

HUKUM RESPONSIF

RARIA

Philippe Nonet
Philip Selznick

Buku ini merupakan terjemahan dari karya Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. Di kalangan akademisi hukum Indonesia, edisi bahasa Inggris buku ini sudah tidak asing lagi. Selain dijadikan rujukan dalam kajian hukum, buku ini juga mengilhami lahirnya beberapa teori dan konsep baru dalam bidang hukum. Meskipun demikian, "spirit"-nya belum diinternalisasikan dan kemudian dieksternalisasikan ke dalam praktik.

Dalam konteks krisis hukum di Indonesia yang makin akut, publikasi buku ini sangatlah urgen.Buku ini dibagi ke dalam empat bab: Bab 1 membahas Ilmu Hukum dan Ilmu Sosial, Bab 2 mendiskusikan Hukum Represif, Bab 3 mengkaji Hukum Otonom, Bab 4 menghadirkan wacana tentang Hukum Responsif. Dalam buku ini penulisnya, Philippe Nonet dan Philip Selznick, menaruh perhatian khusus pada serangkaian variabel yang terkait dengan hukum: Peran 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.

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 dunia keadilan. Pencapaiannya bergantung pada kemauan dan sumber daya dalam komunitas politik. Kontribusinya yang khas adalah memfasilitasi tujuan publik dan membangun semangat untuk mengoreksi diri sendiri ke dalam proses pemerintahan.

PUSTA

ISBN 979-1305-09-9
9 799791 305096
NUSAMEDIA

HUKUM RESPONSIF

Philippe Nonet
Philip Selznick

NUSAMEDIA

N. _____
PERPUSTAKAAN

HUKUM RESPONSIF

Philippe Nonet
Philip Selznick

Diterjemahkan dari buku Philippe Nonet dan Philip Selznick, Law and Society in Transition: Toward Responsive Law, Harper & Row, 1978.

Penerjemah: Raisul Muttaqien
Penyunting: Nurainun Mangunsong

Cetakan VI: November 2011

Diterbitan oleh
Penerbit Nusa Media
PO Box 137 Ujungberung, Bandung

Desain Cover: Tatang Rukyat
Tata Letak: Nusamed Studio

ISBN: 979-1305-09-9

PENGANTAR

Serangkaian diskusi yang melahirkan buku ini dimulai sekitar sepuluh tahun lalu, pada saat *Center for the Study of Law and Society* (Pusat Studi Hukum dan Masyarakat), dengan dukungan *The Ford Foundation,* berupaya keras untuk mencermati krisis hukum dan kekuasaan yang, pada saat itu, terlihat sedang 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 sebuah konsep komunitas responsif, sebuah gagasan yang menangkap berbagai aspirasi hukum dan sosial pada saat itu dan ditawarkan sebagai sesuatu yang berbeda jauh dengan idiom represif, yakni "hukum dan ketertiban."

Waktu telah menjadikan hari-hari sarat dengan kegiatan, yang mengendorkan semangat dan harapan awal. Namun kami masih berutang budi kepada semua mahasiswa dan kolega yang telah memberikan sumbangsih bagi terciptanya suasana yang menggairahkan dan kegiatan yang kadangkala penuh hiruk-pikuk yang

mewarnai Pusat Studi 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 Royshér, Jerome H. Skolnick, dan Rodney Stark.

Kami mempresentasikan untuk pertama kalinya garis besar argumen kami pada suatu seminar sosiologi hukum yang diselenggarakan di Oxford oleh Jean Floud, kemudian di Nuffield College, dan oleh Phillip Lewis dari All Souls College pada 1971. Kami berterima kasih atas tanggapan dan perhatian mereka, serta atas keramahan kolega mereka pada waktu itu. Pada 1973 Phillip Selznick memberikan 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 sambutan mereka yang hangat dalam acara tesebut.

Selanjutnya, pekerjaan ini dipacu dengan kecepatan tinggi, yang bergerak melewati draf-draf naskah dan berbagai revisi, dan kadang direcoki oleh berbagai tugas dan selingan yang lain. Naskah awal menyajikan sebuah 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 sejumlah revisi yang sangat berharga. 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 dipresentasikan oleh Phillip Nonet dalam pertemuan Association of American Law Schools (Asosiasi Fakultas-Fakultas

Hukum Amerika), Seksi Jurisprudensi, pada 1976; kami berterima kasih kepada Gray Dorsey, Robert C.L. Moffat, dan Alan Stone atas komentar mereka dalam kesempatan tersebut. Akhirnya, kami memperoleh manfaat dari dorongan dan kritik dari Abraham Edel, David L. Kirp, Leo Lowenthal, dan Aaron Wildavsky.

DAFTAR ISI

PENGANTAR ~ v

BAB 1: ILMU HUKUM DAN ILMU SOSIAL ~ 1

Teori Hukum dan Krisis Otoritas ~ 4
Strategi Ilmu Sosial ~ 10
Model Perkembangan ~ 22

BAB 2: HUKUM REPRESIF ~ 33

Represi dan Ekonomi Kekuasaan ~ 38
Perspektif Resmi ~ 44
Aparat Pelaksana Paksaan ~ 47
Hukum Ganda dan Keadilan Kelas ~ 49
Moralisme Hukum dan Hukum Punitif ~ 52

BAB 3: HUKUM OTONOM ~ 59

Legitimasi dan Otonomi ~ 61
Pemisahan Hukum dan Politik ~ 64
Formalisme Hukum dan Model Peraturan ~ 68
Prosedur dan Pengendalian Diri ~ 74
Klaim terhadap Ketaatan ~ 77
Kritik Hukum dan Perkembangan Hukum ~ 79

BAB 4: HUKUM RESPONSIF ~ 83

Kedaulatan Tujuan ~ 89
Kewajiban dan Kesopanan ~ 97
Partisipasi Hukum dan Partisipasi Politik ~ 106
Dari Keadilan menuju Kompetensi ~ 115

EPILOG: DUA CARA KEMATIAN HUKUM ~ 127
CATATAN-CATATAN ~ 132
INDEKS ~ 174

1

ILMU HUKUM DAN ILMU SOSIAL

Dalam masa dua puluh tahun terakhir ini kita menyaksikan bangkitnya kembali ketertarikan kuat pada institusi-institusi hukum—bagaimana institusi-institusi hukum bekerja, kekuatan-kekuatan apa yang mempengaruhinya, dan berbagai keterbatasan dan kemampuan dari institusi-institusi tersebut. Pada awalnya, kebangkitan ini hanya terbatas di kalangan para ahli. Selama dekade 1950-an ada harapan besar bahwa suatu ilmu sosial baru akan menepati janji generasi sebelumnya untuk menelisik penyebab dan cara mengatasi terisolasinya tertib hukum.[1] Sudah lama dirasakan bahwa pembentukan hukum, peradilan, penyelenggaraan keamanan dan peraturan sangat mudah dipisahkan dari realitas sosial sehari-hari dan dari prinsip keadilan itu sendiri. Program baru ini mencerminkan dorongan akademik —bahwa perspektif dan metode studi ilmu sosial dapat diterapkan pula untuk menganalisis institusi-institusi hukum– dan juga semangat pembaruan. Harapannya,

telah tiba saatnya bagi kajian yang berkelanjutan untuk dapat membuahkan hasil yang bermanfaat bagi penyelenggaraan keadilan.

