudkan sebuah kasus khusus dari sebuah alternatif yang lebih umum terhadap rasionalisme dan historisisme. Jawaban umumnya, seperti suatu hal yang lebih khusus yang digeneralisasikannya, melibatkan juga peninjauan ulang terhadap pertanyaan itu sendiri. Kampanye untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme hanya dapat berhasil dengan mengubah secara radikal arus dalam metode yang digunakannya dan hasil yang dibenarkannya.

Upaya teoretis yang telah menyebar luas untuk menemukan titik tengah antara rasionalisme dan historisisme ini sering berfungsi membenarkan program politik khusus –yaitu proyek liberalisme progresif, atau proyek demokrasi sosial yang konservatif secara institusional. Tidaklah jelas pada permulaannya apakah ada hubungan lebih daripada sekedar secara kebetulan saja antara upaya metodologis dengan program politis. Hubungan ini, yang ditunjukkan dalam diskusi yang akan menyusul, nyata meskipun kompleks. Argumennya saya kembangkan dalam tiga

bagian. Pertama, saya menelusuri struktur dari upaya untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme ini, dengan menunjukkan pasangan legalnya terhadap kejadian-kejadiannya. Lalu, saya akan menguji cara yang akan kita pakai untuk mengarahkan kembali kampanye teoretis ini agar bisa membuatnya masuk akal dan mengijinkannya mengejar tujuan-tujuan yang telah dinyatakannya. Kemudian, saya mempertimbangkan motivasi-motivasi, baik yang impersonal atau programatis dan yang personal atau eksistensial, yang sekarang ini, dalam keadaan seperti yang kita punyai, dapat membawa seseorang mengikuti jalan yang saya usulkan.

Marilah kita mulai dengan menempatkan kampanye kontemporer untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme dalam konteks historis yang sifatnya elementer. Ambillah rasionalisme, pada permulaannya, yang dimaksudkan sebagai sebuah percobaan untuk mendapatkan dasar bagi kritik dan pembenaran dalam praktek penegasan yang menghasilkan standard-standard yang diterapkan secara universal dan yang melampaui setting pembicaraan khusus dan bentuk-bentuk kehidupan sosial. Ciri khas modern bentuk rasionalisme ini berusaha mengidentifikasi gaya organisasi sosial yang tetap netral, dengan tetap menghormati proyek kehidupan individual dan harapan-harapan kelompok-kelompok khusus. Kita juga dapat menentukan kembali rasionalisme modern ini secara afirmatif sebagai sebuah upaya untuk mengambil kesimpulan sebuah *blueprint* organisasi sosial dari gagasan abstrak dari masyarakat yang terbentuk dengan sukarela; katakanlah dari gagasan perkumpulan yang dipilih di antara individu yang bebas dan sederajat. Tampaknya rasionalisme modern ini di setiap sisi tetap sangat tak menentu dalam upaya menyediakan tuntunan yang dijanjikannya, atau menjadi tertentu jika netralitas yang diklaimnya disingkirkan.

Ada rasionalisme pra-modern. Namun demikian, sangatlah sulit mengatakan dengan meyakinkan apakah itu sesungguhnya. Seringkali orang berbicara tentang doktrin nilai obyektif. Dalam teks mana dan pada pemikir yang mana sungguh dapat kita temukan doktrin ini? Mula-mula tampaknya tak ada sesuatu pun yang sama di antara, katakanlah, percobaan Aristotelian untuk membuka struktur rasional yang laten dalam pengalaman pendapat moral kita, di bawah tuntunan teori perkembangan manusia dengan upaya, yang diperluas oleh filsafat pertengahan dan akhir Plato, untuk berpaling dengan tiba-tiba dari pendapat moral yang biasa, berdasar konsep ideal yang menghadirkan diri pada imajinasi dengan otoritas yang sangat menarik.

Hanya saja rasionalisme pra-modern mempunyai bentuk yang sungguh berbeda. Persisnya, bentuk ini terletak dalam celah antara percobaan untuk menghubungkan struktur rasional pada tatanan sosial yang telah dibentuk dan pada seluruh bidang pendapat moral yang ada dengan suatu upaya untuk menyanggah pendapat dan tatanan dari sudut tinjau eksternal dan melampaui kebiasaan. Ciri masalah rasionalisme pra-modern adalah dilema yang lumrah. Dikaitkannya struktur rasional dan otoritas pada suatu pendapat moral yang biasa tampaknya selalu mengistimewakan, secara tidak sah, gagasan-gagasan dan pengalaman-pengalaman kelompok-kelompok dan kebudayaan-kebudayaan tertentu. Upaya yang melawannya untuk keluar dari dunia pendapat yang biasa ini tampaknya mempunyai pembenaran yang terlalu kontroversial untuk membujuk kita, dalam kenyataannya, untuk menentang institusi-institusi yang telah mengakar dan dogma-dogma masyarakat yang telah diterima.

Inilah dua kisah komplementer yang menghubungkan rasionalisme modern dengan yang pra-modern. Yang pertama adalah kisah tentang evolusi gagasan-gagasan. Kisah ini menyadari adanya suatu penyimpangan yang mendasar dalam rasionalisme pra-modern dalam ketidak-mampuannya untuk mendukung adanya jarak yang menentukan dari kebudayaan kita dan pra-konsepsinya, dan sementara itu dengan berbagai cara masih menanggapi titik berangkat kita, dalam kepercayaan-kepercayaan yang diterima dan pengalaman yang biasa. Rasionalisme modern, dengan cirinya mendorong ke arah ketidak-berpihakan pandangan, mulai dengan percobaan untuk mengembangkan mode penilaian moral dan politis yang kurang berat-sebelah, yang didasarkan pada pengandaian-pengandaian yang kurang kontroversial.

Meski begitu, rasionalisme ini di kemudian hari berubah menjadi senantiasa tidak netral atau tidak menentu. Mereka mencapai kesimpulan khusus hanya dengan mengorbankan klaim mereka akan netralitas. Sebagai contoh, sesekali mereka mengorbankannya dengan menerima versi ekonomi pasar yang sedang berlaku atau versi demokrasi perwakilan sebagai perkiraan yang

masuk akal terhadap sebuah sistem untuk meringkaskan pilihan-pilihan individu; katakanlah, sebagai sebuah perwujudan praktis perspektif ketidak-berpihakan. Di lain waktu mereka mengorbankannya dengan secara drastis mereduksi kompleksitas bahan mentah –yaitu intuisi-intuisi moral dan keinginan-keinginan personal- yang mereka gunakan untuk bekerja. Secara khusus, mereka mengacuhkan cara yang dipakai untuk penyesuaian hasrat dan kepercayaan terhadap rancangan-rancangan praktis dan ajaran-ajaran yang berwibawa yang, seperti kerinduan dan fantasi, juga mereka sanggah.

Kisah internal tentang evolusi gagasan-gagasan perlu dilengkapi dengan kisah eksternal, sebuah kisah tentang pengalaman sosial yang nyata. Menurut kisah eksternal ini, kekuatan pendorong dalam evolusi rasionalisme adalah pengalaman aktual pencampuran, penggabungan kembali dan penemuan kembali bentuk-bentuk kehidupan sosial, dengan membuat kita selanjutnya makin sadar akan suatu pandangan bahwa konsep-konsep yang ideal mempunyai akar dalam rancangan-rancangan praktis yang ditempatkan dalam konteks historisnya. Pengalaman pencampuran dan penggabungan kembali ini menghasilkan kesadaran yang lebih jelas akan hubungan yang rapuh dan sangat penting antara konsep-konsep ideal tentang kehidupan sosial dengan rancangan-rancangan praktis yang menghalangi pelaksanaan konsep-konsep tadi secara lebih utuh dan juga memberi mereka banyak makna implisitnya. Yang mulai dengan mengusulkan berbagai jalan yang berbeda-beda untuk melaksanakan cita-cita yang sama berakhir dengan mempertunjukkan makna-makna kompleks yang sebagian tidak bersesuaian, yang kita kaitkan dengan cita-cita tadi. Hasil dari penyelidikan, perentangan dan pemisahan ini adalah mengkonfirmasi dan sekaligus tidak mempercayai tanggapan cita-cita kita terhadap kerinduan yang belum lengkap dan hasrat yang kuat. Dari hasrat dan kerinduan inilah mereka menjadi hidup, dan ke arah hasrat dan kerinduan itu mereka memberi bentuk.

Dampak inovasi institusional terhadap pemahaman kita akan isi dan otoritas cita-cita sosial yang diterima menyingkirkan percobaan pra-rasionalis untuk memisahkan diri dari pendapat moral yang biasa atas nama insight atau intuisi moral yang tak bisa dipertanyakan. Suatu bentuk pencampuran dan penggabungan kembali yang sama menyingkirkan klaim terhadap setiap versi khusus ekonomi pasar atau demokrasi perwakilan untuk mewujudkan versi gagasan masyarakat sukarela yang bisa dipercaya. Semua kekecewaan dan penemuan ini, ditekan tetapi tidak seluruhnya dihindarkan, mendorong terus-menerus usaha untuk mengurangi klaim-klaim rasionalisme dan memenuhi tekanan-tekanan yang digambarkan dalam kisah-kisah internal dan eksternal yang telah saya ceritakan lagi.

