

Philippe Nonet & Philip Selznick

HUKUM RESPONSIF

Pilihan di Masa Transisi

Pengantar
Satjipto Rahardjo

HUKUM RESPONSIF

Philippe Nonet & Philip Selznick

Satjipto Rahardjo

".... Tulisan Nonet dan Selznick ini mengakhiri suatu cara berpikir tertentu yang bersifat linier dan matematis. Yang dimaksud adalah meletakkan perkembangan dan pembangunan hukum secara linier, yang dikemas dalam bentuk "Teori Modernisasi". Teori tersebut berjaya pada tahun 60-an, tetapi mulai surut sejak tahun 70-an. Teori modernisasi secara sederhana mengatakan, bahwa negara-negara berkembang akan mencapai suatu tingkat perkembangan hukum yang dinikmati oleh negara-negara maju/modern, asal mau mengikuti jalan yang telah ditempuh oleh negara-negara maju tersebut. Apabila negara berkembang mampu menghilangkan hambatan-hambatan ke arah modernisasi, maka dijamin akan menjadi negara maju. Jaminan tersebut lebih banyak tidak terbukti dan mulailah teori tersebut ditinggalkan ..."

HuMa

Ford Foundation

HUKUM RESPONSIF

Pilihan di Masa Transisi



Ford Foundation

Judul Asli

Law & Society in Transition: Toward Responsive Law

Philippe Nonet & Philip Selznick

Edisi Asli

© 1978

Pengantar

Satjipto Rahardjo

Penerjemah

Rafael Edy Bosco

Editor

Bivitri Susanti

Desain Sampul

Tim HuMa & SMK Grafika Desa Putera

Tata Letak

Tim HuMa & SMK Grafika Desa Putera

Cetakan Pertama, Desember 2003

Penerbit

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

Jln. Jati Mulya IV No. 21, Jati Padang - Pasar Minggu,

Jakarta 12540 - Indonesia

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

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

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

ISBN 979-97453-2-2

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 PENERBIT

Buku yang tengah Anda baca ini adalah terjemahan sebuah buku berbahasa Inggris, yang di Indonesia mendapat apresiasi yang terbilang luas. Penghargaan itu, terutama datang dari teoritisasi hukum yang mengembangkan pendekatan-pendekatan sosial terhadap hukum. Di Indonesia, buku aslinya bukan hanya dijadikan referensi tapi juga mengilhami lahirnya sejumlah teori atau konsep baru yang akhirnya menyumbang bagi pengembangan pemikiran hukum. Hampir semua karya tulis yang menggunakan pendekatan non-positivistik untuk memahami dan menjelaskan hukum, menjadikan buku ini sebagai salah satu rujukan. Ilmuwan politik dan sosiolog yang menjadikan hukum sebagai obyek kajian, juga jarang sekali meluputkan buku ini.

Buku aslinya sendiri telah diterbitkan sebanyak dua kali. Terbitan pertama muncul pada tahun 1978. Bertindak sebagai penerbit pada saat itu adalah Harper Torch Books. Setelah berumur sekian lama, terbitan kedua baru muncul kemudian pada tahun 2001. Terbitan kedua tidak berbeda jauh dari terbitan pertama. Penulisnya sendiri, Philippe Nonet dan Philip Selznick, tidak melakukan penambahan apapun pada terbitan kedua. Satu-satunya yang bertambah adalah Pengantar yang dituliskan oleh penerbit baru yakni Transaction Publishers. Jadi, sebagai penerbit edisi kedua, Transaction Publishers hanya punya *copy rights* terhadap bagian Pengantar Edisi Transaction (*Introduction to the Transaction Edition*). Sedangkan *copy rights* terhadap bagian-bagian lain tidak lagi dipunyai oleh siapapun sejak usia *copy rights* Harper Torch Books untuk terbitan pertama telah berakhir.

Untuk proses perolehan izin penerjemahan, kami telah menghubungi Philippe Nonet dan Philip Selznick. Kedua penulis mengungkapkan rasa senangnya bila buku aslinya diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia. Selanjutnya kami menghubungi Transaction Publishers untuk meminta izin penerjemahan. Mereka sama sekali tidak berkeberatan dengan rencana tersebut asalkan kami sanggup membayar royalty sebesar US\$ 2.500. Tentu saja kami merasa tidak sanggup memikul kewajiban itu. Sekalipun sudah mencoba menjelaskan bahwa lembaga kami hanyalah sebuah institusi nirlaba, Transaction Publishers tetap pada pendiriannya.

Atas usul Nonet dan Selznick, kami kemudian memutuskan untuk menerjemahkan terbitan atau edisi pertama. Secara hukum ini tidak melanggar karena copy rights Transaction Publisher hanya pada bagian Pengantar Edisi Transaction, tidak untuk bagian-bagian lain (Kata Pengantar, Bab I-IV, Epilog, Index). Sementara copy rights Harper Torch Books telah berakhir karena ketentuan batasan waktu. Jadi, buku yang tengah Anda baca ini adalah terjemahan dari terbitan atau edisi tahun 1978.

Kami tidak akan menyinggung-nyinggung perihal isi buku ini karena pengenalan terhadapnya telah dilakukan dengan baik oleh Pak Satjipto Rahardjo. Beliau sangat otoritatif untuk memberikan pengantar pada buku ini. Secara kebetulan, Pak Tjip (panggilan akrab Satjipto Rahardjo), pada tahun 1973 mendirikan Pusat Studi Hukum dan Masyarakat di Universitas Diponegoro. Seperti kata penulisnya, buku yang sedang Anda baca ini adalah esai dari serangkaian diskusi yang dilakukan oleh *Center for the Study of Law and Society*. Jadi, salah seorang pendiri Pusat Studi Hukum dan Masyarakat memberikan kata pengantar pada buku hasil pekerjaan Center for the Study of Law and Society. Sangat tepat!

Itu pula yang membuat kami merasa perlu untuk menghaturkan terima kasih yang dalam kepada Pak Tjip karena bersedia menuliskan Kata Pengantar untuk edisi Bahasa Indonesia. Dua nama lain yang juga amat layak untuk dihormati ucapan terima kasih adalah Saudara Rafael Edy Bosco dari Fakultas Hukum UGM dan Saudari Bivitri Susanti dari Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia (PSHK). Pak Rafael mengawali penerjemahan buku aslinya. Sementara Bivitri mengerjakan proses editing. Jumlah waktu yang digunakan untuk penerjemahan dan editing cukup lama. Kegiatan editing-nya saja dilakukan sebanyak dua kali. Cara itu dilakukan untuk memastikan buku ini mudah dicerna oleh para pembaca. Bukan hanya menolong untuk mencerna, pengeditan juga menolong pembaca untuk memahami penjelasan lebih jauh dari buku ini dengan cara menyisipkan sejumlah catatan kaki dari editor.

Tidak lupa kami juga melayangkan ucapan terima kasih kepada pihak-pihak lain yang telah mendonasikan kontribusi dengan caranya masing-masing, untuk mensukseskan penerjemahan dan penerbitan buku ini.

Sebelum mengakhiri kata pengantar ini, perlu kami sampaikan bahwa penerjemahan buku ini adalah ekspresi minat, perhatian dan cita-cita kami untuk terus mengembangkan pemikiran-pemikiran kritis mengenai hukum. Dengan tidak bermaksud untuk menyangkal keberadaan ilmu hukum (*jurisprudence*), buku ini dihadirkan justru untuk memperkaya ilmu hukum, dengan membuatnya peka dengan anasir-anasir sosial. Untuk melakukan

itu, kami bukan hanya menerjemahkan dan menerbitkan literatur-literatur sosial mengenai hukum tapi juga literatur yang masih dalam ranah jurisprudence. Tujuannya, bukan hanya mendorong berkembangnya pemikiran hukum di Indonesia-yang disinyalir telah ketinggalan sepur-tapi juga memberikan kerangka argumentatif yang kuat bagi kegiatan-kegiatan advokasi.

Karena alasan teknis, bagian Index dari buku asli tidak kami terjemahkan. Moga-moga bisa kami susulkan pada edisi kedua.

Akhir kata, kami mempersilahkan sidang pembaca untuk menikmati buku ini. Kritik dan saran sangat kami nantikan.

Jakarta, Desember 2003

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

PENGANTAR

Apakah terjemahan buku tulisan Nonet dan Selznick *“Law and Society in Transition”* untuk Indonesia dewasa ini cukup berarti? Naskah yang diterjemahkan telah berusia 25 tahun, sejak diterbitkan pertama kali tahun 1978. Ada beberapa alasan yang membuat kita menyepakati terjemahan buku kecil tersebut.

Keadaan di Amerika yang menjadi semacam pemicu ditulisnya buku tersebut kurang-lebih dapat kita temukan juga di Indonesia dewasa ini. Di tengah-tengah krisis hukum dan sosial dewasa ini, kita perlu melakukan perenungan mengenai apa yang salah dengan praktek dan pemikiran hukum kita? Menghadapi krisis besar sekarang ini, secara akademis kita tidak bisa langsung ingin melakukan koreksi, perbaikan atau pemulihan begitu saja. Kendatipun kita memang harus melakukan pemulihan, tetapi semua itu perlu dilaksanakan berdasarkan pemahaman terhadap persoalannya secara seksama. Krisis hukum kita tidak bersifat teknis, melainkan sudah mendasar betul. Ia menyangkut dan berkaitan dengan konteks yang lebih luas daripada hukum saja. Kita perlu merenungkannya secara seksama. Untuk itulah terjemahan buku Nonet dan Selznick ini bisa memberi sumbangan yang berharga. Ia memberikan pencerahan serta perspektif kepada kita.

Pada tahun 70-an hukum Amerika mengalami krisis. Bahkan sebenarnya sampai hari ini masih berlangsung karena dan belum bisa diatasi secara memuaskan. Krisis tersebut dirasakan mulai dari kalangan akademi sampai ke praktek. Dua dunia tersebut boleh diwakili oleh artikel David M. Trubek di tahun 70-an yang mengajukan pertanyaan *“is law dead?”* (dalam *“Toward A Social Theory of Law: An essay on the study of law and development”*, 1972). Di ujung yang lain, advokat senior Gerry Spence menulis buku *“With Justice for None”* (1989). Buku tersebut memberikan kritik yang menarik terhadap praktek hukum di Amerika yang dinilainya kelam. Bahkan sampai menjelang akhir abad ke-duapuluhpun publik Amerika masih belum bisa mengecam sistem hukumnya yang banyak menunjukkan ketidakadilan (William T. Pizzi, *“Trials Without Truth – Why our system of criminal trial has become an expensive failure and what we need to do to rebuilt it?”*, 1999).

Tulisan Nonet dan Selznick ini mengakhiri suatu cara berpikir tertentu yang bersifat linier dan matematis. Yang dimaksud adalah meletakkan perkembangan dan pembangunan hukum secara linier, yang dikemas dalam bentuk "Teori Modernisasi". Teori tersebut berjaya pada tahun 60-an, tetapi mulai surut sejak tahun 70-an. Teori modernisasi secara sederhana mengatakan, bahwa negara-negara berkembang akan mencapai suatu tingkat perkembangan hukum yang dinikmati oleh negara-negara maju/modern, asal mau mengikuti jalan yang telah ditempuh oleh negara-negara maju tersebut. Apabila negara berkembang mampu menghilangkan hambatan-hambatan ke arah modernisasi, maka dijamin akan menjadi negara maju. Jaminan tersebut lebih banyak tidak terbukti dan mulailah teori tersebut ditinggalkan.

Kelebihan model "*development*" Nonet dan Selznick terletak pada pemahamannya tentang betapa kompleksnya kenyataan hubungan antara hukum dan masyarakat. Oleh Teori Modernisasi, realitas yang kompleks itu telah direduksi menjadi sangat sederhana, sehingga gagal lah teori tersebut membuat ramalan tentang perkembangan hukum dalam masyarakat.

Nonet dan Selznick menyadari benar kenyataan yang rumit dalam hubungan antara hukum dan masyarakatnya. Disitulah letak kekuatan dari "*development model*" mereka. Hal tersebut sekali lagi menambah keyakinan kita, bahwa semakin kokoh suatu teori berpijak pada kenyataan, semakin besar pula kekuatannya. Kendatipun Nonet dan Selznick mengunggulkan tipe hukum yang responsif, tetapi itu tetap dipegangnya dengan reserve. Keberhasilan hukum responsif akan sangat ditentukan oleh tersedianya modal sosial dalam masyarakat bersangkutan. Bahkan apabila yang kita inginkan adalah stabilitas, maka kedua penulis lebih mengunggulkan tipe hukum yang otonom.

Kerapuhan dan kerumitan hubungan antara hukum dan masyarakat sejak akhir abad kedua puluh sudah memasuki suatu wacana baru dengan kehadiran dari Teori Kekacauan (*chaos theory*) serta Teori Kompleksitas. Apabila dalam ilmu fisika saja, darimana teori kekacauan berasal, diterima prinsip-prinsip relativitas dan ketidak-pastian (*uncertainty*), maka tentulah hal ini menjadi lebih besar kemungkinan terjadinya dalam teori sosial mengenai hukum.

Pemikiran kita tentang hukum boleh dibilang masih cukup "kolot" dengan basis pemikiran abad ke-sembilanbelas. Cara berpikir kita mengenai hukum masih kuat bertumpu pada pikiran Cartesian dan Newtonian, yang bersifat linier, matematis dan determinatif. Berkembangnya sosiologi hukum di

negara kita memang telah membawa pencerahan pada pemikiran tentang hukum, tetapi kemajuannya masih kurang memuaskan.

Dalam situasi krisis ini kita lebih memerlukan “keberanian” untuk melakukan pembebasan terhadap cara-cara berpikir kita dalam hukum yang konvensional itu. Pemberantasan KKN, penegakan hukum pada umumnya dan credo supremasi hukum perlu didukung oleh semua pikiran-pikiran pembebasan dari alur berpikir dan menjalankan hukum yang lama. Cara menjalankan hukum yang lama yang sangat setia kepada doktrin liberal, malah lebih banyak menjadi tempat berlindung para koruptor dan penjahat lain. Amerika sendiri waktu mulai membangun negerinya berani melepaskan diri dari konvensi-konvensi yang umumnya diterima oleh komunitas hukum dunia waktu itu. Amerika berani menciptakan konsep-konsep dan cara berpikir baru, kendatipun itu bertentangan dengan konvensi-konvensi yang ada dan memusingkan dunia. Amerika tetap bangga dengan mengatakan, bahwa “*American concept of law*”.

Mudah-mudahan saja penterjemahan buku Nonet dan Selznick ini boleh memberikan ilham dan membangkitkan semangat kita untuk membangun kembali hukum Indonesia untuk kesejahteraan rakyat. Hukum Indonesia adalah untuk kebahagiaan bangsa Indonesia, bukan dibalik. Oleh karena itu kita harus berani melakukan terobosan dan pembebasan.

Semarang, September 2003

Satjipto Rahardjo

PENGANTAR PENULIS

Esai ini lahir dari serangkaian diskusi yang dimulai sekitar sepuluh tahun lalu, pada saat *Center for the Study of Law and Society* (Pusat Kajian Hukum dan Masyarakat), dengan dukungan *the Ford Foundation*, memutuskan untuk mengkaji persoalan-persoalan dalam hukum dan kekuasaan yang terlihat pada saat itu, yang telah menggerogoti landasan dari semua institusi kita. Dilihat dari tangga *Sproul Hall* di kampus Berkeley, garis batas cakrawala secara bergantian ditutupi oleh awan gelap yang mengancam dan diterangi oleh cahaya yang menjanjikan. Di sanalah muncul konsep mengenai komunitas yang responsif, gagasan yang menangkap aspirasi hukum dan sosial pada saat itu dan disodorkan sebagai suatu perbedaan yang tajam terhadap idiom represif “hukum dan ketertiban.”

Waktu telah menempatkan hari-hari luar biasa itu dalam lembaran sejarah, mengikis penilaian dan harapan awal. Namun kami masih sangat berutang budi kepada semua mahasiswa dan kolega yang telah berkontribusi bagi terciptanya suasana yang menggairahkan dan kegiatan yang kadangkala penuh hiruk pikuk, yang menandai Pusat Kajian pada hari-hari tersebut. Terima kasih secara khusus ditujukan kepada Forrest Dill, Caleb Foote, Paul Jacobs, Mortimer R. Kadish, Sanford H. Kadish, David Matza, Sheldon L. Messinger, Peter Miller, C. Michael Otten, Antonie A.G. Peters, Martin Roysner, Jerome H. Skolnick, dan Rodney Stark.

Pada awalnya kami menyajikan garis besar argumen pada suatu seminar sosiologi hukum yang diselenggarakan di Oxford oleh Jean Floud, yang kemudian bekerja di *Nuffield College*, dan oleh Phillip Lewis dari *All Souls College* selama term Trinity tahun 1971. Kami berterima kasih atas tanggapan dan perhatian mereka, serta atas keramahan kolega mereka pada masa itu. Pada tahun 1973 Phillip Selznick memberikan suatu kuliah umum tentang “*Modern Society and Responsive Law*” (Masyarakat Modern dan Hukum Responsif) di University College, London, dan kami ingin berterima kasih kepada Dennis Lloyd dan kolega-koleganya atas penerimaan mereka yang hangat dalam acara tersebut.

Setelah itu pekerjaan ini sengaja dipacu, melewati naskah demi naskah dan berbagai revisi, dan kadang diinterupsi oleh kewajiban dan selingan lain. Naskah awal menyajikan kerangka kerja untuk berbagai kelas Sosiologi Hukum di Berkeley, dan kami berutang budi kepada banyak mahasiswa yang menyatakan minat mereka kepada kerja ini, yang kritik-kritiknya telah mendorong dilakukannya banyak revisi penting. Selama tahun-tahun tersebut Robert Bell, Robert A Kagan, Pamela Utz, Paul van Seters dan Kenneth I. Winston secara sukarela menyediakan waktu, pikiran dan dukungan moral. Versi yang hampir final disajikan oleh Phillip Nonet dalam pertemuan *Association of American Law Schools* (Asosiasi Fakultas-Fakultas Hukum Amerika), Bagian *Jurisprudence*, pada tahun 1976; kami berterima kasih kepada Gray Dorsey, Robert C.L. Moffat, dan Alan Stone atas komentar-komentar mereka dalam kesempatan tersebut. Akhirnya, kami memperoleh manfaat dari dorongan dan kritik dari Abraham Edelman, David L. Kirp, Leo Lowenthal, dan Aaron Wildavsky.

DAFTAR ISI

Pengantar Penerbit	iii
Pengantar	vi
Pengantar Penulis	ix
Daftar Isi	xi
I. Ilmu Hukum dan Ilmu Sosial	1
<i>Teori Hukum Kritis dan Krisis Otoritas</i>	3
<i>Strategi Ilmu Sosial</i>	7
<i>Model Perkembangan (Developmental Model)</i>	15
II. Hukum Represif	23
<i>Represi dan Ekonomi Kekuasaan</i>	27
<i>Perspektif Resmi</i>	32
<i>Aparat Pelaksana Paksaan</i>	34
<i>Hukum Ganda dan Keadilan Kelas</i>	35
<i>Moralitas Hukum dan Hukum Punitif</i>	38
(Hukum yang Sarat dengan Sanksi)	
III. Hukum Otonom	43
<i>Legitimasi dan Otonomi</i>	44
<i>Pemisahan Hukum dan Politik</i>	46
<i>Formalisme Hukum dan Model Peraturan (Models of Rules)</i>	49
<i>Prosedur dan Pengendalian Diri</i>	53
<i>Klaim terhadap Ketaatan</i>	55
<i>Kritik Hukum dan Perkembangan Hukum</i>	57
IV. Hukum Responsif	59
<i>Kedaulatan Tujuan</i>	64
<i>Kewajiban dan Kesopanan</i>	70
<i>Partisipasi Hukum dan Partisipasi Politik</i>	77
<i>Dari Keadilan (Fairness) menuju Kompetensi</i>	84
Epilog: Dua Cara Kematian Hukum	93
Profil HuMa	96

I

Ilmu Hukum dan Ilmu Sosial

Masa dua puluh tahun terakhir ini menjadi saksi bangkitnya kembali ketertarikan pada persoalan-persoalan dalam institusi-institusi hukum, yaitu bagaimana institusi-institusi hukum bekerja, berbagai kekuatan yang mempengaruhinya, serta berbagai keterbatasan dan kemampuannya. Kebangkitan ini pada awalnya terbatas dalam dunia akademis. Selama dekade 1950-an ada harapan besar bahwa suatu ilmu sosial baru akan menepati janji generasi sebelumnya untuk mengkaji penyebab fenomena terisolasinya tertib hukum serta cara mengatasi fenomena ini.¹ Sudah lama dirasakan bahwa pembentukan hukum, peradilan, penyelenggaraan keamanan dan peraturan sangat mudah dipisahkan dari realitas sosial dan dari prinsip keadilan itu sendiri. Kebangkitan ini merefleksikan dorongan akademik—bahwa perspektif dan metode studi ilmu sosial berlaku pula untuk analisis atas institusi hukum—maupun semangat pembaruan. Harapannya, telah tiba saatnya bagi kajian yang berkelanjutan untuk dapat membuahkan hasil yang bermanfaat bagi penyelenggaraan keadilan.

Gerakan yang pada awalnya hanya ada di kalangan akademisi hukum, ilmuwan sosial dan pengurus lembaga-lembaga filantropi di bidang hukum ini kemudian segera menjadi signifikan. Politik pada saat itu menempatkan keadilan pada urutan teratas agenda kepentingan publik. Hak-hak sipil, kemiskinan, kejahatan, protes massal, kerusuhan kaum urban, kerusakan lingkungan, dan penyalahgunaan kekuasaan mendapatkan perhatian utama sebagai masalah sosial. Ini merupakan fenomena baru yang belum pernah terjadi sebelumnya. Masalah-masalah hukum tersebut membuat komunitas politik terpojok. Tertib hukum dipaksa untuk menanggung beban baru, menemukan solusi yang paling tepat, dan mengkaji gagasan-gagasan

¹ Pada tahun 1950-an *the Ford Foundation* mensponsori suatu program penting di Fakultas Hukum Universitas Chicago, dan pada tahun 1960-an *the Russell Sage Foundation* menjadi penyokong yang utama untuk program penelitian dan pelatihan yang lebih banyak namun berukuran menengah di sejumlah universitas. Institut Walter E. Meyer adalah katalisator penting lainnya. Pada tahun 1966, jurnal *Law and Society Review* mulai diterbitkan.

dasarnya sendiri. Sekonyong-konyong “hukum dan masyarakat” (*law and society*) menjadi sebuah topik yang sangat penting dan menampilkan persoalan-persoalan yang tidak mampu diatasi, bahkan dipahami, oleh mereka yang menggelutinya.

Rumitnya persoalan dan suasana krisis melahirkan suara-suara sumbang dan pandangan-pandangan sepihak, yang masing-masing melihat hukum dari perspektif yang sepotong-potong dan kadang-kadang partisan. Dalam keadaan seperti itu, sulit untuk memperoleh gambaran yang jelas dan saling berpadu tentang tertib hukum. Padahal kejelasan dan keterpaduan itu diperlukan untuk kepentingan pendidikan publik dan juga bagi kajian sosial. Penting bagi warga negara, termasuk bagi yang bergerak di bidang profesi hukum, untuk memahami persoalan-persoalan yang terjadi, menimbang nilai-nilai yang saling berkompetisi, dan mengembangkan harapan-harapan yang wajar. Penting bagi para akademisi untuk mengapresiasi berbagai macam pengalaman hukum, sehingga dapat menguji dan mengintegrasikan perspektif yang sepotong-potong. Tanpa kejelasan dan keterpaduan pandangan intelektual, tidak mungkin ada agenda yang rasional bagi kajian sosial.

Esai ini merupakan suatu upaya dalam menjawab tantangan untuk melakukan sintesis. Kami percaya bahwa suatu sintesis dapat dicapai bila kajian tentang pengalaman hukum menemukan kembali persambungannya dengan ilmu hukum klasik yang sifatnya lebih intelektual akademik. Ilmu hukum selalu lebih dari sekadar bidang akademik yang dipahami oleh hanya segelintir orang. Konsep-konsep yang abstrak, seperti kewajiban hukum, sebenarnya berbicara mengenai hal-hal yang menciptakan perbedaan dalam pemahaman mengenai hukum dan tentang bagaimana hukum itu digunakan.² Sudut pandang filosofis (seperti kritik positivisme) dan persoalan-persoalan analitis yang sulit dijawab (seperti perbedaan antara aturan dan prinsip)³ merupakan metode yang tidak bisa ditawar lagi untuk memeriksa persoalan-persoalan yang mengelilingi tertib hukum. Jadi, teori hukum tidaklah buta terhadap konsekuensi sosial dan tidak pula kebal dari pengaruh sosial. Tempat di mana kita mencari landasan-landasan hukum, pengertian yang kita buat tentang proses hukum, dan tempat di mana kita menempatkan hukum dalam masyarakat, sangat mempengaruhi bentuk komunitas politik dan jangkauan aspirasi-aspirasi sosial.

Ada kebutuhan untuk membuat pemikiran-pemikiran implisit ini menjadi lebih sentral dalam kajian-kajian ilmu hukum, guna mendorong adanya apresiasi yang diperbarui tentang keterkaitan antara teori hukum dan kebijakan sosial. Apa yang kami maksud dengan kebijakan bukanlah resep-

² Mengenai hubungan antara konsep-konsep kewajiban hukum dan konsepsi-konsepsi hukum, lihat Mortimer R. Kadish dan Sanford H. Kadish, *Discretion to Disobey: A Study of Lawful Departures from Legal Rules* (Stanford, Ca.: Stanford University Press, 1973), khususnya hlm. 184-201.

³ Lihat, khususnya Ronald Dworkin, “The Model of Rules,” dalam *University of Chicago Law Review* 35 (1967): 14; dan Graham Hughes, “Rules, Policy and Decision-Making,” dalam *Yale Law Journal* 77 (1968): 411.

resep yang rinci tentang hal yang harus dilakukan, melainkan perspektif mendasar yang menentukan bagaimana tujuan-tujuan publik didefinisikan dan bagaimana alternatif-alternatif praktis ditemukenali. Ilmu hukum memperoleh fokus dan kedalaman ketika ia secara sadar mempertimbangkan implikasi-implikasi yang dimilikinya untuk tindakan dan perencanaan kelembagaan. Analisis filosofis pada gilirannya membantu memberikan jaminan bahwa isu-isu kebijakan yang pokok benar-benar dialami, dan tidak dikuburkan di bawah asumsi-asumsi dan perspektif-perspektif yang tidak diteliti dengan cermat.

Untuk membuat ilmu hukum lebih relevan dan lebih hidup, harus ada reintegrasi antara teori hukum, teori politik dan teori sosial. Sebagai suatu langkah ke arah itu, kami telah mencoba untuk menyusun kembali isu-isu dalam ilmu hukum dalam suatu perspektif ilmu sosial. Apabila dipahami dengan cara ini, teori-teori filosofis yang berlawanan dapat dilihat sebagai sesuatu yang merefleksikan keragaman pengalaman hukum dan pengalaman sosial. Kami mengajukan suatu kerangka acuan untuk membandingkan pengalaman-pengalaman ini, untuk menganalisis premis-premis dan memperkirakan nilai dari bentuk-bentuk alternatif tertib hukum.

Teori Hukum dan Krisis Otoritas

Sebagai titik awal, perlu diingat bahwa teori-teori hukum dibangun di atas teori-teori yang bersifat implisit mengenai otoritas. Banyak perhatian dan kontroversi seputar ilmu hukum kontemporer yang berakar pada krisis otoritas yang telah mengguncang institusi-institusi publik.

Suasana berkurangnya kepercayaan pada hukum tampak jelas dalam karya-karya tulis belakangan ini.⁴ Kritik atas hukum selalu ditujukan kepada tidak memadainya hukum sebagai alat perubahan dan sebagai alat untuk mencapai keadilan substantif. Saat ini kegelisahan tersebut masih ada, namun ada catatan baru, yaitu pembahasan mengenai krisis legitimasi. Tanda bahaya yang konservatif tentang terkikisnya otoritas, penyalahgunaan aktivisme hukum, dan macetnya "hukum dan ketertiban" (*law and order*) digunakan dalam gerakan baru yang radikal yang berfokus kemandulan dan terkorupsinya tertib hukum. Dalam kritik neo-marxis ini, ada dua tema dominan. *Pertama*, institusi-institusi hukum sudah tercemar dari dalam, ikut menyebabkan ketiadaan ketertiban sosial secara keseluruhan, dan bekerja terutama sebagai alat kekuasaan. Dalam tema ini, keberpihakan

⁴ Krisis kepercayaan secara tajam mungkin diungkapkan dalam dua koleksi esai akhir-akhir ini: Eugene B. Rostow, ed., *Is Law Dead?* (New York: Simon & Schuster, 1971); dan Robert Paul Wolff, ed., *The Rule of Law?* (New York: Simon & Schuster, 1971). Lihat juga resensi terhadap buku-buku ini oleh Lester Mazor, "The Crisis of Liberal Legalism," *Yale Law Journal* 81 (1972): 1032.

hukum yang sangat jelas, yang menguntungkan golongan kaya dan merugikan serta menipu golongan miskin dikutip sebagai bukti yang tidak terbantah. *Kedua*, ada kritik terhadap legalisme liberal ("*liberal legalism*") itu sendiri, mengenai gagasan bahwa tujuan keadilan *dapat* dicapai melalui sistem peraturan dan prosedur yang obyektif, tidak memihak dan otonom. Tema-tema ini terkait satu sama lain, karena "*the rule of law*" (pemerintahan berdasarkan hukum) – yang tidak mampu mengatasi isu-isu mendasar mengenai keadilan sosial dan merupakan pendukung utama kekuasaan dan keistimewaan – turut ambil bagian dalam korupsi yang lebih dalam. Lebih buruk lagi, *rule of law* merupakan "musuh tersembunyi":

The "*rule of law*" (pemerintahan berdasarkan hukum) dalam masyarakat modern tidak kurang otoriter dibandingkan dengan pemerintahan berdasarkan orang (*rule of men*) dalam masyarakat pra-modern; ia melaksanakan distribusi kekayaan dan kekuasaan secara salah, namun ia melakukannya dengan cara yang rumit dan tidak langsung, sampai-sampai membuat pengamat bingung. ... Dalam perbudakan, ketertiban feodal, sistem kolonial, penipuan dan patronisasi adalah cara-cara kontrol yang ringan; kekuatan adalah cara kontrol yang utama. Dalam dunia modern kapitalisme liberal (dan juga, perlu kita catat, dalam sosialisme negara), kekuatan ditempatkan sebagai cadangan ketika...."banyak sekali guru moral, penasehat dan pembuat kebingungan memisahkan mereka yang dieksploitasi dari mereka yang berada dalam kekuasaan." Di dalam sejumlah besar agen eksploitasi ini, buku-buku hukum termasuk pembuat kebingungan yang hebat.⁵

Mudah untuk mengabaikan hiperbola dalam pernyataan ini dan pernyataan serupa lainnya. Tetapi suasana yang mendasarinya – yaitu ketidaksukaan terhadap apa yang tampak dalam waktu yang lama dan oleh banyak orang: peradaban Barat – tidak dapat diabaikan begitu saja.

Krisis otoritas yang terjadi belakangan ini, yang disertai dengan celaan terhadap hukum, bersumber pada gejolak sosial pada dekade 1960-an. Dekade tersebut menampilkan dua wajah keadilan yang kontras. Di satu sisi, beberapa pengadilan dan beberapa bagian dari profesi hukum menjadi juru bicara bagi kelompok yang tidak beruntung. Mereka menafsirkan misi mereka sebagai perluasan hak dan pemenuhan janji Konstitusi yang tersembunyi – yakni kewarganegaraan yang utuh untuk semua orang. Gerakan untuk advokasi sosial dan hukum untuk kepentingan publik memperoleh dukungan luas. Di sisi lainnya, pada dekade yang sama hukum mengenakan sepatu *boot* dan berlaku represif untuk membasmi setiap pembangkangan.

Ketika berbagai peristiwa ditelaah, tampak ketegangan antara dua pendekatan terhadap hukum, kebebasan dan kontrol sosial. Yang pertama, yang bisa disebut pandangan *risiko rendah* tentang hukum dan ketertiban,

⁵ Howard Zin, "The Conspiracy of Law," dalam Wolff, hlm. 18-19.

menekankan betapa besarnya sumbangan stabilitas hukum terhadap suatu masyarakat yang bebas dan betapa berisikonya sistem yang berdasarkan otoritas dan kewajiban sipil. Perspektif ini melihat hukum sebagai resep yang vital untuk tertib sosial; walaupun sumber kontrol yang lainnya penting, namun mereka tidak dapat diandalkan untuk menyelamatkan masyarakat dari kesewenang-wenangan, intimidasi, atau hal-hal yang lebih buruk. Hanya bila ada penghormatan yang tinggi terhadap otoritas yang diformalkanlah masyarakat akan merasakan keamanan yang mereka butuhkan dalam memperoleh kebebasan. Kewajiban warga negara untuk taat kepada hukum berpasangan dengan dipertahankannya kesetiaan jabatan dengan sepenuh hati terhadap hukum positif. Klaim-klaim harus diperjuangkan melalui saluran-saluran yang sudah ditetapkan bagaimana pun cacatnya saluran-saluran tersebut. Perubahan hukum akan datang melalui proses politik, bukan dari pelaksanaan kebebasan atau keleluasan yang ada pada agen-agen hukum yang merespon tuntutan-tuntutan yang bersifat partisan. Pemisahan hukum dan politik harus tegas dan penyimpangan terhadap hukum harus diberantas dengan tegas.

Pandangan alternatifnya menekankan pada potensi fleksibilitas dan keterbukaan institusi-institusi. Pandangan ini kurang peduli terhadap otoritas, lebih menerima tantangan dan ketidakteraturan. Pendekatan ini menolak menyamakan "hukum" dengan "ketertiban"; ia sensitif terhadap fakta bahwa hukum secara khas menegakkan *jenis* tatanan yang spesifik dalam bentuk kitab moral yang diterima, sistem status, dan pola-pola kekuasaan. Konsep "ketertiban" dipahami sebagai sesuatu yang problematik, tercipta berdasarkan harapan-harapan yang secara historis berubah, sejalan dengan kontroversi dan tingkah laku ekspresif. Dalam perspektif seperti ini, hukum dinilai sebagai sumber bagi kritik dan sebagai instrumen untuk perubahan, dan ada kepercayaan diam-diam bahwa suatu sistem otoritas dapat melestarikan dirinya sendiri dengan lebih baik, dan dapat menjadi lebih baik, bila ia terbuka terhadap rekonstruksi dalam konteks bagaimana pihak yang diperintah memaknai hak-hak mereka dan meninjau kembali komitmen moral mereka. Untuk menjadi responsif, sistem itu perlu terbuka dalam banyak hal, perlu mendorong partisipasi, dan perlu mengantisipasi minat-minat sosial yang baru yang memungkinkan hal-hal tersebut diketahui dalam situasi-situasi sulit. Pembangkangan politik perlu dihadapi dengan sabar dan dengan kesediaan untuk merundingkan landasan baru bagi otoritas. Garis pemisah antara hukum dan politik tidaklah jelas, setidaknya-tidaknya pada wilayah di mana advokasi dan keputusan hukum bersentuhan dengan isu-isu kebijakan publik yang kontradiktif. Ini merupakan pandangan *risiko tinggi* tentang hukum dan ketertiban.

Masing-masing perspektif di atas mempunyai kelemahan tersendiri. Perspektif yang pertama, karena relatif tidak responsif, bisa mendorong penolakan terhadap hukum, jika dibutuhkan beberapa akomodasi terhadap

berbagai kepentingan, nilai dan gaya hidup. Dan ia bisa mendatangkan krisis dan kekacauan dengan ditutupnya saluran untuk menyatakan keberatan, partisipasi dan perubahan. Di lain pihak, perspektif *risiko tinggi*, karena berupaya untuk lebih responsif, bisa mengundang lebih banyak kesulitan daripada apa yang diperjuangkannya, bisa memunculkan kelemahan dan kebingungan ketika berhadapan dengan tekanan, dan terlalu banyak memberi kepada minoritas aktivis.

Walau dalam banyak hal perspektif “risiko rendah” dan “risiko tinggi” serupa dengan “konservatif” dan “liberal”, penyamaan itu tidak tepat. Ada versi liberal dari pandangan risiko rendah, yaitu pandangan yang menekankan nilai demokrasi dari dipisahkannya hukum dan politik dan pembatasan terhadap diskresi jabatan. Penganut pandangan liberal yang melihat tidak bertanggungjawabnya *para pejabat* sebagai bahaya terbesar bagi tertib hukum sering beririsan dengan penganut pandangan konservatif yang melihat bahaya itu pada tidak bertanggungjawabnya *warga negara*. Bagi keduanya, teori hukum yang implisit diterima jika menimbulkan pembatasan fleksibilitas dan responsivitas.

Apapun label dan pertalian ideologisnya, perspektif-perspektif ini sedang diuji saat ini ketika institusi-institusi hukum beradaptasi dengan sikap dan harapan yang berubah, dengan perpecahan sosial. Alternatif-alternatif ini dimunculkan secara tajam ketika krisis “hukum dan ketertiban” muncul, yakni ketika otoritas melemah dan legitimasinya dipertanyakan; ketika keinginan akan konsensus mengurangi validitas moral yang dianut; ketika media komunikasi publik dan aksi kolektif hampir mencapai batas kekacauan yang dapat diterima; ketika perpecahan sosial begitu besar sehingga memunculkan pertanyaan mengenai kemampuan suatu sistem keadilan untuk bertahan; ketika perpecahan begitu meluas sehingga menimbulkan kesan bahwa otoritas hukum terlalu sedikit berdasarkan pada partisipasi dan persetujuan. Dalam kondisi otoritas yang terancam seperti ini, alternatif-alternatif abstrak menjadi pilihan nyata yang-memberikan-karakter (*character-defining*).

Ketika otoritas dalam kondisi kacau balau, bidang lainnya yang kurang penting dari teori hukum dan sosial pun akan menjadi kacau. Kita tidak mempunyai ilmu hukum yang mampu menjelaskan perspektif-perspektif yang saling bertentangan, atau dengan kata lain: tidak ada ilmu hukum yang menguji asumsi-asumsi atau mempertemukan kembali perbedaan-perbedaan yang ada. Doktrin-doktrin “hukum dan ketertiban” cenderung sangat menyederhanakan, demikian pula dengan penolakan hukum secara radikal. Namun demikian, ada upaya yang baru saja muncul guna mencari teori hukum dan sosial yang dapat (1) mempertegas pentingnya hukum dan (2) menunjukkan alternatif selain pemaksaan dan penindasan. Sebagaimana akan kita lihat, beberapa tulisan belakangan ini sangat relevan. Tetapi baru ada sedikit upaya sistematis untuk menempatkan krisis

kontemporer sebagai suatu masalah dan kemudian melakukan rekonstruksi gagasan ilmu hukum dengan tepat. Kita berharap perspektif ilmu sosial akan memberikan beberapa sumbangan untuk itu.

Strategi Ilmu Sosial

Hambatan utama bagi gagasan tentang isu-isu ini, sebagaimana halnya bagi banyak hal lain, adalah kegagalan untuk memahami arti penting dari *variasi*. Dalam studi-studi empirik maupun dalam pengalaman praktis, nampaknya cukup mudah untuk mengakui bahwa berbagai aspek di dunia terjadi dalam tingkat yang lebih besar atau lebih kecil, dalam berbagai campuran, dan dengan berbagai akibat. Tetapi saat kita berpikir tentang refleksi yang lebih abstrak, pemikiran rasional macam ini luntur. Perbedaan-perbedaan secara logis atau teoretis—katakanlah antara mengetahui dan merasakan, antara kenyataan dan nilai, konflik dan konsensus, sakral dan tidak sakral, hukum dan moralitas—dianggap mampu memilah-milah dunia yang dialami ke dalam kategori-kategori yang kaku. Alih-alih mengakui bahwa setiap polaritas teoretis merupakan suatu cara untuk mengidentifikasi suatu *continuum*, yakni suatu dimensi di mana variasi terjadi, kategori-kategori tersebut justru dianggap tidak berhubungan satu sama lain, baik secara empiris maupun secara logis. Ini adalah suatu bentuk “kesalahpahaman tentang kenyataan yang salah tempat” (“*fallacy of misplaced concreteness*”).⁶

Pendekatan ilmu sosial memperlakukan pengalaman hukum sebagai sesuatu yang berubah-ubah dan kontekstual. Prinsip ini dilanggar ketika hukum dianggap berdimensi tunggal atau dikatakan sebagai sesuatu yang memiliki atribut-atribut seragam. Menjauh dari prinsip variasi merupakan suatu kecenderungan umum dalam debat-debat mengenai ilmu hukum, seperti pada saat hubungan antara hukum dan paksaan, moralitas, atau akal sehat diperlakukan sebagai elemen pemberi-definisi dari suatu fenomena hukum. Konsepsi hukum yang seragam sebagai “suatu pengorganisasi akal sehat untuk kemaslahatan bersama”⁷ atau “alat pemaksa....untuk tujuan penegakan norma”⁸ atau “sinonim dengan kekuasaan negara”⁹ dapat diterima dengan baik. Namun konsepsi-konsepsi semacam itu menyebabkan pemberian definisi yang kaku terhadap hukum tanpa melihat konteks di mana hukum berlaku.

⁶ Alfred North Whitehead, *Science and Modern World. Lowell Lectures 1925* (New York: MacMillan, 1964, 1925), hlm. 75.

⁷ Thomas Aquinas, *Treatise on Law* (Chicago: Gateway, tanpa tahun), hlm. 10.

⁸ Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1954), hlm. 3.

⁹ Stanley Diamond, “*The Rule of Law Versus the Order of Custom*,” dalam Wolff, hlm. 136.

Kami berpandangan bahwa suatu tertib hukum mempunyai banyak dimensi dan eksaminasi akan dapat dilakukan dengan sangat baik bila kita memperlakukan dimensi-dimensi tersebut sebagai *variabel-variabel*. Daripada berbicara tentang hubungan *kaku* antara hukum dan paksaan, hukum dan negara, hukum dan peraturan, atau hukum dan aspirasi moral, kita sebaiknya memikirkan tentang *sejauh mana dan dalam kondisi apa* hubungan-hubungan tersebut terjadi. Dengan begitu, konsep-konsep dalam ilmu hukum dibuat problematik, tidak hanya secara analitis (sebagaimana yang selalu terjadi selama ini) tetapi juga secara empirik. Kami tidak menolak isu-isu besar dalam teori hukum, namun kami menyarankan agar isu-isu tersebut bisa dipertemukan dengan perspektif ilmu sosial.