Gerakan yang pada awalnya hanya tumbuh di kalangan akademisi hukum, ilmuwan sosial dan pengurus yayasan bidang hukum ini kemudian segera menjadi signifikan. Politik pada saat itu menempatkan keadilan pada urutan teratas dalam agenda kepentingan publik. Hak-hak sipil, kemiskinan, kejahatan, protes massal, kerusuhan kaum urban, kerusakan lingkungan, dan penyalahgunaan kekuasaan, semua itu, tidak seperti masa-masa sebelumnya, dipandang sebagai masalah sosial yang sangat urgen untuk dipecahkan. Masalah-masalah sosial tersebut membuat komunitas politik dengan segala keterbatasannya menjadi mati kuttu, tak berkutik. Tertib hukum dituntut untuk menanggung beban baru, menemukan solusi baru yang paling tepat, dan mengkaji gagasan-gagasan dasarnya sendiri. Sertamerta "hukum dan masyarakat" (*law and society*) menjadi sebuah topik yang sangat penting, yang menampilkan persoalan-persoalan yang tidak mampu diatasi, atau bahkan dipahami, oleh mereka yang menggelutinya.

Kompleksnya 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 koheren, jelas dan saling terkait, tentang tertib hukum. Padahal, kejelasan dan keterpaduan intelektual itu sangat 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 pandangan intelektual yang jelas dan saling terkait, tidak mungkin ada agenda yang rasional bagi kajian sosial.

Buku ini merupakan sebuah upaya untuk menjawab tantangan dalam melakukan sintesis. Kami yakin, suatu sintesis dapat dicapai bila kajian tentang pengalaman hukum menemukan kembali pertautannya dengan ilmu hukum klasik yang sifatnya lebih intelektual akademik. Ilmu hukum selalu lebih dari sekadar bidang akademik yang dipahami oleh segelintir orang. Konsep-konsep yang abstrak, seperti kewajiban hukum, sebenarnya berbicara mengenai hal-hal yang menciptakan perbedaan dalam pemahaman mengenai hukum dan mengenai 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. Di mana kita mencari landasan-landasan hukum, pengertian yang kita buat tentang proses hukum, dan di mana kita menempatkan hukum dalam masyarakat—semuanya sangat mempengaruhi bentuk komunitas politik dan jangkauan aspirasi-aspirasi sosial.

Kita berpendapat, ada kebutuhan mendesak untuk membuat pemikiran-pemikiran yang sifatnya 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 pedoman-pedoman yang rinci, melainkan perspektif-perspektif mendasar yang menentukan bagaimana tujuan-tujuan publik didefinisikan dan bagaimana alternatif-alternatif praktis diketemukan. Ilmu hukum memperoleh fokus dan kedalaman ketika ilmu tersebut secara sadar-diri mempertimbangkan berbagai implikasi yang dimilikinya untuk tindakan dan perencanaan kelembagaan. Analisis filosofis pada gilirannya membantu memberikan jaminan bahwa persoalan-persoalan kebijakan yang pokok benar-benar didalami, tidak dikuburkan di bawah asumsi-asumsi dan perspektif-perspektif yang tidak diteliti dengan cermat.

Agar 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 mencerminkan 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 secara khas dibangun di atas teori-teori tentang otoritas yang bersifat implisit. 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 sejumlah karya tulis belakangan ini.[4] Kritik atas hukum selalu ditujukan pada tidak memadainya hukum sebagai sarana perubahan dan sebagai sarana untuk mewujudkan keadilan substantif. Kegelisahan tersebut tetap masih ada, namun saat ini ada sebuah catatan baru yang ditemukan oleh penunjukan berkali-kali terhadap krisis legitimasi. Tanda bahaya yang bersifat konservatif tentang terkikisnya otoritas, penyalahgunaan aktivisme hukum, dan macetnya "hukum dan ketertiban" (*law and order*) diteriakkan dalam gerakan pembaruan kembali yang radikal yang berfokus pada mandul dan korupnya tertib hukum. Dalam kritik neo-marxis ini, ada dua tema dominan. *Pertama*, institusi-institusi hukum sudah tercemar dari dalam, ikut menyebabkan bobroknya ketertiban sosial secara keseluruhan, dan berperan terutama sebagai pelayan kekuasaan. Di sini seluruh bukti kuat tentang penyelewengan hukum, yang menguntungkan kaum kaya dan merugikan kaum miskin, dipuji-puji sebagai bukti yang tak terbantahkan. *Kedua*, ada kritik terhadap "legalisme liberal" (*liberal legalism*) itu sendiri, mengenai gagasan bahwa tujuan keadilan *dapat* dicapai melalui sistem peraturan dan prosedur yang diakuinya bersifat 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 penyelewengan yang lebih dalam. Lebih buruk lagi, *rule of law* merupakan "musuh tersembunyi":

> Kedaulatan hukum (*the "rule of law"*) dalam masyarakat modern tidak kalah otoriternya dibandingkan dengan kedaulatan orang (*rule of men*) dalam masyarakat pra-modern; kedaulatan hukum melaksanakan distribusi kekayaan dan kekuasaan secara salah sebagaimana pada zaman dulu, namun ia melakukannya dengan cara yang rumit dan tidak langsung, sampai-sampai membuat pengamat bingung . . . Dalam sistem perbudakan, tatanan feodal, dan 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—ketidaksukaan terhadap apa yang tampak dalam waktu lama dan oleh banyak orang telah dicapai peradaban Barat—tidak dapat diabaikan begitu saja.

Krisis otoritas yang terjadi belakangan ini, beserta celaannya 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—kewarganegaraan yang utuh untuk semua orang—dan gerakan untuk advokasi sosial dan hukum

demi kepentingan publik memperoleh dukungan luas. Di sisi lain, pada dekade yang sama hukum mengenakan sepatu boot dan bertindak 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, 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 unsur yang sangat penting dari tertib sosial; meski sumber-sumber kontrol yang lainnya penting, sumber-sumber tersebut tidak dapat diandalkan untuk menyelamatkan masyarakat dari kesewenang-wenangan, intimidasi, atau hal-hal yang lebih buruk. Hanya apabila ada penghormatan yang tinggi terhadap otoritas yang diformalkanlah masyarakat akan merasakan keamanan yang mereka butuhkan dalam memperoleh kebebasan. Kewajiban warga negara untuk taat hukum berpasangan dengan dipertahankannya kesetiaan jabatan dengan sepenuh hati terhadap hukum positif. Berbagai tuntutan harus diperjuangkan melalui saluran-saluran yang sudah ditetapkan, bagaimanapun cacatnya saluran-saluran tersebut. Perubahan hukum akan datang melalui proses politik, bukan dari pelaksanaan kebebasan atau keleluasaan yang ada pada agen-agen hukum yang merespon tuntutan-tuntutan yang bersifat partisan. Pemisahan hukum dan politik harus tegas dan penyimpangan terhadap hukum harus ditindak dengan tegas.