Salah satu cara untuk menggolongkan pasangan bagi surutnya rasionalisme dalam sejarah gagasan-gagasan hukum ini adalah membedakan dua gaya rasionalisme hukum yang telah dibedakan dimuka, yaitu ilmu hukum abad kesembilan-belas dan analisis kontemporer yang merasionalisasikan. Pendekatan yang kuat dari abad kesembilan-belas itu membedakan antara hukum yang benar atau pra-politis –yaitu hukum tatanan privat tentang kontrak dan harta milik dan hukum tatanan privat tentang hubungan yang sepantasnya dengan batas-batas tindakan pemerintah- dengan hukum yang lunak, palsu atau dipolitisasi, hukum yang dibuat oleh pemerintah untuk campur-tangan, untuk maksud-maksud redistributif, dalam sistem murni hak-hak privat dan publik. Bentuk rasionalisme hukum kontemporer yang lebih lemah dan mulai surut ini membedakan antara hak politis dan pra-politis. Hanya saja ia berusaha mempertahankan kontras antara hukum yang dipandang hanya sebagai hasil dari pertarungan faksional dengan hukum yang mewujudkan moralitas publik atau kepentingan publik.

Karena gagasan tentang hukum supra-faksional ini pada gilirannya terbukti tidak netral atau tidak menentu, banyak ahli hukum kembali ke pandangan yang lebih mengecewakan namun lebih nyata tentang tugas mereka. Mereka menjadi pengikut reformisme pesimistis, dan menafsirkan ulang analisis hukum yang merasionalisasikan sebagai kebohongan yang mulia dan perlu. Mereka mencoba untuk menerapkan pembatasan terhadap perundingan-diri faksional yang terjadi melalui politik mayoritarian. Mereka mencoba melindungi kelompok-kelompok yang tampak tidak mampu untuk melindungi diri. Sedikit demi sedikit dorongan untuk membatasi intervensi korektif yang memurnikan terhadap apa yang secara masuk akal bisa dipandang sebagai penafsiran hukum dan yang bisa menyesuaikan dengan struktur institusional masyarakat

yang telah dibentuk ini bisa mengubah sifatnya. Hasrat untuk mengulangi keyakinan akan arti penting dan otoritas rancangan-rancangan yang ada sekarang ini melemah. Yang perlahan-lahan menggantikan tempatnya adalah pengakuan yang jujur terhadap pembatasan-pembatasan, dari kekuasaan dan legitimasi, terhadap peran institusional yang bisa diharapkan untuk diduduki oleh analis hukum dan karya rekonstruktif yang dapat dilakukannya dengan efektif. Demikian pula para ahli hukum mempergunakan spektisisme yang tidak disengaja terhadap kebijakan yang telah berhenti.

20.2. *Naiknya historisisme*

Sekarang perhatikanlah baik-baik transformasi historisisme, kutub lain dari yang menjadi titik awal dari dimulainya suatu kampanye filosofis kontemporer yang khas. Di jantung historisisme ini ada thesis bahwa standard-standard yang bisa membenarkan atau mengkritik bentuk kehidupan sosial adalah standard-standard yang dihasilkan sendiri oleh bentuk kehidupan sosial tadi. Tidak ada kriteria penilaian yang mengabaikan tradisi atau budaya. Jika kita dapat berpindah melewati tradisi atau budaya, kita dapat melakukannya hanya dengan memilih menjadi orang lain dan menjalani hidup yang lain; tidak ada tatanan rasionalitas yang lebih tinggi. Dalam budaya kontemporer, historisisme mengambil bentuk yang ironis dan konservatif, yang muncul kembali dalam berbagai bidang pemikiran. Akibatnya dapat dikatakan bahwa semua hal yang ada di dunia ini adalah bentuk-bentuk kehidupan yang ditempatkan secara historis dan juga rumpun-rumpun pembicaraan; tidak ada yang lain. Yang tersedia hanyalah pembenaran-pembenaran yang muncul dari pengambilan posisi dalam salah satu bentuk kehidupan atau tradisi pembicaraan. Anda harus menilai masing-masing setting itu dengan standard-standard internalnya, atau, dengan perkecualian, jika anda mau mengambil resiko konsekuensi-konsekuensi yang otoritarian dan memburamkan, dengan standard-standard beberapa setting lain yang diambil dari tempat lain; tidak ada alternatif lain tersedia. Dengan cara ini penganut historisisme yang ironis dan konservatif mengubah klaim tentang sama-sekali tidak berakarnya setiap masyarakat dan kebudayaan pada kepalanya. Ia membuat klaim ini menjadi pembenaran terhadap perjanjian ulang dalam tradisi yang telah ada, dengan ketentuan yang ironis dan defensif.

Keberatan terhadap historisisme semacam itu adalah bahwa ia mensyaratkan tidak-dapat dihindarinya sebuah dilema yang sering dihindari oleh sejarah pengalaman moral kolektif dan individual. Ini berarti suatu kebutuhan yang diandaikan untuk memilih antara pembicaraan moral dan politis yang kaya, karena hal itu sungguh terikat erat seutuhnya di dalam tradisi khusus dan pembicaraan yang miskin karena ia mencoba melampaui semua tradisi khusus. Keyakinan pada dilema macam itu gagal memperhitungkan salah satu fakta yang paling mencolok tentang sejarah keyakinan dan perasaan ini, yaitu revolusi yang sesekali terjadi dalam sensibilitas moral dan politis. Contoh keterpecahan yang paling mengherankan adalah muncul dan menyebarnya dunia agama-agama, seperti misalnya Kristianitas dan Buddhisme, yang mengemukakan pandangan-pandangan bagaimana menjalani hidup, yang sungguh bertentangan dengan kebijakan moral yang dominan dalam masyarakat tempat agama-agama itu tersebar.

Keberatan kedua terhadap historisisme konservatif dan pasif ini adalah bahwa hal itu tampaknya bertentangan dengan berbagai ciri situasi kontemporer kita. Yang membuat sebuah upaya pencarian akan pembenaran menjadi mendesak sesungguhnya adalah perasaan bahwa kita tidak mempunyai tradisi yang tertutup dan tidak kontroversial yang menjadi wadah untuk berada. Jika kita memilikinya, kita hampir tidak membutuhkan rasionalisme atau historisisme. Sesungguhnya kemerosotan tradisi-tradisi ini, penggabungannya kembali, pembentukannya kembali, keterpecahannya dan campur-aduknya inilah yang memberi inspirasi kepada upaya pencarian pembenaran dan kritik, dan juga, dengan cara memberi tanggapan, mendorong penemuan tradisi fiktif dan kehendak untuk berbeda secara kolektif. Jika tradisi-tradisi

mempertahankan perbedaan yang nyata yang diandaikan oleh historisisme konservatif, debat tentang rasionalisme dan historisisme tidak lagi masuk akal.

Keberatan ketiga terhadap historisisme ini adalah bahwa ia mengaitkan kekuatan penuntun pada fakta-fakta yang tampaknya tidak bisa melaksanakan otoritas normatif apa pun, yaitu fakta-fakta tentang kontinuitas dan konsensus yang diambil penganut historisisme konservatif sebagai suatu hal yang ada di antara cakrawala pembenaran atau kritik yang tak bisa dilampaui dengan sumber insight ke dalam tatanan moral trans-historis. Jadi, para penganut historisisme konservatif secara khusus harus mencoba menaikkan historisisme sebagai halnya para rasionalis menurunkan rasionalisme. Bentuk naiknya historisisme yang paling lumrah adalah adanya perlakuan terhadap tradisi-tradisi dan institusi-institusi politik dari demokrasi-demokrasi industrial Barat kontemporer sebagai suatu bentuk penghormatan khusus yang dipandang sudah sepantasnya, yang dipandang seperti sebuah sumber tuntunan moral dan politis. Itu terjadi tidak hanya karena mereka itu milik kita tetapi karena bagaimanapun juga mereka menggabungkan atau mewujudkan klaim ketidak-berpihakan di antara individu-individu dan kepentingan-kepentingan serta cita-cita mereka. Klaim hak istimewa bisa mencakup intuisi, pilihan-pilihan, dan kepercayaan-kepercayaan yang mungkin berkembang dalam masyarakat-masyarakat ini.

Untuk mengidentifikasi bentuk hukum yang khas dari naiknya historisisme ini perhatikanlah pertama-tama bentuk yang masih kasar dan tak-berkembang dari historisisme yang tidak-dinaikkan. Hal ini tidaklah lebih daripada kasus yang membatasi, sebuah posisi ekstrem dalam pemikiran hukum kontemporer, tetapi ia mempunyai pengaruh yang jauh lebih besar terhadap pemikiran-pemikiran para pengacara dalam hidup sehari-hari daripada terhadap teori hukum. Hal ini mengajarkan bahwa hukum harus ditafsirkan berhadapan dengan latar-belakang gagasan-gagasan moral dan politik yang dominan dalam masyarakat. Ada budaya bersama, yang memberi sarana-sarana yang kita perlukan untuk menafsirkan dan menguraikan hukum ketika kesimpulan yang diatur telah berakhir.