Tidaklah perlu untuk mempertahankan *sebagai suatu persoalan definisi*, suatu perspektif yang khusus mengenai “sifat” (*nature*) hukum. Justru sebaliknya, ciri hukum, sebagaimana halnya ciri fenomena sosial yang lain, adalah sesuatu yang harus dipelajari dalam proses pengkajian terhadap hukum. Ciri hukum adalah hasil, bukan titik awal. Ciri hukum tidak dapat diketahui tanpa kajian empirik terhadap aspek-aspek ketertiban hukum yang bervariasi dan saling bergantung satu sama lain. Misalnya pengakuan terhadap otoritas, rasa keadilan, pembuatan dan pelaksanaan aturan, kesadaran hukum, perkembangan hukum, kompetensi hukum, peran hukum, patologi hukum. Apapun yang bersifat pasti tentang aspek-aspek hukum tersebut akan menentukan “sifat” hukum.

Penekanan kepada variasi tentunya tidak menghilangkan kebutuhan untuk mengidentifikasi fenomena yang tengah dipelajari. Apapun variasinya, kita harus mendalilkan bahwa pengalaman hukum mempunyai *beberapa* atribut yang membedakannya dari fenomena sosial yang lainnya. Gagasan mengenai hukum akan kehilangan fokus bila diidentifikasi sebagai kekuatan pemaksa (“*the gunman writ large*”¹⁰) atau dicampurkan ke dalam konsep yang lebih luas tentang kontrol sosial.¹¹ Sebaliknya, kajian tentang variasi akan membuat frustrasi jika hukum dipahami secara kaku.

Kami pernah mengusulkan suatu jalan keluar dari dilema ini.¹² *Definisi* hukum seharusnya tidak dicampuradukkan dengan *teori* hukum. Pembahasan mengenai “gagasan mengenai hukum” atau “konsep hukum” biasanya merupakan upaya untuk mendalami berbagai atribut, masalah,

¹⁰ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), hlm. 80.

¹¹ Kecenderungan untuk “melarutkan” ide hukum ke dalam konsep yang lebih luas mengenai kontrol sosial sangat banyak terdapat dalam literatur sosiologi dan antropologi. Lihat, khususnya Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom an Savage Society* (Paterson, N.J.: Littlefield, Adams, 1959) hlm. 55-59; dan Henry Levy-Bruhl, *Sociologie du droit* (Paris: Presses Universitaires de France, 1961) hlm. 21-22. Walaupun kebanyakan penulis menolak definisi formal hukum sebagai kontrol sosial, fokus pada “hukum yang hidup (*living law*)” dan upaya untuk membuka batas-batas hukum, dalam praktek cenderung mengaburkan setiap perbedaan. Beberapa tulisan dari Lon L. Fuller mengarah ke sana. Lihat misalnya tulisannya “Human Interaction and the Law,” *American Journal of Jurisprudence* 14 (1969): 1.

¹² Philip Selznick, bersama dengan Philippe Nonet dan Howard Vollmer, *Law, Society, and Industrial Justice* (New York: Russell Sage Foundation, 1969), hlm. 4-8.

dan proses. Kedua bahasan ini lebih baik dipahami sebagai teori-teori yang relatif mapan daripada sebagai cara-cara untuk membuat perbedaan. Adalah benar bahwa suatu definisi (bila definisi itu tidak murni bersifat nominal) harus mengandung beberapa hubungan analitis dengan suatu konteks teori yang lebih luas, namun definisi tidaklah, dan tidak perlu, mengandung argumentasi. Dengan kata lain, dalam studi mengenai fenomena sosial, termasuk hukum, definisi memang bersifat “lemah” sementara konsep-konsep atau teori-teori bersifat “tegas”:

Definisi yang lemah bersifat inklusif; persyaratan-persyaratannya mudah dipenuhi. Konsep yang tegas akan lebih bersifat menuntut karena, misalnya, ia dapat mengidentifikasi beberapa karakter, baik yang tersembunyi maupun tidak, atau menawarkan model tentang bagaimana bentuk fenomena yang ada di negara yang sudah benar-benar maju (atau yang memburuk kondisinya). Karena itu, apa yang mengikuti kata hukum digunakan sedemikian rupa sehingga ia bersifat cukup umum untuk mencakup semua pengalaman hukum, bagaimana pun beragam atau belum sempurnanya. Pada saat yang sama, hukum dan proses hukum dipahami sebagai pencapaian yang lebih luas dan elaborasi yang lebih besar.¹³

Menurut kami, di antara penulis-penulis terkini, adalah H.L.A. Hart yang telah menyajikan suatu kerangka acuan yang sangat cocok untuk suatu definisi hukum. *Unsur-unsur minimal dari suatu tertib hukum ada bila tersedia kriteria-kriteria yang dapat diterima untuk menguji dan menegaskan otoritas kewajiban-kewajiban sosial.* Hart menamakan kriteria-kriteria tersebut sebagai “peraturan sekunder,” yakni peraturan mengenai peraturan:

Peraturan primer berkaitan dengan perbuatan-perbuatan yang harus dilakukan atau tidak boleh dilakukan oleh individu, sedangkan peraturan sekunder berkaitan dengan peraturan primer itu sendiri. Peraturan sekunder ini menentukan bagaimana cara peraturan primer tersebut dibuat, dipublikasikan, dihapuskan, atau diubah, dan bagaimana pelanggaran terhadapnya ditentukan hukumannya.¹⁴

Tanpa peraturan, suatu kelompok akan berisiko untuk terus diganggu oleh keraguan tentang kewajiban sosial apa yang sesungguhnya bersifat mengikat, terpecah-belah oleh perdebatan tentang apakah suatu norma yang diakui sudah dilanggar atau belum, dan terhalang untuk menyelaraskan norma-norma yang ada dengan kondisi yang terus berubah. Dibuatnya berbagai peraturan tentang “pengakuan” (*recognition*^a), “ajudikasi”, dan

¹³ *Ibid.*, hlm. 4-5.

¹⁴ Hart, hlm. 92.

^a Catatan editor: Buku ini dibuat dalam konteks *common law* dan dalam konsep *common law, recognition* adalah konfirmasi bahwa suatu tindakan dilakukan oleh seseorang yang memang mempunyai otoritas untuk melakukannya atau pengakuan formal bahwa seseorang atau suatu pihak memiliki status tertentu, terutama pengakuan suatu bangsa terhadap bangsa lainnya. Lihat *Black's Law Dictionary, Seventh Edition, 1999.*

“perubahan” menandai “langkah maju atau perkembangan dari dunia prahukum ke dunia hukum.”¹⁵

Bila dipahami secara kaku, fokus Hart pada peraturan tidak adil terhadap beragam bentuk yang bisa pula dilihat sebagai kriteria pembeda. “*Rule of recognition*”^b misalnya, hanya dapat menggambarkan konsensus yang melahirkan hak, atau bergantung pada organisasi keagamaan atau kekeluargaan sebagai sumber otoritas. Karena alasan ini, kami memilih formulasi yang lebih umum. Tetapi sebagaimana definisi yang diberikan oleh Hart, definisi yang kami ajukan melihat hukum sebagai sesuatu yang umum dan mempunyai banyak aspek, ditemukan dalam banyak kondisi, dan tidak hanya berhubungan dengan negara atau dengan masyarakat politik yang terorganisasi.¹⁶ Definisi kami menerima hukum primitif tidak kurang dari hukum kuno atau hukum modern. Namun demikian, definisi ini *tidak* mengakui sebagai hukum, apa yang sekadar berupa keajegan tingkah laku, pola kewajiban personal yang bersifat timbal balik, cara penyelesaian sengketa apapun, atau suatu jaringan kontrol sosial yang bersifat informal.

Sebagai contoh, kontrol sosial dan penyelesaian sengketa merupakan hal yang biasa dalam kehidupan rumah tangga. Namun demikian, selama norma-norma yang mengatur hubungan keluarga dan pembagian otoritas dalam rumah tangga diterima sebagaimana adanya, maka keluarga tidaklah membuat suatu tertib hukum. Hukum baru timbul bila muncul pertanyaan-pertanyaan seperti siapa yang mempunyai “hak” untuk menentukan dan menafsirkan kewajiban-kewajiban, sehingga penentuan kewajiban keluarga akan didasarkan pada standar-standar pelaksanaan otoritas. Suatu tanda hadirnya hukum adalah kemampuan anak, bagaimanapun terbatasnya, untuk mengklaim bahwa orang tuanya tidak mempunyai “hak” untuk mengenakan kewajiban tertentu kepadanya, karena misalnya ia tidak diajak bicara terlebih dulu, atau

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 91.

^b Catatan editor: “*Rule of recognition*” merupakan suatu istilah yang dikemukakan oleh Hart yang artinya peraturan dasar suatu sistem hukum. Peraturan-peraturan lainnya diidentifikasi dan dipahami berdasarkan *rule of recognition* ini. Bila dikaitkan dengan kutipan dari Hart di atas (catatan kaki no. 14), *rule of recognition* adalah hukum sekunder (*secondary rules*).

¹⁶ Definisi yang dikemukakan oleh Fuller dalam *The Morality of Law* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1964) — “rangkaiannya kegiatan atau usaha menundukkan perilaku manusia kepada pemerintahan oleh peraturan-peraturan” (*the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules*) (hlm. 96) — mempunyai beberapa kesamaan ciri tersebut; ia mengakui bahwa fenomena hukum terjadi dalam latar belakang selain negara atau masyarakat yang terorganisasi secara politik. Namun ia merujuk pada suatu fase evolusi di mana institusi-institusi hukum berupaya keras untuk memperoleh atau mencapai integritas yang lebih besar. Untuk keperluan definisi, pendekatan Hart lebih menarik karena ia memfokuskan diri pada unsur *minimal* yang membedakan tertib hukum dari bentuk tertib sosial yang lainnya. Aspirasi-aspirasi hukum yang ditekankan oleh Fuller hanya terpendam dalam hukum elementer. Perhatian terhadap kondisi-kondisi dan dinamika-dinamika pertumbuhan atau perkembangan aspirasi-aspirasi hukum itu, menurut Fuller, lebih baik dipandang sebagai bagian dari suatu teori perkembangan hukum daripada sebagai definisi awal dari hukum. Dalam kerangka berpikir kami, “definisi” yang diajukan oleh Fuller menunjuk pada pergerakan dari hukum represif ke hukum otonom. Namun beberapa fenomena, yang menurut Fuller sudah tercakup dalam “rangkaiannya usaha” tertib hukum, seperti “keajegan atau kemantapan hukum sepanjang waktu” (hlm. 79, 80), menandakan pula suatu langkah mundur dari hukum yang responsif ke hukum yang otonom.

karena persoalan pribadinya diganggu. Pendekatan terhadap definisi hukum seperti ini sejalan dengan cara para ahli antropologi membedakan aspek hukum dari aspek-aspek lainnya dalam suatu masyarakat “primitif”. Seperti halnya Hart, Bohannan juga menemukan hukum di mana norma-norma sosial tunduk kepada suatu “kelembagaan rangkap” (“*double institutionalization*”)¹⁷, yaitu ketika kerangka kelembagaan sekunder dikembangkan untuk melihat apakah norma-norma primer perlu diakui sebagai sumber yang otoritatif untuk suatu kewajiban. Oleh karena itu, tidak semua kontrol sosial adalah hukum: Hukum bersifat selektif dalam penguatannya terhadap norma-norma sosial.

Walaupun definisi kami tentang hukum bersifat luas dan inklusif, fokus analitis yang sudah lazim dikenal tetap dipertahankan. Kajian tentang hukum menjadi bagian dari kajian tentang *otoritas*, dengan demikian, ia meliputi bahan-bahan empirik dari banyak bidang dan mempunyai latar belakang yang kaya akan analisis sosial. Definisi ini memadai untuk keperluan mengidentifikasi fenomena dasar itu: ia menempatkan fenomena tersebut dalam suatu kerangka acuan teori yang lebih luas, namun ia tidak memberikan batasan-batasan yang berlebihan pada bagaimana kata *hukum* tersebut akan digunakan. Pada saat yang bersamaan, teori mengenai otoritas dapat memberikan penjelasan lebih lanjut terhadap pengalaman hukum berikut tempatnya yang bervariasi, tentang paksaan, konsensus dan fenomena lainnya yang terkait dengan hukum.

Dari titik ini, strategi ilmu sosial dapat kembali ke isu-isu klasik ilmu hukum. Namun isu-isu ini akan dipandang terkait dengan, dan dipengaruhi oleh, berbagai karakter tertib hukum. Dalam esai ini kami menaruh perhatian khusus pada serangkaian variabel yang terkait dengan hukum: peranan paksaan dalam hukum; hubungan timbal balik antara hukum dan politik; hubungan hukum dengan negara dan tertib moral; letak peraturan, diskresi, dan tujuan dalam putusan-putusan hukum; partisipasi masyarakat; legitimasi; dan kondisi ketaatan. Variabel-variabel ini berbeda-beda secara signifikan sesuai dengan konteks yang berubah.

Satu pengamatan sangat penting bagi argumen kami: variabel-variabel tersebut tidak terpisah satu sama lainnya. Sebaliknya, ada keterkaitan sistematis dan jelas antar-variabel tersebut. Sebagai contoh, pentingnya peraturan terkait erat dengan pola otoritas dalam tertib hukum. Suatu rezim peraturan membatasi diskresi eselon-eselon tingkat rendah dalam institusi hukum negara, sehingga otoritas terkonsentrasi pada level atas. Hal ini pada gilirannya memelihara identiknya hukum dengan negara, dan dipahami sebagai monopoli kekuasaan pemerintah. Keterkaitan semacam itu tentunya tergantung pada kondisi dan mengandung berbagai kemungkinan. Namun kalau keterkaitan itu terjadi, tertib hukum akan membentuk suatu “sistem”

¹⁷ Paul Bohannan, “Law and Legal Institutions,” dalam *International Encyclopedia of the Social Sciences* (New York: Macmillan, 1968), IX, 73. Lihat juga J.F. Galstra van Loon dan E.V.W. Vercrujisse, “Towards a Sociological Interpretation of Law,” *Sociologica Neerlandica* 3 (1969): 1.

dengan suatu susunan karakter-karakter yang mempunyai keterkaitan secara internal. Dalam konteks itu, berbagai sistem mewakili berbagai campuran khas dari variabel-variabel dasar yang terkait dengan hukum, yang masing-masing mengandung nilai yang sesuai dengan sistem yang lebih besar.

Teori yang kami usulkan merupakan upaya untuk memperjelas berbagai keterkaitan yang sistematis tersebut dan untuk mengidentifikasi konfigurasi-konfigurasi khas di mana keterkaitan-keterkaitan itu terjadi. Kami membedakan tiga klasifikasi dasar dari hukum-dalam-masyarakat, yaitu: (1) hukum sebagai pelayan kekuasaan represif, (2) hukum sebagai institusi tersendiri yang mampu menjinakkan represi dan melindungi integritas dirinya, dan (3) hukum sebagai fasilitator dari berbagai respon terhadap kebutuhan dan aspirasi sosial. Karakter masing-masing tipe disajikan secara singkat dalam Tabel 1. Sebagai contoh, walaupun paksaan ada dalam semua tipe, tingkat paksaan itu berbeda-beda: Ia dominan dalam hukum represif, sedang dalam hukum yang otonom, dan kurang dalam hukum responsif. Sekali lagi, peran dari tujuan harus diperhitungkan dalam setiap sistem: Ada paham instrumentalisme represif di mana hukum tunduk terhadap keinginan penguasa; ada suatu langkah mundur dari tujuan ketika berupaya untuk mencapai hukum yang otonom; dan ada pembaruan instrumentalisme, namun untuk mencapai kepentingan publik yang lebih obyektif, dalam konteks hukum responsif. Setiap variabel yang terkait dengan hukum harus dilihat dalam hubungannya dengan variabel terkait-hukum lainnya dan dengan sistem yang lebih besar. Dengan demikian, tempat bagi diskresi, dan masalah hukum yang diakibatkannya, sangat bergantung pada variabel konteks sosial dari suatu tindakan jabatan. Diskresi tidak serta merta mendorong terjadinya otoritas yang tidak terkendali. Hal seperti itu kemungkinan besar terjadi bila kekuasaan terisolasi dari struktur sosial dan karenanya jauh dari pengaruh kontrol masyarakat. Hukum yang otonom, karena ia berupaya untuk mengontrol dan mempersempit diskresi, menginginkan langgengnya isolasi jabatan. Di bawah kondisi kekuasaan yang berbelit-belit dan terintegrasi, risiko terjadinya represi akan berkurang¹⁸ dan persoalan hukum menjadi berkurang dalam membatasi pejabat daripada membuat mereka berkomitmen kepada kepentingan publik. Karenanya, pembaruan terhadap fokus pada tujuan mungkin memerlukan perluasan diskresi.

¹⁸ Fenomena yang mendasar adalah kesetiaan rangkap. Ketika orang-orang yang berkuasa terikat kepada yang dikuasai karena hubungan-hubungan kekeluargaan atau hubungan komunitas, komitmen mereka sebagai pejabat ditentukan oleh kesetiaan dan tanggung jawab lain yang lebih langgeng. Fenomena yang sama mempengaruhi pula hubungan-hubungan *legal* yang lainnya; sebagai contoh, "hubungan timbal balik yang renggang dan kaku" (*arm's-length reciprocity*) dalam kontrak jarang diketemukan komunitas yang masih solid kecuali dalam hubungan-hubungan dengan orang asing. Untuk studi-studi kasus tentang "hubungan-hubungan rangkap" yang mengikat anggota-anggota masyarakat satu dengan yang lainnya dan antara pemimpin mereka dengan mereka sendiri, lihat Max Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia* (Glencoe, Ill.: Free Press, 1955), hlm. 19-23; dan *Politics, Law and Ritual in Tribal Society* (New York: Mentor Books, 1965), hlm. 120, 137-145; E.E. Evans Pritchard, *The Nuer* (Oxford: Clarendon Press, 1965, 1940), hlm. 155-159, 169-170; dan Elizabeth Colson, "Social Control and Vengeance in Plateau Tonga Society," dalam *Africa* 23 (1953): 199, 2001, 2003, 210-211.

TABEL 1. TIGA TIPE HUKUM

	HUKUM REPRESIF	HUKUM OTONOM	HUKUM RESPONSIF
TUJUAN HUKUM	Ketertiban	Legitimasi	Kompetensi
LEGITIMASI	Ketahanan sosial dan tujuan negara (<i>raison d'état</i>)	Keadilan prosedural	Keadilan substantif
PERATURAN	Keras dan rinci namun berlaku lemah terhadap pembuat hukum	Luas dan rinci; mengikat penguasa maupun yang dikuasai	Subordinat dari prinsip dan kebijakan
PERTIMBANGAN	Ad hoc; memudahkan mencapai tujuan dan bersifat partikular	Sangat melekat pada otoritas legal; rentan terhadap formalisme dan legalisme	Purposif (berorientasikan tujuan); perluasan kompetensi kognitif
DISKRESI	Sangat luas; oportunistik	Dibatasi oleh peraturan; delegasi yang sempit	Luas, tetapi tetap sesuai dengan tujuan
PAKSAAN	Ekstensif; dibatasi secara lemah	Dikontrol oleh batasan-batasan hukum	Pencarian positif bagi berbagai alternatif, seperti insentif, sistem kewajiban yang mampu bertahan sendiri
MORALITAS	Moralitas komunal; moralisme hukum; "moralitas pembatasan"	Moralitas kelembagaan; yakni dipenuhi dengan integritas proses hukum	Moralitas sipil; "moralitas kerja sama"
POLITIK	Hukum subordinat terhadap politik kekuasaan	Hukum "independen" dari politik; pemisahan kekuasaan	Terintegrasinya aspirasi hukum dan politik; keberpaduan kekuasaan
HARAPAN AKAN KETAATAN	Tanpa syarat; ketidaktaatan <i>per se</i> dihukum sebagai pembangkangan	Penyimpangan peraturan yang dibenarkan, misalnya untuk menguji validitas undang-undang atau perintah	Pembangkangan dilihat dari aspek bahaya substantif; dipandang sebagai gugatan terhadap legitimasi
PARTISIPASI	Pasif; kritik dilihat sebagai ketidaksetiaan	Akses dibatasi oleh prosedur baku; munculnya kritik atas hukum	Akses diperbesar dengan integrasi advokasi hukum dan sosial

Hukum yang represif, otonom, dan responsif merupakan konsep-konsep yang abstrak yang sumber referensi empiriknya sering sukar dipahami. Hal yang sama terjadi dalam tipologi ilmu sosial manapun, termasuk klasifikasi kepribadian. Kami menyadari bahwa tidak ada tertib hukum yang kompleks, atau bagian daripadanya, yang bisa membentuk suatu sistem yang benar-benar bertalian secara logis. Setiap tertib hukum atau institusi hukum cenderung mempunyai karakter “campuran”, menggabungkan aspek-aspek dari ketiga tipe hukum di atas. Namun unsur dari suatu tipe bisa lebih menonjol atau kurang menonjol, sudah melembaga dengan kuat atau baru saja terbentuk, sangat disadari atau justru kurang diperhatikan. Jadi, kendati suatu tertib hukum akan memperlihatkan unsur-unsur dari semua tipe, *bentuk* dasarnya mungkin lebih mendekati tipe yang satu dibandingkan dengan tipe lainnya. Salah satu fungsi dari model di atas adalah untuk menilai bentuk khas yang paling kuat dimiliki oleh suatu tertib hukum, atau cabang dari tertib hukum. Di masa lalu, penilaian seperti ini barangkali dapat disebut sebagai suatu pencarian “jiwa” dari, katakanlah, *common law* Inggris atau hukum administrasi negara modern. Pengkajian dilakukan dengan menentukan sejauh mana dan dalam kondisi apa karakter suatu tipe muncul. Sebagaimana akan kita lihat, beberapa institusi atau kondisi historis sangat mendekati model teoretis tersebut.

Tiga tipe hukum yang kami kemukakan mengedepankan kembali paradigma-paradigma klasik teori hukum, dengan kadar kesamaan tertentu. Perspektif-perspektif filosofis, seperti positivisme hukum (*legal positivism*) atau realisme hukum (*legal realism*) dapat terlihat penuh konflik ketika diformulasikan sebagai teori-teori umum tertib hukum. Perspektif-perspektif itu dapat terpadukan dan dapat dipahami secara lebih baik kalau mereka dilihat sebagai penyebab adanya klasifikasi yang berbeda-beda atas pengalaman hukum. Hukum represif mengingatkan kita akan gambaran teori Thomas Hobbes, John Austin dan Karl Marx. Dalam model ini, hukum merupakan perintah dari yang berdaulat yang pada prinsipnya memiliki diskresi yang tidak terbatas; hukum dan negara merupakan dua hal yang tidak dapat dipisahkan. Hukum otonom adalah bentuk pemerintahan yang dilihat dan dikenal sebagai “*rule of law*” dalam teori hukum yang dikemukakan oleh A.V. Dicey. Tulisan-tulisan dari penganut positivisme hukum kontemporer seperti Hans Kelsen dan H.L.A. Hart, serta kritik-kritik mereka mengenai hukum alam, khususnya Lon L. Fuller dalam *The Morality of Law*, juga berbicara mengenai subordinasi keputusan-keputusan pejabat terhadap hukum, perbedaan lembaga-lembaga hukum otonom dengan cara-cara berpikir, dan integritas putusan hukum. Kebutuhan akan suatu tertib hukum yang responsif telah menjadi tema utama dari semua ahli yang sepaham dengan semangat fungsional, pragmatis dan semangat purposif (berorientasikan tujuan) dari Roscoe Pound, para penganut paham realisme hukum, dan kritikus-kritikus kontemporer dari konsep *the model of rules* yang diajukan oleh Dworkin.¹⁹

¹⁹ Lihat catatan kaki no. 3.

Upaya-upaya pencarian klasik menuju pemahaman yang memadai terhadap pengalaman hukum seperti di atas memang selalu tumpang tindih dan saling berkaitan. Jadi, pandangan Austin bahwa hukum merupakan perintah dari pemegang kedaulatan membantu memperbaiki gambaran mengenai hukum yang bersifat memaksa. Namun baginya hal itu hanya merupakan titik awal dalam mengelaborasi karakter-karakter formal pemikiran hukum. Walaupun realisme hukum merupakan serangan terhadap formalisme hukum (*legal formalism*), kebutuhan realisme hukum akan rasionalitas yang lebih besar menerima sebagaimana adanya, dan tentu saja mengandalkan sekumpulan tradisi, seperti peradilan yang independen dan komitmen terhadap putusan yang tidak berpihak, yang melanggengkan otonomi hukum. Debat dalam ilmu hukum telah mengaburkan kondisi tumpang tindih ini dengan memusatkan perhatian pada konsepsi-konsepsi yang saling bersaing tentang sifat hukum. Strategi ilmu sosial dapat secara lebih siap dan lebih eksplisit mengakui pluralitas pengalaman hukum.

Model Perkembangan (Developmental Model)

Fokus pada keragaman pengalaman hukum dan variabel-variabel khas yang terkait dengan hukum seharusnya tidak diterima begitu saja. Pernah dikatakan bahwa adanya fokus adalah suatu keharusan ilmiah. Meski demikian, strategi analisis kami yang kedua – penerapan perspektif perkembangan – lebih kontroversial dan lebih pelik lagi. Kami ingin berargumentasi bahwa hukum represif, otonom dan responsif bukan saja merupakan tipe-tipe hukum yang berbeda tetapi dalam beberapa hal juga merupakan tahapan-tahapan evolusi dalam hubungan hukum dengan tertib sosial dan tertib politik.

“Perkembangan” (*development*) merupakan satu dari banyak pemikiran yang paling membingungkan dalam ilmu-ilmu sosial. Ia telah menjadi kritik yang berkepanjangan bahkan sejak masa jaya evolusionisme pada abad ke-19.²⁰ Namun upaya untuk merasionalkan sejarah kelembagaan nampaknya memerlukan pemahaman mengenai kepastian arah (*directionality*), pertumbuhan dan kehancuran. Dalam ilmu hukum terdapat pula pemahaman intuitif bahwa beberapa bidang hukum lebih “berkembang” dibanding bidang hukum lainnya, dan bahwa perubahan hukum sering menggambarkan pola-pola pertumbuhan atau kehancuran. Roscoe Pound merupakan satu di antara mereka yang berpendapat bahwa, “merupakan hal yang tepat untuk memikirkan...tahap-tahap perkembangan hukum dalam sistem-sistem yang telah mencapai tahap kematangan.”²¹ Menurut kami, teori-teori perkembangan merupakan upaya

²⁰ Lihat, misalnya Karl R. Popper, *The Poverty of Historicism* (New York: Harper Torchbooks, 1964, 1957) hlm. 45 dst, 105 dst; dan Robert A. Nisbet, *Social Change and History* (New York: Oxford University Press, 1969), hlm. 240 dst.

²¹ Roscoe Pound, *Jurisprudence* (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1959), I, 366.

intelektual yang berlebihan, namun perspektif dasar teori perkembangan merupakan sesuatu yang berharga dan bahkan tidak dapat dihindari.

Model-model perkembangan diterapkan, dengan tingkat keberhasilan yang berbeda-beda, pada hampir semua bidang ilmu sosial, termasuk psikologi. Misi dari penerapan itu adalah untuk mencari teori yang dapat menjelaskan transformasi yang tidak terencana dan terjadi berulang-ulang, yang sumber-sumber dan arahnya dibangun dalam struktur suatu fenomena. Misalnya perubahan dari sekte menjadi gereja,²² "hukum besi oligarki,"²³ melemahnya kebudayaan,²⁴ tahap-tahap perkembangan menuju kematangan psikologi dalam teori Freud,²⁵ transformasi dari moralitas pembatasan ke moralitas kerja sama dalam perkembangan anak.²⁶ Teori-teori ini tidak serta merta berbicara mengenai transformasi masyarakat secara keseluruhan atau bahkan sistem kelembagaan secara keseluruhan. Apapun cakupannya, yang paling penting adalah suatu pandangan mengenai perubahan ditelusuri sedemikian rupa sehingga dapat dikatakan bahwa kekuatan-kekuatan sistematis yang bergerak dalam suatu tahap akan memberikan hasil-hasil yang khas pada tahap berikutnya. Dengan demikian, setiap model perkembangan mendalilkan suatu "dinamika internal" ("*inner dynamic*").

Konsep "dinamika internal" ditolak oleh banyak ahli ilmu sosial yang takut akan (1) pengharusan adanya persyaratan tertentu dalam pola-pola yang sebenarnya bersifat kondisional atau (2) pemberian tekanan secara selektif yang menyebabkan konsepsi-konsepsi dimasukkan ke dalam sejarah. Akibat dari ketakutan-ketakutan seperti ini adalah keharusan untuk berfokus pada ketergantungan historis terhadap pengecualian dari kecenderungan-kecenderungan yang bersifat sistemik. Tetapi, coba pertimbangkan komentar mengenai perubahan sosial dan politik di Wales pada abad ke-14 di bawah ini:

²² Bryan R. Wilson, *Sects and Society* (Berkeley: University of California Press, 1961), hlm. 5, 325 dst; Ernst Troeltsch, *The Social Teachings of the Christian Churches* (London: George Allen & Unwin, 1956, 1911), I, 45-51, 331 dst.

²³ Roberto Michels, *Political Parties: A Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracies* (New York: Free Press, 1949, 1911).

²⁴ Edward Sapir, "Culture, Genuine, and Spurious," *American Journal of Sociology*, 29 (1924): 401; dan Robert Redfield, *The Folk Culture of Yucatan* (Chicago: University of Chicago Press, 1941).

²⁵ Ada pertalian substantif dan juga logis antara model perkembangan hukum dengan perkembangan psikologis Freud dan teori-teori lainnya. Tema yang sama adalah transformasi otoritas ke arah moderasi dan rasionalitas yang lebih besar.

²⁶ Jean Piaget, *The Moral Judgment of the Child* (New York: Free Press, 1965, 1932).

Wales abad ke-14 bukanlah suku Wales yang sering dibayangkan orang. ...rezim penguasaan aset yang bersifat individual telah menggantikan...penguasaan tanah secara semi-komunal oleh kelompok kekerabatan. Perubahan dari tribalisme/kesukuan ini sebagian disebabkan oleh kedekatan dengan Inggris dan dengan feodalisme di wilayah perbatasan; tetapi kebanyakan disebabkan oleh munculnya negara dan hadirnya lembaga-lembaga administratif yang terpusat. Pertumbuhan ini mengharuskan adanya birokrasi administratif, dan suatu aristokrasi *kementerian* resmi mulai berkembang, di mana anggota-anggotanya sering diberi imbalan hadiah hak atas tanah, yang keterkaitannya dengan pola kesukuan sangat sedikit.²⁷

Dalam kasus ini berkurangnya konsep penguasaan tanah secara komunal kebanyakan berakar dari adanya kebutuhan mendesak dari pemerintah pada waktu itu, terutama kebutuhannya untuk memberikan imbalan kepada birokrasi yang mulai tumbuh. Perlunya imbalan tersebut dan cara pemenuhannya dengan memberikan hadiah tanah merupakan hal yang lebih dari sekadar rangkaian peristiwa tanpa arah. Peristiwa-peristiwa tersebut muncul karena karakter sistem sosial yang tengah dibentuk. Dengan konteks inilah kami dapat berbicara mengenai suatu dorongan yang sengaja dibuat menuju perubahan yang pasti, suatu sumber kepastian arah (*directionality*) dalam sejarah – tanpa berprasangka bahwa banyak perubahan dihasilkan juga oleh pengaruh-pengaruh “eksternal”.

Menemukan suatu dinamika historis yang spesifik tentu saja tidak sama dengan memformulasikan suatu teori yang lebih luas tentang hasil-hasil yang berulang (*theory of recurrent outcomes*). Namun hubungan antara keduanya tetap ada, karena setiap teori yang lebih luas harus dibuat berdasarkan pola-pola spesifik seperti itu. Misalnya, pembahasan mengenai birokrasi dalam ilmu sosial kontemporer. Model perkembangan dalam pembahasan soal ini dapat diterima setidaknya secara implisit, dan sampai tingkat tertentu secara eksplisit. Akademisi di bidang organisasi modern dapat berbicara tentang tiga tahap: pra-birokratik, birokratik, dan post-birokratik.²⁸ Karakter setiap tahap disajikan dalam Tabel 2. Model tersebut menyajikan secara umum sejumlah besar temuan-temuan sejarah dan menempatkannya dalam suatu kerangka yang utuh. Model ini menyatakan bahwa dalam kondisi-kondisi yang memadai, proses-proses spesifik muncul dan cenderung mentransformasikan pembuatan keputusan pra-birokratik yang bersifat sementara (*ad-hoc*) menjadi pembuatan keputusan yang lebih sistematis. Pembuatan keputusan yang lebih sistematis ini kemudian tergantung pada tekanan-tekanan yang menariknya untuk bergerak ke arah gaya post-birokratik yang lebih fleksibel.²⁹

²⁷ E.F. Jakob, *The Fifteenth Century* (Oxford: Oxford University Press, 1961), hlm. 38.

²⁸ Tema ini dikembangkan dalam Warren G. Bennis, *Changing Organizations* (New York: McGraw-Hill, 1966), hlm. 3-15; dan *Beyond Bureaucracy: Essays in the Development and Evolution of Human Organization* (New York: McGraw-Hill, 1973).

²⁹ Kesamaan antara model tersebut dengan model yang kami kemukakan tentang perkembangan hukum didiskusikan lebih lanjut di hlm 52-53 dan 47-82.

Model perkembangan birokrasi ini bukanlah suatu kesimpulan historis. Ia tidak dimaksudkan untuk menggambarkan runtutan peristiwa atau meramal hari esok secara spesifik. Model ini adalah suatu teori tentang batasan dan respon institusional, yang fungsi intelektualnya adalah untuk mengidentifikasi *potensi-potensi perubahan* dalam suatu rangkaian situasi tertentu. Kendati dalam keadaan tertentu model ini bisa memperkirakan perjalanan sejarah secara kasar, hal ini bukanlah tujuan utamanya. Model perkembangan adalah catatan pemberian karakter yang rumit. Ia mengemukakan bahwa kondisi tertentu dari suatu sistem akan melahirkan kekuatan yang mendorong dihasilkannya perubahan tertentu. Ia berguna pada saat ia berhasil mengidentifikasi tekanan, masalah, peluang, harapan dan bentuk adaptasi yang muncul, yang kesemuanya bersifat khas. Hal-hal khas tersebut menggambarkan arah perubahan, tetapi mereka tidak dapat memberitahu kita apa yang sesungguhnya akan terjadi, karena hal itu selalu bergantung pada kondisi-kondisi yang sangat beragam dan kekuatan-kekuatan yang saling bertentangan.

Sebagai contoh, ide tentang suatu organisasi post-birokratik merujuk pada keterbatasan-keterbatasan birokrasi sebagai suatu instrumen tindakan rasional. Karakter-karakter yang khas dari birokrasi melahirkan kepentingan-kepentingan tertentu dan kekakuan-kekakuan lainnya. Organisasi kontemporer membutuhkan keeluasaan yang lebih besar dibandingkan dengan keeluasaan yang dimungkinkan oleh cara birokratik. Dan mereka menaruh perhatian lebih pada inisiatif yang memotivasi dibandingkan dengan kode perilaku yang mengatur. Namun tidak seorangpun tahu seberapa jauh perkembangan ini dapat berlangsung, dan tentu saja disangsikan kalau birokrasi dapat sepenuhnya dilewati. Terlihat jelas bahwa penjelasan tentang tahap post-birokratik ini bukanlah suatu praktek dalam dunia ramal-meramal. Ia merupakan suatu cara untuk mengidentifikasi pola historis tahap awal serta alternatif historis yang signifikan.

Jelas bahwa tidak setiap "dinamika internal" (*inner dynamic*) mengungkapkan suatu proses perkembangan. Beberapa dinamika internal tersebut hanya menggambarkan transformasi dari suatu tipe organisasi sosial ke tipe organisasi sosial lainnya. Misalnya, perubahan dari sistem penguasaan tanah secara komunal ke sistem pemilikan individual dalam contoh yang dikemukakan di depan. Tetapi akademisi di bidang perubahan sosial mempunyai minat khusus pada pola-pola transformasi yang menyebabkan munculnya satuan-satuan baru dengan *kompetensi yang lebih besar*, yaitu kapasitas yang lebih besar untuk menyelesaikan masalah. Beberapa minat itu bersifat praktis dan berorientasikan kebijakan. Tetapi persoalan yang lebih mendasar adalah tanggung jawab untuk menghasilkan penemuan. Pemahaman kita tentang perubahan sosial tidaklah utuh bila kita tidak mencari cara-cara adaptasi yang melahirkan

TABEL 2. TIGA TIPE ORGANISASI FORMAL

	PRA - BIROKRATIK	BIROKRATIK	POST - BIROKRATIK
TUJUAN	Partikularistik; tercampur-aduk antara kepentingan pribadi dengan tanggung jawab publik	Eksplisit, pasti, publik; teridentifikasi dengan jurisdiksi yang ditetapkan	Berorientasikan misi; fleksibel
OTORITAS	Tradisional, karismatik, tidak terstruktur	Bidang-bidang kompetensi yang terbagi secara hirarkhis; komunikasi "melalui saluran-saluran;" rasionalitas formal	Organisasi tim dan gugus tugas; komunikasi terbuka; difusi otoritas; rasionalitas substantif
PERATURAN	Tidak sistematis	Terkodifikasi; cetak biru untuk tindakan; fokus pada keteraturan administratif	Subordinat terhadap tujuan, penolakan terhadap keterikatan pada peraturan
PEMBUATAN KEPUTUSAN	Bersifat <i>ad hoc</i> ; tunduk pada kemauan satu orang dan tindakan-tindakan tidak terkontrol yang dilakukan oleh bawahan	Sistematis; rutin; delegasi terbatas; ada asumsi mengenai lingkungan sosial yang stabil yang terdiri dari unsur-unsur yang sudah diklasifikasikan dan dibuat taat pada peraturan	Partisipatif; berpusat pada masalah; delegasi luas; ada asumsi mengenai lingkungan dengan tuntutan dan kesempatan yang berubah-ubah
KARIER	Tidak stabil, tidak profesional; jabatan bisa diperjualbelikan atau sebagai pendapatan sampingan bagi kaum elit	Pejabat sebagai profesional penuh waktu yang berkomitmen kepada organisasi; tidak ada konstituen personal; penunjukan berdasarkan kemampuan; penekanan pada senioritas dan jabatan	Afiliasi rangkap dan temporer; keterlibatan melalui subkontrak; ahli-ahli mempunyai landasan profesional yang otonom

alternatif-alternatif historis yang baru dan yang mampu bertahan, seperti perubahan dari status ke kontrak,³⁰ dari masyarakat paguyuban (*Gemeinschaft*) ke masyarakat patembayan (*Gesellschaft*),³¹ dari hukum yang keras ke keadilan.³²

Pola-pola ini melibatkan disorganisasi dan reorganisasi, melemahnya hal-hal yang lama dan munculnya hal-hal yang baru. Tetapi pola-pola ini bersifat *developmental* karena beberapa keadaan atau tahapan dianggap 'mendahului' yang lainnya, baik dalam hal waktu, maupun (dan lebih signifikan lagi) dalam hal arti penting dan fungsi. Tahapan-tahapan yang 'lebih maju' atau 'lebih tinggi' melahirkan kompetensi-kompetensi baru sambil menangani kebutuhan-kebutuhan yang lebih mendasar yang masih tersisa dari tahapan sebelumnya. Contoh yang jelas adalah pernyataan Freud, "Di mana ada *id*, di sana akan *ego*."³³ Terkadang aspek perkembangan dari suatu transformasi nampak kabur, dan seseorang harus melihat konteksnya. Apa yang nampak sebagai suatu pernyataan belaka bahwa suatu bentuk sosial digantikan oleh bentuk sosial yang lainnya (seperti kontrak digantikan oleh status) haruslah dipahami sebagai suatu hipotesis bahwa bentuk yang baru berkontribusi bagi suatu tatanan sosial yang (dalam kasus ini) lebih mampu menghadapi keterbatasan-keterbatasan suatu organisasi sosial yang didasarkan pada hubungan kekerabatan, misalnya nepotisme atau pemisahan yang tegas orang asing dari anggota kerabat. Dalam model yang kami ajukan, hukum represif "ada terlebih dahulu", dalam arti bahwa ia memecahkan persoalan mendasar dalam membangun tertib politik, di mana tanpa adanya tertib politik ini mustahil bagi sistem hukum dan sistem politik untuk bergerak ke arah kondisi yang "lebih tinggi". Hukum otonom mempersyaratkan dan membangun di atas pencapaian itu, sebagaimana halnya hukum responsif membangun di atas landasan konstitusional yang lebih terbatas namun mendasar dari tahapan 'rule of law.'

Fungsi utama dari model perkembangan dalam kajian sosial adalah untuk membantu mendiagnosis kapasitas dan kelemahan institusi, dan mengukur potensinya untuk merealisasikan prinsip-prinsip. Pengukuran potensi tersebut tidaklah didasarkan pada sesuatu yang tidak jelas. Justru maksud dari suatu model perkembangan adalah untuk memberikan landasan dalam menemukan prinsip yang muncul atau prinsip yang penting dalam analisis mengenai penekanan dan peluang historis. Jadi, menyatakan bahwa hukum

³⁰ Henry Summer Maine, *Ancient Law* (Boston: Beacon Press, 1963, 1861), hlm. 163-165

³¹ Ferdinand Tonnies, *Community and Society*, diterjemahkan dan diedit oleh C.P. Loomis (New York: Harper & Row, 1963, 1887).

³² Pound, I, 363-459.

³³ Sigmund Freud, *New Introductory Lectures on Psychoanalysis* (New York: Norton, 1965, 1933), hlm. 80. Catatan editor: dalam teori psikoanalisis Freud, *id* merupakan awal dari *ego* dan *superego*. Secara sederhana dapat dikatakan bahwa *id* lebih berupa aspek dasar dalam diri manusia yang dibawa sejak lahir, *ego* dan *superego* muncul pada saat berinteraksi dengan dunia di sekitarnya. *Ego* muncul ketika *id* digunakan dalam bereaksi dengan dunia luar, sedangkan *superego* bersumber dari masukan dari luar.

represif sebagai tahapan yang rendah dan hukum responsif sebagai tahapan yang tinggi dalam perkembangan hukum bukanlah berarti bahwa hukum responsif lebih disukai dibandingkan hukum represif. Teori perkembangan menentang penilaian yang didasarkan atas kriteria-kriteria dari hukum, organisasi, atau kepribadian yang “baik,” yang sebenarnya bersifat abstrak. Ia secara tegas menyatakan bahwa evaluasi memerlukan suatu penilaian yang mendalam atas masalah-masalah aktual, sumber daya dan peluang-peluang. Hanya konteks ini yang dapat mengatakan pada kita tentang kebutuhan apa yang mendesak dan sasaran-sasaran apa yang akan dicapai. Kami berpendapat bahwa penindasan (represi) adalah suatu jawaban “alamiah” terhadap kondisi-kondisi tertentu dari organisasi hukum dan sosial, dan ada kondisi-kondisi di mana pengamat yang tidak berpihak akan menyimpulkan bahwa represi merupakan langkah evolusi kelembagaan yang lebih bijaksana manakala tidak ada alternatif lain yang tersedia. Bagaimanapun, adalah jelas bahwa bila seseorang mengidentifikasi suatu kemungkinan, misalnya untuk suatu evolusi menuju suatu responsivitas tidak lantas berarti ia menyokong transformasi seperti itu. Walaupun hukum responsif memungkinkan tercapainya keadilan yang lebih besar, aspirasi itu dalam kenyataannya bisa bertentangan dengan tujuan kemanusiaan lainnya yang juga berharga. Kita tidak usah secara dini menentukan apakah ia (atau hukum responsif itu) harus lebih diinginkan.