Sebuah pandangan alternatif menekankan pada potensi fleksibilitas dan keterbukaan institusi-institusi. Pandangan ini kurang peduli terhadap otoritas, lebih

menerima tantangan dan ketidakteraturan. Pendekatan ini menolak untuk 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 toleran dan dengan kesediaan untuk merundingkan landasan baru bagi otoritas. Garis pemisah antara hukum dan politik tidaklah jelas, setidaknya 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 kebimbangan ketika berhadapan dengan tekanan, dan terlalu banyak memberi kepada minoritas aktivis.

Sementara, bahwa perspektif "risiko rendah" dan "risiko tinggi", dalam banyak hal, serupa dengan "konservatif" dan "liberal", penyamaan itu tidak tepat. Ada versi liberal dari pandangan risiko rendah, sebuah 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 berbenturan 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.

Apa pun labelnya, dan apa pun pertalian ideologisnya, perspektif-perspektif ini sekarang sedang diuji 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 me-

ngenai 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 menegaskan-karakter.

Jika otoritas sedang berada 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, untuk mengatakan 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 untuk menjernihkan gagasan tentang persoalan ini, sebagaimana halnya bagi banyak hal lain, adalah kegagalan untuk memahami arti penting

keragaman. Dalam studi-studi empirik, juga 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 akibat yang beragam. Tetapi ketika kita masuk ke dalam refleksi yang lebih abstrak, pemahaman akal sehat semacam ini memudar. Pembedaan secara logis atau teoretis—katakanlah antara mengetahui dan merasakan, antara kenyataan dan nilai, konflik dan konsensus, sakral dan profan, hukum dan moralitas—dianggap mampu memilah-milah dunia yang dialami ke dalam kategori-kategori yang baku. Alih-alih mengakui bahwa setiap polaritas teoretis merupakan suatu cara untuk mengidentifikasi suatu *continuum*, suatu dimensi yang di situ variasi terjadi, kategori-kategori tersebut, secara empiris ataupun secara logis, justru dianggap tidak berhubungan satu sama lain. Ini 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 perdebatan mengenai ilmu hukum, seperti pada saat hubungan antara hukum dan paksaan, moralitas, atau akal sehat diperlakukan sebagai elemen *yang-menegaskan* dari suatu fenomena hukum. Konsepsi-konsepsi hukum yang seragam sebagai "peraturan yang masuk akal untuk kebaikan bersama"[7] atau "alat pemaksa . . . untuk tujuan penegakan norma"[8] atau "sinonim dengan kekuasaan negara"[9] barangkali mencerahkan dan boleh jadi menyenangkan. Namun konsepsi-konsepsi semacam

itu menyebabkan terciptanya kembali parabel tentang orang-orang buta dan gajah.

Kami berpandangan bahwa suatu tertib hukum mempunyai banyak dimensi dan penelaahan akan dapat dilakukan dengan sangat baik bila kita memperlakukan dimensi-dimensi tersebut sebagai *variabel-variabel.* Alih-alih 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 cara ini, konsep-konsep 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 masalah definisi,* suatu perspektif yang khusus mengenai "sifat" hukum. Sebaliknya, ciri hukum, sebagaimana halnya ciri fenomena sosial yang lain, adalah sesuatu yang harus dipelajari dalam proses penelaahan. Ciri hukum adalah hasil, bukan titik awal. Ciri hukum tidak dapat diketahui terlepas dari kajian empirik terhadap aspek-aspek ketertiban hukum yang beragam 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. Apa pun yang bersifat pasti tentang aspek-aspek hukum tersebut akan menentukan "sifat" hukum.

Penekanan kita pada keragaman, tentu saja, tidak menghilangkan kebutuhan untuk mengidentifikasi fenomena yang tengah dipelajari. Apa pun variabel-

itasnya, kita harus mendalilkan bahwa pengalaman hukum mempunyai *beberapa* atribut yang khas yang membedakannya dari fenomena sosial yang lainnya. Gagasan mengenai hukum akan kehilangan fokus bila diidentifikasikan sebagai kekuatan pemaksa ("*the gunman writ large*"[10]) atau dicampurkan ke dalam konsep yang lebih luas tentang kontrol sosial.[11] Di lain pihak, kajian tentang keberagaman akan membuat frustrasi jika hukum dipahami secara kaku, terbatas pada definisi terhadap pernyataan-pernyataannya yang lebih rinci dan khas.

Di tempat lain, kami pernah mengusulkan sebuah jalan keluar dari dilema ini.[12] *Definisi* hukum tidak boleh dicampuradukkan dengan *teori* hukum. Pembahasan tentang "ide hukum" atau "konsep hukum" biasanya merupakan upaya untuk mendalami berbagai atribut, masalah, dan proses. Kedua bahasan ini lebih baik dipahami sebagai teori-teori yang sudah mapan daripada sebagai cara-cara untuk membuat pembedaan antara satu dengan yang lain. Memang 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 tidak perlu, dan tidak harus, menanggung beban berat mengajukan 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 mengidentifikasikan 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, bagaimanapun beragam atau belum sempurnanya. Pada saat yang sama, hukum dan proses hukum dipahami sebagai pencapaian yang lebih luas dan elaborasi yang lebih besar.[13]

Di antara penulis-penulis terkini, menurut kami, H.L.A. Hart lah 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.* Kriteria-kriteria tersebut oleh Hart dinamakan sebagai "peraturan-peraturan sekunder" (*secundary rules*). Peraturan-peraturan sekunder adalah peraturan mengenai peraturan:

> Sementara peraturan primer berkaitan dengan perbuatan yang harus dilakukan atau tidak boleh dilakukan oleh individu, peraturan sekunder semuanya 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 semacam itu, suatu kelompok akan berisiko untuk terus dicemaskan oleh keraguan tentang kewajiban sosial apa yang sesangguhnya 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. Diperkenal-

kannya berbagai peraturan tentang "pengakuan" (*recognition*), "ajudikasi", dan "perubahan" menandai "langkah maju dari dunia pra-hukum ke dunia hukum."[15]

Bila dipahami secara kaku, fokus Hart pada peraturan sungguh tidak adil terhadap beragam bentuk kriteria pembeda. "*Rule of recognition,*" misalnya, hanya dapat menggambarkan konsensus yang melahirkan hak, atau bergantung pada organisasi keagamaan atau kekeluargaan sebagai sumber otoritas. Karena alasan ini, kami agak condong memilih formulasi yang lebih umum. Tetapi sebagaimana 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 apa pun, 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, 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, ba-

gaimanapun terbatasnya, untuk mengklaim bahwa orang tuanya tidak mempunyai "hak" untuk membebankan kewajiban tertentu kepadanya karena, misalnya, ia tidak diajak bicara terlebih dulu, atau karena persoalan pribadinya diganggu. Pendekatan terhadap definisi hukum seperti ini sejalan dengan cara para ahli antropologi membedakan aspek hukum dari aspek-aspek lainnya dalam 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 kewajiban yang otoritatif. Oleh karena itu, tidak semua kontrol sosial adalah hukum: Hukum itu bersifat selektif dalam hal pengakuannya terhadap norma-norma sosial.