Jadi, kita dapat melukiskan hubungan analisis hukum dengan bahannya sebagai hal yang tidak kontroversial dalam salah satu dari dua cara yang berseberangan. Hal itu mungkin tidak kontroversial karena kita membayangkannya sebagai semacam etnografer hukum, yang menggambarkan kebudayaan bersama yang tak perlu ditaatinya. Atau kita bisa mengandaikan hubungan itu tidak kontroversial karena kita mengira analisis hukum mengutip kesadarannya sendiri; secara tidak kontroversial dia berpartisipasi dalam sebuah budaya dan mengutarakannya seperti halnya seseorang yang berbicara dengan bahasa alamiah. Masalah muncul tatkala kita menghadapi suatu keterpecahan aktual dari tradisi yang diandaikan ini, yaitu kegagalannya untuk hidup dalam bentuk kesatuan. Ia tetap berakar dalam harapan-harapan dari kelas-kelas sosial dan komunitas-komunitas khusus yang saling bertentangan. Terlebih, orang-orang mengalami ambivalensi antara keinginan-keinginan atau intuisi-intuisi, yang menerima begitu saja struktur yang ada sebagai hal yang benar, dengan kerinduan-kerinduan atau fantasi-fantasi, yang mengandaikan penanggulangannya. Peningkatan hukum historisisme lalu menjadi sebuah cara untuk mengingkari keterpecahan ini atau mengelakkan konsekuensi-konsekuensinya. Peningkatan ini seringkali mulai sebagai sebuah upaya untuk memilih bagian otoritatif dari budaya yang dimiliki bersama, suatu bagian yang punya arti lebih, karena bagaimanapun juga ia lebih tidak-berpihak atau mewujudkan gagasan masyarakat yang bersifat suka-rela secara lebih utuh.

Sekarang anda bisa mulai mengapresiasi sifat umum kampanye filosofis untuk memisahkan perbedaan antara historisisme dan rasionalisme. Ketika para filsuf dan teoretisi hukum mencari titik tengah imajiner antara rasionalisme dan historisisme, mereka mencari suatu hal yang mempertahankan bagian otoritas, jarak yang menentukan dan dorongan rasionalisme, tanpa membuat klaim-klaim terhadap transendensi atas konteks. Itulah yang mereka inginkan, dan mereka menginginkannya seringkali untuk membenarkan suatu versi dari program liberal progresif dan sosial-demokrat. Itulah yang mereka inginkan, tetapi bisakah mereka mendapatkannya?

20.3. *Memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme dalam filsafat dan teori sosial*

Salah satu bentuk filosofis atau sosial-teoretis yang memuat gerakan filosofis untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme diperluas oleh beberapa gagasan baru seperti misalnya konsep Rawls (seorang filsuf Amerika) tentang konsensus yang bertumpang-tindih dalam masyarakat demokratis atau dalam gagasan Habermas (filsuf Jerman) tentang kerangka pembicaraan yang tidak dipaksakan. Faktor historisisme dalam gagasan-gagasan ini adalah keyakinan bahwa keyakinan-keyakinan tertentu bisa menjadi otoritatif hanya karena mereka adalah keyakinan-keyakinan yang mungkin tumbuh subur dalam demokrasi modern. Unsur rasionalisme yang melawannya adalah konsep bahwa demokrasi modern bukan hanya berarti masyarakat apa pun, melainkan sebuah masyarakat yang strukturnya membawa kebaikan pada harapan atas perkumpulan atau perserikatan yang bersifat suka-rela, yaitu suatu perkumpulan di antara individu yang bebas dan sederajat. Otoritas struktur tadi memberi otoritas kepada keyakinan-keyakinan yang berkembang di dalamnya.

Penyimpangan pokok dalam pendekatan ini adalah kegagalannya mempertanyakan otoritas yang dipakai oleh organisasi pemerintah, ekonomi dan masyarakat sipil yang sudah dibentuk untuk mewujudkan cita-cita konsep masyarakat yang bersifat suka-rela. Bagian struktur mana yang seharusnya kita ambil secara apa adanya dan bagian mana yang perlu kita sanggah? Kalau kita tidak mampu mempertanyakan dan menjawab pertanyaan ini kita tidak akan sungguh tahu pada tingkat otoritas mana hal itu bisa dimiliki oleh keyakinan-keyakinan yang telah berkembang dalam kerangka ini.

20.4. *Memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme dalam analisis hukum*

Meski begitu, contoh yang paling penting dan rinci dalam budaya kontemporer dari suatu kampanye untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme tidaklah ditemukan dalam tulisan para filsuf. Hal itu adalah analisis hukum yang merasionalisasikan itu sendiri. Unsur rasionalistis dalam pendekatan terhadap analisis hukum yang sangat berpengaruh ini adalah klaim bahwa kita secara rasional dapat merekonstruksi hukum sebagai sebagian ungkapan rencana kehidupan sosial yang dapat dipahami dan dapat dipertahankan. Rencana ini bisa cocok dengan tuntutan-tuntutan praktis dan fungsional atau hal itu bisa memberi kesaksian akan evolusi progresif konsep moral dan politik. Unsur historisismenya ganda. Yang pertama adalah pengakuan terhadap kekhususan historis dan perbedaan yang nyata dari setiap tradisi hukum. Yang kedua adalah panggilan kepada para ahli hukum untuk memberi perhatian pada keadaan waktu dan tempat mereka begitu mereka menyelesaikan rencana yang terkandung secara implisit dalam hukum melalui perbaikan kerja rekonstruksi rasional.

Analisis hukum yang merasionalisasikan memberi perasaan yang lebih dalam terhadap dipisahkannya perbedaan antara rasionalisme dan historisisme. Hal ini memberikan otoritas khusus pada hukum setelah ia melakukan pekerjaan penguraian yang bersifat retrospektif dan beralasan. Hal itu bisa memberi alasan yang lebih dalam dan memberi otoritas khusus dengan mengungkapkan rancangan-rancangan sosial, ekonomi, dan politik dalam hukum sebagai suatu perkiraan yang masih mentah akan cita-cita masyarakat sipil yang bebas, ekonomi pasar yang bebas, dan masyarakat perwakilan yang bebas –katakanlah, akan tatanan sosial yang memandang setiap individu sederajat. Rancangan-rancangan institusional masyarakat seperti ini dihasilkan oleh perwujudan penentuan diri individual dan kolektif. Tradisi seperti ini lebih dari sekedar tradisi. Konteks seperti ini lebih daripada sekedar konteks. Meski khusus dan terbatas, hal ini memiliki sarana-sarana praktis dan konseptual yang dipakai untuk menghindari dan mengoreksi kekhususannya dan keterbatasannya.

Berjuang untuk mendapatkan hasil seperti itu melalui politik dan pemikiran adalah satu perkara, sedang mengandaikan bahwa hal itu sudah ada di tangan adalah perkara lain. Sebagian

besar tujuan saya adalah menghitung harga pengandaian ini dan cara untuk menghindar dari menanggung harga itu.

Dengan memahami analisis hukum yang merasionalisasikan dan teori-teori pendukungnya sebagai cara yang tertentu untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme, kita dapat menggeneralisasi insight kita dalam kegagalan-kegagalan dari pendekatan atas hukum ini. Hukum, seperti telah kita lihat, tampak di mata para ahli hukum sebagai hasil dari dua prosesi. Di satu sisi ada prosesi pertarungan faksional dan partisan yang terorganisasi dalam aturan dasar demokrasi. Di lain sisi, dalam semangat rekonstruksi rasional, ada prosesi dari sistem tuntutan praktis atau sistem konsep normatif. Begitu ditafsirkan ulang dengan benar, hukum hampir tampak seolah telah dibuat sesuai dengan pola dasar (*blueprint*). Jika hukum sesungguhnya adalah memang hasil pertarungan faksional itu, dan jika politik demokratis memang bersungguh-sungguh dan tidak berlaku sebagai sarana yang tak disadari dan tak diketahui bagi imperatif moral atau praktis yang ditentukan sebelumnya, kita tidak sepatutnya dapat mengharapkan hukum mempertunjukkan rencana ideal atau fungsional yang kohesif apa pun. Paling-paling hal itu bisa berisi, dalam berbagai derajat, permulaan dan sisa-sisa berbagai rencana seperti itu. Orang-orang yang terkemuka harus ikut campur-tangan untuk menyelesaikan suatu kisah yang hanya ditunjukkan dengan bahan-bahan yang mereka tafsirkan dan mereka uraikan. Dengan tegas mereka merasa perlu untuk sungguh menekankan sampai dimana hukum menguraikan kisah-kisah itu agar pekerjaan mereka tidak menampakkan perampasan kekuasaan yang tidak dapat ditoleransi.

Tatkala kita hanya mempertimbangkan bentuk hukum dari upaya memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme ini –yaitu bentuk yang diambil oleh analisis hukum yang merasionalisasikan dan oleh teori-teori pendukungnya dan yang usul untuk memperbaikinya–sifat-sifat buruk kampanye ini tampak sebagai manipulasi dan vanguardisme. Meski begitu, sekali kita mengakui proyek hukum sebagai sebuah kasus khusus dari usaha yang lebih umum, dengan membandingkan bentuk-bentuk hukum dan filosofisnya, kita menemukan bahwa ada masalah yang lebih mendasar. Bentuk kontemporer yang dominan dari sebuah kampanye untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme memberi kondisi pada patokan praktis kita dalam hal pembagian progresif hak-hak dan sumber-daya dalam idealisasi tatanan institusional masyarakat. Hal ini membuat kita tak berdaya secara imajinatif di dalam kritik terhadap tatanan tadi. Hanya saja, tanpa bisa dihindarkan program politik kita dan juga cita-cita spiritual kita tetap terkait dalam rancangan-rancangan praktis masyarakat.