Perlu kami tambahkan bahwa model perkembangan menunjukkan kerentanan serta sumber pertumbuhan. Sebagian dari kekuatan yang mendorong perubahan dihasilkan oleh berbagai masalah dan konflik, yang berisiko menimbulkan kemunduran. Jadi dalam perkembangan kepribadian, seorang anak dihadapkan kepada kebutuhan untuk memantapkan kemandiriannya—suatu rangkaian upaya yang mengandung risiko yang bisa mendorong ia maju namun bisa juga mengakibatkan kemunduran. Pada prinsipnya, model-model perkembangan dapat menunjukkan kemunduran atau kehancuran seperti halnya ia menunjukkan kemajuan atau pertumbuhan.

Karena itu, suatu teori mengenai pertumbuhan tidak perlu mengklaim bahwa tahapan yang “tinggi” (“*advanced*”) merupakan tahapan yang paling “cocok”, atau paling “dapat menyesuaikan diri” atau paling “stabil”. Walaupun adaptasi bersifat krusial bagi setiap pola perkembangan, namun *hasil* dari proses adaptasi itu dapat mengandung risiko. Teknologi canggih, termasuk ekosistem buatan manusia, mempunyai kompetensi tinggi, namun mereka juga rentan dalam hal-hal tertentu.³⁴ Dan pencapaian cita-cita manusia yang kompleks selalu tergantung pada jaringan lingkungan pendukung yang rapuh. Karena itulah kami mengakui bahwa dalam model yang kami ajukan, tahapan III kurang stabil dibandingkan tahapan II.

³⁴ Hal ini ditekankan dalam Barry Commoner, *The Closing Circle: Nature, Man, and technology* (New York: Knopf, 1971).

Tahapan I juga mempunyai sumber bagi ketidakstabilannya sendiri, termasuk legitimasi yang tidak stabil. Jadi kami berargumen bahwa hanya tahapan II yang menjanjikan tertib kelembagaan yang langgeng dan stabil. Dengan demikian model perkembangan dapat disusun ulang dengan fokus pada hukum otonom, dengan menunjuk pada konflik-konflik pada tahapan tersebut yang menimbulkan tidak hanya risiko kembalinya pola-pola represif namun juga kemungkinan terjadinya responsivitas yang lebih besar.³⁵

Tuntutan akan hukum yang responsif berawal dari adanya keterbatasan-keterbatasan yang ditemukan dalam sistem hukum otonom. Namun demikian, dalam mencapai hasil yang kompleks, hukum responsif menciptakan kebutuhan yang besar (dan mungkin berlebihan) akan kompetensi dan fleksibilitas dalam komunitas politik terkait. Hukum responsif lebih dari sekadar ideal yang bersifat abstrak karena ia berakar pada kebutuhan historis. Pada saat yang sama, kami menyadari bahwa kami berbicara tentang suatu hasil yang terletak, sebagaimana dikatakan oleh Santayana, "pada hal-hal yang hampir mustahil, dan harus beroperasi lebih untuk mengukur daripada meramal pencapaian-pencapaian."³⁶

³⁵ Lihat juga diskusi pada hlm. 94 - 95..

³⁶ George Santayana, *The Life of Reason: Or, the Phases of Human Progress* (New York: Charles Scribner's Sons, 1954), hlm. 456.

II

Hukum Represif

Gagasan hukum represif menganggap bahwa tatanan hukum tertentu dapat berupa “ketidakadilan yang tegas”.¹ Keberadaan hukum tidak menjamin keadilan, apalagi keadilan substantif. Sebaliknya, setiap tatanan hukum memiliki *potensi* represif sebab hingga tingkat tertentu ia akan selalu terikat pada *status quo*, dan dengan memberikan “baju” otoritas kepada penguasa, hukum membuat kekuasaan makin efektif. Hal ini telah dipahami secara umum, tetapi baru ada sedikit usaha untuk secara sistematis mengkaji karakter-karakter hukum represif, dan untuk melakukannya dengan tetap memperhitungkan variasi pada karakter-karakter tersebut.

Kekuasaan pemerintahan bersifat represif jika kekuasaan tersebut tidak memperhatikan kepentingan orang-orang yang diperintah, yaitu ketika kekuasaan dilaksanakan tidak untuk kepentingan mereka atau dengan mengingkari legitimasi mereka. Akibatnya, posisi mereka menjadi rentan dan lemah. Benar bahwa setiap tindakan atau keputusan dari pemerintah dapat mensyaratkan terganggunya pemenuhan beberapa kepentingan pada kepentingan yang lainnya. Tidak semua tuntutan dapat dikabulkan dan tidak pula kepada semua kepentingan dapat diberikan pengakuan yang sama. Tetapi jika kita mengesampingkan suatu kepentingan ketika kita memberikan keleluasaan bagi satu hal yang memang harus diprioritaskan, maka hal itu tidak dapat dikatakan sebagai sebuah represi. Sebuah keputusan

¹ Frase “ketidakadilan yang membeku” berasal dari Howard Zein, *Disobedience and Democracy: Nine Fallacies on Law and Order* (New York: Vintage Books, 1968), hlm. 4.

yang merugikan dan bahkan menyakitkan bukan merupakan suatu represi, sepanjang keputusan itu tidak membahayakan; misalnya dengan mengikuti prosedur yang menghormati hak-hak seseorang atau dengan mencari cara yang dapat mengurangi atau membatasi akibat yang membahayakan.²

Rezim represif adalah rezim yang menempatkan seluruh kepentingan dalam bahaya, dan khususnya kepentingan yang tidak dilindungi oleh sistem yang berlaku dalam hal keistimewaan dan kekuasaan. Tetapi dalam beberapa hal dan hingga tingkat tertentu, setiap tatanan politik bersifat represif. Beberapa kepentingan tertentu – seperti kepentingan buruh migran atau anak-anak terlantar – yang pengabaianya menunjukkan represi, akan bervariasi tergantung pada konteksnya. Kelompok mana yang rentan terhadap represi sangat tergantung pada distribusi kekuasaan, pola kesadaran, dan banyak hal lainnya yang secara historis bersifat kondisional. Lebih jauh lagi, potensi represi akan meningkat saat harapan-harapan semakin meluas dan kepentingan-kepentingan baru dikemukakan. Sebab akan banyak peristiwa yang muncul ketika instruksi dari pemerintah mensyaratkan atau mendorong diabaikannya klaim-klaim atas hak. Di sisi lain, pengabaian hak dapat dirasakan sebagai bukan represi kalau hal itu terjadi dalam keadaan darurat yang dirasakan secara luas, seperti perang maupun hal lain yang sejenis. Karena itu, dalam substansinya, represi, seperti halnya “dehumanisasi”, adalah ide yang sangat relatif. Namun hal ini tidak seharusnya menghalangi kita untuk mengakui hukum represif sebagai suatu fenomena yang gambaran umumnya dapat diketahui meski terdapat variasi dalam hal budaya dan konteks.

Dengan demikian, represi tidak harus melibatkan penindasan yang mencolok. Represi terjadi pula ketika kekuasaan bersifat lunak namun hanya sedikit memperhatikan, dan tidak secara efektif dikendalikan oleh, kepentingan-kepentingan yang terpengaruh atau terkena akibat dari tindakan penguasa. Bentuk represi yang paling jelas adalah penggunaan kekerasan yang tidak terkontrol untuk menegakkan perintah, menekan pihak yang tidak patuh, atau menghentikan demonstrasi. Tetapi represi sering juga sangat halus dan dilakukan secara tidak langsung, dengan mendorong dan mengeksploitasi persetujuan pasif.

Meskipun tatanan hukum dapat menggunakan paksaan (*coercion*) atau bergantung pada kekuasaan pamungkas untuk melakukan paksaan, namun

² Ada keberlanjutan yang jelas antara ide represi, sebagaimana yang kita pahami, dan konsep psikoanalisis dari represi sebagai suatu fase pembentukan kepribadian. Dalam teori Freud, represi adalah proses di mana kebutuhan seseorang, khususnya impuls atau dorongan yang agresif, tersubordinasi pada tuntutan-tuntutan tatanan sosial melalui media otoritas parental. Dorongan yang tidak memiliki legitimasi dilarang, akan dihukum sebagai suatu dosa, dan didorong keluar dari alam kesadaran menjadi alam tidak sadar. Dalam banyak hal “moralitas super ego” berlaku untuk pribadi, sebagaimana hukum represif berlaku untuk masyarakat: Ia menuntut kepatuhan tanpa sikap kritis dan tidak mampu mengakomodasi kedaruratan suatu tatanan ke dalam kebutuhan individual akan pemuasan keinginan. Mengenai “Moralitas Super Ego” lihat hlm. 40-41.

tatanan hukum semata tidak membuat sistem menjadi represif.³ Paksaan menjadi jinak ketika ia bersifat diskriminatif pada saat digunakan dan sengaja dibuat hanya untuk menciptakan ancaman atau bahaya tertentu; ketika alat kontrol alternatif dicari; dan ketika tersedia kesempatan bagi target paksaan itu untuk mempertahankan dan melindungi kepentingan-kepentingannya. Namun tidak berarti paksaan menjadi tidak salah. Bahkan jika kekuatan dalam melakukan paksaan dikurangi, paksaan tetap cenderung mendorong terjadinya represi karena (1) tersedianya alat-alat pemaksa memberikan alternatif yang nyaman dan mengurangi kebutuhan untuk melakukan akomodasi, dan (2) penggunaan kekuatan merupakan suatu dehumanisasi: seorang target paksaan akan dijauhkan dari situasi dialog, persuasi, dan penghormatan, legitimasi atas klaim-klaimnya pun akan lebih mudah ditolak. Karena itu, meskipun dalam teori paksaan dapat dibatasi pada tindakan-tindakan tertentu yang halus, selalu ada risiko bahwa pembatasan itu akan menghasilkan penghancuran kehormatan seseorang. Singkatnya, kekuatan yang memaksa tidak represif jika kehormatan orang-orang dijaga bahkan pada saat kekuatan diterapkan terhadap mereka.

Seperti halnya paksaan tidak harus represif, demikian juga represi tidak harus bersifat memaksa. Ketika pemerintah mendapatkan legitimasi karena ia memelihara apa yang oleh Austin disebut “kebiasaan umum untuk taat” (*the general habit of obedience*)⁴, paksaan tidak diperlukan. Hasil semacam ini membutuhkan tidak lebih dari persetujuan warga negara secara umum dan diam-diam. Persetujuan diam-diam (*uninformed consent*) yang terdapat dalam ketakutan dan diperlihatkan dengan sikap apatis membuka jalan lebar bagi otoritas yang sah namun tidak terkontrol. Selain itu, beberapa bentuk persetujuan terdistorsi oleh keputusan. Contohnya, ketika kelemahan dan tidak terorganisasinya golongan yang ditekan membuat mereka

³ Debat dalam ilmu hukum mengenai hubungan antara hukum dan paksaan memberi contoh yang sangat menarik tentang kebingungan yang lahir dari suatu upaya keras untuk mendefinisikan atribut hukum. Kendati tidak logis, namun dapat dimengerti, bahwa *definisi* di mana paksaan diusulkan untuk membedakan hukum dari komponen tatanan normatif lainnya dibuat untuk menyajikan teori empirik bahwa paksaan benar-benar mempunyai peranan yang sangat penting dalam sistem hukum. Spektrum kekuatan yang sempurna dimunculkan, dan kritik dikemukakan dengan mencoba memisahkan hukum dari paksaan. Pendekatan ini tentu saja lemah dalam hal penilaian akal sehat bahwa sanksi-sanksi pemaksa, walaupun telah diperlunak, tetap diam dan bersembunyi di belakang tertib hukum. Dalam sifatnya yang paling lunak, hukum tidak boleh mencapai tingkat yang lebih dari “kerja sama sukarela dalam suatu sistem pemaksa.” H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), hlm. 193. Lihat juga Malcolm Feeley, “Coercion and Compliance: A New Look at an Old Problem,” *Law and Society Review* 4 (1970): 505. Kami berpandangan bahwa paksaan dipahami secara lebih baik sebagai salah satu dari dua hal yang saling terkait satu sama lain, yang bersifat empirik, yang penting namun bisa berubah-ubah, yang ada dalam upaya untuk menegakkan norma-norma otoritatif. Mengakui bahwa pemaksaan dimungkinkan untuk mempunyai tempat dalam tertib hukum tidak lalu membawa orang kepada suatu kesimpulan yang kuat mengenai sifat hukum sebagai suatu model pemerintahan. Hal itu hanya membuka wacana ke variasi kritis di mana kekerasan dipakai dalam konteks yang berbeda.

⁴ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1955, 1832), hlm. 151.

menerima tujuan dan perspektif dari pihak yang menekan.⁵ Memang represi akan sempurna jika itu tidak sampai ke suatu paksaan. Dengan demikian, kunci menuju represi tidak terletak pada paksaan atau persetujuan itu sendiri. Yang menjadi soal adalah seberapa jauh kekuasaan memperhitungkan dan dikontrol oleh kepentingan-kepentingan bawahan, sebagaimana yang ditunjukkan oleh *kualitas* persetujuan dan *penggunaan* paksaan.

Dalam bentuknya yang paling jelas dan sistematis, hukum represif menunjukkan karakter-karakter berikut ini:

1. Institusi hukum secara langsung dapat diakses oleh kekuatan politik; hukum diidentifikasi sama dengan negara dan disubordinasikan pada tujuan negara (*raison d'état*).
2. Langgengnya sebuah otoritas merupakan urusan yang paling penting dalam administrasi hukum. Dalam "perspektif resmi" yang terbangun, manfaat dari keraguan (*the benefit of the doubt*)^a masuk ke sistem, dan kenyamanan administratif menjadi titik berat perhatian.
3. Lembaga-lembaga kontrol yang terspesialisasi, seperti polisi, menjadi pusat-pusat kekuasaan yang independen; mereka terisolasi dari konteks sosial yang berfungsi memperlunak, serta mampu menolak otoritas politik.
4. Sebuah rezim "hukum berganda" ("*dual law*") melembagakan keadilan berdasarkan kelas dengan cara mengkonsolidasikan dan melegitimasi pola-pola subordinasi sosial.
5. Hukum pidana merefleksikan nilai-nilai yang dominan; moralisme hukum yang akan menang.

Bagian-bagian sub-bab berikut ini akan memeriksa karakter hukum represif dan mendiskusikan proses-proses sosial yang memunculkan karakter-karakter tersebut. Strategi kami secara keseluruhan adalah untuk menekankan bahwa represi adalah sesuatu yang "alami". Dengan kata lain, penilaian kritis terhadap hukum represif harus dimulai dari pemahaman yang simpatik tentang bagaimana ia bisa muncul. Jadi, kami berpendapat

⁵ Bentuk yang ekstrim dari pola ini dibahas dalam analisis Bruno Bettelheim tentang penghuni kamp konsentrasi. Lihat Bruno Bettelheim, "Individual and Mass Behaviour in Extreme Situations." *Journal of Abnormal and Social Psychology* 38 (1943) 417. Suatu manifestasi yang lebih banyak dan umum adalah apa yang oleh Marxisme disebut sebagai "kesadaran yang salah" (*false consciousness*) dari kelas yang tereksploitasi. Sebuah ilustrasi yang tajam disajikan dalam Scott Briar, "Welfare from Below: Recipients' Views of the Public Welfare System," dalam Jacobus tenBroek dan Para Penyunting dari the *California Law Review*, eds., *The Law of the Poor* (San Francisco: Chandler, 1966), hlm. 46-61.

^a Catatan editor: *doubt* yang dimaksud di sini adalah "keraguan" yang seharusnya dimiliki oleh juri di pengadilan. Idiom yang terkenal adalah "*beyond reasonable doubt*;" perlu ada keraguan bahwa seseorang memang benar-benar bersalah, agar tidak terjadi salah menghukum. Maksud dari kalimat di atas adalah adanya prinsip "keraguan" dapat menyebabkan banyak alasan yang bisa digunakan untuk melonggarkan hukum. Dalam hukum represif, manfaat dari adanya prinsip ini begitu kental dan masuk menjadi sebuah sistem yang menguntungkan penguasa.

bahwa sumber yang umum bagi suatu represi adalah miskinnya sumber daya yang tersedia bagi elit-elit yang memerintah. Karena alasan ini, represi adalah sesuatu yang besar kemungkinannya mengiringi pembentukan dan terpeliharanya tatanan politik, dan dapat terjadi tanpa disengaja dalam upaya mencapai tujuan-tujuan yang baik.

Represi dan Ekonomi Kekuasaan

Jika kita terima urgensi kepemimpinan sebagaimana adanya, maka kemudian sumber represi yang paling besar adalah apa yang disebut oleh Merriam sebagai “kemiskinan kekuasaan” (“*the poverty of power*”). Ia mencatat bahwa “tidak ada yang lebih mengejutkan bagi para pemegang kekuasaan atau mungkin bagi para warganya, daripada lemahnya komando atau perintah dalam tipe-tipe krisis tertentu”.⁶ Otoritas tergantung pada praktek dan keyakinan sebagai konteks pendukung. Namun dalam ketiadaan konteks tersebut, kekuasaan tidak lantas hilang. Ketika pemegang kekuasaan berada dalam situasi yang sangat sulit, mereka akan berpaling kepada mekanisme-mekanisme represi. Mereka melakukannya tidak harus karena tujuan jahat tetapi karena mereka mungkin tidak melihat jalan lain untuk memenuhi tanggung jawab mereka.

Pola ini paling jelas terlihat dalam tahapan pembentukan komunitas politik. Pembentukan bangsa (*nation building*) pada akhirnya merupakan suatu transformasi loyalitas dan kesadaran, tapi pada awalnya proses *nation building* ini merupakan pekerjaan dari elit-elit yang mempunyai kemampuan terbatas selain penggunaan kekuatan dan penipuan. Kemudian, ketika institusi-institusi kebangsaan mulai terbentuk, negara dapat mulai melangkah dengan menyediakan pelayanan. Dengan demikian negara akan memenangkan kesetiaan dan dukungan dari masyarakat. Yang paling diperlukan sebelum *nation building* adalah pembentukan “perdamaian raja” (“*king’s peace*”), bersama dengan “pengambilalihan politik” (“*political expropriation*”)⁷ terhadap penantang-penantang potensial. Tatanan hukum yang terjadi sebagai dampak lanjutan dari proses di atas memiliki karakter sebagai berikut:

1. Pengadilan dan aparat hukum adalah menteri-menteri “sang raja”. Mereka dianggap (dan mereka menganggap diri mereka) sebagai

⁶ Charles E. Merriam, *Political Power* (1934), dicetak ulang dalam H. D. Lasswell, C. E. Merriam, dan T. V. Smith, *A Study of Power* (New York: Free Press, 1950), hlm. 156.

⁷ Ini adalah frase dari Max Weber, dalam H. H. Gerth dan C. Wright Mills, ed. dan pen., *From Max Weber: Essays in Sociology* (New York: Oxford University Press, 1958, 1946) hlm. 82, 83.

instrumen penguasa yang mudah diatur atau dipengaruhi. Institusi-institusi hukum melayani negara; mereka bukanlah bagian yang tak terpisahkan dari negara. Ide kedaulatan merasuki wacana hukum. Berikut adalah idiom dari Austin ketika ia membahas kebiasaan yang ditempatkan di bawah supremasi negara:

Ketika hakim mengubah kebiasaan menjadi aturan hukum, ... aturan hukum yang ia buat adalah dibuat oleh legislatif yang berdaulat. Seorang bawahan atau seorang hakim hanyalah seorang menteri. Porsi kekuasaan berdaulat yang ada di tangannya semata-mata merupakan porsi yang didelegasikan. Aturan yang ia buat memperoleh kekuatan hukumnya dari otoritas yang diberikan oleh negara.⁸

2. Tujuan utama hukum adalah ketenteraman umum, “untuk menjaga kedamaian dalam setiap peristiwa dan dengan risiko apa pun.” “Terpuaskannya keinginan masyarakat akan keamanan umum” adalah “tujuan dari tatanan hukum.”⁹
3. Institusi-institusi hukum mempunyai sedikit sumber daya lain selain kekuatan pemaksa dari negara. Karena itu, hukum pidana merupakan perhatian utama aparat hukum dan cara yang representatif dari otoritas hukum.¹⁰
4. Aturan hukum memberikan corak otoritas pada kekuasaan, tapi penggunaan aturan disesuaikan dengan kriteria kelayakan politik. Tujuan negara (*raison d'état*) mensyaratkan bahwa kebebasan atau keleluasan yang tidak terkontrol perlu dijaga; bahwa peraturan-peraturan perlu secara lemah mengikat atau berlaku terhadap yang memegang kedaulatan; bahwa pengakuan terhadap hak-hak merupakan hal yang berbahaya.

Tak ada satupun dari kondisi di atas yang terbatas pada negara yang baru muncul, atau negara yang dilanda berbagai persoalan pelik. Kenyataannya, manifestasi yang paling ekstrim dari hukum represif justru terjadi pada negara besar totaliter di zaman modern. Di negara-negara seperti ini, ide tentang “tatanan” atau “ketertiban” meliputi lebih dari sekedar perdamaian, dan pada prakteknya, usaha untuk memaksakan

⁸ Austin, hlm. 31.

⁹ Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (New Haven, Con.: Yale University Press, 1954, 1922), hlm. 33.

¹⁰ Mengenai peranan sentral dari hukum pidana dalam tahapan-tahapan pembentukan negara, lihat misalnya James Fitzjames Stephen, *A History of Criminal Law of England* (London, 1883) hlm. 177-178, 338 dst, 358; Leon Radinowicz, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750* (London: Steven & Sons, 194, I, 4-5, 140); Edward Jenks, *Law and Politics in the Middle Ages* (London: John Murray, 1919, 1897) hlm. 105 dst; Theodore F. T Plucknett, *A Concise History of the Common Law* (Boston: Little, Brown, 1956, 1929) hlm. 182-183; dan Plucknett, *Edward I and Criminal Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1960) hlm. 26-50.

rekonstruksi masyarakat secara radikal memunculkan kebutuhan akan paksaan. Tidak mampu untuk mengandalkan kesetiaan publik, negara totaliter dihantui ketakutan akan perlawanan dan pengkhianatan, dan karenanya harus secara konstan mengandalkan sumber-sumber daya pemaksanya (yang saat ini jauh lebih canggih). Kriminalisasi adalah bentuk yang paling disukai untuk keperluan kontrol yang resmi, dan semangat hukum darurat mengemuka. Misalnya dalam kutipan di bawah ini:

Demi kepentingan untuk menghemat kekuatan dan mengharmoniskan serta menyatukan berbagai macam tindakan, kaum proletar harus membuat aturan-aturan yang menindas musuh kelasnya, harus menciptakan suatu metode perjuangan melawan musuh-musuhnya dan belajar untuk mendominasi mereka. Dan utamanya metode ini harus terkait dengan hukum pidana, yang bertugas berjuang melawan para perusak kondisi-kondisi baru kehidupan bersama pada periode transisional menuju diktator proletariat.¹¹

Dominasi represif secara tajam ditunjukkan oleh negara-negara kuno¹² dan totaliter.¹³ Tetapi masalah-masalah yang menghasilkan dominasi represi ini muncul dan muncul berulang-ulang di mana-mana. Bahkan pada rezim yang sudah matang dan stabil, terpeliharanya perdamaian umum ini masih merupakan kewajiban utama pemerintah. Pada situasi-situasi ketidakteraturan atau kekacauan yang meluas, pengutamaan ketertiban dipertegas kembali dan akan mengesampingkan komitmen dan hal-hal penting lainnya. Bahkan pemerintahan yang sangat rasional dan liberal mungkin akan kembali pada kekuatan represif jika tidak ada jalan lain untuk memelihara ketertiban.

Fenomena yang mendasari represi adalah miskinnya sumber daya politik. Secara umum potensi represi dimunculkan ketika tugas yang mendesak harus dihadapi dengan kondisi adanya kekuasaan yang cukup namun kekurangan sumber daya.¹⁴ Karena itu, ketika pemerintah memperluas jangkauannya, melaksanakan tanggung jawab yang menuntut kapasitas maksimalnya dan menguji batas-batas pengetahuannya, maka jurang

¹¹ Koleksi *Laws and Orders* dari RFSR (1919), no. 66, item 590, dikutip dari Harold J. Berman, *Justice in the USSR* (New York: Vintage Books, 1962), hlm. 32. Mengenai proliferasi dari "kejahatan-kejahatan ekonomi dan kejahatan jabatan" dalam hukum Soviet, lihat *Ibid.*, hlm. 84-88, 144-151, 219-298.

¹² Komunitas politik awal mungkin lebih baik disebut "kuno" daripada "primitif"; kami tidak sedang membicarakan pemerintah suatu masyarakat kecil yang bersatu di mana institusi-institusi politik hampir tidak dibedakan dari kekerabatan, tetapi kami berbicara tentang awal mula upaya untuk memasukkan komunitas-komunitas seperti itu ke dalam entitas-entitas yang lebih bebas yang secara khas politis.

¹³ Jadi identifikasi secara dekat antara negara dengan hukum pidana adalah suatu atribut baik dari negara awal maupun negara totaliter: kriminalisasi, sebagai strategi kontrol, adalah merupakan hasil sampingan dari ekspansi totalitarian pemerintah. Sebagaimana Barrington Moore, yang menulis tentang Cina, berpendapat bahwa "sosok kunci dari kompleks totalitarian terdapat pada dunia pra-modern". Barrington Moore Jr. *Social Origins of Dictatorship and Democracy: Lord Peasant in the Making of Modern World* (Boston: Beacon Press, 1967), hlm. 206.

¹⁴ Poin yang sama dibuat oleh Hannah Arendt dalam "On Violence", dalam *Crisis of the Republic* (New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972) hlm. 134-155.

pemisah antara tugas dan sumber daya akan makin membesar.¹⁵ Pejabat mungkin berkeinginan memperbesar biaya dan keuntungan untuk semua hal, namun sering tidak tahu bagaimana melaksanakannya, atau kekurangan sarana pelaksanaannya, atau ditekan oleh waktu yang terbatas. Dengan kondisi-kondisi seperti ini, maka penguasa akan berpaling ke cara-cara represif, yang mungkin akan memakai bentuk yang baru dan halus.

Jadi represi akan terjadi ketika sumber daya yang terbatas menyebabkan diambilnya suatu kebijakan pengabaian (*neglect*) yang halus. Dihadapkan dengan masalah keadilan atau kesejahteraan umum yang menekan, pemerintah mungkin akan menghindari dari komitmennya dan menolak tuntutan-tuntutan masyarakat. Tuntutan-tuntutan yang baru akan diberi prioritas yang sangat rendah atau akan dinyatakan sebagai tidak memiliki legitimasi. Melalui pengabaian, negara mengontrol munculnya harapan-harapan. Negara melakukannya sebagian karena kesadaran akan adanya batas-batas yang sejati dalam hal kapasitas politik dan administrasi, dan sebagiannya lagi karena ketakutan bahwa harapan-harapan yang tidak dipenuhi akan memperlemah fondasi kesetiaan politik dan perdamaian umum.

Sementara beberapa tanggung jawab publik dibebankan kepada negara, tanggung jawab lainnya tumbuh dari momentum pemerintahan yang positif. Represi bisa terjadi karena berlebihannya jangkauan pemerintah dan karena ketidakmampuan negara untuk memenuhi tuntutan-tuntutan masyarakat. Dalam ilmu pidana modern, tujuan atau cita-cita rehabilitasi mungkin dilahirkan dari inisiatif pejabat-pejabat dan pembaru-pembaru yang mempunyai tujuan baik. Tetapi tujuan dari gerakan tersebut memiliki sedikit landasan pada pengetahuan atau pengalaman, dan jauh melampaui kompetensi yang sempit dari lembaga-lembaga pemaksa dalam keadilan pidana.¹⁶ Alih-alih memperoleh hasil yang terbatas dari pengurangan dampak sanksi pidana,¹⁷ reformasi menelurkan berbagai macam program – pidana bersyarat, hukuman yang tidak ditentukan bentuknya

¹⁵ Beberapa konsekuensi represif dari moralisme hukum (lihat hlm. 38-41) diakibatkan oleh jurang pemisah dalam hal sumber daya. Dengan menyatakan bahwa otoritasnya terkait dengan meminjamkan otoritas kode perilaku tradisional, negara mungkin bisa memperkuat legitimasinya, tetapi ia juga mengemban tanggung jawab, misalnya, untuk stabilitas perkawinan dan pengawasan moral masyarakat. Sepanjang perilaku pribadi diatur oleh pribadi, dipertahankan oleh kelanjutan kekerabatan, lokalitas, dan agama, maka dukungan resmi mungkin akan bertahan secara simbolik. Tetapi ketika negara terpanggil untuk menggunakan tangannya secara aktif, seperti dalam penegakan hukum perceraian yang ketat, ia akan cenderung mengganggu dan tidak sensitif, serta menggunakan cara yang kasar untuk mengatur hal-hal yang di luar jangkauannya.

¹⁶Lihat misalnya, Robert Martinson, "What Works? Question and Answer About Prison Reform", *The Public Interest* 35 (1974): 22; Jams Q. Wilson, *Thinking About Crime* (New York: Basic Books, 1975), hlm. 43-63, 162-182, 198-209; Norval Morris, *The Future of Imprisonment*, (Chicago: University of Chicago Press, 1974) hlm. 1-57.

¹⁷ Reformasi juga memiliki sasaran yang lain, termasuk pencapaian atas suatu hal yang lebih rasional dan penegakan yang efektif dari hukum pidana. Lihat American Friends Service Committee, *Struggle for Justice: A Report on Crime and Punishment in America* (New York: Hill & Wang, 1971), hlm. 34-47. Tetapi sejauh dilihat dari sisi kemanusiaan, arti penting praktisnya yang paling utama adalah untuk mengurangi aspek-aspek punitif dan dehumanisasi dari penghukuman penjara.

(*indeterminate sentence*^b), “perlakuan” *correctional*^c – yang memperluas kebebasan pengadilan dan badan-badan yang memberlakukan hukuman, memperluas kontrol terhadap pelanggar, dan menambah rentan posisi pelanggar terhadap kesewenang-wenangan aparat.¹⁸

Dalam konteks yang lain, seperti dalam hal pembaruan perkotaan, program-program pemerintah kekurangan sarana untuk mengakomodasi, atau bahkan untuk sekedar memperhatikan beragam kepentingan individu dan kelompok yang terkena dampak pembangunan tersebut. Di sini represi terjadi bukan karena ketidakcakapan namun karena diarahkannya kebijakan publik pada sasaran tunggal. Tujuan serta kepentingan yang beragam disingkirkan karena program-program publik mengambil alih pola dimensi tunggal. Masyarakat menjadi sumber daya dalam permainan pertumbuhan industri; pembangunan perkotaan mengakibatkan adanya penggusuran; kesehatan publik kemudian berarti pengawasan publik:

Semua kontak seksual yang dilakukan seorang laki-laki selama dua minggu terakhir sebelum kunjungannya (ke klinik VD umum)—yang bagi pelanggan kami biasanya berarti banyak laki-laki atau banyak perempuan—kesemuanya yang diidentifikasi oleh para pelaku seksual yang tidak beruntung itu, harus ditemui oleh para investigator. Perempuan-perempuan dipanggil dari rumah atau tempat kerjanya, dikunjungi atau dikirim surat, dan akhirnya (lewat motivasi atau ancaman) dibawa ke klinik. Di sini, tanpa memperhatikan hasil dari pemeriksaan kesehatan, mereka diklasifikasikan sebagai G90 dan diberi 4.800.000 unit penisilin—kecuali kalau mereka menyatakan alergi terhadap penisilin. Dapat dibayangkan konflik keluarga dan bahkan tragedi apa yang diakibatkan oleh campur tangan terhadap kehidupan pribadi dan rumah tangga seperti ini. Perhatikan bahwa mereka yang secara finansial mampu berkonsultasi dengan dokter swasta akan luput dari semua laporan dan investigasi resmi ini dan tidak pernah ditanya mengenai kontak seksual mereka.

Jadi, tidak seperti yang diharapkan, lembaga yang paling progresif, yang memiliki pemikiran yang liberal, yakni Departemen Kesehatan, bekerja untuk mentransformasikan masyarakat kita menjadi negara polisi (negara yang penuh kontrol).¹⁹

^b Catatan editor: *indeterminate sentence* adalah suatu bentuk hukuman penjara yang jangka waktunya tidak ditetapkan oleh hakim saat putusan dijatuhkan namun ditetapkan kemudian oleh otoritas pelaksana hukuman dengan jangka waktu di kisaran antara waktu minimum dan maksimum yang ditetapkan oleh hakim. Lihat *Black's Law Dictionary, Seventh Edition, 1999*.

^c Catatan editor: *correction* adalah tindakan disiplin, pemulihan dan rehabilitasi pelanggar hukum melalui kurungan, pembebasan bersyarat, konseling, dan sebagainya. Lihat *Black's Law Dictionary, Seventh Edition, 1999*.

¹⁸ Lihat misalnya, Caleb Foote, “The Sentencing Function”, dalam *A Program for Prison Reform* (Cambridge, Mass.: The Roscoe Pound-American Trial Lawyers Foundation, 1972) hlm. 17; Elliot Studt, *Surveillance and Service in Parole: A Report of the Parole Action Study* (Washington D.C.:U.S. Department of Justice, 1973).

¹⁹ Dikutip oleh W. H. Auden, “Veni, Vici, VD”, *New York Review of Books* 20 (1973): 34, dari Basile Yanovsky, *The Dark Field of Venus: From a Doctor's Logbook* (New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1973).

Apapun asal-usulnya, baik dalam kelemahan negara yang baru mulai muncul maupun dalam dinamika pemerintahan yang positif, adanya jurang pemisah antara tugas dan sumber daya pemerintah mengurangi kemampuan hukum untuk mengakui hak-hak dan untuk mengontrol penggunaan kekuasaan. Kebutuhan dan komitmen negara memperoleh urgensi yang khusus dan mengabaikan kepentingan-kepentingan lainnya. Kualitas dan cara hukum berfungsi lalu menjadi bagian dari, dan tergantung pada, tuntutan-tuntutan pemerintah.

Perspektif Resmi

Jika suatu rezim sudah mapan, perintah-perintah politik mungkin menjadi kurang penting dan kurang mendasar, tetapi pengaruh mereka tetap ada. Kekuasaan dikonsolidasikan oleh keinginan akan perintah-perintah administratif: "Sang sistem" harus dipelihara, sumber daya administrasi harus dijaga, otoritas harus dikontrol. Maka muncullah "perspektif resmi."²⁰ Dengan perspektif resmi, para penguasa mengidentikkan kepentingan mereka dengan kepentingan masyarakat. Akibatnya yang paling utama adalah diletakkannya kepentingan-kepentingan rakyat di bawah kebutuhan-kebutuhan birokrasi. Pola tersebut memiliki elemen-elemen sebagai berikut:

1. Perspektif resmi mencadangkan diskresi yang luas, yang dijustifikasi oleh klaim-klaim atas hak istimewa absolut atau keahlian khusus. Mengutip "pemujaan terhadap negara" (*fetishism of the state*) dalam hukum Soviet, Harold Berman mengungkapkan:

Setiap organ eksekutif-administratif memiliki kewenangan diskresi yang luas, dengan dikontrol oleh organ-organ yang lebih tinggi. Yurisdiksi dari masing-masing organ tersebut terbatas secara teritorial, namun dalam beberapa hal, yurisdiksi tersebut menjadi tidak terbatas sesuai dengan sifat hal yang akan dilakukannya. Ini berarti bahwa korupsi dan penyalahgunaan kekuasaan dikontrol terutama oleh mereka yang lebih tinggi dalam rantai komando, dan tidak banyak dikontrol oleh peraturan-peraturan hukum materiil maupun hukum acara sebagaimana di negara ini.²¹

Di Amerika Serikat, keberatan terhadap kurangnya jaminan hukum dalam hukum acara di mana *California Adult Authority* menetapkan jangka waktu penjara dan memberikan pembebasan bersyarat berdasarkan hukum mengenai *indeterminate sentence* ditolak oleh pengadilan dengan alasan berikut:

²⁰ Frase "perspektif resmi" dari Edmond Cahn, "Law in the Consumer Perspective", *University of Pennsylvania Law Review* 112 (1963): 1, 4.

²¹ Berman, hlm. 379.

Dalam menentukan hukuman, dan dalam memberikan atau menolak pembebasan bersyarat, *California Adult Authority* bertindak bukan dalam konteks tindakan yudisial, namun dalam konteks tindakan administratif.. Menurut hukum California, setelah pengadilan menjatuhkan *indeterminate sentence*, dan hingga *California Adult Authority* menentukan lama masa penjara dalam kisaran batas waktu maksimum dan minimum yang ditetapkan, terpidana yang berada dalam penjara diperintahkan untuk menjalani hukuman penjaranya hingga jangka waktu maksimum untuk tindak pidana yang dilakukannya sebagaimana ditentukan oleh undang-undang. Tahanan yang telah dipidana tersebut tidak memiliki hak terhadap penentuan masa pidana penjara kurang dari jangka waktu maksimum, juga tidak mempunyai hak untuk pembebasan bersyarat... Penentuan jangka waktu hukuman penjara yang kurang dari waktu maksimum oleh *California Adult Authority* adalah masalah kebebasan penuh lembaga tersebut, bukan masalah hak. Pengadilan ini telah mencatat bahwa tujuan utama dari *indeterminate sentence* adalah "untuk memungkinkan adanya perlakuan secara individual terhadap pelanggar, berdasarkan pertimbangan yang paling baik dari *California Adult Authority*." Kami percaya bahwa *California Adult Authority* bebas, dan harus bebas, untuk mempertimbangkan semua faktor baik yang nyata maupun yang tidak nyata yang menentukan apakah seorang narapidana siap untuk kembali ke masyarakat sebelum jangka waktu pidana maksimumnya selesai dilaksanakan.²²

2. Perspektif resmi melindungi pemegang otoritas dari tantangan dan kritik. Ia mengakui "kekebalan penguasa" (*sovereign immunity*), menyepakati adanya asumsi mengenai keteraturan administratif,²³ menjamin tidak diganggu-gugatnya keputusan-keputusan kelembagaan dan mengurangi tanggung jawab untuk mereka:

Badan administratif adalah organisasi besar yang tidak jelas yang harus dihadapi oleh warga negara. Ia benar-benar tidak berbentuk. Ia menyodok di satu tempat dan keluar di tempat lain. Tidak ada seorangpun yang kelihatannya punya otoritas yang khusus. Ada seseorang yang disebut sebagai komisi, otoritas, makhluk metafisika yang maha tahu... Ada suatu ide bahwa Tuan A mendengar kasus dan kemudian kasus itu pergi ke gedung besar ini dan mondar-mandir ke sana ke mari untuk kemudian keluar dengan sebuah nama komisioner; tapi apa yang terjadi sesungguhnya merupakan suatu misteri. Hal itulah yang sangat mengganggu masyarakat.²⁴

²² *Dorado v. Kerr* 454 F. 2d. 892 (9th. Cir., 1972) pada hlm. 896-897. Hukum mengenai "indeterminate sentence" telah dicabut oleh suatu undang-undang yang terbaru yang mengembalikan kepada pengadilan, wewenang untuk menentukan lamanya hukuman dan yang mencoba untuk mengatur pelaksanaan kebebasan hakim dalam menjatuhkan putusan. Lihat "Uniform Determinate Sentencing Act of 1976", California Statue of 1976, Chap. 1139.

²³ "Semua praduga yang masuk akal harus dituruti dalam rangka mendukung para penegak hukum yang dipercaya untuk menjalankan proses perkara tersebut". *Ross v. Stewart*, 227 U, 530, 535, 33 S.Ct. 345. 348, 57 L.Ed. 626 (1913). "Praduga mengenai keteraturan mendukung tindakan hukum dari aparat dan, dalam hal ketiadaan bukti yang jelas yang mengatakan sebaliknya, pengadilan menganggap bahwa mereka telah melaksanakan dengan semestinya kewajiban-kewajiban resmi mereka", *Unitd States v. Chemical Foundation*, 272 US, 1, 14-15 47 S.Ct. 1, 6, 71 L.Ed. 131 (1926).

²⁴ Dikutip dalam Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Text* (St Paul, Minn.: West Publishing, 1959) hlm. 203.

3. Perspektif resmi membatasi tuntutan-tuntutan dengan menetapkan aturan-aturan yang kaku serta membatasi akses. Penumpukan perkara di pengadilan menyusul pembaruan mengenai perluasan hak untuk memberikan pendapat menunjukkan betapa dalamnya sistem hukum telah bergantung pada aksesibilitasnya yang terbatas.²⁵ Cina dulu memiliki kebijakan untuk mengurangi penggunaan pengadilan:

Jumlah tuntutan hukum cenderung meningkat sampai pada tingkat yang mencengangkan jika orang tidak takut dengan pengadilan dan jika mereka percaya bahwa mereka akan selalu menemukan keadilan yang siap pakai dan sempurna di pengadilan. Karena orang cenderung melakukan kecurangan bila terkait dengan kepentingan-kepentingannya sendiri, maka persaingan atau pertarungan menjadi tidak berkesudahan, dan separuh penduduk Cina tidak akan mampu untuk menyelesaikan tuntutan-tuntutan hukum dari separuh lainnya. Oleh karena itu, saya menghendaki agar mereka yang membawa gugatan atau tuntutan ke pengadilan diperlakukan tanpa rasa kasihan dan dengan cara sedemikian rupa sehingga mereka alergi dengan hukum, dan gemetar untuk tampil di hadapan majelis hakim.²⁶

Singkatnya, perspektif resmi menempatkan kepentingan-kepentingan yang terkena akibat tindakan administratif di bawah kebutuhan akan kenyamanan dan keharusan administratif.

Aparat Pelaksana Paksaan

Akibat represif dari perintah kelembagaan juga nampak pada hubungan antara negara dengan badan-badan penegakan hukumnya. "Monopoli atas kekerasan yang sah" merupakan pencapaian utama dari (jika tidak dapat dikatakan sama dengan) negara modern.²⁷ Tetapi "negara" adalah suatu abstraksi. Dalam praktek, badan-badan khusus dibentuk untuk menjaga ketertiban dan menegakkan kedaulatan. Pengkhususan ini memiliki dinamikanya sendiri. Diperkuat oleh ketergantungan pemerintah pada keahlian dan kesetiaan mereka, dan sering dijauhkan dari kontrol sipil langsung, badan-badan ini memperoleh kekuasaan dan kesempatan untuk melanjutkan kepentingan-kepentingan

²⁵ Lihat misalnya, pendapat Ketua Mahkamah Agung Burger dalam "Report on Problems of the Judiciary", di 92 S.Ct 2923 (1971).