Walaupun definisi kami tentang hukum bersifat luas dan inklusif, ia tetap mempertahankan fokus analitis yang sudah akrab dikenal. Kajian tentang hukum menjadi bagian dari kajian tentang *otoritas*, dengan demikian meliputi bahan-bahan empirik dari banyak bidang dan mempunyai latar belakang yang kaya akan analisis sosial. Definisi ini memadai untuk serangkaian tugas 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 tentang 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 diperlakukan sebagai terkait dengan, dan dipengaruhi oleh, berbagai sifat tertib hukum. Dalam buku 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. Masing-masing variabel ini berbeda-beda secara signifikan seiring dengan berubahnya konteks.

Satu pengamatan sangat penting bagi argumen kami: variable-variabel tersebut tidak terpisah satu sama lainnya; sebaliknya, ada keterkaitan sistematis dan jelas di antara variabel-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, hingga otoritas terkonsentrasi pada level atas; hal ini, pada gilirannya, memelihara identiknya hukum dengan negara, dan dipahami sebagai monopoli kekuasaan pemerintah. Tentu saja keterkaitan semacam itu bersifat kontingen, tergantung pada kondisi, dan probabilistik, mengandung banyak kemungkinan. Namun kalau keterkaitan itu terjadi, tertib hukum akan membentuk suatu "sistem", dengan suatu susunan karakter-karakter yang mempunyai keterkaitan secara internal. Dalam pengertian 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 sistematik tersebut dan untuk mengidentifikasi konfigurasi-konfigurasi khas yang di situlah keterkaitan-keterkaitan tersebut terjadi. Kami membedakan tiga modalitas atau "penyataan-pernyataan" dasar terkait dengan hukum-dalam-masyarakat (*law-in-society*): (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 dari masing-masing tipe disajikan secara singkat dalam Tabel 1. Sebagai contoh, meski paksaan ada dalam semua tipe, tingkat paksaan itu berbeda-beda: paksaan dominan dalam hukum represif, sedang dalam hukum yang otonom, dan kurang dalam hukum responsif. Sekali lagi, peran tujuan harus diperhitungkan dalam setiap sistem: Ada paham instrumentalisme represif di mana hukum tunduk pada 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-variabel yang lainnya dan dengan sistem yang lebih besar. Dengan demikian, tempat bagi diskresi, dan masalah hukum yang diakibatkannya, bergantung sepenuhnya 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 terisolasikan dari struktur sosial dan karenanya jauh dari pengaruh keterlibatan masyarakat. Hukum yang

TABEL 1. TIGA TIPE HUKUM

	HUKUM REPRESIF	HUKUM OTONOM	HUKUM RESPONSIF
TUJUAN HUKUM	Ketertiban	Legitimasi	Kompetensi
LEGITIMASI	Ketahanan sosial dartujuan negara (*raison d'etat*)	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 (berorientasi 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
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 *per se* dihukum sebagai pembangkangan	Penyimpanganperaturan 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

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 berkurang[18] dan persoalan hukum menjadi berkurang dalam membatasi pejabat daripada membuat mereka berkomitmen kepada kepentingan publik. Suatu pembaruan yang berfokus pada tujuan mungkin memerlukan perluasan diskresi.

Hukum yang represif, otonom, dan responsif merupakan konsep-konsep yang abstrak yang sumber referensi empiriknya kerap kali 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 koheren, yang saling bertalian secara logis; tertib hukum atau institusi hukum apa pun cenderung mempunyai karakter "campuran", yang 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. Dengan demikian, kendati suatu tertib hukum akan memperlihatkan unsur-unsur dari semua tipe, *bentuk* dasarnya mungkin lebih mendekati tipe yang satu dibandingkan dengan tipe yang 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 "spirit" dari, katakanlah, *comnon law* Inggris atau hukum administrasi negara modern. Penelaahan dilakukan dengan menentukan sejauh mana

dan dalam kondisi apa karakter dari salah satu atau suatu tipe yang lain tersebut muncul. Sebagaimana akan kita lihat, beberapa institusi atau latar historis sangat mendekati model teoretis tersebut.

Tiga tipe hukum yang telah kami kemukakan, dan dengan kadar kesamaan tertentu, mengedepankan kembali paradigma-paradigma klasik teori hukum. Perspektif-perspektif filosofis, sebagaimana halnya positivisme hukum (*legal positivism*) atau realisme hukum (*legal realism*), dapat terlihat sarat konflik ketika diformulasikan sebagai teori-teori umum tentang tertib hukum. Menurut kami, perspektif-perspektif itu dapat dipadukan, dan dapat dipahami secara lebih baik, kalau perspektif-perspektif tersebut dipandang sebagai penyebab adanya klasifikasi yang berbeda-beda atas pengalaman hukum. Dengan demikian, hukum yang represif mengingatkan kembali 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 tidak dapat dipisahkan. Hukum otonom adalah bentuk pemerintahan yang dilihat dan dikenal sebagai *"rule of law"* dalam teori hukum yang dikemukakan 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

(berorientasi tujuan) dari Roscoe Pound, para penganut paham realisme hukum, dan kritikus-kritikus kontemporer dari konsep *the model of rule*.[19]

Berbagai upaya yang dilakukan ilmuwan terdahulu untuk memberikan 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 hal itu, baginya, hanya merupakan titik awal dalam mengelaborasi karakter-karakter formal pemikiran hukum. Walaupun realisme hukum (*legal realism*) merupakan serangan terhadap formalisme hukum (*legal formalism*), kebutuhan realisme hukum akan rasionalitas yang lebih besar menerima sebagaimana adanya, dan tentu saja mengandalkan pada, 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 tentang sifat hukum yang tengah saling bersaing. Strategi ilmu sosial dapat secara lebih siap dan lebih eksplisit mengakui pluralitas pengalaman hukum.

MODEL PERKEMBANGAN

Terlalu fokus pada keragaman pengalaman hukum, dan pada variabel-variabel khas yang terkait dengan hukum, akan memicu munculnya sedikit keberatan. Pernah dikatakan, keterfokusan jelas merupakan suatu keharusan ilmiah. Meski demikian, strategi analisis kami yang kedua—penerapan perspektif perkembangan

—lebih kontroversial dan lebih merepotkan. Kami ingin berargumen 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 salah satu dari gagasan-gagasan yang paling membingungkan dalam ilmu-ilmu sosial. Perkembangan telah menjadi obyek kritikan yang berkepanjangan bahkan sejak masa kejayaan evolusionisme pada abad ke-19.[20] Namun upaya untuk merasionalkan sejarah kelembagaan nampaknya memerlukan pemahaman mengenai kepastian arah, pertumbuhan atau kehancuran. Dalam ilmu hukum terdapat pula pemahaman intuitif bahwa beberapa bidang hukum lebih "berkembang" dibanding bidang hukum lainnya, bahwa perubahan hukum sering menggambarkan pola-pola pertumbuhan atau kehancuran. Roscoe Pound merupakan salah seorang di antara mereka yang berpendapat, adalah "hal yang tepat untuk memikirkan . . . tahap-tahap perkembangan hukum dalam sistem-sistem yang telah mencapai tahap kematangan."[21] Kami berpandangan bahwa kritik terhadap teori-teori perkembangan akan lebih mengenai sasaran bila dialamatkan pada upayanya yang melampaui batas intelektual, namun perspektif dasar teori perkembangan merupakan sesuatu yang berharga dan bahkan tidak dapat dihindari.