20.5. *Kampanye untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme diarahkan kembali (reoriented)*

Dalam terang kritik ini tadi, bagaimana seharusnya kampanye untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme itu diarahkan kembali? Metode apa saja yang harus dipakai dan hasil apa saja yang harus dimiliki untuk memenuhi tujuan-tujuan ini? Titik awal dari jawaban terhadap pertanyaan-pertanyaan ini adalah kesadaran bahwa yang saya gambarkan sebagai praktek pemetaan dan kritik yang disatukan hanyalah kasus khusus pengarahannya kembali kampanye untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme. Praktek ini dimulai di tengah permasalahan, dengan menelusuri dan memanfaatkan ketidakcocokan antara program-program atau konsep-konsep ideal partai yang telah dinyatakan dengan rancangan-rancangan institusional yang menghambat pemenuhannya dan sekaligus memiskinkan maknanya.

Perhatikanlah kembali, di dalam terang kritik ini, aspek dari praktek pemetaan dan kritik ini. Mulailah dengan gagasan bahwa bahan mentah kritik itu adalah serangkaian janji akan kebahagiaan. Kritik itu berkisar pada janji-janji akan kebahagiaan. Janji-janji kebahagiaan ini adalah jalan yang harus ditempuh menuju pemenuhan, rekonsiliasi, dan koreksi kerinduan-kerinduan kita yang paling kuat, menurut konsep yang mendatangkan keyakinan dan jelas-jelas diperkuat oleh pengalaman. Janji-janji kebahagiaan ini punya dua bentuk utama. Yang

pertama adalah proyek eksistensial, biografi yang khas, sebuah model bagaimana hidup di dunia. Yang kedua adalah terjemahan dari gagasan yang abstrak dan tak menentu tentang masyarakat ke dalam serangkaian gambar yang rinci tentang perkumpulan manusia; konsep-konsep bagaimana orang dapat dan seharusnya bergaul dengan yang lain dalam wilayah praktek sosial yang berbeda.

Dalam keadaan stabil, momen sejarah yang diam, setiap konsep perkumpulan manusia tadi tampak terkait erat pada rancangan-rancangan yang menampakkannya dalam praktek, dan tertanam dalam wilayah eksistensi sosial yang tidak kontroversial. Jadi, cita-cita khusus komunitas privat mungkin diperluas oleh praktek-praktek kehidupan keluarga, berakar dalam dunia khusus keluarga dan persahabatan. Jika setiap bagian dari struktur ini menjadi tidak lekat, jika kita mulai menerapkan cita-cita kehidupan sosial tertentu dalam wilayah praktek, dari sini mereka mula-mula disingkirkan, atau memilih antara pelaksanaan praktis alternatif dari konsep-konsep yang diwarisi tadi, kita mulai menemukan ambiguitas tersembunyi dalam cita-cita itu. Maka kita harus memutuskan bagaimana memecahkan ambiguitas ini dan menafsirkan kembali cita-cita tadi.

Anda bisa bertanya dengan baik: Dari manakah energi bagi transformasi itu dan dari manakah otoritas untuk ini? Kaum rasionalis biasanya mengandaikan hal ini menjadi dua pertanyaan yang berbeda. Kaum historis mungkin lebih berpikir bahwa keduanya hanyalah pertanyaan yang sama. Masing-masing pandangan mempunyai kebenarannya sendiri.

Dalam situasi yang normal dan stabil, logika kepentingan-kepentingan kelompok, identitas kolektif dan gagasan-gagasan yang diterima tentang kemungkinan sosial memiliki kemiripan dengan transparansi dan keperluan. Namun demikian, kemiripan ini muncul dari tiadanya tantangan yang efektif terhadap latar-belakang yang mengitarinya, yaitu rancangan-rancangan institusional yang mendasar dan gambaran perkumpulan manusia yang telah ditentukan. Dalam situasi seperti itu energinya datang dari definisi-definisi kepentingan-kepentingan kelompok dan individual, dari identitas-identitas kolektif, dari konsep-konsep kemungkinan sosial yang diusahakan dalam batas-batas yang dibuat dengan longgar oleh rancangan-rancangan dan keyakinan-keyakinan yang telah ada.

Meski begitu, andaikanlah bahwa kita mulai menantang latar-belakang ini. Ia senantiasa bisa mulai berubah, jika hanya karena ambiguitas taktis yang khas tetap berada dalam cara kita mempertahankan definisi-definisi kepentingan-kepentingan yang berlaku. Kita selalu punya taktik untuk mempertahankan kepentingan-kepentingan yang membuat struktur tetap pada tempatnya dan taktik lain yang membahayakan dan mengubah struktur itu. Maka, ketika struktur latar-belakang mulai ditentang, keyakinan orang akan definisi-definisi kepentingan, identitas dan kemungkinan juga berkurang. Pada momen penentangan dan hasutan seperti itu, cita-cita tidak lagi tampak sebagai pembatasan yang mahal terhadap kepentingan-kepentingan. Alih-alih, konsep orang tentang arti kepentingan-kepentingan mereka mulai tergantung secara lebih eksplisit pada kisah-kisah yang mereka ceritakan sendiri tentang dunia sosial alternatif, tempat mereka bisa berpindah. Kisah-kisah ini memberi pandangan-pandangan alternatif tentang arah-arrah yang memberi petunjuk dikembangkannya cita-cita mereka dan juga kepentingan-kepentingan mereka.

Menurut pandangan yang telah menyebar, tugas utama penilaian politik dan teori politik adalah bertindak sebagai hakim -dari titik pijak yang lebih netral atau sebaliknya otoritatif- di antara berbagai program dan ideologi yang berlawanan yang kita hadapi dalam politik kontemporer. Tema dasar buku ini adalah bahwa masalah kita adalah bahwa kita hanya mempunyai satu program, bukannya mempunyai terlalu banyak program, yaitu hanya program politik dengan otoritas dalam dunia modern, program eksperimentalisme demokratis dari abad kedelapan-belas hingga kini, program yang sama-sama dimiliki oleh kaum liberal dan sosialis. Komitmen sentralnya adalah mengangkat jaring-jaring pemisahan dan hirarki sosial yang menindih pergaulan kita dengan orang lain yang sifatnya praktis, mendalam dan kognitif.

Kita mempunyai dua alasan yang menentangnya dalam upaya melaksanakan proyek ini. Yang pertama adalah mempertinggi kemampuan produktif praktis masyarakat, yang akan menjadi sumberdaya pelaksanaan percobaan dan inovasi yang praktis dan terus-menerus. Yang

kedua adalah menurunkan tingkat dimana partisipasi dalam kehidupan kelompok telah memasung kita dalam mekanisme ketergantungan dan depersonalisasi dan dengan demikian merendahkan pernyataan-diri, sebagai upaya untuk mengembangkan dan mempertahankan kehadiran individual di dunia. Pertaruhan besar yang dibuat oleh proyek politik modern ini adalah bahwa kita dapat memikirkan dan membangun institusi-institusi yang membuat kita bisa memanfaatkan wilayah ketumpang-tindihan yang potensial antara kondisi-kondisi kebaikan-kebaikan moral dan praktis ini, yaitu antara perkembangan kemampuan produktif praktis masyarakat dengan terbentuknya kondisi-kondisi yang di dalamnya individu-individu mendapatkan kebebasan dari keadaan ketergantungan dan depersonalisasi. Konsep yang kita warisi tentang pemisahan antara versi-versi sayap-kanan dan sayap-kiri, atau liberal dan sosialis, tentang program politik modern terjerat dalam kerimbunan takhyul tentang bentuk-bentuk institusional yang mungkin dari pluralisme politik dan ekonomi. Tugas sebuah kritik adalah mendorong melampaui perbedaan-perbedaan yang keliru atau dangkal antara, sebagai contoh, komitmen-komitmen pro-pemerintah dan anti-pemerintah, sehingga konflik-konflik ideologis yang baru dan yang lebih berarti bisa terjadi.

Dalam buku ini saya sudah menawarkan dua contoh utama dari praktek kritik seperti itu. Contoh-contoh ini berkaitan dengan sebuah cara yang menerangi baik kecerdasan maupun keterbatasan hukum kontemporer dalam demokrasi-demokrasi industrial. Contoh yang pertama adalah diskusi tentang pembatasan-pembatasan yang dipaksakan oleh konservatisme institusional terhadap gagasan besar pemikiran hukum dan hukum kontemporer yang bisa menggerakkan, yaitu suatu komitmen untuk menjamin pemenuhan hak-hak yang efektif, dan khususnya hak-hak yang mempertahankan kebebasan individual dan pemerintahan-diri oleh rakyat. Contoh kedua adalah penelusuran masa depan-masa depan demokrasi alternatif, yang masing-masing bisa membawa kepentingan-kepentingan dan cita-cita kita melampaui cakrawala institusional, yang menjadi tempat kita mempertahankannya sekarang ini.