²⁶ Dikutip dalam Jerome A. Cohen, "Chinese Mediation on the Eve of Modernization", *California Law Review* 54 (1996): 1201, 1215.

²⁷ Frase "Monopoli atas kekerasan yang sah" dipakai oleh Max Weber. Lihat Gerth dan Mills, hlm. 78; Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1954) hlm. 342. Lihat juga Rudolph von Ihering, *Law as a Means to an End* (Boston: Boston Book, 1913, 1877), hlm. 230-246, khususnya 238.

organisasi mereka. Mereka dapat menginterpretasikan makna ketertiban menurut kebutuhan dan perspektifnya. Akibatnya, negara membagi “monopoli”-nya dengan aparat pemaksa yang telah dibentuknya.

Pembagian kekuasaan semacam itu tidak selalu represif. Sebaliknya, satu abad yang lalu, otonomi kepolisian merupakan satu bagian dari program reformasi liberal di Amerika Serikat. Tujuannya adalah untuk memisahkan polisi, bukan dari negara, melainkan dari subordinasi politik terhadap penguasa. Pada waktu itu diharapkan profesionalisme polisi akan meningkatkan keahlian teknis dan akan mengurangi kesewenang-wenangan yang berasal dari korupsi, mesin politik, dan masuknya kepentingan pribadi dalam penegakan hukum.

Tetapi profesionalisme dapat membawa hasil yang tidak diharapkan, seperti pada saat polisi masih berupa organisasi semi-militer dan mengisolasi penegakan hukum dari pengaruh-pengaruh yang dapat membatasi tingkat represi polisi. Polisi menjadi tawanan teknologi pengawasan. Intervensi yang bersifat impersonal, yang didorong ke arah paksaan, menggantikan penjagaan perdamaian dan penyediaan jasa. Hambatan hukum dipandang sebagai penghalang subversif dalam “perang melawan kejahatan.” Di atas semua itu, klaim para pejabat kepolisian bahwa merekalah yang mempunyai keahlian teknis meruntuhkan legitimasi kritik masyarakat dan bahkan memperlemah upaya-upaya yang paling dapat diandalkan untuk mencapai perubahan. Para pengkritik kontemporer seperti bernostalgia ke suatu masa ketika – kendati ada korupsi dan sebagian disebabkan karena korupsi – penegakan hukum berada pada, dan menjadi milik, masyarakat lokal. “Generasi yang baru” mungkin lebih jujur daripada polisi di lapangan pada masa itu, tetapi “generasi baru” ini tidak lantas lebih mampu menahan diri.²⁸

Hukum Ganda dan Keadilan Kelas

Gagasan mengenai “keadilan kelas” memberikan gambaran singkat bagaimana hukum melegitimasi dan secara paksa mendukung sistem subordinasi sosial. Hukum represif melembagakan keadilan kelas. Di sini, lagi-lagi “kemiskinan kekuasaan” (“*the poverty of power*”)–lah yang menyebabkan represi. Semakin lemah sumber daya tatanan politik, dalih “penjagaan perdamaian” akan semakin menuntut negara untuk

²⁸ Untuk kritik terhadap “keturunan yang baru” lihat Paul Jacobs: *The Los Angeles Police: A Critique*,” *Atlantic* 218 (Desember, 1966) hlm. 95. Hal ini dibahas di dalam buku Abraham S. Blumberg dan Arthur Niederhoffer, “The Police in Social and Historical Perspective,” dalam Niederhoffer dan Blumberg, eds., *The Ambivalence Force: Perspective on the Police* (Waltham, Mass: Ginn, 1970), khususnya hlm. 11dst; James Q. Wilson, *Varieties of Police Behaviour: the Management of Law and Order in Eight Communities* (New York: Atheneum, 1973) hlm. 172-199, 257-299; Gene E. Carte dan Elaine H. Carte, *Police Reform in the United States; the Era of August Volmerr, 1905-1932* (Barkeley: University of California Press, 1975) hlm. 108-123.

mempertahankan *status quo*. Pemegang kedaulatan awal meminjam kekuasaan dari mereka yang kuat, sehingga mendukung hirarkhi hak-hak istimewa. Institusi-institusi politik yang lahir kemudian tetap terdistorsi oleh partisipasi yang tidak seimbang dari mereka yang berkuasa dan mereka yang lemah.²⁹ Produk hukum yang dihasilkannya menjadi represif karena:

1. Hukum melembagakan hilangnya hak-hak istimewa, misalnya, dengan memaksakan tanggung jawab, namun mengabaikan klaim-klaim, dari para pegawai, pengutang, dan penyewa. Penghilangan hak-hak istimewa tidak harus bergantung pada dihilangkannya hak suara dari kelas-kelas bawah. Sebagai contoh, ketika prinsip-prinsip liberal tentang kontrak dan persamaan menghapus hukum kebiasaan tentang tuan dan pelayan, prinsip-prinsip liberal tersebut juga mengurangi kapasitas hukum untuk melihat kenyataan-kenyataan tentang kekuasaan dalam hubungan perburuhan. Kebebasan berkontrak memperkuat persamaan tapi bersamaan dengan itu juga meletakkan dasar bagi hubungan subordinasi yang tidak diatur.³⁰ Dalam bahasa Karl Renner, dengan kontrak,

Apa yang merupakan kontrol terhadap kepemilikan dalam hukum, dalam kenyataannya menjadi kontrol manusia terhadap manusia lainnya... Kita melihat bahwa hak milik karenanya memiliki suatu fungsi sosial baru. Tanpa perubahan apapun dalam normanya, di bawah ambang kesadaran kolektif, suatu hak *de facto* ditambahkan pada penguasaan secara mutlak oleh individu terhadap barang-barang berwujud. Hak ini tidak berdasar pada aturan hukum yang khusus. Ini adalah kekuasaan kontrol, kekuasaan untuk mengeluarkan perintah dan memaksakan pelaksanaan perintah-perintah tersebut... Kita kemudian melihat bahwa aturan tentang kekuasaan dan perburuhan tetap tersembunyi pada seluruh doktrin hukum borjuis yang sama sekali tidak menaruh perhatian pada apapun kecuali pada batasan-batasannya yang paling formal, umum dan tidak relevan, yakni landasannya pada kontrak kerja.³¹

2. Hukum melembagakan ketergantungan. Kaum miskin dipandang sebagai "tanggungan negara", bergantung kepada lembaga-lembaga khusus (kesejahteraan, perumahan umum), kehilangan harga diri karena pengawasan oleh birokrasi, dan terstigma oleh klasifikasi resmi (misalnya kriteria yang memisahkan kelompok "kaya" dari kelompok miskin). Jadi maksud yang baik untuk menolong, apabila didukung dengan penuh keengganan dan ditujukan kepada penerima yang tidak berdaya, akan menciptakan pola baru subordinasi.³²

²⁹ Jerome E. Carlin, Jan Howard, dan Sheldon L. Messinger, "Civil Justice and the Poor: Issues for Sociological Research", *Law and Society Review* 1 (1966): 9.

³⁰ Philip Selznick, bekerja sama dengan Philippe Nonet dan Howard Vollmer, *Law, Society, and Industrial Justice* (New York: Russel Sage Foundation, 1969), hlm. 122-137.

³¹ Karl Renner, *The Institution of Private Law and Their sSocial Function* (London: Routledge & Keegan Paul, 1969, 1929), hlm. 106, 107, 114.

³² Jacobus tenBroek, "California's Dual System of Family Law: Its Origin, devlopment and Present Status", *Stanford Law Review* 16 (1964): 257, 960; dan *Stanford Law Review* 17 (1965) 614.

3. Hukum mengorganisasikan pertahanan sosial terhadap “kelas yang berbahaya”, misalnya dengan mengkriminalkan kondisi kemiskinan dalam hukum tentang gelandangan.³³

Represi hanyalah satu sisi dari keadilan kelas. Sisi lainnya adalah konsolidasi hak istimewa. Ketika kelompok yang dominan mempertahankan perlindungan negara bagi diri mereka dan memanfaatkan otoritas negara untuk memperoleh hak-haknya, maka muncul hukum ganda.³⁴ Hukum bagi kelompok yang tidak mempunyai hak-hak istimewa kebanyakan bersifat “publik”, dilaksanakan oleh badan-badan negara yang khusus, disesuaikan dengan tuntutan-tuntutan politik dan kelayakan administrasi. Urusan dari hukum semacam ini adalah pengawasan; etosnya bersifat preskriptif (memberikan petunjuk tentang apa yang harus dilakukan) dan menitikberatkan pada sanksi. Bersamaan dengan adanya hukum semacam ini, kita melihat pula tumbuhnya suatu hukum yang lain, yang terpusat pada hak (*rights-centered*), bersifat fasilitatif, dan umumnya merupakan hukum “privat”. Hukum bagi kelompok yang mempunyai hak-hak istimewa ini melindungi kepemilikan dan menegakkan kesepakatan sosial yang terlepas dari hukum negara, contohnya dalam hal pembagian harta kekayaan, kebebasan berkontrak, dan kebebasan untuk berasosiasi. Hukum semacam ini relatif bebas dari campur tangan politik, dilaksanakan oleh pengadilan yang independen, dibentuk lebih oleh preseden daripada oleh legislasi. Di sini negara memainkan peran yang pasif: negara berperan selaku arbiter pada saat ada sengketa perdata dan selaku penjaga peraturan yang tidak dibuatnya.

Jadi, dinamika di mana tatanan hukum mempertahankan subordinasi sosial ini, secara paradox merupakan suatu sumber utama evolusi untuk menjauh dari hukum represif menuju lembaga-lembaga hukum yang bebas dari kekuasaan negara dan menjinakkan kekuasaan negara. Institusi-institusi hukum ini meletakkan dasar-dasar bagi suatu konsep negara berdasarkan hukum (“*rule of law*”) yang mampu membuat negara akuntabel. Dengan kata lain, hukum ganda memasukkan mekanisme transisi menuju hukum otonom ke dalam struktur yang paling mendasar dari hukum represif.

³² Jacobus tenBroek, “California’s Dual System of Family Law: Its Origin, development and Present Status”, *Stanford Law Review* 16 (1964): 257, 960; dan *Stanford Law Review* 17 (1965) 614.

³³ Lihat Caleb Foote, “Vagrancy-Type Law and Its Administration”, *University of Pennsylvania Law Review* 104 (1956): 603. Untuk yang lebih umum, lihat Douglas Hay, “Property, Authority, and the Criminal Law”, dalam Hay *et al.*, *Albion’s Fatal Tree: Crime and Society in Eighteen Century England* (New York: Pantheon Books, 1975), hlm. 17-63.

³⁴ Frase ini adalah frase dari tenBroek, lihat catatan kaki 32.

Moralitas Hukum dan Hukum Punitive (Hukum yang Sarat Dengan Sanksi)

Sumber yang langgeng bagi hukum represif adalah adanya kebutuhan akan pandangan konvensional mengenai budaya. Pada masyarakat modern, seperti halnya pada masyarakat kuno, kepemilikan bersama atas aturan moral mendukung kebersamaan sosial dan karena itu ia merupakan sumber daya bagi langgengnya ketertiban.³⁵ Fakta dasar ini menggarisbawahi perhatian negara pada “penegakan moral”.³⁶ Tanggung jawab yang awalnya terbatas pada perdamaian kerajaan (*king's peace*) lalu meluas sehingga mencakup juga pelestarian nilai-nilai. Hukum pidana memikul beban tambahan: Selain untuk pemberantasan kekerasan dan pengkhianatan terhadap negara, hukum pidana juga berfungsi memberantas serangan-serangan terhadap kesadaran umum.

Mungkin lahan yang paling subur untuk moralisme hukum³⁷ adalah moralitas komunal, yakni moralitas yang ditanamkan untuk mempertahankan “komunitas patuh” (*community of observance*).³⁸ Dalam konteks ini identitas kelompok didefinisikan oleh kesetiaan bersama terhadap kode (serangkaian aturan) perilaku terperinci yang secara tajam memisahkan anggota dengan orang dari luar atau pendatang dan berperan sebagai penegakan terhadap loyalitas dan solidaritas. Ketidaktaatan merupakan pengkhianatan, yaitu suatu serangan terhadap masyarakat itu sendiri, dan beratnya pengkhianatan tersebut tidak berhubungan atau mempunyai keterkaitan sedikitpun dengan persoalan apakah kepentingan tertentu dilanggar, atau dengan persoalan seberapa serius kepentingan itu dilanggar.

³⁵ Meskipun kritik liberal tentang moralisme hukum telah melahirkan keraguan tentang signifikansi dari “kesadaran umum” untuk kohesi masyarakat modern, kritik itu lebih dimengerti sebagai penegasan bahwa nilai kebebasan harus lebih utama dari tuntutan harmoni sosial, bahkan jika hal ini menempatkan ketertiban di tempat yang berisiko. Lihat John Stuart Mill, *On Liberty* (1859), dalam *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government* (London: Everyman's Library, 1910); H. L. A. Hart, *Law, Liberty, and Morality* (Stanford, Ca.: Stanford University Press, 1963); dan Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (London: Oxford University Press, 1959). Meskipun Durkheim dihubungkan dengan tesis bahwa identifikasi hukum dan moralitas komunal adalah karakteristik dari masyarakat kuno, dia juga mengakui ketergantungan yang berkelanjutan dari tatanan dalam “kesadaran kolektif” pada masyarakat modern. Dalam pandangannya, ketika diferensiasi dan pluralisme membuka kemungkinan kebebasan yang lebih besar dan etika yang lebih universal serta rasional, erosi dari jalinan moral masyarakat memperlemah nilai dari kebebasan itu sendiri dan akan membawa ancaman konflik dan disintegrasi. Ia menekankan tanggung jawab negara untuk menegaskan nilai-nilai yang diperlukan untuk menjaga keutuhan masyarakat. Lihat Emile Durkheim, *Professional Ethics and Civic Morals* (Glencoe, Ill.: Free Press, 1958), hlm. 42-109.

³⁶ Frase ini dikutip dari Devlin. Lihat catatan kaki no. 35.

³⁷ Dalam ide “moralisme hukum” lihat Hart, *Law, Liberty, and Morality*, hlm. 6 dst.

³⁸ Frase “komunitas patuh” (*community of observance*) ini diambil dari W. G. de Burgh, *The Legacy of the Ancient World* (London: Penguin Books, 1961, 1923), hlm. 95. Studi kasus terbaru adalah yang ditulis oleh Benjamin David Zablocki, *The Joyful Community* (Baltimore: Penguin, 1971) hlm. 63-148.

Tetapi semangat komunal bukanlah suatu keharusan bagi moralisme hukum. Pola yang sama juga muncul dalam konteks yang lain. Misalnya, ketika suatu institusi berupaya untuk menetapkan dan memelihara etos tertentu, mereka akan mengembangkan suatu model yang mengidentifikasi etos tersebut. Misalnya etos sebagai cendekiawan atau etos sebagai perwira angkatan laut. Model-model tersebut memberikan sarana untuk mengkomunikasikan dan memberikan contoh mengenai nilai-nilai tertentu, yakni nilai yang ingin direpresentasikan oleh institusi tersebut. Akibatnya, kode perilaku kelembagaan memberikan gambaran tentang bagaimana anggota yang sesungguhnya dari lembaga tersebut dibedakan dari orang-orang biasa. Bagaimanapun rincinya gambaran tersebut, namun tetap tersisa hal-hal yang masih samar, karena model yang dikembangkannya tidak pernah bisa sepenuhnya dituangkan dalam aturan-aturan preskriptif. Beberapa aspek penting dari *ideal* tersebut tetap dibuat implisit dan institusi terkait harus tetap mempertahankan otoritas untuk menggunakan standar yang lebih umum, misalnya “perilaku untuk menjadi pejabat” atau “menjadi anak baik”. Kombinasi antara petunjuk rinci dan ketidakjelasan semacam ini merupakan karakter dari moralisme hukum dalam menegakkan nilai-nilai sosial (misalnya: ketentuan pidana untuk berbuat tabu di muka umum) dan etika kelembagaan.

Moralisme hukum paling baik dipahami sebagai pola alami dari institusionalisasi, yakni pola dari upaya untuk membuat nilai-nilai menjadi efektif untuk memberikan arahan bagi tingkah laku manusia. Dengan sendirinya ideal-ideal dalam budaya sangat mudah terdegradasi jika pemahaman terhadap prinsip bersifat dangkal dan tidak lengkap. Pemberian arti dan otoritas kepada ideal-ideal tersebut merupakan suatu urusan pendidikan yang mengharuskan bahwa kebudayaan perlu dituangkan dalam model-model sikap dan perilaku yang konkrit. Dalam upaya untuk membentuk model-model ini, aspirasi moral dan estetika diterjemahkan ke dalam, dan digantikan oleh, arahan-arahan yang rinci yang mempertegas praktek-praktek sosial yang sudah pasti.

Jadi, moralitas “dilegalisasi” ketika ideal-ideal kebudayaan diidentikkan dengan suatu gambaran pasti mengenai tatanan sosial. Dalam proses tersebut, tatanan moral terlepas dari soal etika. Penyeragaman menjadi sasaran akhir dan fungsi kritik dari ideal-ideal akan dilemahkan atau bahkan ditinggalkan. Apabila tatanan moral benar-benar diatur oleh aspirasi, tugas-tugas tertentu akan dapat dianalisis sebagai alat untuk mencapai tujuan yang lebih besar; dan otoritasnya akan tetap problematik, tergantung pada penilaian rasional. Tujuan moral akan berfungsi sebagai penilaian atas tatanan preskriptif yang telah diterima, dan akan cenderung membuat tatanan itu lemah. Moralitas hukum menolak hasil seperti itu dan dengan demikian tidak memperhitungkan nilai yang lebih besar dari kewajiban, dalam suatu tatanan moral. Kelemahan moralitas hukum yang paling besar

adalah menurunnya kapasitas untuk menginterpretasikan kembali aspirasi kebudayaan. Sebab kondisi sosial yang berubah memperlebar jarak antara ideal dengan arahan (*prescription*). Kekakuan ini berasal dari kecenderungan untuk bereaksi secara berlebihan terhadap penyimpangan dari tatanan preskriptif. Ketika nilai-nilai fundamental diidentifikasi dengan dilaksanakannya kewajiban atau tugas tertentu, maka tatanan moral akan terlihat terancam. Karena aturan-aturan berkembang biak, risiko dilanggarnya aturan-aturan tersebut berlipat ganda. Pelanggaran yang sebenarnya ringan dapat dilihat sebagai pertanda dari potensi melemahnya otoritas atau membusuknya moral. Pelanggaran apapun lantas dapat memicu reaksi yang wajar atas serangan mendasar terhadap premis-premis moral dari masyarakat.

Jadi, moralitas hukum bergerak ke arah hukum punitif, yakni dengan memasukkan suatu kecenderungan untuk memberi sanksi ke dalam proses hukum. Hukum punitif tidak pandang bulu. Ia tidak terlalu mempertimbangkan konteks khusus dalam suatu pelanggaran atau nilai praktis dari sanksi-sanksi alternatif. Dalam hukum punitif, kejahatan bukanlah pelanggaran atas suatu kewajiban tertentu, melainkan tindakan ketidaktaatan itu sendiri. Apabila seseorang tidak taat terhadap hukum, hukum punitif tetap melihatnya sebagai kejahatan yang harus diberi sanksi, meskipun ada konteks tertentu.

Penegakan moral adalah salah satu akar dari lahirnya kesewenangan-wenangan dalam pelaksanaan keadilan pidana.³⁹ Hal ini paling jelas terlihat di tempat yang konsensus moralnya lemah dan moralitas yang berlaku berbenturan dengan hal-hal yang sensitif bagi kelompok minoritas. Suasana yang sarat dengan ancaman hukuman menjadi lebih buruk ketika tatanan moral terancam keberadaannya, diperlemah oleh alienasi dan ketidaktaatan. Jika konsensus moral kuat, kecil kemungkinannya bagi moralitas hukum untuk dirasakan sebagai sesuatu yang represif. Namun demikian, moralitas hukum bisa juga represif dengan cara yang lain – suatu cara yang sejalan dengan persoalan “budaya” (*culture*). Suatu bentuk represi yang lebih kuat, meskipun lebih tidak kentara, terjadi ketika suatu tatanan moral dapat membuat orang tidak peduli dengan ancaman hukuman dan justru lebih takut pada perasaan bersalah dan pasrah dalam dirinya sendiri karena melanggar moral. “Moralitas superego”^d timbul dan menempatkan seseorang tunduk pada tuntutan tatanan sosial. Moralitas superego bisa menyebabkan akibat psikis yang besar: membenci diri sendiri, mudah

³⁹ Lihat misalnya Hart, *Law, Liberty, and Morality*; Herbert L. Packer, “The Crime Tariff”, *The American Scholar* 33 (1964): 551; dan Jerome H. Skolnick, “Coercion to Virtue”, *Southern California LawReview* 41 (1968): 588.

^d Catatan editor: moralitas superego merupakan tatanan moral dalam diri manusia yang bersumber dari luar dirinya pada saat seseorang berinteraksi dengan orang-orang lainnya dalam masyarakat. Istilah ini diambil dari teori psikoanalisis Sigmund Freud. Lihat juga catatan editor pada catatan kaki no. 33, Bab I.

menyerah, nyali yang menciut, dan kurangnya kesadaran akan dirinya sendiri.⁴⁰ Semua akibat ini dapat berkurang ketika budaya dibatasi hanya pada wilayah publik dan tetap memberikan keleluasaan yang besar pada wilayah yang lebih pribadi.⁴¹ Dalam model Freud, moralitas superego hanya mewakili tahap awal (meski sangat menentukan) dari perkembangan moral dan psikologis. Di luar represi atau ditekannya *id*, Freud melihat potensi melemahnya *superego* dan munculnya *ego* yang otonom dan rasional.⁴² Pemikiran Freud ini serta pemikiran lainnya dalam psikologi perkembangan⁴³ mengantarkan kepada pemikiran bahwa, selain represi, mungkin saja ada kontribusi dari aspek psikologi terhadap evolusi hukum dan sosial, yang mengarahkan kepada otoritas yang lebih terkendali dan dalam bentuk yang lebih beradab. Namun ini bukan berarti psikologi kepribadian dapat memiliki akibat langsung terhadap perkembangan hukum. Sebab persoalan sejarah hukum lebih banyak terkait dengan munculnya kelompok-kelompok baru dan benturan kepentingan-kepentingan sosial. Meskipun demikian, dinamika psikologis dari otoritas bisa menyediakan sumber daya potensial yang bisa dimanfaatkan oleh mesin-mesin perubahan yang lebih bertenaga dan lebih mudah dicapai.

⁴⁰ "Dari sudut pandang kontrol insting, atau moralitas, mungkin dapat dikatakan bahwa *id* adalah benar-benar non-moral, bahwa *ego* berjuang untuk menjadi bermoral, dan bahwa *super ego* bisa menjadi super-moral dan kemudian menjadi jahat sebagaimana *id* biasanya... Tapi bahkan moralitas normal yang biasa memiliki kualitas yang secara keras mengekang dan dengan sangat jahat melarang." Sigmund Freud, *The Ego and the Id* (New York: Norton, 1923), hlm. 44.

⁴¹ Bagaimana budaya melindungi otonomi individual jarang bisa dimengerti dengan baik. Satu cara, yaitu depersonalisasi otoritas, disarankan oleh Dorothy Lee dalam "Individual Autonomy and Social Structure" (1956), dicetak ulang dalam *Freedom And Culture* (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, 1959), hlm. 5. Lihat juga Kurt H. Wolf, ed. dan pen., *The Sociology of Georg Simmel* (Glencoe, Ill: Free Press, 1950), hlm. 181dst; Jean Piaget, *The Moral Judgment of the Child* (New York: Free Press, 1965, 1932), hlm. 70-74, 94-96, 401-404.

⁴² Perhatikan bahwa Freud pesimis tentang kemungkinan ini. Selanjutnya, ia membayangkan tentang kemungkinan sebuah suatu represi "sukses" yang memungkinkan *ego* untuk melampaui tuntutan-tuntutan yang memperlemah dan konflik kebutuhan-kebutuhan psikologis dan membebaskan diri individu untuk mengejar idealisme moral. Ia melihat sedikit nilai atau potensi dalam "insting" dan melihat bahwa pertumbuhan peradaban memerlukan tingkat represi yang bahkan lebih tinggi lagi. Tetapi pandangan ini tidak esensial dalam logika model tersebut, dan banyak teori psikologi telah berpaling dari pandangan-pandangan seperti ini, dan melihat bahwa represi merupakan instrumen yang kotor dan primitif.

⁴³ Teori-teori Piaget dan G. H. Mead, di antara yang lainnya, menunjukkan konvergensi yang nyata dengan konsep Freud dalam hal munculnya *ego* otonom dan rasional. Piaget melihat perkembangan moral sebagai suatu evolusi dari "moralitas yang mengekang" pada anak, di mana peraturan-peraturan dilihat sebagai sesuatu yang kaku, berasal dari luar, dan memaksa, menuju "moralitas kerjasama" yang lahir kemudian di mana peraturan-peraturan secara rasional dimengerti sebagai yang mengatur aktivitas yang saling berhubungan dari individu-individu yang otonom. Lihat Piaget, *The Moral Judgment of the Child*. Demikian pula, Mead melihat perkembangan moral sebagai transisi dari sebuah rezim "orang-orang lain yang penting", di mana anak-anak menginternalisasi sikap-sikap orang-orang lain tersebut, khususnya orang tua mereka, yang mendominasi hidup mereka, menuju kesadaran "orang lain umumnya" di mana pemahaman rasional mengenai aktivitas kelompok membantu individu meraih otonomi dan kapasitas yang lebih besar untuk berpartisipasi dalam masyarakat. Lihat G. H. Mead, *Mind, Self, and Society* (Chicago: University of Chicago Press, 1939).

Jika berbagai wujud hukum represif kita kaji ulang, terlihat dua sosok utama. Yang pertama adalah *integrasi yang dekat antara hukum dan politik*, dalam bentuk suatu subordinasi langsung dari institusi-institusi hukum terhadap elit-elit yang berkuasa, baik di sektor publik maupun swasta: Hukum adalah alat yang mudah diutak-atik, siap dipakai untuk mengkonsolidasikan kekuasaan, mengawal otoritas, mengamankan hak-hak istimewa, dan memenangkan ketaatan. Suatu instrumentalisme primitif terjadi di sini. Yang kedua adalah *diskresi pejabat yang tidak terkontrol*, suatu hal yang merupakan hasil dan sekaligus kepastian utama dari kemudahan untuk mengutak-atik hukum.

Dua sosok ini menghambat perkembangan hukum secara mendasar, yaitu bahwa keduanya merintang pembentukan berbagai institusi hukum. Hukum tetap tidak terpisahkan dari politik, administrasi, dan tatanan moral. "Pemisahan wilayah" adalah hal yang asing untuk hukum represif.

Yang lebih penting dari perspektif perkembangan hukum adalah bahwa hukum yang mudah diutak-atik mempunyai kapasitas yang terbatas untuk memenuhi fungsi yang paling mendasar dari penataan hukum – legitimasi kekuasaan. Hukum selalu merupakan alat untuk mengesahkan legitimasi peraturan, perintah, atau posisi resmi.⁴⁴ Meski demikian alat tersebut bervariasi dalam hal kecanggihan dan efektivitasnya. Hukum represif adalah instrumen legitimasi yang relatif mentah. Ia dapat memberikan watak otoritas kepada kekuasaan, namun dukungannya dinodai oleh sifat serba tunduk. Kelemahan ini tidaklah serta merta fatal, karena suatu legitimasi yang mentah pun bisa memadai, misalnya, ketika penguasa-penguasa mengandalkan persetujuan diam-diam yang pasif dan ketika klaim atas legitimasi jarang diuji. Tetapi ketika persetujuan bermasalah dan akuntabilitas semakin dituntut, rezim yang membiarkan terjadinya manipulasi hukum akan gagal untuk menjaga aura legitimasinya.

Meskipun hukum represif menyediakan alat-alat yang bermanfaat untuk memaksakan ketertiban, ia sangat tidak kompeten untuk mengamankan stabilitas yang ditemukan dalam persetujuan. Karena itu, tahapan perkembangan hukum represif ini primitif sekaligus rentan. Hukum otonom kemudian muncul untuk mengobati ketidakmampuan ini.

⁴⁴ Mengenai soal ini, lihat hlm. 9 -11 dan 44 - 46.

III

Hukum Otonom

Dengan munculnya hukum otonom, tertib hukum menjadi sumber daya untuk menjinakkan represi. Secara historis, perkembangan tersebut dapat disebut sebagai “*Rule of Law*” (pemerintahan berdasarkan hukum). *Rule of Law* mengandung arti lebih dari sekadar eksistensi hukum. Ia merujuk pada sebuah aspirasi hukum dan politik, penciptaan “sebuah pemerintahan berdasarkan hukum dan bukan berdasarkan orang-orang.” Dalam pemahaman seperti itu, *rule of law* akan lahir ketika institusi-institusi hukum mendapatkan cukup otoritas *independen* untuk memaksakan standar-standar pengendalian dalam pelaksanaan kekuasaan pemerintahan.

Rule of law dipahami secara lebih baik sebagai sebuah sistem kelembagaan tersendiri daripada sebagai sebuah cita-cita abstrak. Karakter utama dari sistem ini adalah terbentuknya institusi-institusi hukum yang terspesialisasi dan relatif otonom yang mengklaim suatu supremasi yang memenuhi syarat di dalam bidang-bidang kompetensi yang ditentukan.¹ Dengan risiko menyumbang jargon baru, kami menyebut sistem ini sebagai rezim hukum otonom.² Frase ‘hukum otonom’ ini tidak dimaksudkan untuk menggambarkan sebuah otonomi yang aman dan sempurna. Frase ini justru mengemukakan bahwa, pada tahap ini, konsolidasi dan dipertahankannya otonomi kelembagaan merupakan pusat perhatian para pejabat hukum.

¹ Tingkat dari supremasi, dan persyaratan-persyaratannya, didiskusikan pada halaman 47- 49. Kita tidak akan mendiskusikan kondisi-kondisi historis yang memunculkan sistem institusional ini dikembangkan. Mengenai soal ini, lihat Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1954), khususnya hlm. 224-321; dan Roberto M. Unger, *Law in Modern Society* (New York: Free Press, 1976), hlm. 58 dst.

² Sebuah perspektif yang sama dikembangkan oleh Unger, *Law in Modern Society*. Tema otonomi sangat sentral dalam penjelasan Unger mengenai “tertib hukum” atau “sistem hukum,” yang ia lawankan dengan “hukum birokratik.” Atribut hukum birokratik sangat paralel dengan apa yang kami sebut dengan hukum represif. Meski Unger tidak memformulasikan sebuah konsepsi hukum responsif, pendekatannya tidak mengakui ketegangan-ketegangan yang inheren dari hukum (represif) birokratik (hlm. 52) dan keterbatasan-keterbatasan hukum otonom.

Frase tersebut menunjuk pada kelemahan-kelemahan dan juga keberhasilan-keberhasilan dari *rule of law*. Keterbatasan-keterbatasan hukum otonom muncul karena terlalu banyak energi digunakan untuk keperluan menjaga integritas kelembagaan dengan mengabaikan tujuan-tujuan hukum lainnya.

Karakter khas hukum otonom dapat diringkas sebagai berikut:

1. Hukum terpisah dari politik. Secara khas, sistem hukum ini menyatakan kemandirian kekuasaan peradilan, dan membuat garis tegas antara fungsi-fungsi legislatif dan yudikatif.
2. Tertib hukum mendukung “model peraturan” (*model of rules*). Fokus pada peraturan membantu menerapkan ukuran bagi akuntabilitas para pejabat; pada saat yang sama, ia membatasi kreativitas institusi-institusi hukum maupun risiko campur tangan lembaga-lembaga hukum itu dalam wilayah politik.
3. “Prosedur adalah jantung hukum.” Keteraturan dan keadilan (*fairness*), dan bukannya keadilan substantif, merupakan tujuan utama dan kompetensi utama dari tertib hukum.
4. “Ketaatan pada hukum” dipahami sebagai kepatuhan yang sempurna terhadap peraturan-peraturan hukum positif. Kritik terhadap hukum yang berlaku harus disalurkan melalui proses politik.

Pada bagian-bagian berikut, setiap atribut hukum otonom ini didiskusikan. Kemudian kami akan menutup bab ini dengan menunjukkan bagaimana hukum otonom membawa bibit dari perkembangan lebih lanjut.

Legitimasi dan Otonomi

Dari awal kita perlu ingat bahwa sumber utama bagi transisi dari hukum represif ke hukum otonom adalah pencarian akan legitimasi. Tentu saja setiap karakter hukum otonom dapat dipahami sebagai sebuah strategi legitimasi. Oleh karena itu, untuk dapat memahami hukum otonom, perlu dibahas kembali hubungan antara hukum, legitimasi, dan otonomi institusional.

Tak ada rezim yang dapat bertahan tanpa adanya beberapa landasan dalam persetujuan warga negara. Dalam upaya mencari dukungan, penguasa-penguasa menggunakan dasar legitimasi yang mampu memberikan justifikasi bagi klaim mereka atas kepatuhan. Dasar legitimasi tersebut harus tidak rumit dan juga tidak eksplisit. Dasar legitimasi dapat berupa pernyataan bahwa hak untuk membuat keputusan publik tertentu diberikan kepada suatu kelompok orang yang dituakan atau berupa pernyataan bahwa keputusan publik berasal dari klaim terhadap keahlian

atau hak istimewa yang diberikan kepada keluarga terpilih. Dasar-dasar legitimasi – *rules of recognition*³ – dapat berupa pernyataan yang “kasar” dan sederhana: saya memerintah karena ayah saya dulu memerintah; saya menjalankan bisnis ini karena saya memilikinya. Namun demikian, bahkan sebuah legitimasi yang sederhanapun mengundang pertanyaan: berdasarkan otoritas apa legitimasi ini muncul? Oleh sebab itu, legitimasi memerlukan tindakan kontrol dalam melaksanakan kekuasaan.

Meskipun legitimasi memberikan batasan bagi kekuasaan, batasan tersebut dapat dengan mudah memberikan dukungan bagi sebuah rezim represif. Penguasa yang sah (*legitimate*) boleh jadi merupakan penguasa tiran, yang klaimnya terhadap kekuasaan bersandar pada prinsip-prinsip yang mendorong lahirnya persetujuan tanpa kritik dari rakyatnya serta kepatuhan tanpa daya dari pejabat-pejabatnya. Tentu saja, salah satu fungsi utama legitimasi adalah untuk melindungi penguasa dari tuntutan-tuntutan para pesaingnya dan dari kritik yang mungkin muncul. Jadi, legitimasi harus dilihat sebagai sesuatu yang sangat variatif dalam muatan dan efeknya. Dasar legitimasi yang berbeda akan secara berbeda mempengaruhi kontrol dalam menjalankan kekuasaan dan peluang-peluang untuk melakukan kritik atas otoritas.

Legitimasi menjadi lebih mampu mengendalikan kekuasaan ketika dasar-dasar yang digunakannya terlihat bentuk dan spesifikasinya. Contohnya, jika demokrasi disamakan dengan kekuasaan mayoritas, hasilnya boleh jadi hanya sebuah pertanggungjawaban sederhana. Namun jika demokrasi dilihat sebagai sebuah bentuk dari *serangkaian* prinsip mengenai persetujuan-yang-memelihara-dirinya-sendiri (*self-preserving consent*) dari mereka yang diperintah, maka kemungkinan adanya akuntabilitas akan meningkat. Dengan kata lain, daya kontrol legitimasi meningkat pada saat kita bergerak dari legitimasi “sederhana” ke legitimasi *yang mendalam* (*legitimation in-depth*). Legitimasi yang mendalam memperluas jangkauan pertanyaan mengenai otoritas hingga ke tindakan dan kebijakan tertentu. Legitimasi yang mendalam paling siap diraih ketika kekuasaan dapat diperiksa dengan cermat berdasarkan performanya atau ketika legitimasi bersandar pada kekuasaan dan tanggung jawab yang secara khusus didelegasikan. Transisi dasarnya adalah dari sebuah pengesahan menyeluruh (*blanket certification*) bagi *sumber* kekuasaan menuju ke sebuah pembenaran yang berkelanjutan dari *penggunaan* kekuasaan tersebut.

Institusi-institusi hukum berkembang ketika berbagai mekanisme dirancang untuk mengesahkan legitimasi tindakan, peraturan atau institusi yang diklaim otoritatif.⁴ Semakin besar kebutuhan untuk menjustifikasi kekuasaan, semakin diragukan penerimaannya sebagai otoritas, semakin

³ H.L.A Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), hlm. 92. Untuk diskusi tentang “*rules of recognition*” lihat hlm. 9-11 buku ini.

⁴ Lihat diskusi pada hlm. 9-11 buku ini.

nyata bahwa legitimasi membutuhkan perhatian yang khusus dan memang dikhususkan. Disahkannya legitimasi menjadi sebuah fungsi sosial terpisah. Proses pengesahan ini dimulai ketika fungsi ini dipelihara dan dijaga oleh institusi yang melakukan penilaian/*review* secara khusus, seperti pengadilan, dan oleh kelompok-kelompok khusus, seperti imam-imam atau orang-orang lain yang “terpelajar di bidang hukum.” Jadi legitimasi mengembangbiakkan diferensiasi hukum, yaitu dengan munculnya institusi-institusi hukum yang berbeda-beda.

Keluaran seperti ini bersumber dari sebuah persyaratan yang melekat pada legitimasi. Penguasa hanya memiliki kredibilitas terbatas sebagai pemberi keabsahan legitimasi mereka sendiri. Jika klaim-klaim mereka, dan klaim-klaim atas mereka, harus dinilai berdasarkan asas-asas yang obyektif, maka akan menolong jika si penilai asas-asas tersebut dilepaskan dari kerja rutin pemerintah dan jika suaranya didengarkan ketika dia berbicara dengan idiom yang berbeda. Dengan kata lain, ia yang melaksanakan kekuasaan untuk menciptakan legitimasi memiliki masalah-masalah legitimasinya sendiri. Jika ia bisa meyakinkan dunia, dan dirinya sendiri, bahwa putusan-putusannya tidak ternoda oleh kompromi-kompromi tertentu dan bahwa otoritasnya diturunkan dari sebuah kompetensi istimewa, masalah-masalah legitimasinya terpecahkan. Untuk menegaskan dan menjaga kompetensi itu, ia harus mengklaim suatu otonomi institusional. Inilah dasar dari pemisahan kekuasaan yudikatif dari kekuasaan legislatif dan eksekutif. Proses sosial untuk melakukan pemisahan ini, yang memunculkan berbagai kelompok dan kepentingan baru, melengkapi pembentukan sistem institusional yang kami sebut hukum otonom.

Pemisahan Hukum dan Politik

Ciri utama dari model pemerintahan berdasarkan hukum (*rule of law*), yang juga merupakan pelindung otonomi institusional, adalah pemisahan keinginan politik dan putusan hukum. Hukum diangkat “di atas” politik. Maksudnya, hukum positif ditegakkan menilai apakah persetujuan publik, yang dibuktikan oleh tradisi atau proses konstitusional, telah dijauhkan dari kontroversi politik. Oleh karena itu, otoritas penilai ini harus dibuat terlindungi dari perebutan kekuasaan dan tidak tercemar oleh pengaruh politik. Dalam menginterpretasikan dan melaksanakan hukum, ahli-ahli hukum harus menjadi juru bicara obyektif untuk prinsip-prinsip yang mapan secara historis. Ahli hukum harus merupakan pemberi keadilan yang pasif, yang memberikan keadilan secara impersonal dan berupa keadilan yang telah diterima sebagai suatu yang baku. Mereka memiliki klaim sampai ke

kata terakhir karena putusan-putusan mereka dipercayai sebagai sesuatu yang mematuhi kehendak eksternal dan bukan kehendak mereka sendiri.⁵

Premis-premis di atas membantu menjelaskan diterimanya sebuah supremasi terbatas dari hukum. Penguasa politik dapat menerima otonomi institusi hukum jika mereka diyakinkan bahwa putusan-putusan institusi hukum yang harus mereka hormati sebenarnya dapat ditemukan dalam kebijakan-kebijakan yang mereka setuju sendiri dan bahwa keberlanjutan otoritas institusi hukum tersebut pada akhirnya tergantung pada komitmen mereka. Yang harus diakui oleh penguasa politik adalah bahwa mereka akan dibatasi oleh instruksi mereka sendiri. Konsekuensinya, jika institusi-institusi hukum ingin mempertahankan otonominya, maka mereka harus menahan diri untuk tidak memasukkan pemikiran mereka sendiri mengenai muatan hukum. Otoritas mereka dibatasi oleh suatu pemahaman bersama bahwa otoritas akan menjadi yang tertinggi hanya dalam suatu wilayah yang bersifat non-politik dan yang tepat.

Akibatnya, terjadilah sebuah barter: *Institusi-institusi hukum memperoleh otonomi prosedural dengan mengorbankan otonomi substansi*. Komunitas politik mendelegasikan kepada ahli-ahli hukum sebuah otoritas terbatas untuk dilaksanakan bebas dari campur tangan politik, namun syarat dari imunitas tersebut adalah ahli-ahli hukum tersebut menjauhkan diri dari pembentukan kebijakan publik. Itulah periode di mana peradilan memenangkan "independensi"-nya.

Pengadilan-pengadilan tentu saja secara khusus (walaupun tidak eksklusif) cocok sebagai pengemban kepercayaan tersebut. Sebagai pihak yang memutuskan sengketa, hakim melayani tatanan politik dengan cara mendorong penyelesaian damai untuk konflik perorangan. Saat mereka melakukan "mediasi" ataupun "ajudikasi," fungsi mereka adalah untuk mendepolitisasi isu-isu yang, kalau tidak didepolitisasi, bisa saja muncul dalam bentuk permusuhan antarindividu atau bentuk-bentuk konfrontasi lainnya. Pekerjaan tersebut difasilitasi oleh sebuah fokus yang berkelanjutan pada kasus yang ditangani, dan yang dipisahkan dari konteks konflik kelompok yang lebih besar. Hakim tidak memeriksa isu-isu mendasar dari keadilan atau kebijakan publik, bahkan tidak pula memeriksa dampak-dampak sosial dari putusan-putusannya sendiri. Sebaliknya, keberhasilannya tergantung pada kemampuannya untuk mempersempit perbedaan-perbedaan dan membuat perbedaan-perbedaan tersebut sesuai dengan alasan yang berasal dari prinsip-prinsip yang disepakati bersama. Peran ini sangat cocok bagi etos hukum otonom sehingga penyelesaian sengketa lalu diklaim sebagai sumbangan yang paling utama dari proses hukum, dan peradilan dilihat sebagai prototipe institusi hukum. Identifikasi proses

⁵ Pemisahan hukum dan politik, sebagai sebuah tema hukum Amerika abad ke-19, didiskusikan dalam Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law: 1780-1860* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977) hlm. 255-266.

hukum dengan proses yudisial menolong menjamin netralitas institusi-institusi hukum, namun juga mendorong sebuah konsepsi sempit mengenai peran hukum.