Model-model perkembangan diterapkan, dengan tingkat keberhasilan yang tidak sama, pada hampir semua bidang ilmu sosial, termasuk psikologi. Tujuan utama dari penerapan itu adalah untuk mencari teori-teori yang dapat menjelaskan transformasi yang tidak terencana dan terjadi berulang-ulang, yang sumber-sumber dan

arahnya dibangun di 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] dan transformasi dari moralitas pemaksaan ke moralitas kerja sama dalam perkembangan anak." Teori-teori ini tidak serta-merta berbicara mengenai transformasi masyarakat atau bahkan sistem kelembagaan secara keseluruhan. Apa pun 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*).

Gagasan tentang "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 menafsirkan prakonsepsi-prakonsepsi ke dalam sejarah. Akibat dari ketakutan-ketakutan seperti itu adalah keharusan untuk berfokus pada ketergantungan historis terhadap pengecualian dari kecenderungan-kecenderungan yang bersifat sistemik. Tetapi, cobalah pertimbangkan komentar mengenai perubahan sosial dan politik di Wales pada abad ke-14:

> Wales abad ke-14 bukanlah suku Wales yang sering dibayangkan orang . . . sebuah rezim penguasaan aset yang bersifat individual telah menggantikan . . . penguasaan tanah secara semi-komunal oleh kelompok kekerabatan. Perubahan dari kesukuan ini sebagian disebabkan oleh kedekatan dengan Inggris dan dengan feodalisme di wilayah perbatasan; tetapi keba-

> nyakan disebabkan oleh munculnya negara dan hadirnya lembaga-lembaga administratif yang terpusat. Pertumbuhan ini mengharuskan adanya birokrasi administratif, dan suatu aristokrasi *kementerian* resmi mulai berkembang, anggota-anggotanya sering diberi imbalan hadiah berupa hak atas tanah, yang keterkaitannya dengan pola kesukuan sangat sedikit.[27]

Di sini, terkikisnya penguasaan atas tanah secara komunal ("kebanyakan") berakar dari adanya kebutuhan mendesak dari pemerintah pada waktu dan tempat itu terutama 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 pengertian inilah kami dapat berbicara, dengan cara yang cukup lugas, mengenai suatu dorongan yang sengaja dibuat menuju perubahan yang pasti, suatu sumber kepastian arah (*direc-tionality*) dalam sejarah—tanpa berprasangka bahwa banyak perubahan dihasilkan oleh pengaruh "eksternal".

Tentu saja, menemukan suatu dinamika historis yang spesifik tidak sama dengan memformulasikan suatu teori yang lebih luas tentang hasil-hasil yang berulang (*a broader theory of recurrent outcomes*). Namun ada hubungan, karena setiap teori yang lebih luas harus dibuat berdasarkan pola-pola spesifik seperti itu. Taruhlah, misalnya, pembahasan mengenai birokrasi dalam ilmu sosial kontemporer. Setidaknya secara implisit, dan sampai tingkat tertentu secara eksplisit, model perkembangan dapat diterima. Para peneliti bidang organisasi modern dapat berbicara secara bebas 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 sejarah dan menempatkan temuan-temuan tersebut dalam suatu kerangka kerja yang utuh. Model ini menyatakan bahwa, dalam kondisi-kondisi yang tepat, proses-proses spesifik muncul yang cenderung mentransformasikan pembuatan keputusan pra-birokratik yang bersifat sementara *(ad-hoc)* menjadi pembuatan keputusan yang lebih sistematis; pembuatan keputusan yang lebih sistematis ini, pada gilirannya, tergantung pada tekanan-tekanan yang menariknya untuk bergerak ke arah gaya post-birokratik yang lebih fleksibel.[29]

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

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; flesibel
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 sistematik	Terkodifikasi; cetak biru untuk tindakan; fokus pada keteraturan administratif	Subordinat terhadap tujuan penolakan terhadap keterikatan pada peraturan
PEMBUATAN KEPUTUSAN	Bersifat *ad hoc*; tunduk pada kemauan satu orang dan tindakan-tindakan tidak terkontrol yang dilakukan oleh bawahan	Sistematik; 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 konstituensi personal; penunjukkan berdasarkan kemampuan; penekanan pada seioritas dan jabatan	Afiliasi rangkap dan temporer; keterlibatan melalui subkontrak; ahli-ahli mempunyai landasan profesional yang otonom

Sebagai contoh, gagasan tentang suatu organisasi post-birokratik merujuk pada keterbatasan-keterbatasan birokrasi sebagai instrumen tindakan rasional. Karakter-karakter yang khas dari birokrasi melahirkan kepentingan-kepentingan tertentu dan kekakuan-kekakuan lainnya. Organisasi-organisasi kontemporer membutuhkan keluwesan yang lebih besar dibandingkan dengan keluwesan yang dimungkinkan oleh cara birokratik, dan mereka lebih menaruh perhatian pada inisiatif yang menggiatkan daripada pada perilaku yang mengatur. Namun tidak seorang pun yang 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, tidak setiap "dinamika internal" (*inner dynamic*) mengungkapkan suatu proses perkembangan. Beberapa dinamika internal tersebut hanya menggambarkan transformasi dari satu tipe organisasi sosial ke tipe organisasi sosial lainnya, misalnya pergeseran dari sistem penguasaan atas tanah secara komunal ke sistem pemilikan secara individual. Tetapi para peneliti bidang perubahan sosial sudah mempunyai minat khusus pada pola-pola transformasi yang menyebabkan munculnya satuan-satuan baru *dengan kompetensi yang lebih besar,* yaitu kemampuan yang lebih besar untuk menyelesaikan masalah. Beberapa minat itu bersifat praktis dan berorientasi kebijakan. Tetapi, apa yang lebih mendasar adalah tanggung jawab bagi penemuan. Pemahaman kita tentang perubahan sosial tidak akan utuh jika kita tidak mencari cara-cara adaptasi yang melahirkan alter-