Jiwa dari praktek kritis ini menjadi nyata oleh perbandingan terhadap percobaan filosofis yang sedang berlangsung untuk memisahkan perbedaan antara historisisme dengan rasionalisme. Berbeda dengan percobaan itu, hal itu bisa memberi dampak adanya sikap kritis terhadap kerangka institusional masyarakat yang ada dan yang sudah mapan. Hal ini juga menuntut pendekatan kritis terhadap data keinginan-keinginan dan intuisi-intuisi. Untuk satu hal, struktur institusional yang buruk dan dapat diganti ikut membentuk keinginan-keinginan dan intuisi-intuisi ini. Untuk hal lain, mereka terganggu oleh ambivalensi yang khas. Mereka berada di antara banyak hasrat atau berbagai pra-konsep yang melindungi tatanan institusional dan yang mengambilnya apa adanya, dengan kerinduan-kerinduan dan fantasi-fantasi yang berusaha menghindari tatanan ini. Pada akhirnya, berbeda dengan kampanye filosofis yang ada untuk memisahkan perbedaan antara rasionalisme dan historisisme, praktek imaginasi institusional ini menunjukkan bagaimana bisa sampai ke kesimpulan-kesimpulan yang relatif lebih kontroversial dan tidak menentu, dengan mulai dari titik berangkat yang relatif kurang kontroversial, yaitu komitmen hukum kontemporer yang sudah ada atau keyakinan-keyakinan kelompok-kelompok pendapat yang besar yang saling bertarung dalam politik.

Kebiasaan rasionalisasi retrospektif -hukum, politik, produksi dan sejarah; pencarian *simulacrum* tidak-berpihaknya pertimbangan yang spekulatif, yang mengajar kita bagaimana membagi (*deal out*) sumber-daya dan hak-hak dalam struktur yang dibiarkan tidak disanggah; dan disingkirkannya pencarian ini demi dukungan konservatif terhadap progresivisme masa lalu tidak akan membantu kita melintasi rute itu. Disusunnya, dalam imaginasi dan praktek, variasi-variasi institusional pada pelaksanaan dan pembentukan kembali kepentingan-kepentingan dan cita-cita kita adalah suatu bentuk keteraturan yang kita butuhkan. Jika tidak dijiwai oleh harapan untuk melanjutkan hidup dalam sejarah sebagai sejarah alternatif-alternatif praktis dan spiritual yang besar, hal itu akan menjadi keteraturan tanpa kehidupan.

21. KENABIAN DAN KELEMAHAN DALAM PEMIKIRAN HUKUM

21.1. *Pemujaan hukum negara dan pencarian tatanan moral yang terpendam*

Praktek-praktek analisis hukum yang disimak, dikritisi, dan diarahkan kembali dalam buku ini memberi ungkapan-ungkapan mutakhir pada perpaduan antara dua gagasan yang sudah sangat lama. Pihak pertama dalam perpaduan ini ada sebelum munculnya negara. Ini adalah gagasan tatanan moral yang senantiasa ada dalam bentuk kehidupan sosial, sebuah tatanan yang terungkap dalam harapan-harapan dan klaim-klaim timbal-balik, diperbaiki dan direproduksi melalui pembicaraan terus-menerus, dengan merasuki dan melunakkan kenyataan-kenyataan kekuasaan dan kelangkaan, dan dipertahankan oleh gambaran-gambaran yang otoritatif tentang perkumpulan manusia. Gambaran-gambaran itu memberi contoh tentang yang bisa ditiru oleh pergaulan antar manusia dalam setiap wilayah pengalaman sosial. Pihak kedua dalam perpaduan itu telah menjadi sebuah *statolatry*, yaitu pemujaan pada negara, pemujaan pada nalar dan maklumat-maklumatnya.

Dari suatu perpaduan antara keyakinan lama dalam tatanan yang terpendam dengan *statolatry* yang relatif baru muncullah sebuah pertanyaan yang tetap menjadi tema pemikiran hukum yang mempersatukan sejak negara-negara muncul. Para ahli hukum mulai memberi alasan-alasan pada undang-undang pemerintah, yaitu keyakinan bahwa skema kehidupan manusia yang rasional dan layak dipertahankan, meski dengan tidak utuh dan tidak sempurna, harus mendasari tindakan kekuasaan yang buas dan mengejutkan. Demokrasi mempunyai hubungan dua sisi dengan perpaduan tadi. Jika demokrasi membuat kekuasaan menjadi tampak tidak terlalu menakutkan, ia juga membuat gagasan tentang tatanan yang terpendam dan yang tidak dipilih menjadi lebih menyulitkan. Metode kebijakan dan prinsip dalam analisis hukum yang berkembang dalam masyarakat-masyarakat demokratis dan meluas ke seluruh dunia dari posisi istimewanya di Amerika Serikat, tidaklah lebih daripada sebuah langkah dalam rangkaian historis wacana-wacana. Dalam rangkaian ini setiap gaya wacana yang menjadi pengganti merayakan adanya perpaduan antara kekuasaan pemerintah dengan tatanan yang terpendam dan kemudian mengatur makna yang halus dari perpaduan ini bagi demokrasi.

Sejarah pemikiran hukum sejak sekarang ini telah menjadi begitu padat dengan pembelaan-pembelaan, konsesi-konsesi dan kompromi-kompromi yang dibutuhkan untuk meningkatkan keyakinan akan suatu tindakan bahwa kita dengan mudah bisa melupakan dasar-dasar usaha-usaha itu. Secara khusus, adalah mudah kehilangan pandangan terhadap potensi yang berkelanjutan dari gagasan lama tatanan moral imanen yang diambil oleh para ahli tentang hukum-yang-dibuat-negara (*state-made law*) dari para ahli hukum adat. Ketika ungkapan-ungkapan gagasan itu mulai melemah dalam kehidupan sosial yang dirutinkan, para pengacara dan para imam menemukan akar-akar baru untuk hal itu dalam hukum-hukum suci dari tradisi-tradisi agama besar.

Daya tarik konsep tatanan imanen sampai saat ini tetap menjadi lebih jelas daripada yang ada sekarang ini. Orang muda yang telah dilatih dalam doktrin hukum di pinggiran dunia Barat pada paruh kedua abad kedua-puluh masih bisa mengalami daya tarik ini tanpa banyak berkurang, dalam bentuk proyek panjang yang beku dari ilmu hukum abad kesembilan-belas, yang dilatihkan terus-menerus di tempat-tempat yang jauh itu. Ia bisa mempelajari hukum Romawi melalui kacamata orang-orang Romawi yang tidak historis, dengan membaca Savigny seolah seorang birokrat Jerman dan para penasihat hukum Romawi juga hampir menjadi sama-sama penemu kontemporer tatanan moral yang sama. Ia bisa digairahkan oleh perasaan untuk ikut serta dalam bentuk kesadaran yang tampaknya kuno dan tidak bisa dihindarkan, dengan mendahului ilmu-ilmu sosial, dengan melahirkan ilmu-ilmu sosial itu dan meskipun begitu juga dengan mempertunjukkan misi yang tidak bisa dipenuhi karena ketidak-berdayaannya. Dengan mengidentifikasi diri dengan para ahli hukum kuno yang memegang posisi kunci, ia bisa melihat dalam kerja mereka usaha melarikan diri yang terhenti dari kebetulan-kebetulan, kejanggalan-kejanggalan, dan kekejian-kekejian sejarah. Kita bisa menertawakannya sekarang,

tetapi kita tidak bisa begitu saja menyingkirkan kecemasan-kecemasan kita dari simpati-simpatinya.

Perpaduan antara pencarian tatanan moral yang terpendam dengan pemujaan pada negara dan hukumnya mempunyai aspek progresif. Hal ini tampak dalam dampak goyahnya keyakinan akan sistem kehidupan sosial yang alamiah dan pra-politis. Sebagai pihak yang menentukan bagi suatu transformasi, negara mengaitkan perubahan sosial dengan kehendak sosial. Namun demikian, biaya 'panggilan' pada negara ini tinggi, bahkan terus meningkat. Kita hanya mengenal sebagian saja dari biaya pietisme tentang kekuasaan.

Kita bisa berharap untuk menyingkirkan beberapa paksaan dan kekerasan dari hukum yang dipaksakan oleh negara, dengan cara menundukkannya pada tertibnya pertanggung-jawaban demokratis, dan dengan menarik hak-hak yang menentukan dan melindungi sarana-sarana untuk penentuan-diri individual dan kolektif itu dari agenda politik jangka-pendek. Hanya saja, beberapa hal dari teror pemaksaan dan kekerasan itu senantiasa tetap ada dalam hukum negara. Pencarian tatanan moral yang imanen sepertinya justru menyembunyikan mereka, meski di lain pihak juga meningkatkannya. Namun demikian, buku ini telah menekankan sisi yang berbeda dari harga pencarian kita akan tatanan imanen dalam hukum pemerintah, yaitu dikebalkannya institusi-institusi dasar masyarakat yang ditentukan dalam hukum dari kritik, sanggahan, dan peninjauan kembali. Dengan mengambil bentuk-bentuk pemikiran, pembicaraan dan praktek – seperti misalnya analisis hukum yang merasionalisasikan- yang ikut berperan dalam upaya pengebalan ini, kita membuat kepentingan-kepentingan kita tak punya makna, mengkhianati cita-cita kita, dan menyusutkan harapan-harapan kita.