Pemisahan hukum dan politik adalah strategi utama legitimasi. Itulah cara hukum otonom membawa legitimasi baik bagi dirinya maupun bagi tatanan politik. Strategi tersebut mempunyai dua aspek. *Pertama*, sebuah fondasi dibuat untuk mensubordinasikan politik kepada hukum. Pada rezim hukum otonom tindakan-tindakan dari komunitas politik yang terorganisasi tidak terlegitimasi dengan sendirinya. Elit politik bisa saja membuat putusan-putusan dan mengerahkan sumber-sumber daya yang ada, namun pertanyaan mengenai apakah tindakan-tindakan tersebut sah secara hukum, membutuhkan sebuah penilaian terpisah. Pekerjaan pemerintah dan pekerjaan kepemimpinan politik harus selalu berkaitan dengan memecahkan masalah-masalah, memobilisasi sumber-sumber daya, dan memperoleh persetujuan warga negara. Selalu terdapat potensi tarik-menarik antara tindakan dan legalitas. Hukum otonom menyediakan forum untuk meneliti dengan cermat tarik-menarik tersebut dan memberikan sebuah penilaian atau putusan terhadap hal tersebut. Hingga tahap tersebut, hukum melembagakan sebuah asas kontrol dalam melaksanakan kekuasaan.

Kedua, dalam pencariannya akan legitimasi, hakim-hakim menekankan dan mengagungkan fungsi-fungsi mereka yang semata-mata bersifat hukum dan tidak bersifat politis. Sampai pada titik ini, mereka dapat mengakui bahwa di bawah arahan merekalah hukum berubah dan beradaptasi. Di beberapa bidang, khususnya hukum acara,⁶ atau cabang-cabang hukum di mana komunitas hukum sudah lebih terintegrasi,⁷ mereka dapat secara lebih sadar dan percaya diri melakukan kreativitas. Namun demikian, pada prinsipnya, hukum otonom bersifat kaku dalam hal pembedaan tajam antara legislasi dan adjudikasi; institusi-institusi hukum otonom harus membatasi dirinya untuk tidak menerapkan hukum yang diterima ke dalam kasus-kasus di mana hanya “fakta-fakta” yang dinilai. Evolusi historis dari *institusi-institusi* yang berbeda ini – pengadilan dan legislator – dibahas untuk menunjukkan bahwa evolusi ini diikuti oleh adanya *fungsi-fungsi* yang benar-benar berbeda pada masing-masing institusi tersebut. Hal apapun yang mengingatkan fungsi pembuatan hukum yang dilakukan oleh badan peradilan, dipandang sebagai hal yang buruk bagi etos hukum otonom dan ancaman bagi otoritasnya. Adalah kekhawatiran ini – lebih dari setiap kesalahan sederhana dalam memahami proses hukum – yang memunculkan konsepsi-konsepsi yang naif atau bahkan tidak jujur mengenai kebersahajaan yudisial (*judicial self-effacement*) atau *mechanical jurisprudence*^a.

⁶ Kita akan kembali ke hal ini nanti. Lihat hlm. 53-55.

⁷ Pengadilan kadang melakukan pekerjaan utama mengembangkan bidang hukum substantif, seperti hukum kontrak.

^a Catatan editor: *mechanical jurisprudence* adalah suatu studi dalam ilmu hukum yang melihat pengadilan bersifat seperti mesin (*mechanic*) karena hanya menjalankan prosedur standar untuk menghasilkan keluaran yang diharapkan.

Bagi institusi-institusi hukum, pemisahan hukum dan politik lebih dari sekedar sebuah asas pengendalian diri. Ia merupakan sebuah persyaratan proteksi diri dan sebuah janji ketaatan kepada tatanan politik yang berlaku. Untuk bisa efektif dalam mengendalikan pelaksanaan kekuasaan, hukum otonom harus menegaskan kembali komitmennya kepada kebijakan-kebijakan yang ia terima. Ia menjinakkan represi, namun kapasitasnya untuk melakukan hal tersebut sangat tergantung pada sebuah pembatasan diri yang hati-hati. Jadi, seperti hukum represif, hukum otonom masih sangat mirip atau identik dengan negara, tepatnya suatu *Rechtsstaat*, namun suatu negara yang punya komitmen terhadap tatanan, kontrol dan subordinasi.

Formalisme Hukum dan Model Peraturan (Model of Rules)

Hukum otonom, pada prinsipnya, berpusat pada hakim dan terikat pada peraturan. Hakimlah yang menjadi simbol tatanan hukum, bukan polisi atau legislator;⁸ dan elaborasi peraturan-peraturan hukum memberikan etos dan gaya yang berbeda kepada hukum pada tahap hukum otonom ini. Untuk memudahkan pembahasan kita, "peraturan" diartikan sebagai *sebuah norma dengan cakupan dan aplikasi yang sudah tertentu sifatnya*.⁹ Definisi ini lebih merupakan definisi yang terkait dengan persoalan fungsi dan aspirasi daripada persoalan logika dan bentuk. Tidak ada norma abstrak yang dapat sepenuhnya menentukan sebuah putusan atau perilaku yang konkrit. Namun hukum otonom mengaburkan pembedaan antara hal umum dan hal khusus, hal abstrak dan hal konkrit. Hukum otonom berupaya mengartikan norma tertentu seolah-olah norma tersebut merupakan norma yang sudah, atau yang seharusnya, sangat tepat dan bebas dari keraguan. Hukum otonom melakukan hal ini dengan *melihat kata-kata sebagai sesuatu yang penting*. Benar-benar mencermati arti adalah suatu karakter pembeda hukum otonom.

⁸ Hakim memasukkan nilai-nilai otonomi hukum, kewajaran, serta retribusi dan dengan demikian menjadi penting secara simbolis. Ia adalah juru bicara bagi hukum sebagai keadilan daripada hukum sebagai keinginan politik.

⁹ Hart dan Sacks menyatakan bahwa "sebuah peraturan dapat diartikan sebagai sebuah arah hukum, yang untuk melaksanakannya dibutuhkan tidak lebih dari sebuah kepastian atau penentuan mengenai terjadinya atau tidak terjadinya peristiwa-peristiwa fisik atau mental—yaitu penentuan fakta." Henry M. Hart dan Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (mimeograf, edisi percobaan, 1958), hlm. 155. Bandingkan Ronald Dworkin, yang mengartikan sebuah peraturan sebagai "dapat dilaksanakan dalam semua cara atau tidak sama sekali," berlawanan dengan sebuah asas, yang "menyebutkan sebuah alasan yang argumentatif dalam satu arah, namun tidak memerlukan sebuah putusan tertentu." "The Model of Rules," *University of Chicago Law Review* 35 (1967): 14, 16, 18. Menurut Hughes, "Peraturan adalah panduan-panduan yang cukup konkrit untuk putusan-putusan yang ditujukan untuk menyempitkan kategori-kategori sikap tindak dan menggariskan pola-pola sempit perilaku. Prinsip adalah tanda peringatan yang lebih samar yang mengingatkan kita akan kesadaran umum yang seharusnya diingat ketika memutuskan perselisihan berdasarkan peraturan." "Rules, Policy and Decision-Making," dicetak ulang dalam Graham Hughes, ed., *Law, Reason, and Justice; Essays in Legal Philosophy* (New York: New York University Press, 1969), hlm. 111.

Sifat berpusat-pada-peraturan (*rule-centered character*) dari hukum otonom memiliki sebuah dasar yang sangat praktis:

1. Peraturan merupakan sebuah sumber potensial untuk melegitimasi kekuasaan. Peraturan menentukan batas dan cakupan otoritas jabatan secara akurat, sehingga menawarkan pengetesan yang obyektif terhadap akuntabilitas.¹⁰ Pada saat yang sama, sebuah peraturan cukup sempit untuk membatasi kritik hukum dan membatasi jangkauan pemeriksaan yudisial. Peraturan yang akurat mempertajam kontrol hukum namun juga memusatkan perhatian pada bentuk dan rincian, membiarkan substansi dan pola kebijakan publik sebagaimana adanya.
2. Ketika hakim dibatasi oleh peraturan, cakupan nyata diskresi mereka menjadi dipersempit. Akibatnya, kekuasaan yudikatif lebih mudah untuk memberikan justifikasi karena ia nampak terbatas. Pembuat keputusan politik pun menjadi merasa tidak terlalu terancam oleh kekuasaan yudikatif. Karenanya, pengadilan menjadi sangat aman ketika sudah sangat mendekati paradigma *mechanical jurisprudence*. Jika hakim-hakim dapat menemukan sebuah preseden atau undang-undang yang benar-benar sesuai, dan dapat mengikuti rutinitas yang sudah digariskan, mereka menguatkan gambaran diri mereka sendiri sebagai teknisi-teknisi hukum dan mempertahankan peran mereka sebagai instrumen-instrumen pasif dari proses hukum.
3. Naiknya jumlah peraturan mengundang kompleksitas dan mendatangkan masalah-masalah konsistensi. Standar-standar interpretasi dibutuhkan. Pengetahuan yang mendalam mengenai peraturan, serta konsep dan teknik pendukungnya, menjadi sebuah keahlian profesional. Praktisi-praktisi hukum otonom adalah pembuat dan penyebar "alasan artifisial":

Lalu Raja berkata, bahwa menurutnya hukum didasarkan pada alasan, dan bahwa ia dan orang-orang lain mempunyai alasan sebagaimana juga para Hakim. Terhadap pernyataan ini saya berikan jawaban bahwa benar bahwa Tuhan telah memberkahi Yang Mulia dengan pengetahuan luar biasa dan berkah-berkah alam yang agung; namun Yang Mulia tidak terpelajar dalam hukum-hukum wilayah Inggris, dan hal-hal yang berkaitan dengan hidup, atau warisan, atau barang atau kekayaan dari rakyatnya, tidak untuk diputuskan oleh atau berdasarkan alasan alamiah namun oleh alasan buatan dan putusan hukum, yang mana hukum adalah sebuah seni yang membutuhkan pembelajaran dan pengalaman panjang, dengan adanya pembelajaran itulah seorang manusia dapat terbiasa dengan itu.¹¹

¹⁰ Itulah sebabnya *the model of rules* dihadapkan dengan *the model of discretionary government* (model pemerintahan yang bersifat diskresional). Lon Fuller, dalam *The Morality of Law* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1964) hlm. 33-94, juga Hart, "Positivism and Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review* 71 (1958): 593, 614-615.

¹¹ Sir Edward Coke, pertemuan antara King James I dan hakim-hakim Inggris tahun 1608, 12 Coke's Reports 63, 65, 77 English Reports 1342, 1343 (King's Bench, 1608). Menurut Horwitz, pikiran yang sama mempengaruhi formalisasi hukum kontrak pada abad ke-19. Horwitz, hlm. 261-264.

Alasan artifisial memelihara otoritas hukum-yang-diterima (*received law*) dengan cara menjadikannya sebuah ramuan putusan yang sangat diperlukan. Dalam melakukan hal itu, alasan artifisial mempertunjukkan keahliannya, yakni seni memutuskan kontradiksi, mengisi “celah-celah,” dan menyediakan perubahan hukum yang dibutuhkan. Alasan artifisial adalah retorika legitimasi hukum. Ia menggunakan apa yang diterima dan bersifat otoritatif, dan mengikatkan dirinya sendiri kepada teknik penemuan hukum yang kompeten. Pada saat yang sama, ia menjustifikasi klaim para ahli hukum akan otonomi.

4. Orientasi pada peraturan cenderung membatasi tanggung jawab sistem hukum. Ketika keadilan dilaksanakan dengan cara-cara yang ditentukan terlebih dahulu, proses hukum dapat melestarikan sumber-sumber dayanya yang terbatas. Persyaratan bahwa harus ada sebuah peraturan yang sudah tertentu, membantu sistem tersebut untuk menghindari tuntutan-tuntutan yang mungkin tidak mampu ia penuhi.
5. Hukum otonom, meskipun menjinakkan represi, tetap berkomitmen pada gagasan bahwa hukum utamanya adalah sebuah instrumen kontrol sosial. Dalam jangka pendek, kontrol lebih mudah dilembagakan ketika orang lebih mengandalkan peraturan daripada petunjuk yang lebih umum. Kontras dengan fungsi nilai-nilai, peraturan-peraturan adalah garda depan kontrol sosial.¹²

Dalam ilmu hukum, perjuangan untuk mencapai ketepatan dan kejelasan ini direfleksikan dalam pengakuan yang luas terhadap “model peraturan” (“*model of rules*”) yang dikemukakan oleh Dworkin.¹³ Sebagai sebuah teori, model tersebut terbukti selalu salah untuk banyak realitas hukum. Namun bertahannya model ini bukanlah sebuah kesalahan intelektual, bias bahasa,¹⁴ atau kecenderungan falsafi,¹⁵ atau sebagai sebuah artefak pendidikan hukum.¹⁶ *Model of rules* dipelihara dan dipertahankan karena ia mengartikulasikan bidang perhatian utama hukum otonom. Hukum otonom bersifat berpusat-pada-peraturan (*rule-centered*) karena sifat ini membantu meningkatkan dan menjaga sistem kelembagaannya. Jika hukum diperintah oleh peraturan, dan bukannya oleh diskresi atau prinsip, maka integritas proses hukum akan lebih mudah dijaga atau dipertahankan. Keseluruhan arah dan maksud putusan hukum diberi watak keteraturan dan kontrol. Demikian pula,

¹² Judith Blake dan Kingsley Davis, “Norms, Values and Sanctions,” dalam R. E. L. Faris, ed., *Handbook of Modern Sociology* (Chicago: Rand-McNally, 1964), hlm. 461.

¹³ Ronald Dworkin, “The Model of Rules.”

¹⁴ Roscoe Pound, *Law Finding Through Experience and Reason* (Athens, Ga.: University of Georgia Press, 1960), hlm. 1-4.

¹⁵ Contohnya, model peraturan-peraturan boleh jadi menarik bagi suatu filsafat yang memiliki nilai utama ketepatan bahasa. Hughes, hlm. 102.

¹⁶ Dworkin, hlm. 39.

suatu “kekhawatiran akan wilayah abu-abu”¹⁷ – yaitu, elemen-elemen norma hukum yang ambigu dan tidak jelas batas-batasnya – adalah karakter suatu tatanan hukum di mana integritas institusional mendapat perhatian yang kurang dibandingkan pengakuan terhadap fakta-fakta sosial. Penekanan pada peraturan memang ciri khas hukum otonom. Pemberian penekanan yang berbeda kepada tiap tipe hukum mempunyai fungsi tersendiri. Dengan memberikan penekanan pada beberapa aspek hukum tertentu, prinsip-prinsip utama dari tiap tipe tatanan hukum ditonjolkan. Namun perbedaan-perbedaan ini menunjukkan pula kelemahan-kelemahan khas tiap tipe.

Legalitas (*legality*), dipahami sebagai akuntabilitas yang tinggi terhadap peraturan-peraturan, adalah janji hukum otonom; legalisme (*legalism*) adalah masalahnya. Fokus pada peraturan cenderung mempersempit cakupan fakta-fakta yang relevan secara hukum, sehingga memisahkan pemikiran hukum dari realitas sosial. Hasilnya adalah legalisme, sebuah kecenderungan untuk menyandarkan diri pada otoritas hukum dengan mengorbankan pemecahan masalah di tingkat praktek. Penerapan peraturan tidak lagi dicirikan oleh adanya pertimbangan mengenai tujuan, kebutuhan, dan konsekuensi. Legalisme merugikan, sebagiannya karena kekakuan-kekakuan yang ia paksakan, dan juga karena peraturan-peraturan yang ditafsirkan secara abstrak terlalu ditujukan kepada ketaatan formal yang menyembunyikan distorsi kebijakan publik dalam hal substansinya.

Model of Rules membangkitkan etos birokrasi modern. Seperti halnya hukum otonom, birokrasi menekankan ketaatan pada peraturan-peraturan, prosedur yang benar, dan yurisdiksi yang tegas. Ia memang bisa dilihat, sebagaimana Max Weber melihatnya, sebagai wujud historis utama dari model *rule of law*. Weber menyebutnya otoritas birokratik “legal-rasional.” “Peraturan birokratik, baik dulu maupun sekarang, bukanlah satu-satunya varietas dari otoritas hukum, namun ia merupakan varietas yang termurni.”¹⁸

Dalam birokrasi, formalisme yang begitu kuat merasuk memperlemah makna tujuan. Fokusnya bukanlah pada hasil namun pada ditaatinya secara teratur rutinitas administratif yang sudah baku atau yang sudah digariskan. Meskipun Weber menekankan rasionalitas organisasi birokrasi, ia melihat suatu tarik-menarik antara rasionalitas formal dan substantif.¹⁹ Dan tujuan mendapat sedikit tempat dalam uraiannya mengenai pembuatan keputusan birokratik. Birokrasi bukanlah sebuah institusi dinamis yang berkomitmen untuk memecahkan masalah dan mencapai tujuan. Sebaliknya, ia adalah suatu sistem

¹⁷ Hart menemukan kekuatiran tersebut sebagai “sebuah kebingungan dalam tradisi hukum Amerika.” Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals,” hlm. 615.

¹⁸ H. H. Gerth dan C. Wright Mills, *From Max Weber: Essays in Sociology* (New York: Oxford University Press, 1958, 1946), hlm. 299.

¹⁹ Max Rheinstein, *Max Weber on Law in Economy and Society*, hlm. 299 dst, 300-321, 354-356; Gerth and Mills, hlm. 220-221, 331dst. Lihat juga Reinhard Bendix, *Max Weber: An Intellectual Portrait* (New York: Doubleday, 1960), hlm. 410; dan Talcott Parsons, ed., *The Theory of Social and Economic Organization* (New York: Free Press, 1964) hlm. 214-215.

yang relatif bersifat pasif dan konservatif, yang disibukkan dengan implementasi rinci dari kebijakan-kebijakan yang diterima. Formalisme birokrasi akan mempunyai makna jika ia dipahami sebagai sebuah fase transformasi institusi-institusi pra-birokratik.²⁰ Seperti hukum otonom, birokrasi terutama merupakan sebuah cara untuk mengatasi pembuatan keputusan yang sewenang-wenang pada suatu masa awal.

Gaya birokratik menganggap bahwa rasionalitas selamanya berbahaya dan harus diwaspadai dari kemungkinan adanya nepotisme, korupsi, dan manipulasi politik. Oleh karena itu, penekanan diletakkan pada penghalang dan pemisah—untuk membentengi dari pengaruh kekerabatan atau pengaruh pribadi, untuk memisahkan administrasi dari politik, untuk mempertahankan integritas jabatan. Sarana utama birokrasi dalam mempertahankan integritas jabatan adalah dengan mempersempit diskresi administratif: kebijakan-kebijakan dikodifikasikan; pembuatan kebijakan dibuat rutin; pendelegasian dibatasi; otoritas dikonsentrasikan di bagian puncak. Sebagaimana dalam hukum otonom, peraturan-peraturan merupakan kendaraan utama keteraturan administratif. Peraturan menjaga atau melindungi otonomi kelembagaan—pelayanan sipil—sembari menjanjikan pelaksanaan kebijakan yang bisa diandalkan kepada mereka yang memerintah.

Prosedur dan Pengendalian Diri

Gagasan bahwa “prosedur merupakan jantung dari hukum”²¹ menempati posisi penting dalam etos hukum otonom. Penjinakkan represi dimulai dengan tumbuhnya komitmen untuk memerintah berdasarkan peraturan. Selanjutnya, prosedur merupakan jaminan paling nyata dari suatu penerapan peraturan secara adil. Otoritas yang berpotensi represif dikendalikan oleh “*due process*”^b. Dalam penyelesaian pertikaian antar penduduk dan dalam penilaian klaim-klaim oleh atau melawan negara, sistem hukum menawarkan produknya yang paling nyata dan tegas: keadilan prosedural.

Kedekatan antara hukum dan prosedur berakar pada barter historis hukum otonom. Pengadilan setuju untuk menangguk atau menyerahkan kepada pihak lain persoalan-persoalan substantif kebijakan; sebagai gantinya, pengadilan diberi kekuasaan untuk menentukan prosedurnya sendiri, yaitu untuk mengatur

²⁰ Lihat Tabel 2, hlm. 19.

²¹ Sumber nyata ungkapan lazim ini adalah Sir Maurice S. Amos, “A Day in Court at Home and Abroad,” *Cambridge Law Journal* 2 (1926): 340: “Ketika dilihat secara sungguh-sungguh, jarang terlihat sebagai pernyataan yang berlebihan untuk menyebutkan bahwa prosedur terletak di jantung hukum.”

^b Catatan editor: *due process* adalah pelaksanaan prosedur hukum berdasarkan asas dan peraturan yang baku untuk melindungi perlindungan hak-hak individu. Lihat *Black’s Law Dictionary, Seventh Edition*, 1999.

syarat-syarat untuk mendapat akses dalam proses hukum dan cara-cara berpartisipasi di dalam proses hukum tersebut. Kekuasaan tersebut merupakan sebuah jaminan kekebalan politik: Dengan adanya kekuasaan ini, pengadilan dapat menuntut bahwa siapapun yang menggugat otoritas hukum, harus melakukannya dengan cara yang konsisten dengan keteraturan hukum. Bahkan pemerintah, dalam kapasitasnya sebagai aktor hukum, diharapkan bergerak melalui saluran-saluran yang telah digariskan.

Pada akhirnya, apa yang pada awalnya merupakan keharusan institusional berubah wujud menjadi ciri khas. Pengadilan mengklaim keahlian khusus sebagai penjaga *due process*, dan integritas prosedur menjadi nilai hukum yang paling penting. Dalam keahlian ini, dan dalam nilai ini, pengadilan menemukan sumber yang mendasar bagi legitimasi mereka. Meskipun para hakim dianggap berbicara atas nama prinsip-prinsip kewajiban yang mapan, mereka harus, suka atau tidak suka, menunjukkan beberapa kemampuan untuk melakukan penemuan ketika mengadaptasikan prinsip-prinsip tersebut pada situasi-situasi konkrit. Mereka boleh mengklaim bahwa, mengingat otoritas khususnya, fakta dan logika membuat kesimpulan-kesimpulan mereka tak bisa dihindari. Namun justifikasi ini dengan sendirinya merupakan sebuah sumber legitimasi yang lebih lemah dibandingkan prosedur. *Due process* dan keadilan merupakan sumber-sumber utama kepercayaan dan kredibilitas pengadilan.

Akibatnya, penekanan pada "cara" melampaui legalitas dan keadilan. Keadilan substantif menjadi bersifat derivatif, sebuah hasil turunan yang diharapkan dari suatu metode yang sempurna. Padahal keadilan formal secara konsisten melayani pola-pola hak istimewa dan kekuasaan yang ada. Makna keadilan dirusak ketika sebuah sistem yang bangga akan adanya peradilan yang sempurna dan tidak memihak, tidak mampu menjustifikasi gugatan akan ketidakadilan substantif. Keadilan hukum otonom terasa menyedihkan dan sewenang-wenang ketika ia menghalangi terwujudnya harapan akan keadilan, yang sebenarnya telah ia dorong sendiri. Pada akhirnya, tarik-menarik antara keadilan prosedural dan keadilan substantif melahirkan daya yang mendorong tatanan hukum untuk keluar dari batas-batas hukum otonom.

Meski demikian, pada tahap ini evolusi hukum tertahan oleh sebuah norma pengendalian diri yang berakar sangat dalam. Pengadilan dan birokrasi menyadari bahwa integritas mereka dapat dipertahankan hanya jika "ciri pasif" (*passive virtues*)²² diadopsi. Prosedur memfasilitasi lebih banyak tujuan daripada yang dilayani oleh keadilan. Prosedur juga merupakan sebuah sumber untuk membatasi akses ke pengadilan dan untuk meyakinkan bahwa hak para hakim atas "kata terakhir" digunakan secara hemat dan penuh kehati-hatian. Seperangkat peraturan dan doktrin membatasi hak untuk tampil di pengadilan, mempertahankan

²² Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (New York: Bobbs-Merrill, 1962), bab 4. Catatan editor: "pasif" dalam frase "kegunaan dari sifat pasif" yang dimaksud di sini adalah pandangan bahwa hakim seharusnya pemberi keadilan yang bersifat pasif berdasarkan peraturan, tidak boleh secara aktif menafsirkan peraturan. Lihat juga bahasan pada bagian "Pemisahan Hukum dan Politik" di atas.

konsepsi-konsepsi sempit mengenai “*justiciability*” (hal-hal yang dapat dibawa ke pengadilan), mempertahankan arogansi yudisial, menekankan inisiatif dan tanggung jawab pihak yang berperkara, menegakkan kriteria ketat mengenai relevansi hukum, membatasi otoritas pengadilan hanya pada kasus yang ditangani, dan menjustifikasi penghormatan pada keinginan politik dan putusan-putusan administratif.²³ Meski begitu, ada keinginan untuk membuat nalar atau pertimbangan hukum tetap abstrak dan netral, tidak terpengaruh oleh hasil substantif. Ada pula pemikiran bahwa ilmu hukum yang berorientasi pada hasil mengurangi integritas putusan hakim.²⁴ Keduanya mengurangi risiko bahwa pengadilan bisa saja melampaui batas-batas proses politik, namun keduanya membuat hukum begitu jauh, mahal, untung-untungan, dan tidak jelas.

Klaim terhadap Ketaatan

Akhirnya, dalam mengidentifikasi parameter-parameter hukum otonom kita harus mengikutsertakan tekanan pada otoritas dan ketaatan. Pemerintahan berdasarkan hukum (*rule of law*) mengharapkan kesetiaan yang tegas kepada hukum dari masyarakat dan pejabat pemerintah. “Tidak seorangpun, tidak peduli seberapa agung pekerjaan publiknya, atau seberapa benar motif pribadinya, dapat menjadi hakim dalam kasusnya sendiri. Itulah gunanya pengadilan ... Jika seseorang diizinkan untuk menentukan untuk dirinya sendiri apa itu hukum, setiap manusia pun bisa. Itu berarti, kekacauan pada awalnya, dan kemudian tirani.”²⁵ Retorika ini menunjukkan apa yang kita sebut suatu perspektif “risiko rendah” pada hukum dan otoritas.²⁶ Tiap penyimpangan dari ketaatan penuh terhadap hukum dipandang sebagai sebuah ancaman terhadap tatanan hukum secara keseluruhan. Pemerintahan berdasarkan hukum (*rule of law*) menunjukkan ciri “hukum-dan-ketertiban” (*law-and-order*):

²³ Di Amerika Serikat, penghormatan ini dimanifestasikan dalam asumsi akan keteraturan administratif, dalam asumsi akan konstitusionalitas ketika undang-undang yang dihasilkan Kongres menjadi persoalan, dan dalam doktrin “persoalan-persoalan politik” jangka panjang. Dalam konteks ini, hukum otonom membenarkan “perspektif resmi.” Lihat hlm. 32 - 34.

²⁴ Pada tahap ini tidak dibuat pembedaan antara dua arti “orientasi hasil” yang didiskusikan pada hlm. 68.

²⁵ Justice Frankfurter di dalam *United States v. United Mine Workers*, 330 U.S. 258, 308-9, 312 (1947).

²⁶ Lihat hlm. 4 - 6.

Menurut model hukum-dan-ketertiban, kewajiban masyarakat terdiri dari ketaatan tak bersyarat pada peraturan-peraturan negara. Bahwa peraturan-peraturan tersebut sejalan atau tidak sejalan dengan rasa keadilan warga negara itu sendiri tidaklah penting: warga negara tidak menilai hukum namun mematuhiannya... Model ini tidak serta merta lebih cocok dengan sebuah kediktatoran daripada dengan sebuah demokrasi... Bagaimanapun hukum-hukum dibuat dan apapun yang mereka tentukan, model hukum-dan-ketertiban menuntut seorang warga negara untuk selalu tunduk: jadi, seorang warga negara dalam sebuah demokrasi mungkin saja bebas untuk mencela sebuah hukum dan memperjuangkan perubahan di dalamnya melalui proses politik, namun sampai hukum itu diubah, hukum menuntut ketaatan dari warga negara tersebut... Tidak ada tempat untuk penilaian-penilaiannya sendiri, biarpun alasan-alasannya meyakinkan. Untuk berpaling dari peraturan pada dasarnya sama dengan sebuah aksi perlawanan atau pemberontakan, dan biarpun tindakan tersebut boleh jadi pada waktu itu dibenarkan secara moral, tindakan tersebut tidak akan pernah dibenarkan oleh sistem hukum yang dilawan tersebut.²⁷

Jadi, hukum otonom tetap diliputi oleh sebuah semangat ketidakeleluasaan. Sebuah dampak yang membebaskan terjadi hanya jika kekuasaan represif dikendalikan, namun dampak tersebut diperlunak oleh dipeliharanya otoritas hukum secara sadar. Keadilan pada umumnya masih dianggap sebagai tangan dari kontrol sosial, meskipun bidang kontrol diperluas hingga memasukkan pula perilaku resmi.

Di sini kita melihat segi lain "barter historis" hukum otonom. Institusi-institusi hukum memiliki otoritas untuk membuat penguasa akuntabel; sebagai gantinya, institusi-institusi hukum akan menuntut ketaatan bulat warga negara terhadap perintah-perintah yang sah menurut hukum. Legitimasi pengadilan sendiri tergantung pada kesediaan mereka untuk menegakkan hak prerogatif negara. Keberpihakan adalah sebuah perampasan otoritas atas muatan hukum.

Klaim terhadap ketaatan menemukan kenyamanan dan dukungan dalam karakter hukum otonom yang berpusat-pada-peraturan (*rule-centered*). Peraturan-peraturan yang tepat dan hak-hak yang tegas berjalan bersamaan. Untuk warga negara dan juga untuk pejabat-pejabat publik, tempat bagi diskresi dipersempit. Berkaitan dengan ini, terdapat sebuah perbedaan tajam antara hukum otonom dan represif. Bertambah banyaknya peraturan yang bersifat preskriptif, terperinci, dan opresif, menandakan beroperasinya suatu rezim represif. Namun, dalam konteks ini tidak masuk pemikiran bahwa para pembuat peraturan terikat oleh apa yang mereka tetapkan sendiri. Menjadi hak mereka untuk mengubah peraturan sesuai kemauan mereka dan menegakkan peraturan secara selektif. Meskipun sebagian besar dari peraturan-peraturan tersebut mendeskripsikan tingkah

²⁷ Mortimer R. Kadish dan Sanford H. Kadish, *Discretion to Disobey: A Study of Lawful Departures from Legal Rules* (Stanford, Cal.: Stanford University Press, 1973), hlm. 96-97. Dalam argumen mereka, model *rule and order* berhubungan timbal balik dengan model *rule of law*.

laku yang diharapkan dalam rincian yang tajam, sisanya secara khas memuat ketidakjelasan yang disengaja.²⁸ Hasilnya adalah suatu diskresi jabatan yang luar biasa. Hukum otonom menjawab sifat hukum represif untuk menggunakan peraturan-peraturan sebagai instrumen-instrumen dominasi yang berat sebelah. Dalam hukum otonom peraturan dijadikan dasar untuk mengendalikan dan juga untuk menegaskan otoritas. Pemerintahan oleh peraturan-peraturan berarti kekuasaan ditegaskan batas-batasnya dan kewajiban-kewajiban warga negara dibatasi. Dan elaborasi peraturan-peraturan menciptakan harapan-harapan mengenai konsistensi dan keadilan tindakan jabatan.²⁹

Kritik Hukum dan Perkembangan Hukum

Sejauh ini kita telah menggarisbawahi ciri-ciri model pemerintahan berdasarkan hukum (*rule of law*) yang berbicara tentang pusat perhatian utamanya, yakni otonomi institusi hukum. Ketika cara, doktrin, dan teknik hukum menjadi stabil dan sadar akan keberadaannya, mereka membentuk sebuah wilayah institusional yang berbeda. Untuk menjaga fungsi sosial utama mereka, yaitu legitimasi, dan untuk menjaga otoritas yang dengan susah payah mereka menangkan, yakni untuk membatasi pertanggungjawaban penguasa, komunitas hukum mengadopsi posisi yang melindungi diri, membatasi diri dan konservatif. Mereka menjauhkan diri mereka sendiri dari wilayah kontroversi dan konflik politik. Dalam hal ini mereka mengikuti sebuah jalan yang biasa atau lumrah: Agama, sains, seni, dan ilmu pengetahuan telah mengadopsi strategi yang sama dalam mempertahankan integritas institusional mereka.

Namun demikian, dalam kerangka *rule of law*, ancaman, kesempatan, dan harapan muncul, yang kesemuanya cenderung menghancurkan otonomi dan menyatukan kembali hukum dengan politik dan masyarakat. Upaya untuk mengembangkan sebuah tatanan hukum menggerakkan kekuatan-kekuatan yang memperlemah model *rule of law*. Transformasi model tersebut bukanlah sebuah keharusan perkembangan historis, sebab banyak hal tergantung pada konteks kebutuhan sosial dan sumber daya yang melingkupinya. Kita bicara di sini mengenai sebuah *potensi* perkembangan hukum. Tetapi, potensi itu lebih dari sekadar sebuah kemungkinan abstrak; ia merujuk pada sumber-sumber dan pola-pola yang khusus dari kekuatan-yang-bersifat-memberi-arahan (*directional energy*).

²⁸ Lihat hlm. 38 - 39.

²⁹ Transisi dari peraturan-peraturan represif ke peraturan-peraturan yang membebaskan kontrol kepada otoritas dalam konteks manajemen industrial didiskusikan dalam Philip Selznik, berkolaborasi dengan Philippe Nonet dan Howard Vollmer, *Law, Society, and Industrial Justice* (New York: Russell Sage Foundation, 1969), hlm. 82 dst.

Sumber-sumber dan pola-pola khusus tersebut adalah tipe-tipe pemikiran hukum dan partisipasi hukum yang (1) menciptakan sumber-sumber daya untuk perubahan hukum dan (2) dengan sendirinya efektif dalam membangkitkan harapan dan tuntutan baru.

Kompetensi utama hukum otonom adalah kapasitasnya untuk mengendalikan otoritas penguasa dan membatasi kewajiban-kewajiban warga negara. Tetapi ada satu hasil yang tidak diduga kemunculannya, yaitu mendorong sebuah sikap kritik yang memberikan sumbangan terhadap terjadinya erosi *rule of law*. Sikap kritik ini bukanlah sebuah pandangan ideologis, karena model *the rule of law* lebih mungkin untuk menerima kepatuhan kepada otoritas daripada menerima kritik atas otoritas. Namun pelaksanaan praktis sistem ini menekankan pada arah yang lain. Ketika institusi-institusi dan prosedur-prosedur hukum otonom berkembang, kritik atas otoritas menjadi pekerjaan sehari-hari orang-orang hukum. Hal ini nyata dalam semangat teknis dengan mana mereka menganalisis, mengintrepretasikan, dan mengelaborasi arti peraturan-peraturan, dan dalam komitmen mereka secara sadar terhadap keteraturan prosedural. Komitmen ini menempatkan pengadilan dalam soal menentukan kesempatan-kesempatan untuk menyatakan klaim-klaim. Jadi, advokasi menjadi menandingi adjudikasi sebagai paradigma tindakan hukum. Hasilnya, bagaimanapun tidak diharapkan, adalah sebuah ilmu hukum yang berpusat pada hak (*rights-centered*).

Advokasi tidak menerima hukum begitu saja. Ia menggunakan seluruh sumber-sumber analisis hukum untuk memperjuangkan penerapan suatu peraturan tertentu daripada peraturan lainnya, untuk membenarkan sebuah interpretasi khusus, untuk menjadi dasar pembelaan, untuk menghadirkan fakta yang nyata. Jadi, advokasi mendorong penegasan diri dan kritik atas otoritas yang diterima. Dampak jangka panjangnya adalah untuk membangun di dalam tatanan hukum sebuah dinamika perubahan, dan untuk membangkitkan harapan-harapan bahwa hukum merespon secara fleksibel masalah-masalah dan tuntutan-tuntutan baru. Sebuah visi muncul, dan suatu kemungkinan dirasakan. Suatu visi dan kemungkinan akan sebuah tatanan hukum yang responsif, yang lebih terbuka terhadap pengaruh sosial dan yang lebih efektif dalam menangani atau menghadapi masalah-masalah sosial. Bab berikut adalah sebuah usaha untuk mengidentifikasi ciri-ciri utama dari visi dan kemungkinan tersebut.

IV

Hukum Responsif

Pencarian hukum responsif telah menjadi kegiatan teori hukum modern yang terus-menerus dilakukan. Seperti yang dikatakan Jerome Frank, tujuan utama penganut realisme hukum (*legal realism*) adalah untuk membuat hukum “menjadi lebih responsif terhadap kebutuhan sosial.”¹ Untuk mencapai tujuan ini, mereka mendorong perluasan “bidang-bidang yang memiliki keterkaitan secara hukum,”² agar pola pikir atau nalar hukum dapat mencakup pengetahuan di dalam konteks sosial dan memiliki pengaruh terhadap tindakan resmi para aparat hukum. Seperti halnya realisme hukum, *sociological jurisprudence*³ juga ditujukan untuk memberi kemampuan bagi institusi hukum “untuk secara lebih menyeluruh dan cerdas mempertimbangkan fakta-fakta sosial di mana hukum itu berproses dan diaplikasikan.”³ Teori Pound mengenai kepentingan-kepentingan sosial merupakan sebuah usaha yang lebih eksplisit untuk mengembangkan suatu model hukum responsif. Dalam perspektif ini, hukum yang baik seharusnya memberikan sesuatu yang lebih daripada sekadar prosedur hukum. Hukum

¹ Jerome Frank, “Mr. Justice Holmes and Non-Euclidian Legal Thinking,” *Cornell Law Quarterly* 17 (1932) : 568, 586. Frase ini juga digunakan oleh James William Hurst, yang berbicara mengenai pencarian sebuah “tatanan hukum yang responsif dan bertanggung jawab,” yang “mampu memberi respon positif terhadap perubahan-perubahan dalam konteks sosial.” Lihat James William Hurst, “Problems of Legitimacy in the Contemporary Legal Order,” *Oklahoma Law Review* 24 (1971) : 224, 225, 229.

² Lon L. Fuller, “American Legal Realism”, *University of Pennsylvania Law Review* 82 (1934) : 429, 434.

³ Catatan editor: *sociological jurisprudence* sengaja tidak diterjemahkan untuk tidak membuat kesalahpahaman konseptual. *Sociological jurisprudence* adalah pendekatan filosofis terhadap hukum, yang menekankan pada dampak sosial yang nyata dari institusi, doktrin, dan praktek hukum. Pendekatan ini dimulai oleh Roscoe Pound di tahun 1906 dan menjadi titik awal bagi *legal realism*. Dengan kata lain *sociological jurisprudence* adalah ilmu hukum yang menggunakan pendekatan sosiologis. Berbeda dengan sosiologi hukum (*sociology of law*) yang merupakan ilmu sosiologi yang mencoba mengamati bagaimana hukum bekerja dalam masyarakat.

³ Roscoe Pound, *Jurisprudence* (St. Paul, Minn: West Publishing, 1959), I, 350.

tersebut harus berkompeten dan juga adil; ia seharusnya mampu mengenali keinginan publik dan punya komitmen terhadap tercapainya keadilan substantif.

Tradisi kaum realis dan sosiologis ini memiliki satu tema utama: membuka sekat-sekat dari pengetahuan hukum. Seharusnya ada penghargaan tinggi kepada semua hal yang mempengaruhi hukum dan yang menjadi persyaratan bagi efektivitasnya. Dari titik tersebut, dimulailah langkah ke arah pandangan yang lebih luas mengenai partisipasi hukum dan peranan hukum. Institusi-institusi hukum mestinya meninggalkan perisai perlindungan yang sempit terhadap hukum otonom dan berubah menjadi instrumen-instrumen yang lebih dinamis bagi penataan dan perubahan sosial. Di dalam rekonstruksi itu, aktivisme, keterbukaan dan kompetensi kognitif akan mengkombinasikan diri sebagai tema-tema dasar.

Apa yang secara sepiantas merupakan sebuah panggilan bagi terbentuknya lembaga-lembaga yang sarat pengetahuan dan efektif, setelah dilihat lebih jauh, ternyata mengandung tantangan yang signifikan. Tantangan ini telah membangkitkan penolakan-penolakan kuat. Ada ketakutan bahwa ilmu hukum instrumentalistis (*instrumentalist* juridprudence) akan mengabaikan ketidakpastian otoritas hukum. Selama penghormatan terhadap bentuk-bentuk prosedural melemah dan peraturan-peraturan dibuat problematik, pejabat-pejabat dan warga negara dapat bertindak sekehendak hatinya dengan lebih mudah. Hasilnya, menurut argumen para kritikus, adalah bahwa hukum kehilangan kemampuannya untuk mendisiplinkan aparat dan memaksakan pelaksanaannya. Jadi, pengikut aktivis Warren Court telah diperingatkan oleh justifikasi yang lemah dan otoritas yang semakin berkurang dari putusan-putusan yang dibuat oleh Pengadilan yang tidak sabar akan hambatan yang timbul dari pemanfaatan celah hukum (*legal artifice*) yang dilakukannya.⁴ Mereka mengeluhkan "kecenderungan generalisasi yang berlebihan, tidak dihormatinya preseden, bahkan preseden-

⁴ Di dalam ilmu hukum, sebagian besar diskusi mengenai masalah ini telah memfokuskan diri kepada aktivisme yudisial. Lihat Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (New York: Bobbs-Merrill, 1962); *Politics and the Warren Court* (New York: Harper & Row, 1965); *The Supreme Court and the Idea Of Progress* (New York: Harper & Row, 1970); Robert Bork, "The Supreme Court Needs a New Philosophy," *Fortune*, Desember, 1968, hlm. 138; Philip B. Kurland, "Egalitarianism and the Warren Court," *Michigan Law Review* 68 (1970): 629; Herbert Weschler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law," *Harvard Law Review* 73 (1959): 1. Lihat juga Nathan Glazer, "Towards an Imperial Judiciary?" *The Public Interest*, Fall 1975, hlm. 104. Namun argumen yang sama dapat, dan telah, diperluas cakupannya hingga mencakup juga instrumentalisme dan aktivisme di dalam proses administratif. Lihat, misalnya, kontroversi antara Friedrich dengan Finer mengenai landasan-landasan akuntabilitas administratif: Carl J. Friedrich, "Public Policy and the Nature of Administrative Responsibility," dalam Carl J. Friedrich and Edward S. Mason, eds., *Public Policy: 1940* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1940), hlm. 1; dan Herman Finer, "Administrative Responsibility in Democratic Government," *Public Administrative Review* 1 (1941): 335. Permasalahan-permasalahan tersebut sebagaimana yang muncul di dalam literatur administrasi publik, dibahas di dalam Herbert Kaufman, "Emerging Conflicts in the Doctrines of Public Administration," *American Political Science Review* 50 (1956): 1057. Lihat juga diskusi Stewart mengenai "model tradisional" hukum administratif: Richard Stewart, "The Reformation of American Administrative Law," *Harvard Law Review* 88 (1975): 1669, 1671-1688.

preseden yang baru dihasilkan, ketidakjelasan opini yang tidak diperlukan, kurangnya keterbukaan, keengganan pengadilan tingkat pertama untuk melakukan upaya penemuan fakta, interpretasi hukum secara sembarangan dan tidak adanya netralitas dan obyektifitas.”⁵ Dengan mensubordinasikan doktrin kepada hasil atau dampak sosial yang diinginkan, Pengadilan telah muncul untuk mendorong atau meningkatkan sinisme tentang “filosofi voting berdasarkan kepentingan” dari suatu ajudikasi, yang menimbulkan keragu-raguan mengenai “apakah ada atau apakah mungkin ada sesuatu hal yang dapat membedakan hukum dari politik.”⁶ Diskresi yang tidak dievaluasi dianggap sebagai benda asing di dalam tatanan hukum, bukan hanya karena hal ini dapat memberikan kebebasan bagi para hakim agung agar dapat menciptakan hukum sesuai keinginan mereka, namun, dan lebih penting lagi, karena lembaga-lembaga hukum dibuat sangat rentan terhadap berbagai tekanan di dalam lingkungan politik. Sistem hukum yang terlalu terbuka akan kehilangan kemampuannya untuk mengendalikan peran kekuasaan di dalam masyarakat; ia mundur ke kondisi represi.⁷

Memang ada ketegangan antara keterbukaan dan ketaatan terhadap hukum, dan ketegangan ini memunculkan masalah sentral dalam perkembangan hukum. Dilema ini bukanlah sesuatu yang unik bagi hukum: Semua institusi mengalami konflik antara integritas dan keterbukaan. Integritas dilindungi ketika sebuah institusi mempunyai komitmen yang kuat pada suatu misi khusus atau dapat dibuat akuntabel pada misi tersebut oleh kontrol eksternal. Namun institusi-institusi yang mempunyai komitmen tersebut menyatu dengan berbagai sudut pandang dan pola kerja mereka sendiri; mereka akan kehilangan kepekaan terhadap lingkungan sekitarnya. Kesiapan untuk memelihara akuntabilitas dapat dilakukan ketika kinerja dapat diukur dengan standar-standar yang pasti; pada saat yang bersamaan, tuntutan akan akuntabilitas mendorong ketidakpastian dan suatu upaya pencarian tempat berlindung bagi birokrasi di mana beberapa tanggung jawab diartikan secara sempit dan mudah dipenuhi. Dengan kata lain, akuntabilitas akan melahirkan formalisme dan kemunduran, sehingga mengakibatkan institusi-institusi menjadi kaku, tidak mampu untuk

⁵ Milton Handler, “The Supreme Court and the Anti-trust Laws: A Critic’s Viewpoint,” *Georgia Law Review* 1 (1967): 339, 350.