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

Pola-pola ini mencakup disorganisasi dan juga reorganisasi, melemahnya hal-hal yang lama maupun munculnya hal-hal yang baru. Tetapi, pola-pola ini berkembang, karena beberapa keadaan atau tahapan dianggap 'mendahului' yang lainnya, seringnya dalam hal waktu, tetapi yang lebih signifikan adalah dalam hal arti penting dan fungsi. Tahapan-tahapan yang 'lebih maju' atau 'lebih tinggi' membentuk kompetensi-kompetensi baru sambil memecahkan persoalan-persoalan lama dan lebih mendasar yang ada pada tahapan-tahapan sebelumnya. Contoh yang jelas berkenaan dengan hal ini adalah pernyataan Freud, "Di mana ada *id*, di sana akan ada *ego*."[33] Terkadang aspek perkembangan dari suatu transformasi nampak kabur, dan orang harus melihat konteksnya. Apa yang nampak sebagai suatu pernyataan belaka bahwa suatu bentuk sosial digantikan oleh bentuk sosial yang lainnya (seperti kontrak digantikan status) haruslah dipahami sebagai suatu hipotesis bahwa bentuk yang baru mempunyai andil 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, suatu kondisi di mana tanpa adanya tertib hukum tersebut sistem hukum dan sistem politik tidak akan bisa 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 model perkembangan dalam kajian sosial adalah untuk membantu mengenali kekuatan dan kelemahan institusi, dan menjajaki potensinya untuk merealisasikan nilai-nilai. Dasar-dasar dari penjajakan potensi tersebut bukanlah sesuatu yang bersifat acak. Justru, maksud dari sebuah model perkembangan adalah untuk memberikan landasan dalam menemukan nilai yang muncul atau yang penting dalam analisis mengenai berbagai penekanan dan peluang historis. Dengan demikian, menyatakan bahwa hukum represif dan hukum responsif masing-masing mewakili tahapan rendah dan tahapan tinggi dalam perkembangan hukum bukanlah berarti secara otomatis menyatakan bahwa hukum responsif lebih disukai daripada hukum represif. Teori perkembangan menolak penilaian yang didasarkan atas kriteria-kriteria abstrak dalam hukum, organisasi, atau kepribadian yang "baik". Teori perkembangan menyatakan dengan tegas bahwa evaluasi memerlukan suatu penilaian yang mendalam atas masalah-masalah aktual, sumber-sumber, 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, penindasan adalah suatu jawaban "alamiah" terhadap kondisi-kondisi tertentu dari organisasi hukum dan sosial, dan ada kondisi-kondisi di mana pengamat yang netral akan menyimpulkan bahwa represi merupakan langkah yang lebih bijaksana, atau bahkan keniscayaan, dari evolusi kelembagaan manakala tidak tersedia

alternatif yang lain yang lebih praktis. Bagaimanapun juga, tampak jelas bahwa bila seseorang mengidentifikasi suatu kemungkinan untuk, misalnya, suatu evolusi menuju suatu responsivitas yang lebih besar, tidak lantas berarti ia mendukung tranformasi seperti itu. Meski hukum responsif memungkinkan tercapainya keadilan yang lebih besar, aspirasi itu dalam kenyataannya bisa berbenturan dengan tujuan luhur kemanusiaan yang lainnya. Kita tidak perlu menentukan terlebih dulu apakah hukum responsif itu memang pantas dipilih.

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

Dengan demikian, teori pertumbuhan tidak perlu mengklaim bahwa tahapan yang "tinggi" merupakan tahapan yang paling "cocok", atau paling "adaptif", atau paling "stabil". Meski adaptasi sanngatlah krusial bagi setiap pola perkembangan, *hasil* dari proses adaptasi itu dapat mengandung risiko. Sistem 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 sangat rapuh. Karena itulah kami mengakui bahwa dalam model yang kami ajukan, tahapan III kurang stabil dibandingkan tahapan II. 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. Meski demikian, dalam mencapai hasil yang kompleks, hukum responsif menciptakan kebutuhan yang besar (dan mungkin berlebihan) akan kompetensi dan fleksibilitas dalam komunitas politik. 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, sebagaimana dikatakan Santayana, terletak "pada hal-hal yang hampir mustahil, dan harus bekerja lebih untuk mengukur daripada untuk meramal pencapaian-pencapaian."[36]

2

HUKUM REPRESIF

Gagasan tentang hukum represif berpandangan bahwa tertib hukum tertentu dapat berupa "ketidak-adilan yang benar-benar parah".[1] Keberadaan hukum semata tidak akan menjamin tegaknya keadilan, apalagi keadilan substantif. Sebaliknya, setiap tertib hukum memiliki *potensi* represif sebab hingga tingkat tertentu ia akan selalu terikat pada *status quo* dan, dengan memberikan jubah otoritas kepada penguasa, membuat kekuasaan menjadi makin efektif. Semua ini telah dipahami secara umum, tetapi baru ada sedikit usaha untuk secara sistematis mengkaji karakter-karakter khas hukum represif, dan melakukannya dengan cara sedenikian rupa sehingga tetap memperhitungkan keragaman dari karakter-karakter tersebut.

Suatu kekuasaan pemerintahan dibilang represif jika kekuasaan tersebut tidak memperhatikan kepentingan orang-orang yang diperintah, yaitu ketika sutau kekuasaan dilaksanakan tidak untuk kepentingan mereka yang diperintah, atau dengan mengingkari legitimasi mereka. Sebagai akibatnya, posisi mereka yang diperintah menjadi rentan dan lemah. Sudah barang

tetu, setiap tindakan yang dilakukan atau keputusan yang dibuat pemerintah, mensyaratkan ditempatkannya beberapa kepentingan di bawah kepentingan yang lainnya. Tidak semua tuntutan dapat dikabulkan, dan tidak pula semua kepentingan dapat diberi pengakuan yang sama. Tetapi mengesampingkan suatu kepentingan dalam rangka memberikan keleluasaan bagi hal yang memang harus diprioritaskan, itu bukan sebuah tindakan represi. Sebuah keputusan yang merugikan dan bahkan menyakitkan, bukan merupakan suatu represi sepanjang keputusan itu dimaksudkan untuk menghindari timbulnya bahaya dengan, misalnya, 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 itu bersifat represif. Beberapa kepentingan tertentu—katakanlah, kepentingan buruh migran atau anak-anak terlantar—yang pengabaiannya menunjukkan represi, akan bervariasi tergantung konteksnya. Kelompok mana yang rentan terhadap represi, sangatlah tergantung pada distribusi kekuasaan, pola kesadaran, dan banyak hal lainnya yang secara historis bersifat kondisional. Lebih jauh lagi, potensi represi akan meningkat ketika harapan-harapan semakin meluas dan kepentingan-kepentingan baru dikemukakan, karena akan banyak peristiwa yang muncul ketika instruksi dari pemerintah mensyaratkan atau mendorong diabaikannya tuntutan-tuntutan yang sangat santer atas hak. Di sisi lain, pengabaian terhadap hak dapat dirasakan

bukan sebagai represi jika tindakan tersebut terjadi dalam keadaan darurat yang dirasakan secara luas, seperti dalam situasi perang ataupun situasi lain yang sejenis. Karena itu, dalam susbstansinya, 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 konteksnya.