21.2. Eksperimentalisme demokratis dipertentangkan dengan tatanan moral yang terpendam

Untuk menghindari dibayarnya harga tadi, cukuplah mengurangi kegairahan pemujaan kita pada negara dengan melepaskan hubungan antara pemujaan pada negara dan hukumnya dengan pencarian tatanan moral yang terpendam. Kita harus bergerak lebih jauh dan menjauhkan diri dari sisa-sisa gagasan tatanan terpendam itu sendiri. Di tempatnya itu kita harus meletakkan visi kekuatan-kekuatan konstruktif yang besar yang seharusnya dipegang oleh analisis hukum sebagai imajinasi institusional.

Salah satu kekuatan itu adalah eksperimentalisme praktis yang dilakukan untuk meningkatkan kekuatan-kekuatan kita, yaitu yang ada pada insight terhadap keadaan-keadaan kita, dan yang dimiliki oleh pembebasan dari kebosanan, kelemahan, dan ketidak-amanan. Di jantung kemajuan praktis terletak suatu hubungan antara kerja-sama dan inovasi. Supaya bisa maju dalam setiap bagian kehidupan praktis kita harus membuat inovasi dan kita harus bekerja-sama. Inovasi menuntut dan sekaligus mengancam kerja-sama. Inovasi mengancam kerja-sama dengan membahayakan kesetiaan-kesetiaan, ketimbal-balikan, dan harapan-harapan yang stabil yang menjadi titik berakarnya hubungan manusiawi yang nyata dan asal-usul diperkirakannya gagasan tentang tatanan moral yang imanen oleh kaum tradisionalis. Karena itu, salah satu tugas yang bisa melawannya di dalam gambar rancangan-rancangan yang kondusif bagi kemajuan praktis adalah membayangkan dan membentuk rancangan-rancangan bagi kerja-sama, dalam ukuran kecil maupun besar, yang sesedikit mungkin mencegah inovasi yang tetap.

Kekuatan konstruktif besar yang lain adalah tuntutan akan kebebasan dan penentuan-diri personal. Tuntutan ini lebih besar daripada kebutuhan akan penjagaan terhadap penindasan pemerintah. Hal ini adalah upaya mencari penyelesaian –yaitu penyelesaian yang lebih baik, bukan penyelesaian-penyelesaian yang sempurna atau definitif- terhadap dua masalah yang saling bersilang. Kita membutuhkan orang lain dan juga perlu dilindungi dari mereka. Kita harus mampu berperan-serta dengan sepenuh hati dalam masyarakat-masyarakat dan kebudayaan-kebudayaan khusus, khususnya bentuk-bentuk pengalaman dan kesadaran, meskipun kita tidak dapat menundukkan kekuasaan hasrat atau insight kita pada setiap versi

kemanusiaan ini atau pada setiap persekutuannya. Terlebih, kita harus hidup dengan cara mengakui kebenaran yang ada lebih banyak dalam diri kita, secara individual sebagai pribadi atau secara kolektif sebagai umat manusia, daripada dalam dunia-dunia institusional dan diskursif yang kita buat dan kita tempati; bahwa mereka itu terbatas dan kita, dengan tetap mengormati mereka, tidaklah terbatas. Ketika kita membebaskan diri dari struktur pemisahan dan hirarki sosial yang telah mengakar, kita mengurangi tingkat ketergantungan dan depersonalisasi dalam kehidupan kelompok dan mulai menyembuhkan konflik-konflik yang melukai antar kondisi-kondisi penentuan-diri.

Tatkala kita mengurangi jarak antara penerimaan yang dirutinkan terhadap kerangka institusional atau imajinatif bagi tindakan manusiawi dengan pembuatan kembali kerangka itu secara khusus, kita memperluas prospek-prospek terhadap kesuka-relaan. Kita membuat ikatan yang dilakukan dengan sepenuh-hati menjadi mungkin dengan lebih sedikit kelemahan dan ilusi, yang dilakukan dengan cara mengubah hubungan antara kebiasaan yang menghormati struktur dengan transformasi atau transendensi yang menentang struktur. Untuk alasan-alasan ini demokrasi memperhitungkan kebebasan yang ditafsirkan dalam pengertian terbesarnya sebagai kepenuhan suatu makhluk. Ia memberikan sebagian jawaban terhadap sumber kesedihan manusia yang besar dan tersembunyi, yaitu ketidak-seimbangan antara intensitas hasrat-hasrat kita dengan tidak pantasnya obyek-obyek yang biasanya mereka hindari. Kita sendiri adalah satu-satunya obyek yang pantas dari hasrat-hasrat kita, tetapi bukanlah diri kita sekarang ini, melainkan kita yang akan kita bentuk, kita sebagai jiwa asli yang akan mampu saling memberi diri dengan lebih utuh karena kita tidak lagi menjadi makhluk ciptaan yang tidak beruntung dari nasib yang dipaksakan oleh kelas sosial dan budaya. Menghubungkan kondisi-kondisi untuk perkembangan kebebasan ini dengan tuntutan-tuntutan kemajuan praktis melalui eksperimentalisme praktis adalah janji demokrasi yang sesungguhnya.

Tuntutan esensial untuk bersatunya kekuatan-kekuatan spiritual dan material untuk bekerja dengan lebih cepat dan lebih kuat adalah bahwa kita rela melakukan upaya kecil-kecilan, demi kepentingan mereka –dengan praktek-praktek dan institusi-institusi kita, dengan pemahaman-pemahaman akan cita-cita dan kepentingan-kepentingan kita, dan dengan masing-masing itu dalam hubungannya dengan yang lain. Dalam analisis hukum dan ekonomi politik –yaitu dua bidang ilmu kembar imajinasi institusional- kita harus mengembangkan pembicaraan tentang upaya kecil-kecilan itu, sampai, dengan berbicara dan berpikir sebagai orang yang termotivasi untuk melakukan upaya kecil-kecilan, kita secara bertahap berubah menjadi kaum realis dan nabi.

21.3. Sebuah perumpamaan: orang-orang Yahudi dan hukumnya

Tidak satupun agama yang sangat mengutamakan hukum dalam sistem kepercayaannya selain agama Yahudi. Inilah secuil kisah tentang agama orang-orang Yahudi dan masa depannya yang mungkin. Dalam isi dan implikasinya, agama ini telah bergerak jauh dari yang mula-mula ada, yang sia-sia saja dipertahankan. Terlebih, ia telah melanggar tabu –sesuatu yang tidak bisa ditoleransi bagi siapa pun yang memandang agama dengan serius- berhadapan dengan kritik terhadap agama. Perumpamaan ini memberi pelajaran tentang agama hukum dalam masyarakat demokratis.

Seperti halnya Kristianitas dan Islam, agama Yahudi adalah agama historis. Ia memperlakukan sejarah sebagai sebuah adegan tindakan yang menentukan, tempat bertemunya kehendak ilahi dengan tindakan manusiawi, bukan sebagai sebuah latar-belakang sampingan terhadap kenyataan spiritual. Ia mencatat kenyataan dunia dan individualitas orang dengan seksama, bukannya menyingkirkannya sebagai ilusi-ilusi yang menyembunyikan kenyataan yang sesungguhnya. Ia mengungkapkan hubungan antara Tuhan dengan umat manusia dalam model hubungan antara manusia. Perwahyuan Tuhan dalam sejarah serupa dengan suatu pengungkapan yang bersifat misterius, yang berarti senantiasa hanya sebagian saja, dari

seseorang ke orang lain. Kisah-kisah agama berisi kebenaran yang memperdalam kebenaran-kebenaran yang sebelumnya dilukiskan dalam kisah-kisah yang kita ceritakan tentang diri kita. Yang personal diperhitungkan lebih daripada yang tidak personal.