⁶ Bork, hlm. 138. Kritik Bork memutarakan kembali dan mengutip pernyataan yang sebelumnya telah dikemukakan oleh Arthur Schlesinger, Jr. yang mendakwa penganut *legal realism* hukum karena “sinisme mereka yang mendasar terhadap kemungkinan terciptanya peradilan yang obyektif.” “Thesis Yale, dikemukakan secara kasar, bahwa semua hakim menentukan putusan dan alasannya secara terbalik... Hakim yang bijak mengetahui bahwa pilihan politis tidaklah dapat dihindari; ia tidak membuat pretensi yang salah mengenai obyektifitas dan secara sadar menerapkan kewenangan yudisialnya dengan tetap memperhatikan dampak sosialnya.” “The Supreme Court: 1947,” *Fortune*, Januari 1947, hlm. 73, 201. Walaupun Bickel sama dengan kritikus aktivisme yudisial lainnya dalam mengagungkan “*passive virtues*”, argumennya memiliki perbedaan yaitu bahwa ia mengakui peranan politik dari Mahkamah Agung di dalam ajudikasi konstutisionalnya. Yang diusulkannya adalah kearifan, bukan pemisahan yang semakin tajam antara hukum dengan politik. Lihat Bickel, *The Least Dangerous Branch*, hlm. 35-39, 96-98, 102-110, 128-133.

⁷ Lihat argumen pada hlm. 82 - 84.

menghadapi kemungkinan-kemungkinan baru yang timbul secara tak terduga. Sedangkan keterbukaan, di sisi lain, mengandaikan pemberian diskresi yang luas, sehingga tindakan aparatur negara dapat tetap fleksibel, adaptif dan mawas diri. Namun tanggung jawab yang diemban aparat-aparat ini akan semakin kabur ketika mereka kehilangan kepastian, dan juga terdapat risiko bahwa komitmen akan menipis di saat fleksibilitas diterapkan. Maka, keterbukaan dapat dengan mudah berubah menjadi oportunisme, yaitu adaptasi yang tidak terarah terhadap berbagai peristiwa dan tekanan.

Hukum represif, otonom dan responsif dapat dipahami sebagai tiga respon terhadap dilema yang ada antara integritas dan keterbukaan. Hukum yang represif ditandai dengan adaptasi yang pasif dan oportunistik dari institusi-institusi hukum terhadap lingkungan sosial dan politik. Hukum otonom merupakan suatu reaksi yang menentang keterbukaan yang serampangan. Kegiatan atau perhatian utamanya adalah bagaimana menjaga integritas institusional. Untuk mencapai tujuan tersebut, hukum mengisolasi dirinya, mempersempit tanggung jawabnya, dan menerima formalisme yang buta demi mencapai sebuah integritas.

Tipe hukum yang ketiga berusaha untuk mengatasi ketegangan tersebut. Kami menyebutnya *responsif*, bukan terbuka atau adaptif, untuk menunjukkan suatu kapasitas beradaptasi yang bertanggungjawab, dan dengan demikian, adaptasi yang selektif dan tidak serampangan. Suatu institusi yang responsif mempertahankan secara kuat hal-hal yang esensial bagi integritasnya sembari tetap memperhatikan atau memperhitungkan keberadaan kekuatan-kekuatan baru di dalam lingkungannya. Untuk melakukan ini, hukum responsif memperkuat cara-cara di mana keterbukaan dan integritas dapat saling menopang walaupun terdapat benturan di antara keduanya. *Lembaga responsif ini menganggap tekanan-tekanan sosial sebagai sumber pengetahuan dan kesempatan untuk mengoreksi diri.* Agar dapat memperoleh sosok seperti ini, sebuah institusi memerlukan panduan berupa tujuan. Tujuan-tujuan menetapkan standar-standar untuk mengkritisi tindakan yang mapan, dan karenanya membuka kesempatan untuk terjadinya perubahan. Pada saat yang bersamaan, jika benar-benar dijadikan pedoman, tujuan dapat mengontrol diskresi administratif sehingga dapat mengurangi risiko terjadinya penyerahan institusional (*institutional surrender*). Sebaliknya, ketiadaan tujuan berakar pada kekakuan (*rigidity*) serta oportunisme. Kondisi-kondisi yang buruk ini ternyata hidup berdampingan dan terkait satu dengan yang lainnya. Suatu institusi yang formalis, yang terikat pada peraturan, merupakan institusi yang tidak memiliki kelengkapan yang memadai untuk hal-hal yang benar-benar dipertaruhkan dalam konfliknya dengan lingkungan sekitar. Institusi ini cenderung beradaptasi *secara oportunis* karena ia tidak mempunyai atau kekurangan kriteria untuk secara rasional merekonstruksi kebijakan-kebijakan yang sudah ketinggalan jaman atau yang tidak layak lagi. Hanya ketika sebuah lembaga benar-benar mempunyai tujuan barulah dapat ada kombinasi antara integritas dan keterbukaan, peraturan dan diskresi. Jadi, hukum responsif

beranggapan bahwa tujuan dapat dibuat cukup obyektif dan cukup berkuasa untuk mengontrol pembuatan peraturan yang adaptif.

Pencarian tujuan merupakan tindakan yang berisiko bagi sebuah institusi hukum. Di dalam sebuah perusahaan yang besar, warisan dari masa lalu dengan mudah dianggap sebagai rintangan bagi rasionalitas. Pada prinsipnya, organisasi ini bebas untuk tidak mengekalkan aturan-aturan yang dimilikinya dan mengubah prosedur kerjanya. Namun sebagian institusi lain, di antaranya lembaga keagamaan dan hukum, telah sangat bergantung pada ritual dan preseden untuk memelihara identitas atau mempertahankan legitimasi. Bagi institusi-institusi ini, proses menuju responsivitas sangatlah membahayakan; bagi mereka, proses seperti itu tidak dipikirkan dengan optimisme yang mudah. Perbedaan antara hukum otonom dan responsif sebagian merupakan hasil dari penafsiran yang berbeda terhadap risiko tersebut. Hukum otonom menganut perspektif "risiko-rendah".⁸ Ia bersikap waspada terhadap apa saja yang dapat memicu gugatan terhadap otoritas yang sudah diterima. Dalam menyerukan suatu tatanan hukum yang terbuka dan purposif (berorientasi pada tujuan), pendukung-pendukung hukum responsif lebih memilih alternatif "risiko-tinggi."

Bagian-bagian sub-bab berikut akan membahas mengenai karakteristik utama hukum responsif, dengan memaparkan berbagai permasalahan dan juga aspirasi yang timbul dalam tahap perkembangan hukum ini. Menurut pandangan kami, kekuatan-kekuatan besar mendorong hukum modern untuk berkembang ke arah tersebut, namun akibat yang ditimbulkan tidak dapat diperkirakan dan tidak stabil. Secara garis besar, argumen yang kami kemukakan adalah sebagai berikut:

1. Dinamika perkembangan hukum meningkatkan otoritas tujuan dalam pertimbangan hukum.
2. Tujuan membuat kewajiban hukum semakin problematik, sehingga mengendurkan klaim hukum terhadap kepatuhan dan membuka kemungkinan bagi suatu konsepsi tatanan publik yang semakin tidak kaku dan semakin bersifat perdata (*civil*, sebagai lawan dari sifat publik).
3. Karena hukum memiliki keterbukaan dan fleksibilitas, advokasi hukum memasuki suatu dimensi politik, yang lalu meningkatkan kekuatan-kekuatan yang dapat membantu mengoreksi dan mengubah institusi-institusi hukum namun yang juga bisa mengancam memperlemah integritas institusional.
4. Akhirnya, kita sampai kepada permasalahan yang paling sulit di dalam hukum responsif: Di dalam lingkungan yang penuh tekanan, otoritas yang berkelanjutan dari tujuan hukum dan integritas dari tatanan hukum tergantung kepada model institusi hukum yang lebih kompeten.

⁸ Lihat hlm. 4-6

Kedaulatan Tujuan

Pada masa transisi dari otonomi menjadi responsif, tahap yang paling kritis adalah *generalisasi* tujuan-tujuan hukum. Berbagai peraturan, kebijakan dan prosedur tertentu menjadi dianggap penting dan dapat digunakan. Perangkat-perangkat hukum tersebut mungkin tetap dihormati sebagai sekumpulan pengalaman, namun perangkat-perangkat ini berhenti mendefinisikan komitmen tatanan hukum. Justru penekanan yang dilakukan bergeser pada tujuan yang bersifat lebih umum, yang berisikan premis-premis kebijakan dan sekadar menyampaikan “urusan yang sedang kita tangani.” Dengan demikian, ciri khas hukum responsif adalah mencari *nilai-nilai tersirat* yang terdapat dalam peraturan dan kebijakan. Suatu contoh yang lazim untuk hal ini adalah doktrin “*due process*.” Sebagai doktrin konstitusional, “*due process*” mungkin hanya dipahami sebagai nama untuk serangkaian peraturan, yang dipaparkan secara historis, yang melindungi hak-hak atas pemberitahuan (*right of notice*), untuk didengar dalam persidangan, peradilan dengan sistem juri, dan hal-hal lain semacam itu. Gagasan mengenai *due process* yang “baku” ini bertentangan dengan interpretasi yang lebih “fleksibel”, yang memandang peraturan sebagai sesuatu yang terikat pada masalah dan konteks tertentu, dan berusaha mengidentifikasi nilai-nilai yang dipertaruhkan dalam perlindungan prosedural⁹. Ketika nilai-nilai ini diartikulasikan, nilai-nilai tersebut menawarkan kriteria otoritatif untuk mengkritisi peraturan-peraturan yang ada, mendorong pembentukan peraturan baru, dan menuntun perluasan sistem *due process* sampai meliputi juga *setting* institusional yang baru.¹⁰

Demikian pula, generalisasi tujuan adalah sumber utama fleksibilitas di dalam organisasi modern. Sebuah universitas, contohnya, melangkah menuju responsivitas ketika lembaga ini belajar membedakan hal-hal yang diperlukan untuk mengejar pengetahuan yang lebih tinggi dari apa yang sudah diterima sebagai suatu kebenaran dalam tradisi dan rutinitasnya. Sebaliknya, birokrasi dikritik karena kecenderungannya untuk mentransformasikan cara—segala jenis peraturan dan target operasional—menjadi tujuan.

⁹ Mengenai interpretasi “baku” dan “fleksibel” dari *due process*, lihat Sanford H. Kadish, “Methodology and Criteria in Due Process Adjudication – A Survey and Criticism,” *Yale Law Journal* 66 (1957): 319. Mengenai usaha mengelaborasi *due process* yang “fleksibel”, lihat Martin P. Golding, “Preliminaries to The Study of Procedural Justice,” dalam Graham Hughes, ed., *Law, Reason and Justice* (New York: New York University Press, 1969), hlm. 71; Robert S. Summers, “Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for ‘Process Values,’” *Cornell Law Review* 60 (1974): 1; Kenneth I. Winston, “Self Incrimination in Context: Establishing Procedural Protections in Juvenile and College Disciplinary Proceedings,” *Southern California Law Review* 48 (1975): 813

¹⁰ Sebuah contoh untuk nalar ini adalah perluasan *due process* menjadi “pemerintahan swasta.” Lihat Philip Selznick, dengan kolaborasi Philippe Nonet dan Howard Vollmer, *Law, Society and Industrial Justice* (New York: Russel Sage Foundation, 1969), hlm. 164 – 178, 250 dst.

Perhatian terhadap tujuan dalam hukum berakar pada perkembangan hukum otonom. Bahkan di dalam suatu tatanan hukum yang terpusat pada peraturan (*rule-centered*), pertimbangan hukum sering tidak memadai kalau hanya berlandaskan pada peraturan, tetapi juga pada tujuan, dengan demikian bisa mengurangi kesewenang-wenangan interpretasi tekstual atau untuk mengekang aparat agar tidak bertindak *ultra vires*, yaitu, melebihi kewenangan yang diberikan kepadanya. Semakin rumit hukum otonom tersebut, ia harus semakin memperhatikan tujuan di dalam mengelaborasi peraturan-peraturan. Hukum responsif dibangun di atas perkembangan tersebut. Tentu saja tidak terjadi dobrakan yang radikal sebab pertimbangan atau nalar yang artifisial mengandung bibit kelonggarannya sendiri.

Menganggap peraturan sebagai sesuatu yang serius adalah suatu seni yang kasuistis dan suatu semangat pembelaan hukum (*lawyerly virtue*) yang ambigu. Ia merupakan suatu seni yang mengacu kepada batasan-batasan otoritas dan juga kepada hal-hal yang bisa dijangkau oleh otoritas tersebut. Jika hukum diaplikasikan dengan tepat, klasifikasi berbagai peristiwa hukum pasti akan akurat. Ketika sebuah permasalahan timbul dan ambiguitas terungkap, hakim harus menciptakan cara-cara yang otoritatif untuk menyelesaikannya. Kondisi-kondisi ini dan berbagai tuntutan lainnya menimbulkan keragaman materi hukum. Walaupun fokus yang ada tetap pada peraturan, kita dapat melihat proses elaborasi konsep, doktrin, idiom dan prinsip. Seluruh materi hukum ini memberikan panduan bagi elaborasi dan penerapan peraturan. Pada saat yang bersamaan, materi hukum ini memasukkan keterbukaan dan fleksibilitas ke dalam penilaian hukum.

Yang terpenting bagi argumen kami adalah proses saling mempengaruhi (*interplay*) di antara aturan dan asas. Karena dalam proses inilah suatu sumber perubahan dibangun ke dalam tatanan hukum. Peraturan perlu bergantung kepada atau disesuaikan dengan kondisi-kondisi historis yang tepat sehingga ia bisa relevan dan mempunyai daya hidup. Ketika lingkungan berubah, peraturan-peraturan harus ditata ulang, bukan hanya untuk memenuhi kebutuhan kebijakan namun juga untuk melindungi otoritas peraturan itu sendiri dan integritasnya ketika diaplikasikan. Di dalam proses ini, pedoman diambil dari asas-asas yang otoritatif seperti konsep-konsep keadilan (*fairness*) atau demokrasi, atau prinsip bahwa tidak ada orang yang boleh mengambil keuntungan dari kesalahannya sendiri; dengan demikian kontinuitas hukum tetap dipertahankan pada saat memfasilitasi perubahan hukum. Ketika Fuller menegaskan mengenai peran sentral dari tujuan dalam segala hal yang berkaitan dengan hukum¹¹ atau ketika Dworkin dan Hughes memandang prinsip dan kebijakan sebagai

¹¹ Lon L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law- A Reply to Professor Hart," *Harvard Law Review* 71 (1958): 630, 667. Lihat juga Fuller, "Human Purpose and Natural Law", *Journal of Philosophy* 53 (1956) 697.

fondasi dari pertimbangan hukum,¹² mereka mengekspresikan harapan akan suatu tatanan hukum yang modern, yang efektif dalam menghadapi perubahan.

Pada saat hukum menekankan pada asas dan tujuan, tersedia suatu sumber yang kaya untuk mengkritisi otoritas yang dimiliki peraturan-peraturan tertentu. Tujuan memelihara upaya pencarian akan suatu hal yang telah kita sebut sebelumnya sebagai “legitimasi yang mendalam” (*legitimacy in depth*).¹³ Suatu peraturan dapat saja mengandung otoritas resmi—yaitu yang lulus “ujian asal-usul” (*pedigree test*) validitas hukum¹⁴—namun peraturan tersebut tetap harus dapat diuji ulang dalam konteks konsekuensinya bagi nilai-nilai yang dipertaruhkan.

¹² Dworkin, “The Model of Rules”; Hughes, “Rules, Policy and Decision-making.” Lihat juga Torstein Eckhoff, “Guiding Standards in Legal Reasoning,” *Current Legal Problems* 29 (1976): 205. Di dalam tulisan terbarunya, khususnya, “Hard Cases,” *Harvard Law Review* 88 (1975): 1057, tampaknya Dworkin telah menarik diri dari pandangan yang terlebih dahulu dikemukakannya mengenai permasalahan ini. Di dalam “The Model of Rules”, ia berargumen bahwa berbagai “prinsip, kebijakan dan standar lainnya,” (hlm. 22) yang kesemuanya berbeda dari peraturan-peraturan dikarenakan sifatnya yang lebih umum, memberikan pijakan yang otoritatif bagi argumen dan putusan hukum walaupun tidak dapat ditemukan secara eksplisit di dalam peraturan perundangan produk legislatif. Teori hukum yang mengabaikan otoritas dari sumber-sumber hukum ini akan dianggap tidak benar “dikarenakan kompleksitas dan kerumitan” lembaga hukum. Di dalam “Hard Cases”, fokus Dworkin bergeser kepada perhatian yang lebih sempit, yaitu teori *ajudikasi*. Lebih jauh lagi, dia mengajukan perbedaan yang tajam terhadap “asas” dan “kebijakan”, dan berargumentasi bahwa “keputusan yudisial... secara karakteristik ditimbulkan, dan memang seharusnya begitu, oleh asas bukan oleh kebijakan” (hlm. 1060). Ia mengklaim bahwa kunci dari pembedaan ini adalah bahwa “asas-asas merupakan dalil-dalil yang menggambarkan hak-hak” sementara “kebijakan-kebijakan adalah dalil-dalil yang menggambarkan tujuan” (hlm. 1067). Menurut pandangan kami, “tesis mengenai hak” ini, yang oleh Dworkin dipakai untuk pendekatan barunya, menyajikan gambaran yang sangat sempit mengenai peranan tujuan atau nilai di dalam argumentasi hukum. Sempitnya tesis ini disebabkan sebagian oleh fokus yang terbatas terhadap keputusan yudisial. Dalam kondisi dipenuhinya kebutuhan akan suatu teori mengenai sifat-sifat khas dari *ajudikasi*, teori semacam ini tidak akan dapat memberikan keadilan kepada manifestasi yang beragam dari pertimbangan hukum, contohnya, cara sebuah badan administratif menginterpretasikan mandatnya. Kami membahas lebih jauh permasalahan ini pada hlm. 86 – 90. Yang lebih penting, pemikiran Dworkin mengenai pembedaan antara asas dan kebijakan tidak memberikan ruang bagi suatu kelompok yang besar dan penting dari standar hukum yang tidak “menjabarkan hak” namun yang otoritasnya, seperti yang dimiliki oleh asas, tidak tergantung kepada keputusan legislatif yang bersifat eksplisit. Standar-standar itu adalah kebijakan-kebijakan yang *dilembagakan* seperti kebijakan memberikan kewenangan pendidikan kepada pemerintah daerah atau konsepsi-konsepsi yang telah diterima mengenai peranan tawar menawar kolektif dalam hukum perburuhan atau doktrin-doktrin resmi yang menentukan, misalnya, tanggung jawab Korps Insinyur (Corps of Engineers). Otoritas dari kebijakan-kebijakan ini diturunkan dari suatu *sejarah* keputusan-keputusan tertentu yang lebih terbatas yang menjamin kesimpulan tentang komitmen yang lebih besar dan berkelanjutan yang melampaui serangkaian kompromi legislatif yang bijaksana. Standar-standar seperti itu memang benar-benar mempunyai tempat dalam keputusan-keputusan yudisial maupun administratif, dan memang seharusnya seperti itu. Tentu saja mungkin bahwa Dworkin mengartikan “hak-hak” di dalam pengertian yang begitu luas sehingga seluruh kebijakan yang *dilembagakan* akan dapat dikualifikasikan sebagai “asas-asas” atau bahwa yang dimaksudkannya sebagai “kebijakan” adalah dalam arti sempit di mana tidak ada standar yang *dilembagakan* yang dapat dianggap sebagai kebijakan. Jika demikian, dalam kedua hal tersebut, upaya awal pemberian definisi tersebut akan membuat argumennya sebagai sebuah tautologi. Orang seharusnya juga menyimpulkan bahwa dikotomi sederhana seperti itu akan merusak “kompleksitas dan kerumitan” dalam gagasan-gagasan hukum.

¹³ Lihat hlm. 45.

¹⁴ Istilah “ujian asal usul” (*pedigree test*) adalah buatan Dworkin di dalam “*The Model Of Rules*” hlm. 17.

Hukum otonom mengabaikan dampak-dampak yang menguatirkan dari pemikiran yang berorientasi tujuan. Hukum otonom lebih menyukai peraturan-peraturan yang otoritasnya pasti dan tegas, dan dengan demikian beranggapan bahwa dunia yang diatur oleh hukum adalah dunia yang stabil, yang ciri-cirinya mudah diklasifikasikan. “*Model of rules*” dipertahankan karena model ini memberi arahan kepada pengadilan ketika lembaga ini menginterpretasikan suatu peraturan, untuk mencari “inti” dari pengertian yang pasti dan untuk mengurangi wilayah abu-abu ambiguitas.¹⁵

Ada cukup banyak jaminan untuk kehati-hatian dan pengekanan seperti itu. Ketika tujuan melemahkan otoritas peraturan, bersamaan dengan itu ia juga memperlebar ruang bagi diskresi dalam penilaian hukum. Sejauh mana otoritas tujuan dapat menggantikan otoritas peraturan menimbulkan pertanyaan yang serius. Adalah relatif mudah untuk menerima otoritas tujuan yang *bersifat kritis* dalam menginterpretasi dan mengevaluasi berbagai peraturan, putusan atau target operasional tertentu. Namun tampaknya lebih sulit untuk memiliki kepercayaan pada otoritas tujuan yang *bersifat afirmatif*, yaitu, tujuan sebagai suatu pedoman bagi arah perkembangan kebijakan.

Kontribusi fundamental dari tujuan adalah meningkatnya rasionalitas dalam pertimbangan hukum. Oleh karenanya, tidak seharusnya seseorang terkejut bahwa dengan berkembangnya orientasi pada tujuan dalam hukum maka menjadi semakin sulit untuk membedakan analisis hukum dengan analisis kebijakan, rasionalitas hukum dengan bentuk-bentuk lain pengambilan keputusan yang sistematis. Salah satu tanda perubahan adalah memudarnya “pertimbangan artifisial.” Kerumitan hukum mendorong berkurangnya secara bertahap bahasa bersayap, klasifikasi fiktif, dan analogi-analogi yang dirusak. Dibebaskan dari formalisme dan ritual, proses studi hukum dapat menjadi lebih sistematis dan empiris. Evolusi ini menjanjikan sebuah hukum yang efektif. Namun proses demistifikasi lebih cepat dan lebih mengancam. Putusan hukum kehilangan kekuatan pemaksanya, dan klaim yang paling jelas dari para ahli hukum akan keahlian khusus mereka, direnggut dari mereka.¹⁶

Pemikiran hukum purposif melawan serta mengurangi kecenderungan aparat untuk bersembunyi di balik peraturan dan menghindari tanggung jawab.¹⁷ Kami telah mengemukakan sebelumnya bagaimana cara hukum otonom, seperti birokrasi modern, mendorong suatu pandangan yang bersifat sempit mengenai kewajiban aparat. Dengan adanya kepedulian utama terhadap pengendalian otoritas, hukum otonom mendorong lembaga-lembaga hukum untuk menafsirkan kekuasaannya secara sempit,

¹⁵ H. L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review* 71 (1958): khususnya hlm. 607 dst. Lihat juga pembahasan pada hlm. 49 - 53.

¹⁶ Permasalahan ini juga dibahas oleh Philip Selznick, “The Etos of American Law,” dalam Irving Kristol dan Paul Weaver, eds., *The Americans: 1976* (Lexington, Mass: Lexington Books, 1976) hlm. 218.

¹⁷ Lihat hlm. 50 - 55.

menjauhkan diri dari isu-isu kebijakan, bersembunyi di balik tirai netralitas, dan menghindari inisiatif. Pada saat akuntabilitas mengarah ke tujuan-tujuan yang lebih umum, dedikasi kepada peraturan tidak lagi cukup untuk dapat menjadi tameng aparaturnegara terhadap kritik. Namun menggeneralisasikan tanggung jawab sama saja dengan menanggung risiko memperlemah tanggung jawab tersebut. Tujuan-tujuan yang bersifat umum cenderung impoten, yaitu begitu abstrak dan kabur sehingga tidak dapat memberikan panduan dalam membuat keputusan maupun standar-standar evaluasi yang jelas.

Agar tujuan bisa memperoleh otoritas afirmatif maupun kritis, hukum harus mampu *mengelaborasi*—sebagaimana ia menggeneralisasikan—mandat institusi-institusi hukum. Dengan demikian, fase kritis hukum responsif adalah pendefinisian misi, yaitu penterjemahan tujuan yang umum menjadi sasaran-sasaran yang spesifik.

Sampai batas-batas tertentu, orientasi pada tujuan memfasilitasi pengelaborasi mandat-mandat hukum, karena orientasi pada tujuan menyerukan dilakukannya pencarian terhadap (1) hasil-hasil akhir yang substantif dan (2) hal-hal yang secara faktual dibutuhkan dalam rangka pelaksanaan efektif tanggung jawab institusional. Dengan kata lain, hukum purposif berorientasi pada hasil (*result-oriented*); jadi menyimpang jauh dari citra klasik mengenai keadilan yang buta terhadap konsekuensi. Namun tidak berarti bahwa hukum purposif ini kurang berkomitmen terhadap penerapan yang tidak memihak dari standar-standar hukum dalam tiap kasus. Yang menjadi perhatian adalah pada legislatif dan bukannya pada fakta-fakta adjudikatif; pada *pola-pola* faktual dan dampak-dampak *sistematik* dari kebijakan-kebijakan alternatif, dan bukannya pada keluaran-keluaran tertentu.

Namun demikian, studi yang luas justru bisa lebih membuat frustrasi daripada memfasilitasi pengembangan kebijakan. Studi tersebut akan lebih cepat membantu jika dibatasi pada pengujian cara-cara dalam konteks tujuan tertentu yang telah ditentukan sebelumnya. Ketika serangkaian konsekuensi yang lebih luas dipelajari, termasuk konsekuensi dikorbankannya nilai-nilai yang lain, studi hukum cenderung memperlemah “upaya yang dilakukan secara sadar untuk menggunakan hukum sebagai sarana pencapaian tujuan-tujuan tertentu.”¹⁸ Semakin meluasnya cakupan studi hukum, ia akan mendorong pragmatisme yang lebih rumit, dalam semangat John Dewey,

¹⁸ William E. Nelson, “The Impact of the Anti-Slavery Movement upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America,” *Harvard Law Review* 87 (1974): 513, 515. Sepakat dengan Horwitz [Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780–1860* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977) bab 1 dan pengamat sebelumnya seperti Llewellyn [Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition*, (Boston: Little, Brown 1960), hlm. 36–37, 62–75, 421–426], Nelson menyatakan bahwa konsepsi “instrumentalis” hukum mulai menguasai pertimbangan hukum menurut *common law* Amerika pada paruh pertama abad ke-19. Bukti yang ada menunjukkan bahwa di bidang hukum benda, kontrak dan perbuatan melawan hukum, pengadilan pada masa itu merasa mampu membengkokkan atau mengabaikan aturan-aturan yang

yang memandang tujuan sebagai sesuatu yang problematik dan perlu direkonstruksi dengan memperhatikan ongkos-ongkos yang harus dikeluarkan untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut. Dalam perspektif tersebut, nilai-nilai selalu berlipat ganda, interdependen dan berpotensi konflik.¹⁹ Oleh karena itu, pendekatan pragmatis menimbulkan risiko mengkuatirkannya ketidakjelasan tujuan dan risiko merosotnya berbagai tujuan dan kepentingan yang saling bersaing dan tidak terarah menjadi “perimbangan” yang bersifat *ad hoc*.²⁰

Selama pandangan hukum mempertahankan warisan hukum otonom keahlian khusus dalam menguji kontinuitas keputusan-keputusan baru dengan otoritas yang diterima, pandangan hukum tersebut dapat membantu dalam menolak putusan-putusan yang bersifat *ad hoc*. Hal ini dapat dilakukannya dengan menekankan pada target dan kriteria yang dapat digeneralisasi,²¹ merekonstruksi dan mengkaji premis-premis yang bersifat

sempit dari preseden yang ada sebelumnya yang dirasa tidak sesuai dengan pemahaman umum tentang perilaku bisnis yang benar. Tambahkan pula, doktrin-doktrin yang muncul memasukkan beberapa gagasan yang sangat umum ke dalam persyaratan-persyaratan bagi pertumbuhan dunia perdagangan dan industri, suatu fakta yang memicu Horwitz untuk menyebut gagasan-gagasan tersebut sebagai “utilitarian” dan juga instrumental (Horwitz, hlm. 33). Tentu saja, baik Nelson maupun Horwitz tidak ada yang beranggapan bahwa pengadilan lantas menciptakan hukum dengan menerapkan perhitungan utilitarian; para hakim hanya berpikir seperti “orang yang praktis” (Horwitz, hlm. 34). Mungkin hanya dapat dikatakan bahwa referensi kepada gagasan-gagasan utilitarian yang membingungkan menambahkan pada putusan-putusan mereka beberapa retorika yang secara simbolis tepat pada saat itu. Suatu rangkaian panjang adaptasi praktis yang kecil yang berlangsung dalam jangka waktu yang lama menghasilkan perubahan di dalam hukum perdata yang cocok bagi kebutuhan praktis ekonomi agraria yang stabil menjadi hukum perdata yang lebih cocok untuk memenuhi kebutuhan praktis perkembangan ekonomi perdagangan dan industri. Di dalam proses ini, hukum dan pengadilan hanya bersifat adaptif secara pasif. Kesiapan mereka untuk mencakup *common sense* orang-orang praktis tentu saja merupakan penyimpangan yang signifikan dari formalisme hukum dari era-era lain sebelumnya. Namun hal itu belum sampai ke tahap “instrumentalisme” yang menganjurkan adanya usaha yang disengaja untuk menggunakan hukum sebagai sumber untuk mengejar tujuan atau nilai publik tertentu.

¹⁹ Bandingkan pernyataan ini dengan perbedaan Trubek antara tipe “statis” dan pluralis” instrumentalisme hukum: David Trubek, “Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development,” *Yale Law Journal* 82 (1972): 1, 4 -6; 18 -21; 37 -39. Tipe statis mensubordinasikan semua nilai dan kepentingan terhadap perjuangan untuk mencapai suatu prioritas yang utama oleh “negara,” dan karenanya cenderung menjadi represif di dalam penilaian kami. Tipe pluralis mendapat masukan dari serangkaian partisipan yang lebih luas dan oleh karenanya mampu untuk memperhatikan berbagai nilai dan kepentingan yang lebih beragam. Menurut pandangan kami, instrumentalisme menjadi responsif sejauh upaya studi hukum yang memperhitungkan peranan sarana pendukung lebih terbuka dan inklusif, sehingga pencarian efektivitas yang lebih besar dikendalikan oleh kesadaran yang lebih besar tentang pengorbanan. Seperti yang telah kami kemukakan, instrumentalisme responsif riskan sejauh ia membuat tujuan mudah melemah.

²⁰ Proses perubahan pragmatisme menjadi “perimbangan” tidak terarah diilustrasikan oleh pendapat golongan “inkrementalis” (*incrementalist*, kaum yang memandang bahwa perubahan seharusnya terjadi secara bertahap dan parsial, tidak purposif - editor) mengenai pembuatan kebijakan di dalam administrasi. Lihat khususnya, Charles Lindblom, “The Science of Muddling -Through,” *Public Administration Review* 19 (1959): 79; David Braybrooke dan Charles Lindblom, “A Strategy of Decision Making: Policy Evaluation as A Social Process,” (New York: Free Press, 1963); dan Charles Linblom, “The Intelligence of Democracy”, (New York: Free Press, 1965). Untuk tinjauan kritis terhadap doktrin inkrementalis, lihat Philippe Nonet, “Taking Purpose Seriously,” di dalam buku Gray Dorsey, ed., “Equality and Freedom: International and Comparative Jurisprudence” (Dobbs Ferry, N. Y.: Oceana Publications, 1977), III, hlm. 905 -923.

²¹ Contohnya, doktrin mengenai “kinerja substansial” mengurangi efek yang mengikuti interpretasi yang kaku dan tekstual terhadap ketentuan-ketentuan kontrak, namun doktrin ini menawarkan standar yang umum yang persyaratannya di dalam kasus-kasus tertentu dapat dispesifikasikan oleh penilaian

pasti dari keputusan, secara tegas menyatakan alternatif-alternatif kebijakan, dan memformulasikan kembali asas-asas yang mendukung otoritas yang diterima. Tapi pada akhirnya, penegasan yang berkelanjutan terhadap tujuan memakan tenaga dan sumber-sumber daya yang tidak dapat ditimbulkan karena penciptaan hukum semata. Akan segera dicapai suatu keadaan di mana hanya sumber-sumber daya yang lebih besar yang akan dapat mempertahankan integritas tujuan akhir (sebut saja, menegakkan suatu kebijakan pertumbuhan yang terbatas) sambil melakukan perhitungan efektif atas biaya-biaya yang dikeluarkannya (mengganti kerugian bisnis dan pekerjaan yang dideritanya). Pada titik ini, kurangnya sumber daya akan memaksa pergerakan antara mundur dari tujuan yang ada atau kembali ke instrumentalisme yang lebih monolitik dan represif, yaitu sesuatu yang mampu mengabaikan, katakanlah, bahwa perintah untuk menutup pabrik yang mencemari lingkungan akan menyebabkan pengangguran.²²

Oleh karena itu, dalam menyimpulkan bagian ini, kita harus mencatat bahwa walaupun berbagai teknik dan perspektif pertimbangan hukum dapat berbuat banyak untuk meningkatkan otoritas *kritis* dari tujuan, kontribusinya terhadap otoritas *afirmatif* lebih kecil dan tidak bisa tidak tergantung pada sumber-sumber daya di dalam masyarakat yang bersedia memberikan komitmen dalam rangka terealisasinya tujuan akhir hukum. Jadi penegasan atas tujuan membutuhkan bersatunya otoritas hukum dan kemauan politik.

Kewajiban dan Kesopanan

Jika asas dan tujuan adalah sumber bagi kritik hukum, pengorbanan (atau manfaat) merupakan erosi bagi otoritas. Melemahnya kewajiban warga negara untuk patuh sangat erat kaitannya dengan upaya menuju proses pembuatan peraturan yang lebih fleksibel. Bersamaan dengan semakin kayanya konteks yang ada di dalam masyarakat mengenai ajaran hukum, validitas peraturan akan semakin mudah dipertanyakan. Ketika keragaman materi hukum yang bersifat otoritatif semakin diperbesar, semakin banyak terdapat pembelaan terhadap klaim kepatuhan, dan semakin besar kesempatan yang ada untuk melakukan penilaian yang otonom.

konteks yang nyata. Pencarian formulasi seperti itu adalah kegiatan penyusunan undang-undang (*draftsmanship*) oleh legislatif. Kegiatan ini merupakan manifestasi dari perjuangan untuk apa yang disebut oleh Dworkin sebagai "konsistensi yang diartikulasikan," yang "mengutuk praktek pembuatan kebijakan yang tampaknya benar dalam suatu isolasi, namun tidak sesuai dengan teori komprehensif tentang asas-asas dan kebijakan-kebijakan umum yang konsisten dengan keputusan-keputusan lain yang juga dinilai benar." Ronald Dworkin, "Hard Cases," *Harvard Law Review* 88 (1975): 1057, 1064.
²² Contoh untuk masalah ini dapat dilihat pada Irving Kristol, "The Environmental Crusade," *The Wall Street Journal* (December 16, 1974).

Seperti menguatnya tujuan, melemahnya kewajiban juga memiliki sumbernya sendiri di dalam kompleksitas dan kerumitan yang selalu menemani perkembangan hukum otonom. Hal ini adalah turunan bagi apa yang disebut sebagai *paradoks ketepatan* (*paradox of precision*). Doktrin-doktrin dielaborasi karena para hakim, litigan dan pihak-pihak lain yang terlibat di dalam proses hukum membutuhkan sumber untuk menginterpretasikan dan memperjelas makna undang-undang. Pada saat yang bersamaan, bagaimanapun, sumber-sumber ini juga menawarkan pijakan untuk mempertanyakan hal yang diperintahkan hukum. Lahir dalam masa kepastian hukum, ketepatan menjadi pembantu dalam pemberian keputusan yang sensitif.

Di antara ciri-ciri yang paling mencolok dari suatu sistem hukum yang sudah maju adalah *keragaman* yang luar biasa dari otoritas hukum. Di sana tumbuh, menurut kata-kata Bickel, "sejumlah undang-undang dan peraturan dengan tata urutan kepentingan yang sangat berbeda. Prosesnya . . . demikian kompleks, beragam dan mampu untuk memasukkan suatu kewajiban yang tidak berubah untuk mematuhi semua hukum."²³ Semua sumber hukum bersifat otoritatif, namun sebagian lebih otoritatif dari yang lainnya.²⁴ Perbedaan otoritas bergantung pada banyak faktor, termasuk kelugasan dan kejelasan berbagai peraturan dan pendapat, konsistensi pelaksanaannya, berkurangnya persetujuan. Otoritas yang relatif lemah dari suatu undang-undang dimanifestasikan, contohnya, dalam interpretasi-interpretasi yang bersifat restriktif oleh pengadilan, dalam keengganan untuk menuntut atau menghukum pelanggaran hukum, atau dalam usaha-usaha khusus untuk merevitalisasi sebuah peraturan. Pendapat yudisial memang dapat usang seiring dengan waktu, "kehilangan vitalitas,"²⁵ bahkan di saat ia mencoba mempertahankan derajat otoritas tertentu. "Keputusan-keputusan pengadilan ini", tulis Hakim Frankfurter, "tidak memiliki otoritas intrinsik yang sepadan."²⁶

Lebih jauh lagi, peraturan-peraturan sangat berbeda dalam hal bagaimana dan sampai seberapa jauh peraturan-peraturan itu membebaskan kewajiban-kewajiban tertentu. Variasi-variasi ini mencerminkan kontribusi yang berbeda dari peraturan-peraturan tersebut bagi penataan hukum. Beberapa norma hukum, seperti pertanggungjawaban atas kelalaian, hanya menetapkan standar, dan

²³ Alexander M. Bickel, "The Morality of Consent" (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1975), hlm.65 -66.

²⁴ Variasi ini sering kabur karena *otoritas* peraturan atau ketetapan hukum dikacaukan dengan hasil akhirnya. Pembuat undang-undang ataupun pengadilan boleh saja mempunyai kata pemutus tentang isu yang diputuskannya, namun keputusan-keputusannya tersebut tidak semuanya penting ataupun persuasif.

²⁵ Charles A. Wright, "The Constitution on Campus," *Vanderbilt Law Review* 22 (1969): 1027, 1040. Wright berpendapat mengenai "salah satu usaha yang kurang dikagumi dari Hakim Holmes" bahwa "sudah lama sekali waktu berlalu sejak dilemahkannya putusan yang mempunyai vitalitas." Keputusan yang dimaksud di sini adalah *Commonwealth v. Davis*, 162 Mass. 510. 39 N. E. 113 (1895), dikuatkan, 167 U. S. 43 (1897).

²⁶ *Adamson v. Calif.*, 332 U. S. 46, 56 (1947).

meninggalkan ruang yang luas bagi penilaian yang otonom untuk menentukan cara pemenuhannya. Bahkan preskripsi (petunjuk) yang spesifikpun bervariasi dalam daya paksa pematuhannya. Sebuah larangan yang pelanggarannya “dihukum” dengan denda sejumlah uang dapat dianggap sama dengan membebankan pajak atas suatu kegiatan yang dibenarkan. Beberapa peraturan – contohnya, peraturan untuk membentuk kontrak atau badan hukum, membuat surat wasiat, atau permohonan suatu ijin – bersifat fasilitatif, bukan preskriptif. Sanksi utama peraturan-peraturan tersebut adalah kegagalan untuk mencapai maksud seseorang. Permasalahan mengenai kewajiban bisa sangat sulit timbul, paling tidak pada permulaannya.