Di jantung agama Yahudi ada monoteisme, yang diwahyukan dalam sejarah manusia melalui pergulatan antara penyembahan berhala dengan para penentangannya (*iconoclasm*). Tuhan memilih orang-orang Yahudi dengan alasan yang tidak bisa dipahami siapapun, tetapi keistimewaan karena pilihan ini lebih terjadi karena memang direncanakan daripada karena ada pesan tertentu. Ketika Tuhan mula-mula membuat perjanjian dengan orang-orang Yahudi melalui Abraham (Kitab Kejadian bab 15 dan 17) Ia tidak berkata apa-apa tentang ketaatan pada hukum. (Tuhan membuat perjanjian yang lebih awal melalui Nabi Nuh dalam Kitab Kejadian bab 7 –dimana Dia membuat pelangi sebagai tandanya- dengan seluruh umat manusia, bukan hanya dengan orang-orang Yahudi saja.) Ia hanya berkata kepada Abraham untuk berjalan di hadapanNya dan menjadi sempurna. Ia memerintahkan orang-orang Yahudi untuk menyunat anak-anak lelaki mereka, anak-anak lelaki orang asing yang mereka beli, sebagai tanda perjanjian. Ia menandai mereka sebelum memberi aturan-aturan. Tatkala Tuhan menguji Abraham dengan menyuruh dia mengorbankan Ishak, Ia membuktikan iman Abraham –katakanlah, kepercayaannya- dan karena itu juga harapannya, tetapi Dia tidak memberi hukum; ia memberi perintah yang kemudian dicabut pada saat pelaksanaannya. Perintah Tuhan begitu membingungkan sehingga Abraham tidak pernah mengatakannya kepada anak lelakinya tentang yang akan dikorbankannya. Abraham lebih memilih, seperti ditunjukkan oleh Kierkegaard, bahwa dialah yang akan dibenci Ishak, daripada Tuhan yang akan dibenci anaknya itu. Kemudian, di Sinai, Tuhan memberi aturan-aturan. Disinilah dimulainya ketertarikan yang besar pada hukum. Meski begitu, sumber awal energi religius terletak dalam perjumpaan yang tidak menghasilkan hukum, dalam perjanjian yang harus diuji lagi dan lagi dalam terang pergulatan antara penyembahan berhala dengan para penentangannya, dalam pergulatan antara penyembahan berhala dan para penentangannya yang harus terus di perjuangkan dalam terang perjanjian.

Sesudah dirusaknya Bait Allah yang kedua, orang-orang Yahudi membuang unsur pengorbanan kultis dalam agama mereka. Mereka memperluas dasar bagi uraian para rabi terhadap *halakhah* –yaitu campuran ajaran kitab suci dengan penafsiran para rabi dan aturan-aturan etis berdasar kasus-kasus nyata- yang menjadi ajaran utama agama Yahudi sampai sekarang.

Perkembangan agama Yahudi menurut para rabi ini, yang ditata di sekitar studi dan praktek hukum, menampakkan kemajuan besar dalam sejarah agama. Hal ini berarti telah dijauhkannya otoritas religius dari sekelompok imam dan pengganti nabi-nabi. Sebagai gantinya, otoritas itu diberikan kepada berbagai komunitas wacana dan para pemimpinnya yang hubungannya tidak terlalu ketat. Dalam melaksanakan komitmen untuk membentuk kembali detil kehidupan sosial yang lumrah, ia menawarkan kepada laki-laki dan perempuan suatu praktek dan pembicaraan yang dipakai untuk menghubungkan, dan tetap menghubungkan, yang kudus dan yang sekular, pengalaman sehari-hari yang menyucikan dengan orang biasa. Ia mulai mengajar orang, sebagai individu dan sebagai komunitas, bagaimana memperdamai usaha membangun diri dan sekaligus melupakan diri sendiri. Meski demikian, seperti tiap bentuk pembebasan spiritual dan sosial, ada bahaya juga di dalamnya.

Bahaya itu ada dalam hubungan yang ambigu antara *halakhah* dan perjanjian dengan Tuhan, dan dengan pergulatan yang tak pernah tuntas antara penyembahan berhala dengan para penentangannya. Pemujaan hukum bisa mewujudkan perjanjian, tetapi bisa juga menutupinya. Ia bisa mempercepat persetujuan antara penyembahan berhala dengan para penentangannya, atau bisa juga membekukannya. Ia bisa menyembunyikan perjanjian dan membekukan pertarungan itu dengan menempatkan tata-kekuasaan aturan-aturan –yang menuntut tetapi toh memuatnya- di tempat pengalaman personal yang tak termuat, yaitu analogi yang dihidupi antara tuntutan-tuntutan yang tak terpuaskan dari satu orang ke orang lain, dan tuntutan-tuntutan timbal-balik yang tak terpuaskan antara Tuhan dan manusia. Dua hal yang tak terpuaskan ini hanya mendapatkan tanggapannya dalam penerimaan timbal-balik, dan juga dalam penerimaan kelemahan kita, dengan tidak memperhitungkan adanya penerimaan oleh

orang lain. Aturan-aturan dan upacara-upacara keagamaan bisa menolong untuk membuat wadah yang bisa menjadi tempat bagi kita untuk menghidupi cita-cita kita, tanpa perlu terganggu oleh ketakutan dan ketidak-adilan dan juga dengan adanya jaminan yang lebih besar atas kejelasan maksud dan ungkapannya. Namun begitu, orang bisa mulai percaya bahwa hanya jika mereka mengikuti aturan seutuhnya, mereka akan selamat secara spiritual dan juga secara sosial. Mereka bisa menyesuaikan hukum dalam kemampuannya menanggapi orang dan Tuhan, dengan menganggap Tuhan dan juga orang ada di belakang layar praktek yang biasa. Jadi, ketaatan ritual pada hukum bisa dengan sendirinya menjadi bentuk pemujaan berhala, yang mencegah Yakub bergulat langsung dengan Tuhan. Segera bahkan untuk kaum ortodoks, atau secara khusus untuk kaum ortodoks, masalah penentang penyembahan berhala dan penyembahan berhala itu bisa tampak sebagai siksaan terhadap masa lalu.

Selama masa panjang mala-petaka dan pengumpulan kembali dari diaspora sampai ke masa hampir dimusnahkannya orang-orang Yahudi Eropa oleh orang-orang Jerman, orang-orang Yahudi mempunyai alasan untuk berbakti sepenuh hati pada *halakhah*. Hukum yang suci tetap menjadi rantai ingatan dan identitas, yang mempersatukan orang-orang Yahudi yang satu dengan yang lain dan dengan sejarah mereka dan berarti juga, melalui perjanjian, dengan Tuhan. Dalam agama ortodoks para rabi, komentar-komentar dan pembicaraan yang kaya memperkembangkan ajaran-ajaran bagi setiap bidang kehidupan sosial, dengan memberikan konsep-konsep pada analogi-analogi (sambil menghindari peningkatan konseptual yang ringan) dan dengan menemukan alasan-alasan yang tampak sebagai kebetulan-kebetulan belaka. Di luar agama ortodoks, dalam iklim pencerahan Eropa dan rangkaiannya, para pembaharu dan pengritik membuat penafsiran yang luas (*latitudinarian*) atas hukum supaya bisa mengungkapkan inti yang rasional dan etis dalam bungkus aturan dan ritus. Seperti orang-orang Farisi mengambil posisi terhadap orang-orang Saduki, demikian juga orang-orang humanis yang membongkar mitos agama mengambil posisi terhadap aparat ortodoksi di kemudian hari. Jadi, dua upaya yang berbeda mulai. Yang pertama mengarah ke dalam, ke arah penyesuaian hukum seperti yang diuraikan oleh praktek para rabi. Yang lain mengarah keluar, ke arah penerjemahan bahasa *halakhah* dalam bahasa moral yang berkaitan dengan keprihatinan umat manusia modern. Masing-masing usaha ini menjauhkan diri, dengan caranya masing-masing, dari sumber awal energi religius. Pada awalnya baik agama Yahudi yang telah diperbaharui maupun Zionisme berjanji untuk tetap dekat dengan sumbernya, bahkan dengan resiko tidak dianggap sucinya hukum seketika itu juga. Hanya saja, kemudian masing-masing kembali ke jalan yang lebih mudah ke arah penafsiran hukum yang bebas, demi perjumpaannya dengan humanisme sekular.

Namun demikian, sekarang ada harapan bahwa jaman bencana dalam sejarah Yahudi mungkin makin dekat. Karena itu Tuhan mungkin segera memperlunak dasar bagi sentralitas *halakhah*. Tugas yang harus dikerjakan, seperti yang dikatakan oleh Yesus dari Nasareth dan "orang-orang Yahudi pinggiran" lain dari waktu ke waktu, bukanlah untuk menghancurkan hukum melainkan untuk memenuhinya -yaitu hukum Sinai dan para nabi, bukannya hukum para *midrash* dan para rabi. Memenuhi hukum adalah menempatkan cinta Tuhan dan cinta manusia di tengah; yang berarti membuka diri terhadap semua bentuk insight kenabian ke dalam transendensi pribadi, yang diciptakan dalam gambaran Tuhan, dalam lingkungan yang terbatas, dan juga dalam kondisi perdamaian di antara manusia. Kita tidak tahu siapa para nabi ini sekarang ataupun bahasa yang akan mereka pakai sekarang. Kemudian lagi, kita tidak pernah tahu sebelum kejadiannya. Para filsuf Yahudi kontemporer telah berbicara cukup banyak. Meski begitu, bahkan mereka pun enggan menarik implikasi ajaran personalis mereka yang menjadi gangguan bagi pemujaan terhadap hukum. Terhadap keberatan bahwa mengikuti implikasi-implikasi ini akan berarti membuat agama yang berbeda, jawabannya adalah bahwa dialektik yang terus-menerus antara penyembahan berhala dan para penentangannya dalam terang perjanjian *adalah* agama itu jika yang lain tidak berubah. Dalam agama historis, ketika sejarah akan berakhir, kenabian dan ingatan berubah bersama ke arah penerimaan sepenuh hati terhadap keadaan sekarang ini, dan iman memberi jalan ke penglihatan.

De nobis fabula narratur (sebuah kisah dituturkan bagi kita). Kita semua ada di tempat orang-orang Yahudi dalam kisah seperti ini tadi. Perpaduan antara pemujaan pada negara dengan kepercayaan pada tatanan moral yang terpendam telah mengubah pemahaman kita akan hukum lebih ke dalam perisai untuk menghadapi kekuatan-kekuatan ekperimentalisme praktis dan kebebasan personal yang subversif, transformatif dan membebaskan daripada ke dalam sebuah sarana untuk perkembangannya dalam kehidupan sosial yang terlembagakan. Meski begitu, kita dapat menanggalkan perisai itu, dan membuatnya menjadi sesuatu yang lain. Jaman kesulitan kita tidak akan pernah berakhir. Namun, perdamaian yang panjang dan sebagian pelan-pelan sedang menghancurkan berbagai dalih kita untuk pemberhalaan institusi-institusi kita dan untuk perwujudan mereka yang bisa menyesatkan dalam pemikiran hukum dan ekonomi politik. Meskipun jalan-jalan imajinatif dan institusional yang menjadi lintasan berkembangnya kekuatan-kekuatan konstruktif selalu dapat dilawan dan berbeda, mereka, seperti ditunjukkan dalam diskusi-diskusi awal tentang masa depan demokrasi alternatif, juga bersifat khusus. Kekhususan mereka, dan hubungan mereka di belakang dengan keadaan kita sekarang ini melalui langkah-langkah transisi yang tak terhitung, memungkinkan kita membayangkan mereka sebagai hukum dan melaksanakannya sebagai politik.

21.4. *Kaum realis dan kaum visioner*

Para ahli hukum telah menggambarkan hukum sebagai nalar yang diwujudkan dalam tindakan dan mimpi-mimpi kekuasaan seperti halnya para ekonom memandang ekonomi pasar yang aktual dan hukumnya sebagai perkiraan sebuah sistem rasionalitas dan ketimbang-balikan yang murni. Mereka telah bernyanyi bagi makan malam mereka dengan bernyanyi dalam ikatan mereka. Hanya saja, harapan dan insight baru bisa berhasil ketika pemujaan terhadap sejarah dan kemarahan telah gagal, dan menarik para ahli hukum dan para ekonom ke dalam upaya memberi mata dan sayap pada imajinasi institusional.

Kepentingan-kepentingan dan cita-cita kita dipaku pada salib rancangan-rancangan kita. Kita tidak dapat melaksanakan kepentingan-kepentingan dan cita-cita kita dengan lebih utuh, atau juga tidak bisa menentukannya lagi dengan lebih dalam, sampai kita bisa belajar membuat kembali dan membayangkan lagi rancangan-rancangan kita dengan lebih bebas. Sejarah tidak akan memberi kita kebebasan ini. Kita harus memenangkannya dalam kekinian dan ke-disini-an detil hukum, pembatasan ekonomi dan dimatikannya pra-konsep. Kita tidak akan memenangkannya jika kita masih saja mengikuti ilmu tentang masyarakat yang mengurangi kemungkinan-kemungkinan untuk menjadi yang aktual dan membatasi wacana tentang hukum yang melegitimasi kekuasaan dengan kesalehan. Adalah benar bahwa kita tidak bisa menjadi visioner sampai kita menjadi realis. Benar juga bahwa untuk menjadi realis kita harus membuat diri kita menjadi visioner.



Sekilas Tentang HuMa

Perkumpulan Untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis yang disingkat HuMa, adalah sebuah lembaga berbentuk “Perkumpulan Terbatas” yang memperjuangkan nilai-nilai dasar penghormatan hak-hak asasi manusia, keadilan, keberagaman budaya dan kelestarian ekosistem di nusantara yang disepakati berdiri pada bulan Pebruari 2001 dan disahkan bulan Oktober 2001,

Pembentukan HuMa merupakan inisiatif dari dan hasil proses refleksi bersama antar beberapa penggiat dari berbagai wilayah dan nasional. Proses-proses tersebut melibatkan oronop yang bergerak dalam kegiatan-kegiatan pengembangan sumber daya hukum rakyat khususnya yang berkaitan dengan issue tanah dan sumber daya alam lainnya, serta akademisi yang progresif diyakini akan mampu membangun sinergi yang dapat berperan secara strategis dalam proses pembaharuan hukum di Indonesia

Visi

HuMa bertujuan (visi) mewujudkan sistem hukum yang berbasis masyarakat yang didasari oleh nilai-nilai Hak Asasi Manusia (HAM), keadilan, keberagaman budaya dan kelestarian ekosistem di Nusantara.

Misi

- Terlaksananya Pembaharuan Hukum Tanah dan Sumberdaya Alam lainnya berbasis masyarakat dan ekologis;
- Berkembangnya filosofi, teori dan metodologi penelitian hukum alternatif (kritis – partisipatif);
- Berkembangnya sistem dan media informasi sumber daya hukum rakyat untuk mendukung pembaharuan hukum dan sumber daya alam lainnya;
- Berkembangnya organisasi yang mampu memfasilitasi pengembangan kapasitas dari konstituen dan mendorong sinergi antar berbagai komponen dengan memiliki akuntabilitas baik secara sosial maupun finansial.

Strategi Pelaksanaan Program

HuMa dikembangkan dengan semangat untuk dapat terus mengembangkan kegiatan-kegiatan yang bersifat untuk meningkatkan sinergi kegiatan yang sudah dikembangkan oleh para mitranya. Rumusan-rumusan tujuan, sasaran dan kegiatan yang dikembangkan

HuMa disusun bersama sebagian anggota dan beberapa perwakilan lembaga mitra di daerah. Mitra-mitra lokal di wilayah bukan merupakan cabang dari HuMa, sehingga tidak memiliki hubungan struktural organisatoris dengan HuMa. Mitra-mitra lokal (yang mayoritas melakukan kerja-kerja pendampingan di masyarakat) akan menjadi sumber (informasi dan kekuatan) untuk melakukan pembaharuan hukum di tingkat nasional. Sedangkan HuMa akan memprioritaskan pada beberapa kegiatan yang sifatnya pengembangan kapasitas, pengembangan wacana baru, intervensi kebijakan dan hukum di tingkat nasional.

Kendati telah menetapkan daerah atau regio prioritas, HuMA tetap membuka diri untuk bekerjasama dengan lembaga-lembaga lokal lainnya sepanjang memiliki visi dan misi yang sama dengan HuMa.

Struktur Organisasi

Struktur organisasi HuMa terdiri dari Rapat Umum Anggota, Badan Pengurus dan Badan Pelaksana. Rapat Umum Anggota merupakan pemegang kedaulatan tertinggi dalam HuMa

Anggota HuMa yang saat ini telah terdaftar dan aktif adalah Soetandyo Wignjosoebroto, Myrna A. Safitri, Julia Kalmirah, T.O. Ihromi, Ronald Z. Titahelu, Sandra Moniaga, Ifdhal Kasim, Andik Hardiyanto, Martje L. Palijama, Rikardo Simarmata, Marina Rona, Priyana, Stepanus Masiun, Matulandi P.L. Supit, Noer Fauzi, Hedar Laudjeng, Edison R. Giay, Concordius Kanyan.

Struktur Kepengurusan

Badan Pengurus (Periode Juli 2001 – Juni 2003):

Ketua. Prof. Soetandyo Wignjosoebroto M.P.A; Sekretaris I. Myrna A. Safitri, S.H. M.H.; Sekretaris II. Concordius Kanyan S.H.; Bendahara. Julia Kalmirah S.H.

Badan Pelaksana:

Direktur Eksekutif. Sandra Moniaga; Koord. Pengembangan Program. Rikardo Simarmata; Koord. Pengembangan Informasi. Didin Suryadin; Koord. Pengembangan Kelembagaan. Susi Fauziah

Sumberdaya

Seluruh kegiatan HuMa dapat dikembangkan karena adanya dukungan dana dan tenaga dari beberapa donatur dan relawan (baik anggota maupun non anggota) serta kerjasama yang intensip dengan lembaga-lembaga mitra. Berdasarkan Anggaran Dasar, sumber keuangan HuMa diperoleh dari:

1. Iuran dan sumbangan anggota yang besarnya ditentukan oleh Rapat Umum Anggota;
2. Sumber-sumber lain yang sah dan tidak bertentangan dengan visi dan misi HuMa.

Pengembangan Jaringan

Sejak HuMa didirikan telah disepakati, bahwa 'pengembangan jaringan' merupakan metode kerja yang harus mewarnai setiap pelaksanaan kegiatan. Disamping dalam pelaksanaan kegiatan, personil-personil (staff dan anggota) HuMa juga aktif dalam pelbagai jaringan kerja.

Publikasi

- Seri Kajian Hukum
- Seri Pengembangan Wacana
- Seri Cerita Bergambar "Hukum dan Masyarakat"
- Manual Pelatihan
- CD-Rom Himpunan Produk Hukum Daerah dan Aturan Lokal
- Buku-buku Referensi

**Untuk Informasi:
Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum
Berbasis Masyarakat dan Ekologis
(HuMa)**

Jln. Jati Mulya IV No. 21, Jati Padang Pasar Minggu, Jakarta 12540
Tlp. +62 (21) 78845871, Fax. +62 (21) 7806094
Email. huma@huma.or.id, huma@cbn.net.id
Website. <http://www.huma.or.id>