Pada akhirnya, dan yang terpenting, penilaian hukum membangkitkan teknik yang terelaborasi untuk menilai otoritas *situasional* perintah-perintah hukum. Otoritas yang abstrak atau dogmatis dari suatu peraturan, yang merupakan fungsi validitas formalnya dan manfaat substantifnya sebagai suatu kebijakan umum, tidak pernah sepenuhnya menentukan kekuatan-kekuatan yang harus dimiliki oleh suatu peraturan di dalam kondisi tertentu pada sebuah kasus. Pada suatu keadaan konkrit, peraturan dapat berbenturan dengan perintah-perintah yang lain, yang lantas menyebabkan klaimnya terhadap kepatuhan menjadi terpenuhi, sebagaimana ketika sebuah peraturan yang melarang dilanggarnya hak orang lain dinilai bertentangan dengan kebebasan berbicara. Terjadilah keseimbangan nilai-nilai, yang setidaknya-tidaknya dalam teori, sangat dipengaruhi oleh penilaian terhadap fakta-fakta.

Pertimbangan-pertimbangan ini menunjukkan bahwa di dalam suatu sistem yang maju, logika penilaian hukum menjadi sangat kongruen (sama dan sebangun) dengan penilaian logika moral dan praktis.²⁷ Ketika tekstur hukum menjadi lebih terbuka, ketika sumbernya diperkaya, ketika kompetensi kognitifnya ditingkatkan, penentuan secara hukum mengenai apa yang benar dan salah akan kehilangan kekhususannya.²⁸ Menentukan apa yang secara hukum salah dan benar pada kasus tertentu adalah memperhitungkan berbagai tujuan, hambatan situasional, dan alternatif praktis. Hal yang hampir sama dapat dikatakan mengenai proses memperbaiki kewajiban moral atau mengenai pembuatan keputusan yang hati-hati dan praktis.

Manifestasi yang signifikan dari evolusi ini adalah melemahnya hukum pidana. Tumpuhnya sanksi-sanksi pidana membuat keadilan hukum pidana secara inheren menjadi kasar dan asing bagi semangat tatanan hukum purposif. Hukuman pidana jarang dapat menjadi cara yang efektif untuk

²⁷ Permasalahan ini dielaborasi di dalam Mortimer R. Kadish dan Sanford H. Kadish, *Discretion to Disobey: A Study of Lawful Departures from Legal Rules* (Stanford Ca.: Stanford University Press, 1973), hlm.211 -216.

²⁸ Tentang cara-cara lain hukum kehilangan kekhususannya pada tahap ini, lihat hlm. 67 - 68, 78 - 80, 89 - 91, 94 - 95.

memperbaiki kerusakan. Pada saat yang bersamaan, hukuman pidana berpotensi mempunyai sifat keras dan oleh karena itu dibatasi oleh formalisme prosedural.²⁹ Untuk mengendalikan penggunaan sanksi kriminal, asas legalitas (di dalam konsep tradisional *nullum crimen sine lege*³⁰) menuntut suatu definisi yang sempit dari *perbuatan* yang dapat dijatuhi hukuman. Namun ketika penilaian hukum menjadi semakin mampu untuk melakukan pembedaan, hukum pidana dipaksa untuk melihat jauh melampaui batas perbuatan, hingga ke konteks, dengan semua hal yang menyiratkan erosi peraturan-peraturan, berlipatgandanya alasan-alasan pemaaf, tumbuhnya doktrin-doktrin pertanggungjawaban yang kompleks – dan risiko sebagai akibat wajar dari ketergantungan eksekutif kepada “keahlian” psikiatri dan ilmu sosial. Risiko-risiko ini merupakan hal yang inheren dalam upaya yang lebih besar dalam upaya mencari kepastian, termasuk cara yang lebih cerdas dan teliti dalam menganalisis kategori-kategori yang tumpang tindih di bidang kejahatan, perbuatan melawan hukum, perilaku menyimpang, dan inkompetensi.

Dalam mengakui kompleksitas penilaian hukum dan mengendurkan klaim terhadap kepatuhan, hukum responsif mengacu pada suatu *ideal* yang lebih besar. Ia membawa janji akan *kesopanan* dalam cara hukum digunakan untuk mendefinisikan dan memelihara ketertiban umum. Dalam idiom kontemporer, gagasan mengenai kesopanan ini cenderung dibatasi pada tingkah laku yang baik atau kepatutan di tempat-tempat umum. Dalam pengertian yang lebih umum dan lebih klasik, kesopanan adalah suatu atribut kehidupan politik. Politik yang sopan adalah politik yang mendukung nilai sentral kewarganegaraan – asas bahwa tidak ada anggota komunitas politik sejati yang tidak dilindungi. Yang menjadi perhatiannya adalah terpeliharanya suatu komunitas moral – apa yang oleh Edward Shils disebut sebagai “rasa daya keterikatan yang substansial”³¹ – di dalam konteks politik di mana individualitas, keragaman, dan karena itu juga, konflik diakui dan diterima oleh masyarakat. Oleh karena itu, rasa hormat adalah kebajikan yang penting: Barangsiapa yang memberi ruang pada pergaulan sosial akan memperoleh jaminan legitimasi. Terdapat komitmen untuk memperkuat rasa memiliki dan menghindari sikap dan gaya yang mengucilkan individu dari komunitasnya. Standar kesopanan menjangkau pula pelaksanaan otoritas

²⁹ Karena alasan-alasan ini, sanksi pidana secara khusus diberi perlengkapan yang sangat minim sebagai instrumen regulasi. Lihat, misalnya, Alfred Blumrosen, “Administrative Creativity: The First Year of the Equal Employment Opportunity Commission,” *The George Washington Law Review* 38 (1970): 695, 729, 731.

³⁰ “Tidak ada pidana tanpa undang-undang.” Dipahami dengan tegas, asas ini berarti bahwa larangan pidana hanya dapat ditetapkan oleh undang-undang (*lex*), bukan oleh pengadilan yang melaksanakan diskresi yudisialnya. Di dalam pengertian ini, ia belum sepenuhnya diterima dalam tradisi *common law*. Dalam pengertian yang lebih luas, asas ini menuntut supaya peraturan hukum pidana ditafsirkan secara sempit, bahkan ketika sumber formalnya adalah preseden yudisial.

³¹ Edward Shils, *The Intellectuals and the Powers and Other Essays* (Chicago: University of Chicago Press, 1972), hlm. 61. Mengenai kesopanan, lihat juga Howard S. Becker, ed., *Culture and Civility in San Francisco* (New Brunswick, N. J. : Transaction Books, 1971), hlm.4 -19.

dan juga partisipasi publik. Pada kedua hal tersebut, kesopanan menyerukan suatu sikap moderat dan keterbukaan.

Hukum yang berorientasikan tujuan memberi kontribusi kepada kesopanan sebab ia lebih diberi sifat oleh "etik pertanggungjawaban" daripada oleh "etik tujuan akhir yang utama."³² Dalam etik yang kedua ini "para penganutnya . . . merasa bertanggung jawab hanya dengan memastikan bahwa nyala api perhatian yang murni tidak dipadamkan."³³ Namun di dalam etik pertanggungjawaban, "setiap orang harus memperhatikan akibat-akibat yang dapat diperkirakan dari perbuatan-perbuatannya,"³⁴ dan karenanya harus mempertimbangkan berbagai kepentingan dan nilai-nilai yang saling bersaing. Maka, ideologi adalah ancaman konstan bagi kesopanan, sebab ia memperlemah dan merusak pemikiran yang bertanggungjawab dan berorientasi pada tujuan. Ahli-ahli ideologi menolak untuk mengakui sifat terbatas dan parsial dari perspektif mereka; akibatnya, mereka mendorong perpecahan dan merusak usaha dialog. Alternatif bagi ideologi adalah suatu gaya kognitif yang mempersempit permasalahan, menjembatani perbedaan-perbedaan, dan menghormati kompleksitas serta keragaman situasi lingkungan yang faktual.³⁵

Secara lebih spesifik, hukum responsif mendorong dan mengembangkan kesopanan dalam dua cara pokok:

1. *Mengatasi kondisi-sempitnya-pandangan dalam moralitas komunal.* Otoritas tujuan yang tumbuh cenderung mengurangi preskripsi dan simbolisme. Hukum purposif menuntut bahwa kebiasaan dan moralitas, sejauh moralitas dan kebiasaan ini mengklaim otoritas hukum, harus dijustifikasi oleh suatu penilaian rasional mengenai pengorbanan dan manfaat. Salah satu akibatnya adalah tekanan untuk medekriminalisasi pelanggaran-pelanggaran terhadap nilai-nilai moral yang berlaku. Tatanan hukum lalu "lebih beradab," atau tepatnya bahwa tatanan tersebut menjadi lebih santun, lebih menerima keragaman budaya, tidak terlalu mudah menjadi kejam terhadap hal-hal yang menyimpang dan eksentrik. Hal ini tidak lantas berarti bahwa hukum melepaskan diri dari konsensus moral masyarakat. Ia hanya lebih menemukan konsensus di dalam aspirasi-aspirasi yang umum daripada di dalam norma perilaku yang spesifik; ia berusaha mengklarifikasi nilai-nilai yang dipertaruhkan dalam tatanan moral, sehingga akan membebaskan budaya dari tafsiran-tafsiran sempitnya. Contohnya, hukum boleh jadi tidak mau mengkriminalisasi peraturan yang menyangkut percabulan atau pornografi, namun ia dapat

³² Max Weber, "Politics as a Vocation," di dalam H. H. Gerth dan C. Wright Mills, eds., *From Max Weber: Essays in Sociology* (New York: Oxford University Press, 1958, 1946), hlm. 120 dst.

³³ *Ibid.*, hlm. 121.

³⁴ *Ibid.*, p. 120.

³⁵ Ini adalah argumen dasar dalam essay Edward Shils, "Ideology and Civility," dicetak ulang di dalam karya Shils, "The Intellectuals and the Powers and Other Essays," hlm. 42.

juga memperhatikan nilai-nilai dasar seperti perlindungan terhadap kegiatan seksual dari degradasi atau terpeliharanya keragaman masyarakat yang menyediakan ruang-ruang yang dilindungi dari serangan terhadap gaya hidup yang konvensional. Untuk menyuarakan nilai-nilai ini, hukum responsif mengeksplorasi sarana-sarana alternatif untuk mencapai tujuan hukum, khususnya strategi-strategi nonkriminal dari suatu peraturan seperti *zoning*^a. Dalam kenyataannya, pencarian alternatif-alternatif bagi larangan pidana bisa meningkatkan kapasitas hukum dalam memenuhi tanggung jawabnya kepada tatanan moral

2. *Mendorong suatu pendekatan baru terhadap krisis-krisis ketertiban umum yaitu suatu pendekatan yang berpusat pada masalah (problem-centered) dan yang integratif secara sosial.* Pada saat berlangsung berbagai pemogokan, demonstrasi, kerusuhan atau bentuk krisis ketertiban lainnya, asumsi-asumsi rutin kehidupan institusional ditantang, dan banyak peraturan yang berlaku pada kondisi normal diabaikan. Dalam kondisi-kondisi seperti itu, di mana pemulihan konsensus dipertaruhkan, sering menjadi tidak membantu apabila tetap memaksakan pematuhan kepada peraturan yang dalam konteks ini dirasakan asing dan tidak relevan. Hukum yang mendorong kritik terhadap peraturan-peraturan, dan bahkan yang membuat ketidakpatuhan sebagai cara yang sah untuk menguji dan mengubah peraturan,³⁶ lebih siap untuk mengendalikan perlawanan-perlawanan terhadap ancaman-ancaman simbolis kekuasaan. Pengampunan terhadap pelanggaran hukum dapat dinegosiasikan demi kepentingan menyusun kembali suatu kerangka kerja (*framework*) di mana kerja sama dapat terus berjalan.

Dampaknya adalah untuk memfasilitasi usaha pencarian resolusi krisis yang integratif.³⁷ Bentuk ini mengasumsikan bahwa kondisi-kondisi atau syarat-syarat ketertiban umum bukanlah sesuatu yang benar-benar kaku, namun sesuatu yang masih terbuka untuk dibicarakan kembali sehingga kondisi-kondisi tersebut akan lebih memperhatikan kepentingan sosial yang dipengaruhi. Karena itu, *rekonstruksi* hubungan sosial dianggap sebagai

^aCatatan editor: *zoning* adalah pembagian legislatif dalam suatu wilayah menjadi distrik-distrik yang berbeda dengan peraturan yang berbeda-beda, dalam hal penggunaan tanah, ukuran bangunan dan semacamnya. Lihat *Black's Law Dictionary, Seventh Edition, 1999*.

³⁶ Hukum seperti ini mengakui jenis-jenis ketidakpatuhan tertentu sebagai sesuatu yang *sopan (civil)*, terlepas dari apakah kepatuhan itu dibenarkan secara moral atau pun tidak. Mengenai permasalahan ini, lihat Bickel, "The Morality of Consent," hlm. 91dst. Pembedaan antara ketidakpatuhan masyarakat dan keberatan yang mengacu pada persetujuan dibahas dalam Hannah Arendt, "Crises of the Republic" (New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972), hlm. 67 -68.

³⁷ Tradisi hukum Barat, dengan penekanannya kepada pihak-pihak tertentu yang diisolasi dari konteks sosial dan dengan preferensinya kepada keputusan-keputusan yang benar-benar tidak peduli terhadap akibat-akibat sosial, telah kehilangan kepercayaan dirinya pada tahun-tahun terakhir ini, dengan hadirnya pencarian model alternatif untuk menyelesaikan sengketa. Hal ini dapat menolong mempertimbangkan seruan kajian-kajian antropologis yang memandang model-model penyelesaian sengketa sebagai hal yang lebih selaras dengan konteks perbuatan dan lebih terikat kepada usaha membangun kembali hubungan daripada menghancurkannya. Lihat Robert L. Kidder, "Afterword: Change and Structure in Dispute Processing," *Law and Society Review* 9 (1975): 385, 386 -388.

sumber utama untuk mencapai ketertiban umum. Dengan kata lain, hukum responsif dapat lebih siap mengadopsi “paradigma politik” dalam menginterpretasikan ketidakpatuhan dan ketidaktertiban. Paradigma tersebut menggunakan suatu model pluralistik dari struktur kelompok di dalam masyarakat, dan karenanya menekankan realitas dan meneguhkan legitimasi konflik sosial. Ketidakpatuhan mungkin dapat dilihat sebagai perbedaan pendapat, dan penyimpangan sebagai munculnya suatu gaya hidup baru; kerusuhan tidak dianggap sebagai aksi massa yang “tidak masuk akal” atau sekedar merusak namun dipuji karena relevansinya sebagai protes sosial. Dengan jalan ini, seni negosiasi, diskusi dan kompromi secara politis – dan juga sopan – ikut dilibatkan.

Dengan menjadi sensitif terhadap parameter politik ketertiban umum, hukum responsif lalu mengandung ciri hukum represif; di dalam kondisi ini, keduanya menjadi sangat kontras dengan hukum otonom. Yang disebut terakhir ini, karena sangat menaruh perhatian terhadap kemurnian hukum, lalu menjaga jarak dengan tatanan politik dan lekat dengan peraturan tanpa menerima tanggung jawab atas konsekuensi-konsekuensi penegakannya. Hukum represif dan responsif lebih tertarik kepada hasil, dan oleh karena itu, lebih siap untuk menyebarkan sumber daya-sumber daya politiknya. Namun, hukum represif secara fundamental tidak sopan di dalam pendekatannya kepada kekuasaan dan kepada struktur kelompok dalam masyarakat: hukum ini memanipulasi semua sumber kekuasaan, baik untuk memperoleh sekutu atau menghancurkan oposisi, di dalam pembelaan total dominasi sebuah rezim. Contohnya, penjagaan ketertiban di dalam lembaga pemasyarakatan bergantung kepada pemahaman yang mendalam terhadap sistem sosial para penghuninya, sebab sipir dan staf yang lain sangat tergantung kepada kolusi tokoh-tokoh kunci dari para penghuni dan pada saat yang bersamaan, harus siap untuk menghancurkan sumber-sumber perlawanan yang potensial.³⁸ Instrumentalisme represif ini sangat berbeda dengan instrumentalisme di dalam hukum responsif. Yang terakhir ditandai oleh rasa hormat yang beradab dan dengan maksud yang jelas terhadap berbagai macam tujuan dan kepentingan.³⁹ Di dalam hukum responsif, tatanan hukum dinegosiasikan, bukan dimenangkan melalui subordinasi.

Perspektif yang bertentangan dalam ketiga tipe hukum yang kami kemukakan ini sering terlihat jelas di dalam penanganan kerusuhan dan

³⁸ Pola ini didiskusikan di dalam Gresham M. Sykes, *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1958). Lihat juga Richard A. Cloward, “Social Control in the Prison,” di dalam Richard A. Cloward, Donald R. Csessey, George H. Grosser, Ricard H. McCleery, Lloyd E. Ohlin, Gresham M. Sykes, dan Sheldon L. Measinger, *Theoretical Studies in Social Organization of the Prizon* (New York: Social Science Research Council, 1960), hlm. 20; Richard H. McCleery, “Communication Patterns as Bases of Systems of Authority and Power,” di dalam Cloward et al., hlm. 49; dan Richard H. McCleery, “The Governmental Process and Informal Social Control,” di dalam Donald R. Csessey, ed., *The Prison: Studies in Institutional Organization and Change* (New York: Holt, Rinehart & Winstor, 1961), hlm. 149.

³⁹ Lihat pembahasan mengenai instrumentasi pada hlm. 87 – 70 dan catatan kaki no.18.

demonstrasi pada tahun 1960-an. Serangkaian keluhan terpusat pada taktik-taktik polisi yang represif, contohnya, *penghancuran* massa sebagaimana dibedakan dari pengendalian massa demi kepentingan perhimpunan masyarakat yang damai.⁴⁰ Tindakan-tindakan polisi yang sangat represif dengan mudah dikritik dan pada prinsipnya dilaksanakan dengan menggunakan sudut pandang “supremasi hukum.” Yang lebih pelik adalah rangkaian permasalahan yang kedua, yang timbul dari kegagalan polisi untuk memobilisasi sumber-sumber daya politik. Bertindak sebagai agen hukum otonom, polisi tidak siap untuk berpikir bahwa usaha untuk menciptakan ketertiban juga meliputi tugas untuk melakukan negosiasi. Dalam kerusuhan Watts pada tahun 1965, contohnya, polisi menampik usaha-usaha yang dilakukan oleh tokoh-tokoh masyarakat untuk meredakan krisis.⁴¹ Di sana, seruan untuk suatu pendekatan yang lebih responsif dan beradab jatuh ke telinga yang tuli.

Partisipasi Hukum dan Partisipasi Politik

Sebuah akibat wajar dari melemahnya kewajiban adalah pembagian otoritas hukum yang lebih luas. Di saat sistem hukum memperluas sumber-sumber kritisnya, sistem hukum itu mendelegasikan lebih banyak diskresi untuk memutuskan hal-hal yang otoritatif. Partisipasi hukum memiliki arti yang baru: Bukan saja partisipasi ini menjadi kurang pasif dan kurang patuh; namun ia juga diperluas hingga menjangkau pembuatan dan interpretasi kebijakan hukum.

Bertolak belakang dengan hal tersebut, sistem yang terpusat pada peraturan (*rule-centered system*) memusatkan perhatiannya pada otoritas. Ini ciri yang sama-sama ada dalam hukum otonom dan birokrasi. Di dalam model *rule of law*, tatanan hukum dipandang sebagai bersifat hirarkhis dan merupakan satu kesatuan. Dalam sistem ini hukum diidentikkan dengan hukum negara dan negara dengan hirarkhi jabatan yang monolitik. Kajian dalam ilmu hukum bertujuan untuk menemukan suatu teori sistem hukum yang akan menetapkan rantai komando yang jelas dan tempat yang pasti bagi otoritas tertinggi. Dengan penekannya pada “asal-usul” norma hukum dan pada subordinasi tertinggi hukum kepada kedaulatan politik, positivisme hukum dengan rapi menangkap etos hukum otonom.

Kebalikannya, kritik kontemporer mengenai *model of rules*, bersamaan dengan soal orientasi tujuan, memperkenalkan motif pluralis yang kuat.

⁴⁰ Untuk studi kasus mengenai taktik polisi untuk pembubaran massa, lihat Rodney Stark, *Police Riots: Collective Violence and Law Enforcement* (Belmont, Ca.: Wadworth, 1971), bab 1.

⁴¹ Lihat “*Riots in Watts: Los Angeles, 1965*,” dalam Leonard Broom dan Philip Selznick, *Sociology: A Text with Adapted Readings*, ed. 6 (New York: Harper & Row, 1977), hlm. 234 -238.

Titik beratnya – yang mengingatkan kita kepada *sociological jurisprudence* – adalah pada berlipat gandanya dan menyebarnya sumber-sumber hukum. Ini merupakan tema yang merasuk di dalam tulisan-tulisan Lon Fuller, yang memandang hukum sebagai hasil interaksi manusia dan tidak setuju dengan “kecenderungan para positivis untuk mengubah setiap bentuk penataan sosial menjadi suatu pelaksanaan otoritas negara.”⁴² Pluralitas tampak dengan sangat jelas ketika peran utama hukum adalah untuk meminjamkan otoritas kepada institusi-institusi swasta dalam hal penyelenggaraan peran tertentu oleh pihak swasta, namun ia juga terlihat dalam mekanisme pembuatan hukum yang sangat beragam yang ditemukan di dalam kerangka kerja pemerintahan modern.

Salah satu dampak pluralisme hukum adalah memperbanyak kesempatan *di dalam* proses hukum untuk berpartisipasi dalam pembuatan hukum. Dengan cara ini, arena hukum menjadi suatu bentuk khusus dari forum politik⁴³ dan partisipasi hukum melibatkan dimensi politik. Dengan kata lain, tindakan hukum menjadi sarana bagi sekelompok orang atau organisasi untuk berpartisipasi di dalam penetapan kebijakan publik. Ia tidak lagi dipandang secara eksklusif sebagai cara untuk mempertahankan klaim-klaim pribadi berdasarkan peraturan-peraturan yang diakui.

Bangkitnya advokasi sosial di Amerika Serikat adalah salah satu ciri yang lebih luar biasa bagi sejarah hukum belakangan ini. Di bawah dorongan beberapa kelompok swasta (terutama *NAACP Legal Defense Fund*) dan pemerintah sendiri (di dalam program-program layanan hukum Kantor Peluang Ekonomi/Office of Economic Opportunity), kita telah melihat suatu upaya yang disengaja untuk membuat proses hukum menjadi suatu cara alternatif untuk partisipasi politik. Mahkamah Agung mengakui evolusi ini ketika lembaga tersebut meneguhkan hak untuk berorganisasi untuk keperluan advokasi sosial:

Dalam konteks tujuan NAACP, litigasi bukanlah suatu teknik untuk menyelesaikan perbedaan-perbedaan atau perselisihan-perselisihan pribadi; ia merupakan suatu sarana untuk mencapai tujuan yang sah dari persamaan perlakuan oleh semua pemerintah, baik federal, negara bagian dan lokal, untuk semua anggota komunitas Negro di negara ini. Jadi hal ini adalah suatu bentuk ekspresi politik.⁴⁴

Bagi pengadilan dan berbagai profesi hukum lainnya pada masa itu, evolusi tersebut dengan mudah diterima. Evolusi itu memberikan dampak kepada tanggung jawab yang telah dipahami dengan baik, yakni tanggung jawab dari cabang yudisial atau bidang peradilan untuk memberikan

⁴² Lon L. Fuller, “Mediation –Its Forms and Functions,” *Southern California Law Review* **44** (1971): 305, 339.

⁴³ Ini adalah bahasan utama Stewart, hlm.1711 –1760.

⁴⁴ *NAACP v. Button*, 371 U. S. 415, 429 (1963). Lihat juga *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Virginia*, 377 U. S. 1 (1964).

perlindungan terhadap nilai-nilai dan kepentingan-kepentingan yang tampaknya tidak mendapatkan perhatian di dalam politik yang dikuasai kaum mayoritas.⁴⁵

Advokasi sosial mendasarkan diri pada otoritas dan menggunakan forum-forum yang dapat dimintakan pertanggungjawabannya menurut peraturan dan prinsip-prinsip hukum. Maka, tempat yang khas untuk berlangsungnya advokasi seperti itu adalah pengadilan atau badan administratif, bukannya lembaga legislatif. Yang menjadi tuntutan dalam advokasi tersebut adalah pengakuan hukum (*legal entitlement*), bukan kehendak politik. Bagaimana pun juga, litigasi dilaksanakan dengan maksud yang tegas untuk memajukan kepentingan-kepentingan kelompok dan mengubah peraturan-peraturan hukum, termasuk kebijakan-kebijakan administratif. Jika titik awal hukum tersedia – yaitu argumen yang dibangun di dalam otoritas yang telah ada terlebih dahulu – advokasi dapat digunakan sebagai suatu tambahan bagi aksi politik melalui jalur-jalur legislatif. Ramuan antara partisipasi hukum dan politik ini mendorong klaim-klaim kepentingan-kepentingan baru, namun dengan suatu cara yang mempertegas nilai-nilai tatanan hukum yang sudah diterima. Bahkan ketika sumber-sumber politik disebarakan, advokasi ini tetap menyadari bahwa klaim-klaim yang diajukannya tetap harus lolos uji otoritas hukum dan bahwa forum hukum adalah media di mana kepentingan dan kekuasaan pada prinsipnya tidak pernah berperan sebagai pemberi kata akhir dengan sendirinya.

Ekspansi advokasi sosial menyumbang berbagai sudut pandang baru bagi perdebatan hukum dan memberikan basis baru bagi dukungan terhadap perkembangan dan implementasi kebijakan publik. Ketika hak mengemukakan gagasan diperluas, ketika *class action* membuka jalan bagi representasi kepentingan sosial,⁴⁶ ketika “kerugian faktual” (*injury in fact*) menggantikan hak-hak formal sebagai kriteria untuk bisa menuntut atau tampil di pengadilan,⁴⁷ hasil yang dikeluarkan lebih dari sekedar meluasnya akses kepada institusi-institusi hukum. Yang tidak kalah pentingnya adalah *membesarnya cakupan studi hukum*. Hal yang dipertaruhkan dalam hukum mengenai hak untuk tampil di depan pengadilan (*law of standing*),

⁴⁵ “[Jika] sebuah kondisi khusus . . . cenderung dengan serius membatasi berjalannya proses-proses politik tersebut yang biasanya diharapkan untuk melindungi kaum minoritas, [kondisi tersebut] dapat meminta secara bersamaan untuk dilakukannya penggalan hukum yang lebih banyak lagi.” *U. S. V. Carolene Products*, 304 U. S. 144, 153 n. 4 (1938).

⁴⁶ Lihat misalnya, “Class Action: A Study of Group Interest Litigation,” *Race Relation Law Reporter* 1 (1965): 991. Secara lebih umum, lihat “Developments in the Law – Class Actions,” *Harvard Law Review* 89 (1976): 1318.

⁴⁷ Untuk mengetahui perkembangan hak untuk tampil di depan pengadilan (*law of standing*), lihat Kenneth C. Davis, “The Liberalized Law of Standing,” *University of Chicago Law Review* 37 (1970): 450. Tapi lihat juga Louis L. Jaffe, “Standing Again,” *Harvard Law Review* 84 (1971): 633; dan “The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff,” *University of Pennsylvania Law Review* 116 (1968): 1033. Lihat juga Ernest Gelhorn, “Public Participation in Agency Proceedings,” *Yale Law Journal* 81 (1972): 359; dan Lee A. Albert, “Standing to Challenge Administrative Action: An Inadequate Surrogate for Claims for Relief,” *Yale Law Journal* 83 (1974): 425.

sebagiannya adalah kapasitas tatanan hukum untuk memberitahukan dirinya sendiri mengenai cakupan isu dan kepentingan yang dipengaruhinya secara lebih umum, kemampuan untuk memahami struktur kelompok dari masyarakat.⁴⁸ Lebih jauh lagi, dilibatkannya konstituen baru menambah energi untuk kinerja institusi-institusi hukum. Kebijakan mengenai perlindungan lingkungan hidup memperoleh kekuatan ketika badan-badan yang berfungsi mengatur dapat mengandalkan konstituen-konstituen pro-ekologi yang aktif untuk mengajukan gugatan dan memobilisasi pengaruh, sehingga menyeimbangkan kekuatan dunia industri.⁴⁹ Peraturan menjadi semakin “mengadministrasikan diri sendiri”, dan kurang tergantung kepada preskripsi/petunjuk resmi yang diberlakukan dari atas.

Jadi, perluasan partisipasi hukum tidak hanya mengembangkan nilai demokratis dari tatanan hukum. Ia juga mampu memberikan kontribusi kepada kompetensi institusi-institusi hukum.⁵⁰ Ada suatu kondisi paralel yang memberikan instruksi dalam upaya berbagai organisasi modern untuk mendorong pembuatan keputusan yang partisipatif.⁵¹ Gaya administrasi baru ini meminjam banyak dari pengalaman (dan juga retorika) demokrasi, namun hal ini terutama merupakan sarana menuju suatu organisasi yang lebih berorientasi pada tujuan, yang bebas dari kekangan otoritas birokratik.

Organisasi post-birokratik tidak terlalu peduli atau tidak banyak berurusan dengan keteraturan administratif. Organisasi seperti ini menerima sebagai kebenaran suatu konteks di mana nilai rasionalitas ditetapkan dengan tegas⁵² dan terpeliharanya integritas jabatan tidak lagi menjadi prioritas dalam agenda kerjanya. Permasalahan khusus yang dihadapi organisasi post-birokratik adalah memberi tempat bagi partisipasi, mendorong inisiatif dan pertanggungjawaban, menciptakan apa yang

⁴⁸ Mengenai representasi kepentingan sebagai “model” bagi hukum administratif, lihat Stewart, khususnya. hlm. 1760 –1813.

⁴⁹ Lihat Joseph L. Sax, *Defending the Environment: A Strategy for Citizen Action* (New York: Knopf, 1971). Hal ini juga merupakan pembahasan sentral di dalam Paul Sabatier, “Social Movements and Regulatory Agencies: Toward a More Adequate –and Less Pesimistic –Theory of Client Capture,” *Policy Sciences* 6 (1975): 301. Mengenai intervensi kelompok lingkungan hidup sebelum AEC, lihat Steven Ebbin dan Raphael Kaster, *Citizen Groups and the Nuclear Controversy* (Cambridge, Mass: M. I. T. Press, 1974), dan Daniel Bornstein, “The AEC Decision-Making Process and the Environment: A Case Study of the Calvert Cliffs Nuclear Power Plant,” *Ecology Law Quarterly* 1 (1971): 689. Mengenai usaha *Sierra Club* untuk mencegah Departemen Kehutanan A.S. mengizinkan pembangunan Mineral Lembah King, lihat Christopher D. Stone, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects* (Los Altos, Ca.: William Kaufmann, 1974).

⁵⁰ Ini adalah asumsi dari “model representasi kepentingan” hukum administratif. Stewart, hlm.1760.

⁵¹ Untuk pandangan yang bersifat saran mengenai permasalahan ini, lihat Warren G. Bennis, *Changing Organizations* (New York: McGraw-Hill, 1966), dan *Beyond Bureaucracy: Essays in the Development and Evolution of Human Organization* (New York: McGraw-Hill, 1973).

⁵² Sebaliknya, birokrasi, menurut pemahaman Webber, terutama merupakan jalan untuk melindungi pembuatan keputusan dari sumber-sumber kesewenang-wenangan; dengan demikian, birokrasi menganut suatu konteks yang di dalamnya rasionalitas masih ringkih. Lihat hlm. 52.

disebut Barnard sebagai “sistem-sistem kooperatif” yang mampu menarik “kontribusi” yang otonom dari para konstituen yang besar jumlahnya.⁵³ Di dalam lembaga purposif, otoritas harus terbuka dan partisipatif: Konsultasi didorong; pertimbangan-pertimbangan untuk keputusan dijelaskan; kritik diterima dengan baik; persetujuan dianggap sebagai ujian bagi rasionalitas.

Ciri-ciri organisasi post-birokratik adalah sebagai berikut:

1. Delegasi otoritas yang luas untuk memobilisasi dan menyebarkan sumber-sumber dalam rangka tercapainya tujuan yang sudah ditetapkan. Desentralisasi menggantikan “manajemen perintah”,⁵⁴ namun desentralisasi tidak dipahami sebagai pembentukan “yurisdiksi” yang subordinat. Model delegasi otoritas ini adalah organisasi gugus tugas yang tersusun dari unit-unit yang memfokuskan diri pada masalah dan bersifat sementara.
2. Penggunaan yang kreatif terhadap staf-staf perencanaan, evaluasi dan pengembangan dalam rangka meningkatkan kompetensi kognitif organisasi. Sebuah akibat wajar yang dihasilkan adalah bahwa staf dan jajarannya harus belajar untuk membagi otoritas.
3. Diterimanya pengawasan dan loyalitas ganda demi mendorong kemandirian penilaian yang terjadi, misalnya, ketika partisipasi organisasional dikualifikasikan sebagai komitmen-komitmen dan aspirasi-aspirasi profesional.
4. Pembuatan keputusan yang partisipatif sebagai suatu sumber pengetahuan, sarana komunikasi, dan dasar bagi persetujuan.

Berbagai asas dan bentuk ini adalah “ragi di dalam adonan birokrasi.”⁵⁵

Mengikuti logika yang serupa, tatanan hukum purposif mungkin membutuhkan pengenduran otoritas demi mencapai tindakan kooperatif yang lebih efektif. Bahkan di Uni Soviet, gerakan-gerakan menuju ke arah tersebut telah diamati. Ketika tujuan menjadi lebih sentral perannya, menurut Golunski,⁵⁶ “pentingnya tekanan negara sebagai sarana untuk mengamankan realisasi norma-norma hukum sosialis secara teratur mulai berkurang.” Hukum yang sentralistik dan yang terpusat pada peraturan akan berguna pada saat “seseorang menghadapi situasi-situasi khusus yang

⁵³ Chester I. Barnard, *The Function of the Executive* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1968, 1938), khususnya hlm. 65 –81. Barnard bersikeras bahwa lembaga harus dipandang sebagai “meliputi semua tindakan kontribusi dan penerimaan energi, sehingga pelanggan yang melakukan jual beli, penyuplai yang menyalurkan barang-barang, investor yang menanamkan modal, juga merupakan kontributor.” (hlm. 77).

⁵⁴ Peter F. Drucker, *Concept of the Corporation* (Boston: Beacon Press, 1960, 1946), hlm. 48, dan secara lebih umum pada hlm. 41 –71.

⁵⁵ Broom dan Selznick, hlm. 209.

⁵⁶ Kalimat ini dikutip dari S. A. Golunskii, “On the Question of the Concept of Legal Norms,” *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo (Soviet State and Law)* (1961), no. 4: 21, terj. oleh Harold J. Berman (bahan mata kuliah Perbandingan Hukum Soviet dan Amerika yang tidak dipublikasikan, Harvard Law School)

terjadi berulang-ulang, yang juga akan terulang di masa yang akan datang.” Namun “ketika tugas baru dihadapi oleh masyarakat, ketika ternyata diharuskan untuk mengorganisasi masyarakat agar melakukan kegiatan yang belum pernah dilakukan sebelumnya, dan di masa yang akan datang, ketika tugas-tugas yang mirip timbul, apa yang harus dilakukan bukan sekedar pengulangan sederhana atas apa yang terjadi sebelumnya . . . maka akan menjadi lebih sulit bagi pusat kekuasaan untuk membuat petunjuk-petunjuk (preskripsi) mengenai tindakan-tindakan konkrit yang harus diambil atau tidak perlu diambil, untuk menyelesaikan setiap tugas yang sangat banyak dan beragam.” Oleh karenanya, hukum harus berproses melalui “keseluruhan rangkaian penugasan kepada berbagai lembaga negara,” sambil membiarkan mereka “dalam bidang yang jauh lebih luas, untuk menunjukkan inisiatif mereka dalam memilih cara dan sarana,” menekankan “peran aktif organisasional” dan pertanggungjawaban mereka untuk menarik “partisipasi publik dalam rangka merealisasikan norma-norma hukum.”

Namun partisipasi warga negara dapat memperlemah dan sekaligus juga mendukung efektivitas institusi untuk menyelesaikan masalah. Partisipasi yang tetap terjaga tergantung kepada kinerja elit-elit yang mempunyai komitmen. Hasilnya, selalu terdapat risiko bahwa para konstituen yang lebih vokal akan menjadi lebih lemah, tidak terlihat, dan lebih pasif di dalam masyarakat. Kebijakan dan regulasi dilemahkan ketika kekuatan industri tidak menemui tantangan yang efektif dari kelompok massa konsumen yang tidak terorganisasi,⁵⁷ ketika desentralisasi dan partisipasi “grass root” berarti bahwa kepentingan lokal yang kuat mengalahkan kepentingan yang lebih luas namun lebih jauh (*remote*);⁵⁸ ketika spesialisasi menghasilkan dibatasinya konstituen-konstituen administratif, sehingga kepentingan-kepentingan lainnya yang terkait diabaikan;⁵⁹ ketika partisipan yang aktif

⁵⁷ Permasalahan ini adalah bahasan utama di dalam *Study Group Reports* yang dikeluarkan oleh *Center for the Study of Responsive Law*. Lihat, e.g., Robert C. Fellmeth, *The Interstate Commerce Commission: The Public Interest and the ICC* (New York: Grossman, 1970); John C. Esposito, *Vanishing Air* (New York: Grossman, 1971); James S. Turner, *The Chemical Feast* (New York: Grossman, 1971); Mark J. Green, dengan Beverly C. Moore, Jr. dan Bruce Wasserstein, *The Closed Enterprise System* (New York: Grossman, 1972); Mark J. Green, ed., *The Monopoly Makers* (New York: Grossman, 1973).

⁵⁸ Lihat Grant McConnel, *Private Power and American Democracy* (New York: Knopf, 1966). Lihat juga Philip Selznick, *TV A and the Grass Roots*, (Barkeley: University of California Press, 1949); Sidney Baldwin, *Poverty and Politics: The Rise and Decline of the Farm Security Administration*, (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1968); Arthur Maass, “Congress and Water Resources,” *American Political Science Review* 44 (1950): 576, dan *The Kings River Project* (New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1952).

⁵⁹ Ini adalah fokus yang umum dari kritik dalam studi-studi yang berkaitan dengan “profesionalisasi” atau “birokratisasi” lembaga-lembaga yang menyalurkan kesejahteraan, pendidikan, kesehatan, dan lain-lain. Mengenai sekolah, lihat, misalnya, David Rogers, *110 Livingston Street* (New York: Random House, 1968); Marilyn Gittel et al., *School Boards and School Policy: An Evolution of Decentralization in New York City* (New York: Praeger, 1973). Pada kesejahteraan masyarakat, lihat Peter Marris dan Martein Rein, *Dilemmas of Social Reform: Poverty and Community Action in the United States* (New York: Atherton Press, 1967). Tentang rumah sakit, lihat Charles Perrow, “Hospitals: Technology, Goals, and Structure,” di dalam James G. March, ed., *Handbook of Organizations* (Chicago: Rand-McNally, 1965), hlm. 910.

dipisahkan dari kelompok yang diwakilinya, dan ketika klaim-klaim yang diperjuangkan mengubah kebutuhan-kebutuhan yang disuarakannya.⁶⁰

Dengan cara-cara ini dan cara-cara yang hampir serupa, perluasan partisipasi membuat pemaknaan dan perlindungan kepentingan publik menjadi ringkih dan problematik. Ketika institusi-institusi terbuka kepada para konstituennya, mereka menjadi (1) lebih rentan terhadap ketidakseimbangan kekuatan di dalam masyarakat dan (2) lebih mudah terfokus kepada suatu bidang perhatian khusus yang sempit. Akibatnya, mereka menjadi kurang akuntabel kepada satuan politik yang lebih besar, dan lebih kurang-terinformasikan oleh permasalahan-permasalahan dan aspirasi-aspirasi dari satuan politik yang lebih besar itu.⁶¹

Jadi, penyebaran otoritas hukum dan perluasan partisipasi hukum menghasilkan “semakin lemahnya negara.”⁶² Secara paradoks, ledakan administratif zaman modern telah mengaburkan dan melemahkan konsepsi negara sebagai agen kekuatan publik yang tunggal dan khas. Model baru sistem hukum dan politik terlihat oleh kemunculan “cabang keempat” dari pemerintahan, yang mencerminkan aspirasi dan permasalahan hukum responsif dan purposif. Di dalam model tersebut, kewenangan hukum didelegasikan secara luas; lembaga-lembaga dengan tujuan khusus, dari segala jenis dan dalam jumlah yang besar, adalah pengemban penting tanggung jawab hukum dan merupakan sumber pertumbuhan di dalam hukum; mereka dibekali dengan kekuasaan penetapan kebijakan yang luas dan lebih peduli dengan urusan meningkatkan kerja sama dibandingkan

⁶⁰ Lihat pembahasan mengenai permasalahan terkandung dalam representasi “kepentingan publik” di Stewart, hlm. 1762 -1770. lihat juga Philippe Nonet, *Administrative Justice: Advocacy and Change in a Government Agency* (New York: Russel Sage Foundation, 1969), hlm. 96 -97, 120 -121; 261 -267; Edgar S. Cahn dan Jean C. Cahn, “Power to the People or the Profession? The Public Interest in Public Interest Law,” *Yale Law Journal* 79 (1970): 1005; Harry Brill, “The Uses and Abuses of Legal Assistance,” *Public Interest* 31 (1973): 38.

⁶¹ “Juga tidak benar hukum yang diundangkan untuk kesejahteraan kelas tertentu dan bukan untuk kemakmuran seluruh negara. Negara yang memiliki hukum seperti itu bukan merupakan pemerintahan tapi partai, dan konsep mereka mengenai keadilan sama sekali tidak memiliki arti.” Plato, *Laws*, Buku IV, bag. 715, *Dialogues*, pen. Benjamin Jowett (New York: Oxford University Press, 1892). Beberapa teori politik terbaru menyarankan bahwa “demokrasi partisipatoris” dapat menyembuhkan penyakit pluralisme. Contohnya Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 1970). Advokasi sosial adalah bentuk demokrasi partisipatoris dalam arti bahwa ia menawarkan jalur-jalur alternatif bagi kegiatan politik di luar kerangka demokrasi mayoritas atas nama orang-orang yang secara sosial diistimewakan dan atas nama nilai-nilai yang rapuh seperti perlindungan lingkungan hidup. Partisipasi jenis ini mengkompensasi dampak-dampak restriktif dari pluralisme kemapanan, di mana lingkaran elit pemerintahan yang relatif tertutup dan institusi-institusi yang sudah puas dengan dirinya sendiri mendominasi proses politik. Namun, dengan sendirinya perluasan partisipasi ini hanya memperluas lingkaran. Permasalahan dasar pluralisme tetap ada.

⁶² Frase ini pertama kali muncul di dalam komentar Lenin di dalam *Marx's Critique of the Gotha Programme*, dipublikasikan di *The State and Revolution*. Sumber yang bagus adalah Karl Marx, *Critique of the Gotha Programme, with Appendices by Marx, Engels and Lenin* (New York: International Publishers, 1966) hlm. 55, 67 -88. Gagasan tersebut tidak perlu dipahami sebagai mengindikasikan akhir seluruh pemerintahan; namun seharusnya diinterpretasikan sebagai menunjuk kepada suatu transformasi pemerintah agar menjauh dari bentuk negara yang monolitik dan represif.

dengan urusan mengatur perilaku; setiap lembaga bekerja dalam hubungan yang sangat dekat dengan para konstituennya sendiri. Di dalam konteks seperti ini, simbolisme Kedaulatan dilemahkan dan memberi jalan kepada sosok gabungan yang longgar dari perusahaan-perusahaan publik, masing-masing dengan misi dan massanya sendiri. Pengamatan yang teliti terhadap sosok ini mengungkapkannya adanya risiko-risiko dan juga janji pluralisme. Terdapat momok terhadap banyaknya lembaga yang bertujuan picik dan mengatur diri sendiri, yang bekerja untuk tujuan-tujuan yang saling tumpang tindih dan kepentingan-kepentingan tertentu; momok akan suatu sistem yang tidak mampu diterobos atau dipengaruhi oleh petunjuk dan kepemimpinan, yang tidak mampu menetapkan prioritas; momok akan satuan politik yang terfragmentasi dan mandul yang di dalamnya gagasan pokok mengenai kepentingan publik tidak memiliki arti.⁶³

Dari Keadilan (Fairness) menuju Kompetensi

Kita telah melihat bahwa hukum purposif paling jelas dimanifestasikan dalam suatu penajaman kritik hukum. Kritik hukum, pada gilirannya, membuat kewajiban hukum menjadi problematik dan dapat dinegosiasikan, rentan terhadap penilaian diskresional dan karenanya juga terhadap tekanan lingkungan sosial dan politik. Hasilnya adalah suatu rezim pluralisme hukum yang memiliki ciri-ciri kebaikan maupun keburukan dari keterbukaan. Seperti yang telah kami kemukakan sebelumnya, keterbukaan adalah persyaratan yang diperlukan, namun bukan yang memadai, bagi hukum responsif. Dengan sendirinya, keterbukaan melemahkan integritas dan kompetensi lembaga-lembaga hukum. Jika tatanan hukum perlu responsif dan tidak sekedar oportunistik, institusi-institusinya membutuhkan dukungan yang efektif dalam mengakomodasikan tekanan. Dengan kata lain, tujuan haruslah memperoleh otoritas afirmatif sekaligus juga otoritas kritis. Ini adalah aspek yang paling problematik dari studi hukum responsif, dan yang secara radikal perlu dilepaskan dari perspektif hukum otonom.

Legitimasi, bukan kompetensi, adalah perhatian sentral dari hukum otonom. Pada tahap itu, urusan utama hukum adalah mempertegas otoritas

⁶³ Melemahnya kepentingan publik dalam pluralisme dikritik di dalam Lowi, *The End of Liberalism* (New York: W. W. Norton Co., 1969); McConnell, *Private Power and American Democracy*; Nonet, "Taking Purpose Seriously." Untuk pernyataan yang ekstrim mengenai doktrin pluralis yang mengatakan bahwa "kepentingan publik" tidak memiliki kandungan yang obyektif, lihat Glendon A. Schubert, Jr., "The Public Interest' in Administrative Decision-Making," *American Political Science Review* 51 (1957): 346. Lihat juga tulisan Charles Lindblom yang dikutip dalam catatan kaki no. 20. Sebagaimana yang dimaksud Stewart, pandangan yang serupa juga terdapat secara implisit di dalam "model representasi kepentingan" hukum administratif. Stewart, hlm.1712.

peraturan dan keputusan, dan bukan untuk memastikan bahwa institusi-institusinya memiliki kemauan dan kompetensi untuk melaksanakan mandatnya. Oleh karena itu, fungsi paradigmatis tatanan hukum adalah lebih untuk adjudikasi daripada pembuatan atau administrasi kebijakan. Permasalahan kebijakan timbul di dalam adjudikasi, tapi hanya secara insidental, timbul lebih karena kebutuhan logis daripada karena pertanggungjawaban langsung. Hukum otonom bersifat terpusat pada pengadilan (*court-centered*), dan susunan konstitusionalnya memastikan bahwa pengadilan tetap menjadi “cabang yang paling tidak berbahaya,” cabang dengan kompetensi paling kecil untuk mengumpulkan dan menyebarkan sumber-sumber, untuk mengadakan perubahan yang sistematis dalam kebijakan dan pelaksanaan kebijakan, atau menangani persoalan yang terjadi dalam upaya melaksanakan hal-hal tertentu. Komitmen pengadilan adalah untuk mendengarkan klaim/tuntutan; keahliannya terletak pada keadilan prosedural; kontribusinya adalah untuk mengendalikan otoritas dan mempertahankan hak-hak individual. Tidak ada satupun dari cara-cara ini yang dapat digunakan oleh hukum untuk mengatasi persoalan tentang cara mengefektifkan tujuan dalam memandu institusi-institusi.

Batasan yang ada pada hukum otonom ini kemudian menjadi tampak jelas pada sejarah aktivisme yudisial (*judicial activism*^b) di Amerika Serikat akhir-akhir ini. Di bawah kepemimpinan Warren Court, dan dipacu oleh ledakan advokasi sosial, pengadilan memperluas cakupan *judicial review* sehingga meliputi pula wilayah-wilayah kebijakan publik yang lebih luas. Namun secara karakteristik, apa yang mereka tekankan itu tetap mendapatkan tantangan sekaligus legitimasi. Reformasi prosedural – yakni dengan memperbanyak kesempatan bagi pengajuan tuntutan – adalah pendorong intervensi yudisial, dengan sedikit ujian terhadap keuntungan substantif⁶⁴ dan sedikit perhatian untuk pengorbanan, termasuk beban yang dikenakan pada inisiatif pihak tertentu.⁶⁵ Hak-hak individu – contohnya, hak para pemilih atau tersangka – tetap menjadi titik awal analisis hukum, dengan hanya memberikan perhatian insidental kepada hasil kerja

^b Catatan editor: *judicial activism* atau aktivisme yudisial adalah filosofi dalam pembuatan putusan pengadilan di mana hakim memasukkan pandangan personal mereka mengenai kebijakan publik dalam pengambilan putusan. Lihat *Black's Law Dictionary, Seventh Edition*, 1999. *Judicial activism* sering dipuji karena pengadilan menjadi lebih sensitif terhadap kondisi-kondisi faktual, terutama yang berkaitan dengan mereka yang dirugikan secara struktural oleh sistem hukum negara. Namun ia juga sering dikritik karena biasanya menyebabkan pelanggaran konstitusional, prosedural atau tidak mengikuti preseden.

⁶⁴ Lihat misalnya bukti atas pengaruh keputusan Mahkamah Agung dalam *In re Gault*. William V. Stapleton dan Lee E. Teitelbaum, *In Defense of Youth: A Study of Role of Counsel in American Juvenile Courts* (New York: Russell Sage Foundation, 1972).

⁶⁵ Mengenai pengorbanan-pengorbanan yang berkaitan dengan ekspansi perbaikan prosedural, lihat Stewart, hlm. 1770 -1776. Lihat juga Nonet, *Administrative Justice*, hlm. 125 -159, 234 -240; Joel Handler, “Controlling Official Behaviour in Welfare Administration,” *California Law Review* 54 (1966): 479; dan Richard M. Titmuss, “Welfare Rights, Law and Discretion,” *Political Quarterly* 42 (1971): 113.

institusional—contohnya, transformasi sistem pemilihan atau reformasi sistem jaminan.⁶⁶ Dan penegakan peraturan diarahkan pada kasus yang sedang ditangani dan bukan pada pola-pola atau praktek-praktek yang memunculkan kasus-kasus tersebut.⁶⁷ Ketika pengadilan mencoba untuk melewati batasan-batasan ini dan mencoba untuk menangani permasalahan institusional secara lebih langsung—contohnya, pada kasus-kasus penghapusan pemisahan sekolah berdasarkan ras—mereka melakukannya dengan risiko melampaui batas-batas hukum dan politis.⁶⁸

Advokasi sosial dan aktivisme yudisial merentangkan batas-batas bagi model *rule of law* tapi tidak memberikan alternatif terhadapnya.⁶⁹ Jika tatanan hukum harus memberikan otoritas afirmatif kepada tujuan, fokus analisis hukum pastilah pola-pola sosial dan pengaturan institusional yang mempersulit pencapaian tujuan akhir hukum, bukan individu yang mengalami kerugian itu sendiri. Dalam konteks hukum responsif, klaim-klaim hak dipahami sebagai kesempatan-kesempatan untuk menyingkap ketidakteraturan atau kerusakan, dan karenanya dapat dinilai sebagai sumber daya administratif. Namun penyelesaian kontroversi tidak dapat dibiarkan sebagai persoalan paradigmatik, demikian pula hukum tidak dapat bergantung pada proses tersebut untuk memenuhi tanggung jawabnya. Keadilan prosedural hanyalah salah satu kewajiban dan sumber di antara begitu banyak kewajiban dan sumber yang ada. Namun tidak lalu berarti bahwa *fairness* dan keadilan individual kurang penting nilainya. Kebalikannya, hukum purposif mendorong realisasi yang lebih penuh bahwa keadilan individual, untuk periode jangka panjang dan bukan hanya dalam kasus yang sedang ditangani, tergantung kepada kondisi-kondisi institusional yang mendukung. Energi hukum seharusnya dikerahkan untuk mendiagnosis permasalahan institusional dan merancang ulang pengaturan institusional. Bentuk

⁶⁶ Mengenai voting, lihat Bickel, *Politics and the Warren Court*, hlm. 175–198; dan *Supreme Court and the Idea of Progress*. Mengenai reformasi sistem jaminan, lihat Forest Dill, *Bail and Bail Reform in the United States*, disertasi doktor yang tidak dipublikasikan, University of California, Berkeley, 1971.

⁶⁷ Itulah sebabnya, seperti yang dikemukakan Jaffe, “pekerjaan yang ditunaikan oleh aksi-aksi publik dapat . . . dilaksanakan dengan *lebih baik* pada kebanyakan—walaupun mungkin tidak pada keseluruhan—kasus oleh kontrol-kontrol politik dan administratif.” Louis L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action* (Boston: Little, Brown, 1965), hlm. 476. Bahkan “peraturan pengecualian,” suatu alat yang secara eksplisit dimaksudkan untuk mengubah pola-pola perilaku penegakan hukum, tampaknya hanya memiliki pengaruh yang kecil pada pengelakan sistematis terhadap standar konstitusional. Lihat Dallin H. Oaks, “*Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*,” *University of Chicago Law Review* 37 (1970): 665.

⁶⁸ Mengenai batas yudisial yang dilampaui pada pembubaran sekolah, lihat Philip B. Kurland, *The Quality of Inequality: Urban and Suburban Public Schools* (Chicago: University of Chicago Press, 1968), hlm. 60–67; dan *Politics, the Constitution and the Warren Court* (Chicago: University of Chicago Press, 1970), hlm. 105–113, 195–206. lihat juga Nathan Glazer, “*Towards an Imperial Judiciary?*” dan “*Is Busing Necessary?*” *Commentary*, Maret, 1972, hlm. 39; David Krip, “*School Desegregation and the Limits of Legalism*,” *Public Interest*, Spring, 1977, hlm. 101; dan Joan C. Baratz, “*Court Decisions and Educational Change: A Case History of the D. C. Public Schools, 1954–1974*,” *Journal of Law and Education* 4 (1975): 63.

⁶⁹ Batas-batas advokasi sosial di dalam konteks-konteks seperti kesejahteraan dan perumahan dibahas di dalam Peter Miller, *Social Advocacy and the Legal Process*, disertasi doktor yang tidak diterbitkan, University of California, Berkeley, 1974.

pengawasan yang baru, cara baru untuk meningkatkan kelayakan keputusan, unit-unit organisasi yang baru, struktur kewenangan yang baru, insentif yang baru – semua hal ini adalah perbaikan-perbaikan yang khas hukum purposif (yang berorientasi pada tujuan).⁷⁰

Satu prinsip dasar adalah bahwa beban untuk mengoreksi kesewenang-wenangan atau ketidakadilan tidak seharusnya jatuh kepada penuntut klaim seorang; sebaliknya, institusi hukum seharusnya mampu mengoreksi dirinya sendiri. Oleh karena itu, mungkin saja, pada konteks tertentu, perubahan prosedural yang memberikan hak-hak *due process* yang lebih luas kepada penuntut potensial atas klaim merupakan sesuatu yang sudah seharusnya; namun kesimpulan ini seharusnya tidak muncul dari kecenderungan untuk mengandalkan prosedur formal untuk menyelesaikan permasalahan substantif. Seharusnya kesimpulan tersebut merupakan hasil dari penyelidikan diagnostik yang (1) menemukan ketidakadilan yang massif dan bukannya suatu contoh kasus yang terisolasi dan (2) menjustifikasi harapan bahwa suatu perubahan rutinitas administratif – contohnya, ketentuan tentang pemberitahuan tentang dengar pendapat atau banding – akan menyelesaikan permasalahan. Sebab dengan sendirinya, suatu kasus yang terisolasi akan sulit menjustifikasi kesimpulan yang menyatakan bahwa diperlukan perubahan institusional; ia boleh jadi tidak menjanjikan lebih dari sekadar suatu ekspresi penyesalan. Dan jika ketidakadilan sudah merajalela, hal itu sangat mungkin merupakan hasil dari kerusakan institusional – pengabaian, kurangnya sumber daya, tekanan-tekanan yang saling berbenturan – yang tidak dapat diperbaiki oleh peraturan prosedural manapun.⁷¹ Bahkan, seperti yang telah kami tekankan, akuntabilitas formal dapat mencekik institusi, melumpuhkan energi, dan merintang penyelesaian masalah, sehingga justru menambah inkompetensi dan bukannya mengendalikannya.⁷²

“Ideal pokok” hukum responsif, sebagaimana hukum otonom, adalah legalitas. Bahwa kontinuitas dipertahankan. Namun ideal mengenai legalitas seharusnya tidak dikacaukan dengan pernak-pernik “legalisasi”⁷³ – pengembangan peraturan dan formalitas prosedural. Pola-pola birokratis yang diterima sebagai *due process* (dipahami sebagai “bidang rintangan”

⁷⁰ Ilustrasi mengenai pendekatan ini, di dalam konteks korporasi modern, ada dalam Christopher D. Stone, *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior* (New York: Harper & Row, 1975); dan “The Corporate Fix,” *The Center Magazine* 9 (Juli –Agustus 1976: 15 –22).

⁷¹ Mengenai nilai terbatas perubahan prosedural, lihat catatan kaki 64 –67.

⁷² Lihat hlm. 49 – 52.

⁷³ “Legalisasi,” dan patologi institusional yang terkait dengannya, adalah bahasan utama Nonet, *Administrative Justice*, khususnya hlm. 125 –268. Secara lebih umum, Fuller mengungkapkan bahwa institusi manusia dilumpuhkan oleh “legalisme yang merayap” yang diakibatkan oleh ketergantungan pada peraturan-peraturan, sebab “peraturan hukum bukanlah alat yang efektif untuk mengarahkan kekuatan manusia menuju ke tempat di mana mereka dapat melakukan kegiatannya dengan kreativitas dan efektivitas yang maksimal.” Lon L. Fuller, “Two Principles of Human Association,” di dalam J. Roland Pennock dan John W. Chapman, eds., *Voluntary Associations* (New York: Atherton Press, 1969) hlm. 13 –14. Lihat juga Judith N. Skhklar, *Legalism* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1964).

(*obstacle course*)⁷⁴) atau sebagai akuntabilitas (dipahami sebagai dipenuhinya peraturan-peraturan jabatan) merupakan hal yang asing bagi hukum responsif. Ideal mengenai legalitas perlu dipahami secara lebih umum dan dibebaskan dari formalisme. Di dalam sistem yang purposif, legalitas merupakan reduksi progresif dari kesewenangan dalam hukum positif dan administrasi hukum positif.⁷⁵ Mengupayakan suatu reduksi yang layak dan maksimal terhadap kesewenangan, berarti menciptakan suatu sistem hukum yang cakupannya melampaui rutinitas formal dan keadilan prosedural hingga ke keadilan substantif. Pencapaian tersebut, pada saatnya, membutuhkan institusi-institusi yang berkompeten dan juga memiliki legitimasi.

Jika ada fungsi paradigmatis hukum responsif, fungsi tersebut adalah fungsi regulasi, bukan adjudikasi.⁷⁶ Dipahami secara luas, regulasi adalah proses mengelaborasi dan mengoreksi kebijakan-kebijakan yang dibutuhkan untuk merealisasikan tujuan hukum. Jadi, regulasi dipahami sebagai mekanisme untuk mengklarifikasi kepentingan publik. Ia juga melibatkan kegiatan menguji strategi alternatif untuk mengimplementasikan mandat dan merekonstruksi mandat-mandat tersebut dengan bantuan hal yang telah dipelajari. Fungsi ini tidak dapat diidentikkan dengan pekerjaan “badan-badan pembuat peraturan” seperti yang telah kita kenal. Pembuatan dan penegakan hukum mungkin terlibat atau terkait di dalam fungsi regulasi, namun keduanya tidak mendefinisikannya – kecuali keduanya dipahami dalam pengertian pembuatan kebijakan dan administrasi yang jauh lebih luas. Membuat “peraturan”, dalam pengertiannya yang sempit, hanyalah salah satu cara dari banyak cara untuk mengelaborasi kebijakan, contohnya, menetapkan “kriteria kinerja,” mendefinisikan “tujuan-tujuan operasional”, memformulasikan “panduan-panduan.” Dan membuat petunjuk (preskripsi) hanyalah salah satu cara dari banyak cara menuju terlaksana/tercapainya suatu hal, contohnya, mengalokasikan sumber daya, menciptakan insentif, memberi fasilitas, menyediakan layanan. Di dalam perspektif hukum otonom, badan-badan seperti Corps of Engineers (Persatuan Insinyur-Insinyur), U.S.

⁷⁴ Herbert L. Pecker, “Two Models of the Criminal Process,” *University of Pennsylvania Law Review* 113 (1964): 1, 13.

⁷⁵ Formulasi mengenai gagasan legalitas ini dinyatakan pertama kali oleh Philip Selznick, “Sociology and Natural Law”, *Natural Law Forum* 6 (1991): 84, 100.

⁷⁶ Abraham Chayes membuat banyak bahasan yang hampir serupa dalam menganalisis “model baru” “litigasi hukum publik” yang dilihatnya muncul/berkembang di pengadilan federal. Chayes, “The Role of the Judge in Public Litigation,” *Harvard Law Review* 89 (1976): 1281. Di dalam model baru tersebut, “pokok perkara gugatan hukum bukanlah sengketa antara orang perseorangan tentang hak pribadi, namun keluhan mengenai penerapan kebijakan publik . . . Sebagaimana konsep tradisional mencerminkan dan terkait dengan suatu sistem dimana hubungan sosial dan ekonomi diselesaikan oleh tindakan pribadi yang otonom, demikian juga model yang baru merefleksikan dan berhubungan dengan sistem regulatoris di mana hubungan-hubungan ini merupakan produk dari hukum positif. Di dalam sistem seperti itu, penegakan dan aplikasi hukum merupakan implementasi dari kebijakan regulatoris” (hlm. 1302, 1304). Setiap orang dapat, seperti yang telah dilakukan Chayes, mempertanyakan kompetensi pengadilan untuk menjalankan fungsi tersebut. Chayes, hlm. 1307 - 1309.

Employment Service (Layanan Pegawai A.S.) atau sistem sekolah negeri, tidak dengan mudah dipahami sebagai bagian dari "proses hukum"; dan bahkan keputusan-keputusan mendasar di mana mereka mendefinisikan misi dan strateginya, membuat mereka terlibat dengan kegiatan di dalam fungsi regulatoris. Memisahkan realitas tersebut dari proses hukum sama dengan (1) menjauhkan lembaga-lembaga "non-hukum" pemerintah dari keuntungan yang dapat diberikan oleh keahlian hukum dalam hal seni praktis dan intelektual dalam penetapan standar-standar dan (2) menjauhkan badan-badan "hukum" dari sumber-sumber daya "non-hukum", sehingga mengurung mereka dalam suatu model "regulasi melalui tatanan-tatanan hukum" yang membuat susah bergerak, kadang melumpuhkan.⁷⁷

Peraturan yang purposif mengandaikan suatu konsepsi yang jauh lebih luas dan inklusif tentang proses hukum. Di dalam perspektif tersebut, hukum adalah suatu rangkaian urusan yang bersifat fasilitatif dan memberikan penyelesaian masalah, yang dapat melahirkan dukungan bagi beragam kekuasaan dan memobilisasi sekelompok besar sumber daya intelektual dan organisasional. Inilah yang merupakan dorongan yang kuat bagi tuntutan kaum pendukung realisme hukum akan visi integratif dari "pemerintahan hukum".⁷⁸ Setiap teori yang membuat penyelesaian masalah sebagai fungsi sentral dari hukum mudah menerima bahwa batas-batas, yang menyebabkan lembaga-lembaga dipisahkan, "lingkaran kompetensi" ditentukan, dan wilayah birokratis dipagari, menghalangi penyebaran sumber-sumber daya yang dibutuhkan untuk melakukan tindakan yang efektif. Inilah sebabnya mengapa tatanan hukum responsif harus mempostulasikan bahwa "bahaya tirani atau ketidakadilan bersembunyi dalam kekuasaan yang tidak dikontrol, bukan pada kekuatan yang disatukan."⁷⁹ Dengan kata lain, dan secara lebih umum, resiko akan terjadinya kesewenangan di dalam pelaksanaan kekuasaan perlu dikontrol sedemikian rupa sehingga memfasilitasi, dan bukannya menghambat, perluasan kompetensi kelembagaan. Karena sebagaimana hukum mengemban tanggung jawab yang lebih besar dari sebelumnya, demikian pula inkompetensi menjadi sumber yang jauh lebih kuat bagi kekuasaan yang sewenang-wenang.

Hasil yang wajar dari perpaduan kekuasaan adalah semakin melemahnya lembaga-lembaga, gagasan-gagasan, dan model-model atau cara-cara nalar yang "khas hukum." Kami telah menunjuk beberapa aspek di dalam evolusi ini: Dengan hukum yang purposif, terdapat penolakan terhadap pertimbangan artifisial, terdapat suatu konvergensi analisis hukum dan

⁷⁷ Bruce Ackerman *et al.*, *The Uncertain Search for Environmental Quality* (New York: Free Press, 1974), hlm. 221dst. Juga perhatikan tesis Jaffe bahwa terdapat banyak kelemahan badan-badan regulatoris yang dihasilkan karena pemisahan regulasi dari manajemen. Louis L. Jaffe, "The Effective Limits of the Administrative Process: A Reevaluation," *Harvard Law Review* B67 (1954): 1105.

⁷⁸ Karl N. Llewellyn, *Jurisprudence; Realism in Theory and Practice* (Chicago: University of Chicago Press, 1962), hlm. 357 dst.

⁷⁹ Kenneth C. Davis. *Administrative Law Text* (St. Paul, Minn: West Publishing, 1959), hlm. 30.

kebijakan, reintegrasi penilaian hukum dan moral dan reintegrasi partisipasi hukum dan politik.⁸⁰ Segi lain dari transformasi tersebut adalah diserapnya hukum ke dalam dunia administrasi yang lebih luas. Seni pembelaan hukum (*lawyerly art*) menjadi seni yang memberikan otoritas afirmatif kepada tujuan, yaitu, memastikan bahwa hukum dilaksanakan dengan sungguh-sungguh di dalam kinerja dan permufakatan lembaga-lembaga hukum pemerintah. Dan hal tersebut sebagian besar tergantung pada dinamika organisasional. Fungsi utama kepemimpinan administratif adalah “pengejawantahan tujuan secara institusional.”⁸¹ Kebijakan harus dibangun menjadi bagian struktur sosial dari organisasi pekerjaan (*enterprise*) sehingga dapat memberikan karakter pada pembuatan keputusan di setiap tingkatan dan karenanya memperoleh otoritas yang efektif dan mendalam. Kondisi seperti itu didambakan oleh setiap orang namun sangat sulit diciptakan. Dibutuhkan penciptaan beberapa sub-unit dengan keahlian dan komitmen khusus, yang mendistribusikan otoritas sehingga keputusan-keputusan penting diambil pada saat ada pemahaman yang sangat baik tentang tujuan, dan yang mengelola insentif-insentif sehingga kekuatan-kekuatan dilibatkan dan inisiatif dibebaskan.

Argumen ini lebih dari sekedar penegasan kembali kedudukan sentral hukum administratif di dalam tatanan hukum modern. Hukum administratif, seperti yang kita ketahui, dipahami dengan lebih baik sebagai keturunan hukum otonom dan bukan sebagai pertanda hukum responsif. Ia tetap merupakan suatu hukum *judicial review* atas tindakan-tindakan administratif, hukum mengenai hak-hak prosedural bagi pihak-pihak yang terkena dampak keputusan administratif, suatu hukum yang menyediakan dasar-dasar untuk membatalkan kebijakan-kebijakan administratif yang menyimpang dan yang mengendalikan kekuasaan. Hukum responsif mempunyai tujuan berupa *memberikan kemampuan dan memfasilitasi*; akuntabilitas restriktif hanya menjadi prioritas kedua. Ada visi akan suatu jenis baru keahlian pembelaan hukum (*lawyerly expertise*)—keahlian dalam mengartikulasikan *prinsip-prinsip mengenai model institusional dan diagnosis institusional*. Prinsip-prinsip itu akan menganalisis masalah-masalah karakteristik institusional yang terkait dengan pelaksanaan mandat-mandat yang berbeda jenisnya dan dengan pelaksanaan kekuasaan yang berbeda-beda juga jenisnya di lingkungan yang berbeda-beda pula, dan akan mengacu kepada mekanisme institusional yang dengannya permasalahan-permasalahan seperti itu akan dapat dikoreksi atau dikurangi. Tujuan jangka panjangnya adalah kapasitas “untuk menentukan kesesuaian yang paling harmonis antara tujuan-tujuan dan karakteristik-karakteristik badan-badan khusus dan beragam cara-cara pengawasan.”⁸² Mengembangkan prinsip-

⁸⁰ Lihat hlm. 67 - 68, 72 - 73, 78 - 79.

⁸¹ Philip Selznick, *Leadership in Administration: A Sociological Interpretation* (New York: Harper & Row, 1957) hlm. 62 - 63, 90 - 133.

⁸² Stewart, hlm. 1810.

prinsip seperti itu akan memerlukan analisis yang mendalam terhadap praktek administratif yang telah ada, untuk mengklarifikasi, misalnya, kondisi-kondisi apa yang dapat membantu meningkatkan kompetensi kognitif, termasuk penggunaan secara efektif kebijakan dan staf-staf perencanaan; model desentralisasi apa yang konsisten dengan penjagaan integritas program; negosiasi jenis apa yang dapat mendorong atau memperlemah pelaksanaan hukum secara tegas;⁸³ secara lebih umum, perpaduan sumber daya kognitif, organisasional, dan politis apa saja yang dibutuhkan oleh badan-badan jenis khusus dalam rangka merealisasikan tujuan-tujuan khususnya.⁸⁴

Walaupun hukum responsif mempunyai visi diharmonisasikannya kekuasaan-kekuasaan dan dikaburkannya batas-batas institusional, perbedaan antara keputusan hukum dan keputusan politik tidak dihapuskan. Dan justru sebaliknya, proses hukum yang bertujuan memperbesar kompetensi institusi hukum menganggap bahwa (1) desain dan evaluasi kelembagaan dapat dibangun di atas premis-premis *yang diterima* yang menentukan tujuan-tujuan yang dilayani hukum dan (2) tugas hukum adalah untuk mengurangi kesewenang-wenangan di dalam mendefinisikan dan mengelaborasi tujuan-tujuan ini. Oleh karena itu perpaduan antara hukum dan pemerintahan berarti bahwa di dalam hukum responsif pemerintahan bertindak dalam kapasitas ganda. Sebagai aktor *politik*, ia mengemban tanggung jawab untuk menentukan tujuan-tujuan yang akan dikejar dan sumber-sumber daya yang dipersiapkan untuk bertindak dalam menangani permasalahan-permasalahan seperti pengendalian polusi atau diskriminasi dalam lapangan pekerjaan. Keputusan-keputusan ini menyatakan dan menetapkan suatu kehendak politik, dan keputusan-keputusan itu mencerminkan dengan baik permainan kekuatan politik, bagaimanapun kekuatan politik itu dikendalikan dan disublimasikan. Akan tetapi pemerintah harus terus maju, sebagai aktor *hukum*, untuk menetapkan badan-badan dan mekanisme-mekanisme untuk memajukan tujuan-tujuan publik. Pada prinsipnya, walaupun hanya dengan keberhasilan yang terbatas dalam prakteknya, institusi-institusi ini dirancang untuk memberi obyektivitas yang maksimal bagi elaborasi kebijakan publik, termasuk definisi yang lebih pasti mengenai tujuan yang diterima dan klarifikasi progresif terhadap pilihan-pilihan politik serta pilihan-pilihan strategis. Dalam konteks dan sumber daya tertentu, dengan tujuan-tujuan operasional apa suatu kebijakan dapat dikendalikan? Di dalam suatu kerangka mandat yang mendasar sifatnya, tujuan-tujuan alternatif apa saja yang mestinya dijamin oleh cara-

⁸³ Untuk studi kasus mengenai permasalahan ini, lihat Alfred W. Blumrosen, "The Crossroads for Equa Employment Opportunity: Incisive administration or Indicisive Bureaucratic," *Notre Dame Lawyer* 49 (1973): 46.

⁸⁴ Bandingkan dengan kesimpulan Stewart yang menyatakan bahwa analisis komparatif adalah "garis penyelidikan yang mungkin mewakili harapan terbesar kita akan kemajuan hukum administratif yang realistik di masa yang akan datang." Stewart, hlm. 1810.

cara lain dalam alokasi sumber-sumber daya yang ada? Sumber daya apakah yang benar-benar dibutuhkan oleh tujuan yang dimandatkan? Di dalam kapasitas hukum seperti itu, pemerintah melampaui politik kekuasaan. Ia melihat lebih pada kebutuhan yang harus dipenuhinya daripada tuntutan-tuntutan yang diajukan kepadanya, berusaha menjangkau kepentingan-kepentingan kelompok yang tidak mempunyai kekuasaan, mendorong partisipasi, mengambil inisiatif untuk menemukan permasalahan-permasalahan yang timbul dan aspirasi-aspirasi yang baru tumbuh.

Dengan demikian, walaupun terdapat potensi responsivitas di dalam setiap tatanan hukum yang maju, pemenuhan janji akan responsivitas tersebut tergantung pada konteks politik yang mendukung. Hukum responsif mensyaratkan suatu masyarakat yang memiliki kapasitas politik untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahannya, menetapkan prioritas-prioritasnya, dan membuat komitmen-komitmen yang dibutuhkan. Karena hukum responsif bukanlah pembuat keajaiban di dalam dunia keadilan. Pencapaiannya bergantung kepada kemauan dan sumber daya di dalam komunitas politik.⁸⁵ Kontribusinya yang khas adalah memfasilitasi tujuan publik dan membangun semangat untuk mengkoreksi diri sendiri ke dalam proses pemerintahan.

⁸⁵ Seperti juga pencapaian dari badan-badan regulatoris dan badan-badan pemerintahan lainnya. Penelitian mengenai pengalaman administratif telah menghasilkan cukup banyak skeptisisme mengenai kompetensi badan-badan pemerintahan. Menurut pandangan kami, skeptisisme ini terlalu berlebihan dan didasarkan kepada pemahaman yang dangkal terhadap fenomena yang ada. Dalam evaluasi lembaga publik, adalah penting untuk membedakan dengan lebih tajam antara kelemahan yang berasal dari mandat dan sumber daya lembaga tersebut dengan kelemahan lainnya yang secara langsung berasal dari dinamika internal pengalaman institusional. Badan-badan terlalu mudah dikritik karena "gagal" melaksanakan mandatnya atau melaksanakan wewenang yang tidak pernah mereka terima. Tidak adanya pemahaman yang memadai terhadap mandat mereka menghasilkan kesimpulan yang menyamaratakan bahwa "badan regulatoris dan lembaga pemerintahan lainnya diberi tugas untuk melindungi masyarakat dari keserakahan dan tindakan yang tidak bertanggung jawab dari perusahaan."; namun ini adalah standar yang digunakan Nader sebagai dasar gugatannya. Ralph Nader, ed., *The Consumer and Corporate Accountability* (New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1973), hlm. 215. Dibutuhkan peringatan yang lebih banyak, khususnya ketika, seperti pada sistem di Amerika, kerentanan politik dari badan-badan administratif dalam kondisi akut. Mengenai permasalahan ini, lihat Harold Seidman, *Power, Position, and Politics* (New York: Oxford University Press, 1970), hlm. 36-97. Lihat juga Louis Jaffe, "The Illusion of the Ideal Administration," *Harvard Law Review* 86 (1973): 1183, 1188-1199.

Epilog:

Dua Cara Kematian Hukum

Tujuan yang paling umum dari esai ini adalah untuk menyatakan-ulang pesan dari *legal realism* dan *sociological jurisprudence*. Doktrin-doktrin tersebut dikerangkakan sebagai sebuah seruan untuk kajian hukum yang lebih empirik. Namun pelajaran intelektual tersebut, yang dalam dirinya sendiri hampir tidak diperdebatkan lagi, menyimpan suatu agenda pembaruan. *Hukum responsif, bukan sosiologi, adalah program sesungguhnya dari sociological jurisprudence dan realist jurisprudence*. Masalah-masalah yang disuarakan oleh doktrin-doktrin tersebut—batas-batas formalisme, perluasan pengetahuan hukum, peran kebijakan dalam putusan hukum—menerima sebagai suatu kebenaran suatu tertib hukum yang akan mengemban tanggung jawab afirmatif untuk masalah-masalah yang dihadapi masyarakat. Cara pandang seperti itu mempunyai arti yang khusus dalam kondisi-kondisi modern, namun demikian ia tetap terkait dengan konteks historis. Tidak sabar terhadap segala sesuatu yang mereka temukan sebagai hal-hal yang menyalahi-zaman (anakronistik) dalam hukum, pendukung-pendukung kesadaran akan sosiologi dalam *jurisprudence*, kebanyakan tidak mampu mengapresiasi keberagaman pengalaman hukum.¹ Kami telah berupaya untuk menempatkan hukum responsif dalam suatu kerangka yang lebih besar dengan menggambarkan model-model alternatif dari hukum dan masyarakat, masing-masing dengan masalah-masalah dan aspirasi-aspirasinya sendiri. Pendekatan kami menekankan relevansi yang berkelanjutan dari hukum represif dan hukum otonom bahkan dalam masyarakat kontemporer. Pada saat yang sama, pendekatan kami ini merevisi dan memluas agenda bagi kajian sosio-yuridis.

Sebagai kesimpulan, mungkin bermanfaat apabila dikemukakan kembali hal pokok dari model perkembangan yang kami kemukakan, yakni penilaian bahwa hukum responsif merupakan suatu tahapan evolusi yang “lebih tinggi” dibandingkan dengan hukum otonom dan hukum represif. Tesis kami ialah bahwa hukum responsif melahirkan kompetensi kelembagaan

¹ Jelas, Roscoe Pound harus dikecualikan dari karakterisasi ini. Ia sungguh sadar tentang adanya keberlanjutan antara “*sociological jurisprudence*” dan “*pesosialisasian hukum. (socialization of law)*” Pound, I, 347-358; 429-432; 526-547.

yang besar dalam upaya mencapai keadilan. Namun, penilaian ini tidak melibatkan suatu arahan (preskripsi) atau tuntunan yang tidak membingungkan. Dalam pandangan kami, hukum responsif adalah suatu ideal yang ringkih yang keberhasilannya dan diterimanya oleh masyarakat sangat tergantung khususnya pada hal-hal mendesak yang harus segera dipenuhi dan pada sumber-sumber daya yang dapat digunakan. Ketika upaya untuk mempertahankan tatanan dan menjinakkan represi menuntut semua energi yang tersedia, seruan untuk hukum responsif boleh jadi hanya merupakan gangguan atau ancaman terhadap hal-hal mendesak yang lebih mendasar. Bahkan ketika peluang-peluang tersedia, keinginan akan suatu sistem yang lebih responsif bisa tergantung pada sejauh mana suatu masyarakat atau institusi perlu mengorbankan nilai-nilai lain, seperti dicapainya budaya yang tinggi, dalam upaya mencapai keadilan.²

Dalam konteks pertimbangan-pertimbangan di atas, bagi mereka yang boleh jadi mendapati bahwa gambaran akan “perkembangan” sebagai sesuatu yang menyesatkan, model tersebut dapat diubah bentuknya dengan menunjukkan dua cara di mana hukum dapat mati, yakni saat hukum kehilangan identitasnya yang khas. Secara historis, gagasan tentang hukum berhubungan erat dengan *ideal-ideal* dan aliran-aliran pemikiran yang khusus, serta pernik-pernik kelembagaan dalam model *rule of law*. Hal tersebut merupakan suatu tahap di mana tatanan hukum membedakan dirinya dengan sangat tajam dari tatanan sosial dan politik yang melingkupinya, dan dapat paling siap mengklaim suatu keahlian khusus dan suatu tanggung jawab yang berbeda. Integritas dan wawasan sempit (*insularity*) saling memperkuat satu sama lainnya dan menjadi penyebab munculnya keberhasilan-keberhasilan yang sangat menonjol dan stabil dari hukum otonom.

Baik dalam coraknya yang represif maupun yang responsif, tatanan hukum kehilangan perlindungan batas-batas institusional yang tegas dan lalu menjadi suatu bagian integral dari pemerintahan dan politik. Lantas, lalu terjadi pelemahan gagasan-gagasan dan cara-cara pikir yang “khas hukum”. Kematian hukum, dalam pengertian seperti itu, adalah suatu tanda yang ada pada dua tahap perkembangan itu.³ Baik dalam hukum represif maupun hukum responsif, otoritas peraturan-peraturan diperlemah; diskresi diperluas; perspektif instrumental meruntuhkan formalisme “alasan

² Tuntutan-tuntutan akan keadilan dan nilai-nilai lainnya yang saling bertentangan, walaupun tidak dipahami secara cukup baik, menyajikan kepada masyarakat pilihan-pilihan kritis. Ingat apa yang telah dikemukakan oleh Tocqueville bahwa harga yang diperlukan oleh keadilan adalah mediokritas (keadaan cukup)

³ “Kematian hukum” sebagaimana sebuah sistem kelembagaan yang khas tidak memaksudkannya dari sudut pandang analitis, fenomena hukum, sebagaimana didefinisikan pada hlm. 8-11, sudah tidak ada lagi. Definifi ini tidak melakukan asumsi tertentu mengenai bentuk-bentuk kelembagaan.

artifisial”; argumen hukum menjadi kurang mudah dibedakan lagi dari analisis kebijakan; dan lembaga-lembaga hukum menjadi lebih mudah diakses sekaligus lebih ringkih. Kondisi-kondisi ini menciptakan risiko terjadinya kemunduran kondisi responsif menjadi represif.

Namun demikian, kendati ada titik temu yang nyata, terdapat suatu jarak moral antara hukum represif dan hukum responsif. Dalam represif, integrasi hukum dan politik membatasi nilai-nilai kesopanan dari *the rule of law*, yakni, legalitas yang dipahami sebagai keadilan (*fairness*) dan pengendalian penggunaan kekuasaan. Dalam suatu tatanan hukum responsif, reintegrasi hukum dan pemerintahan merupakan suatu cara memperluas makna dan jangkauan nilai-nilai hukum dari yang awalnya merupakan seperangkat pembatasan-pembatasan minimal menjadi suatu sumber perangkat tanggung jawab afirmatif. Ada banyak risiko dalam upaya tersebut, karena hukum tidak dapat mempeluas otoritasnya tanpa merelakan atau menyerahkan setidaknya-tidaknya beberapa perlindungan institusional yang pada awalnya dimilikinya dan yang sudah teruji dengan baik. Namun ada juga kemungkinan bahwa tatanan hukum dapat mengkompensasikan kehilangan tersebut dengan lebih efektif menggunakan sumber-sumber daya tatanan sosial. Dalam melayani nilai-nilai hukum, hukum responsif bergantung pada, dan memelihara, suatu komunitas politik yang inklusif – dan bukannya kekayaan segelintir orang – dan juga bergantung pada, dan memelihara, suatu organisasi sosial yang kaya akan mekanisme untuk mengingatkan pemerintah akan tujuan-tujuan pokoknya. Walaupun tidak lagi terikat kepada bentuk-bentuk kelembagaan awalnya, perbedaan antara hukum dan politik tidak lagi dapat dipertahankan.⁴ Kini tentu saja ia mempunyai arti penting yang lebih besar dan tujuan-tujuan yang lebih mendasar: mengurangi elemen-elemen egoisme kelompok dan partikularisme dalam proses politik, menyaring komitmen-komitmen moral yang lahir dari keputusan-keputusan politik, dan mengembangkan suatu teori kepentingan publik yang dapat meningkatkan rasionalitas diskursus politik dan mengendalikan atau mengurangi penggunaan kekuasaan yang hanya melayani diri sendiri dalam konflik politik. Dengan kata lain, perbedaan fundamental antara hukum represif dan hukum responsif adalah apa yang membedakan “politik kekuasaan,” konflik mentah dan akomodasi kepentingan-kepentingan tertentu dari “politik tingkat tinggi,” suatu upaya yang disertai nalar untuk merealisasikan suatu *ideal* dari masyarakat politik.

⁴ Lihat juga hlm. 91 - 92

Profil 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 ornop 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

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 yang untuk selanjutnya dikembangkan dalam bentuk program sebagai berikut: (1) *Pembaharuan Hukum Tanah dan Sumberdaya Alam lainnya Berbasis Masyarakat dan Ekologis*; (2) *Pengembangan Konsep filosofi, teori dan metodologi penelitian hukum alternatif (kritis – partisipatif)*; (3) *Pengembangan Sistem Informasi Dokumentasi dan Kampanye*; (4) *Pengembangan Kelembagaan*.

Strategi Pelaksanaan Program

Dengan semangat untuk dapat terus mengembangkan dan meningkatkan sinergi kegiatan yang sudah dikembangkan oleh para mitranya. Rumusan-rumusan tujuan, sasaran dan kegiatan yang dikembangkan HuMa disusun bersama anggota dan beberapa perwakilan lembaga mitra di daerah. 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.

Keanggotaan HuMa

Struktur organisasi HuMa terdiri dari Rapat Umum Anggota, Badan Pengurus dan Badan Pelaksana. Rapat Umum Anggota merupakan pemegang kedaulatan tertinggi dalam HuMa. Anggota HuMa yan saat ini telah terdaftar dan aktif adalah Soetandyo Wignjosubroto, 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.

Alamat Kontak:

Jln. Jati Mulya IV No. 21, Jati Padang - Pasar Minggu, Jakarta 12540 - Indonesia.
Telp. +62 (21) 788 45871, Fax. +62 (21) 780 6094,
E-mail. huma@huma.or.id - huma@cbn.net.id, Website. <http://www.huma.or.id>