Dengan pemahaman seperti itu, represi tidak harus melibatkan penindasan dengan kasar (*blatant oppression*). Represi juga terjadi ketika kekuasaan bersifat lunak tetapi hanya sedikit memperhatikan, dan tidak secara efektif dikendalikan oleh, berbagai kepentingan yang ada. Bentuk represi yang paling kentara adalah penggunaan kekerasan yang tidak terkontrol untuk menegakkan perintah, menekan pihak yang tidak patuh, atau menghentikan protes. Tetapi represi sering juga sangat halus dan dilakukan secara tidak langsung, dengan mendorong dan mengeksploitasi persetujuan pasif.

Meski tertib hukum dapat menggunakan paksaan (*coercion*) atau bergantung pada kekuasaan tertinggi untuk melakukan paksaan, hal tersebut semata tidak membuat suatu 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 sarana kontrol alternatif dicari; dan ketika tersedia kesempatan bagi target paksaan itu untuk mempertahankan dan melindungi kepentingan-kepentingannya. Tentu saja, tidak berarti bahwa paksaan itu tidak bersalah. 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 itu merupakan pelecehan terhadap kemanusiaan (dehumanisasi): seorang target paksaan akan dijauhkan dari situasi dialog, persuasi, dan penghormatan, legitimasi atas tuntutan-tuntutannya pun akan lebih mudah ditolak. Karena itu, meski dalam teori paksaan dapat dibatasi pada tindakan-tindakan tertentu yang halus, selalu ada risiko bahwa pembatasan itu akan menghasilkan hancurnya 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 secara langsung. Ketika pemerintah mendapatkan legitimasi, karena ia memelihara apa yang oleh Austin disebut "kebiasaan umum untuk taat" (*the general habit of obedience*),[4] paksaan mundur ke belakang. Tetapi, hasil semacam ini membutuhkan tidak lebih dari sekedar persetujuan diam-diam dari warga negara secara umum. Persetujuan tanpa protes yang terdapat dalam ketakutan dan terpelihara dengan sikap apatis membuka jalan lebar bagi otoritas yang sah namun tidak terkontrol. Selain itu, beberapa bentuk persetujuan terdistorsi oleh keputusasaan, misalnya, ketika kelemahanan tidak terorganisasinya golongan yang ditekan membuat mereka menerima tujuan dan perspektif dari pihak yang menekan.[5] Memang, represi bisa menjadi sempurna meski ia tidak sampai ke paksaan. Dengan demikian, kunci menuju represi tidak terletak pada paksaan atau persetujuan itu sendiri. Yang menjadi persoalan adalah seberapa jauh kekuasaan memperhitungkan dan di-

kontrol 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 diidentifikasikan sama dengan negara dan ditempatkan di bawah tujuan negara *(raison d'etat)*.
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*) 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 menelaah 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 bahwa sumber yang umum bagi suatu represi adalah minimnya sumber-sumber 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 sumber represi yang paling besar adalah apa yang disebut Merriam sebagai "miskinnya kekuasaan" (*the poverty of power*). Ia mencatat bahwa "tidak ada yang lebih mengejutkan bagi para pemegang kekuasaan, atau mungkin bagi para warganya, daripada lemahnya perintah dalam tipe-tipe krisis tertentu".[6] Otoritas bergantung pada konteks pendukung bagi praktek dan keyakinan. Meski demikian, tidak adanya konteks tersebut, kekuasaan tidak lantas menjadi hilang. Ketika pemegang kekuasaan berada dalam situasi yang sangat sulit, mereka akan berpaling ke mekanisme-mekanisme represi. Mereka berlaku demikian tidak mesti karena tujuan jahat tetapi karena mereka barangkali tidak melihat jalan lain untuk memenuhi tanggung jawab mereka.

Pola ini paling jelas terlihat dalam tahapan pembentukan komunitas politik. Pembangunan bangsa (*nation building*) pada akhirnya merupakan suatu transformasi loyalitas dan kesadaran, tapi pada awalnya proses ini merupakan pekerjaan dari kaum elit yang mempunyai kemampuan terbatas selain penggunaan kekuatan dan

penipuan. Kemudian, ketika institusi-institusi kebangsaan mulai terbentuk, negara dapat mulai melangkah untuk menyediakan pelayanan dan menggaet kesetiaan dari masyarakat. Yang paling diperlukan sebelum *nation building* adalah "perdamaian raja" (*king's peace*), bersama dengan "pengambilalihan politik" (*political expropriation*)[7] terhadap para penantang potensial. Tertib 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 instrumen penguasa yang mudah diatur. Institusi-institusi hukum melayani negara; mereka bukanlah bagian yang tak terpisahkan dari negara. Gagasan tentang 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 mereka buat itu dibuat oleh badan pembuat hukum 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 berapapun harga yang harus diayarkan." "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]

3. Aturan hukum memberikan corak otoritas pada kekuasaan, tapi penggunaan aturan tersebut disesuaikan dengan kriteria kelayakan politik. Tujuan negara (*raison d'etat*) mensyaratkan: diskresi yang tidak terkontrol perlu dijaga; peraturan-peraturan tetap secara lemah mengikat atau berlaku terhadap yang memegang kedaulatan; pengakuan terhadap hak-hak merupakan hal yang berbahaya.

Kondisi-kondisi di atas tidak hanya terbatas pada negara yang baru muncul, atau sedang dilanda berbagai persoalan pelik. Dalam kenyataannya, manifestasi paling ekstrim dari hukum represif justru terjadi pada negara besar yang totaliter di zaman modern. Di sana, ide tentang "ketertiban" meliputi lebih dari sekedar perdamaian, tetapi dalam prakteknya usaha untuk memaksakan rekonstruksi masyarakat secara radikal memunculkan kebutuhan akan paksaan. Dikarenakan tidak mampu mengharapkan kesetiaan publik, negara totaliter dihantui ketakutan akan perlawanan dan pengkhianatan, dan karenanya harus secara terus-menerus mengandalkan sumber-sumber daya pemaksanya (yang saat ini jauh lebih canggih). Kriminalisasi merupakan bentuk pengontrolan resmi yang paling disukai, dan semangat hukum darurat mengemuka:

> Untuk kepentingan 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 untuk berjuang melawan para perusak kondisi-kondisi baru kehidupan bersama pada periode transisional menuju diktator proletariat."

Dominasi represif ditunjukkan dengan jelas oleh negara-negara kuno[12] dan totaliter.[13] Tetapi masalah-masalah yang menghasilkan dominasi represi ini muncul, dan muncul kembli, di mana-mana. Bahkan pada rezim yang sudah matang dan stabil, terpeliharanya perdamaian umum ini masih merupakan kewajiban utama pemerintah. Dalam 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 pun 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 dibangkitkan ketika tugas yang urgen harus dihadapi di dalam kondisi kekuasaan yang memadai 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 pemisah antara tugas dan sumber daya akan makin melebar.[15] Para pejabat mungkin berkeinginan untuk meningkatkan biaya dan keuntungan untuk semua hal, namun sering tidak tahu bagaimana melaksanakannya, atau kekurangan sarana dan prasaran, atau terdesak oleh waktu. Dalam kondisi-kondisi seperti ini, penguasa akan berkecenderungan 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 yang halus. Dihadapkan dengan masalah keadilan atau kesejahteraan umum yang menindih, pemerintah mungkin akan menghindar dari komitmennya dan menolak berbagai 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 bertindak demikian 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, cita-cita rehabilitasi mungkin dilahirkan dari prakarsa para pejabat dan pembaru yang mempunyai niat baik. Tetapi tujuan dari gerakan tersebut memiliki sedikit landasan dalam 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 justru menelurkan berbagai macam program—pidana bersyarat, hukuman yang tidak ditentukan bentuknya (*indeterminate sentence*), "perlakuan" *correctional*—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 menyediakan bagi, atau bahkan untuk sekedar memberi perhatian pada, 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. Rakyat menjadi sumber daya dalam permainan pertumbuhan industri; pembangunan perkotaan mengakibatkan banyak sekali rakyat yang menjadi terbuang dan banyak orang yang menjadi terlantar; kesehatan publik kemudian berarti pengawasan publik:

> Semua hubungan seksual yang dilakukan seorang laki-laki selama dua minggu terakhir sebelum kunjungannya (ke klinik VD umum)—dan bagi pelanggan kami biasanya berarti banyak laki-laki atau perempuan —semua yang dinamakan dan diidentifikasi oleh para pelaku seksual yang tidak beruntung itu, harus ditemui oleh para investigator. Para wanita dipanggil dari rumah atau tempat kerja mereka, dikunjungi atau dikirimi 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. Anda dapat membayangkan konflik keluarga dan bahkan tragedi apa yang diakibatkan oleh campur tangan terhadap kehidupan pribadi dan rumah tangga seperti itu. 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 liberal, yakni Departemen Kesehatan, bekerja untuk mentransformasikan masyarakat kita menjadi negara polisi.[19]

Apa pun asal-usulnya, baik dalam kelemahan negara yang baru mulai muncul maupun dalam dinamika pemerintahan yang positif, 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 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. Kekuasan dikonsolidasikan oleh perhatian penuh terhadap perintah-perintah administratif: "Sistem" harus dipelihara, sumber daya administrasi harus dilindungi, otoritas harus dijaga. Di sana muncullah "perspektif resmi,"[20] yang dengan perspektif tersebut 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 wilayah diskresi yang luas, yang dijustifikasi oleh klaim-klaim atas hak

istimewa absolut atau keahlian khusus. Mengutip "pemujaan terhadap negara" dalam hukum Soviet, Harold Berman mengungkapkan:

> Setiap organ eksekutif-administratif memiliki kewenangan diskresi yang luas, tunduk kepada kontrol dari organ-organ yang lebih tinggi. Memang yurisdiksi dari masing-masing organ tersebut terbatas secara teritorial, namun dalam beberapa hal yurisdiksi tersebut menjadi tidak terbatas sesuai dengan sifat dari apa 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 seperti 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 sebagai berikut:

> Dalam menentukan hukuman, dan dalam memberikan atau menolak pembebasan bersyarat, Authority bukan bertindak dalam konteks tindakan yudisial, melainkan dalam konteks tindakan administratif . . . Menurut hukum California, setelah pengadilan menjatuhkan *indeterminate sentence,* dan hingga 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 Authority adalah masalah diskresi 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 Authority." Kami percaya, 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 dijalani.[22]

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

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

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 kuno memiliki kebijakan untuk mengurangi penggunaan pengadilan:

> Jumlah tuntutan hukum cenderung meningkat sampai pada taraf 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 menjadi tidak berkesudahan, dan separuh penduduk Cina tidak akan mampu menyelesaikan tuntutan-tuntutan hukum dari separuh lainnya. Karena itu, saya menghendaki agar mereka yang membawa perkara 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 masyarakat di bawah kebutuhan akan kenyamanan dan keharusan administrastif.

APARAT PELAKSANA PAKSAAN

Akibat represif dari perintah kelembagaan juga nampak pada hubungan antara negara dengan badan-badan penegak hukumnya. "Monopoli atas kekerasan yang sah" merupakan capaian 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 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, tuntutan akan otonomi kepolisian merupakan bagian dari program reformasi liberal. 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 masyara-

kat dan bahkan memperlemah upaya-upaya yang paling dapat diandalkan untuk mencapai pembaruan. Para pengkritik kontemporer seperti bernostalgia ke suatu masa ketika penegakan hukum, kendati ada korupsi dan sebagian disebabkan karena korupsi, berada pada, dan menjadi milik, masyarakat lokal. "Generasi baru" mungkin lebih jujur pada polisi di lapangan daripada 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 tentang bagaimana hukum melegitimasi, dan secara paksa mendukung, sistem subordinasi sosial. Hukum represif melembagakan keadilan kelas. Di sini, lagi-lagi "kemiskinan kekuasaan"-lah yang menyebabkan represi. Semakin lemah sumber daya tatanan politik, dalih "penjagaan perdamaian" akan semakin menuntut negara untuk 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 dengan, misalnya, memaksakan tanggung jawab kepada, namun mengabaikan klaim-klaim dari, para pegawai, pengutang, dan penyewa. Penghilangan hak-hak istimewa tidak harus bergantung pada dihilangkannya hak suara dari kelas bawah. Sebagai contoh, ketika

cita-cita liberal tentang kontrak dan persamaan menghapus hukum kebiasaan tentang tuan dan pelayan, cita-cita tersebut juga mengurangi kapasitas hukum untuk melihat 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 apa pun 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 sejumlah 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 apa pun kecuali pada batasan-batasannya yang paling formal, umum dan tidak terkait, 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). Dengan demikian, maksud baik untuk menolong, apabila didukung dengan

penuh keengganan dan ditujukan kepada penerima yang tidak berdaya, akan menciptakan pola baru subordinasi.[32]

3. Hukum mengorganisasikan pertahanan sosial melawan "kelas yang berbahaya", misalnya dengan menganggap kondisi kemiskinan sebagai kejahatan di dalam hukum pergelandangan.[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 menggunakan otoritas negara untuk memperoleh hak-haknya, di sana muncul sistem ganda dalam hukum.[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 hukum semacam ini adalah pengawasan; etosnya bersifat preskriptif (memberikan petunjuk tentang apa yang harus dilakukan) dan menitikberatkan pada sanksi. Namun, 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 oleh preseden daripada oleh legislasi. Di sini negara memainkan peran pasif; negara berperan selaku

arbiter pada saat ada sengketa perdata dan selaku penjaga peraturan yang tidak dibuatnya.

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

MORALISME HUKUM DAN HUKUM PUNITIF

Sumber hukum represif yang abadi adalah tuntutan akan konformitas budaya. Pada masyarakat modern, seperti halnya pada masyarakat kuno, kepemilikan bersama atas aturan moral mendukung kebersamaan sosial dan karena itu merupakan sumber bagi tetap terpeliharanya ketertiban.[35] Fakta dasar ini menggarisbawahi perhatian kuat negara pada "penegakan moral".[36] Tanggung jawab yang awalnya terbatas pada perdamaian kerajaan (*peace of the realm*) lalu meluas sehingga mencakup juga pelestarian nilai-nilai. Hukum pidana memikul beban tambahan: di samping memberantas kekerasan dan pengkhianatan, hukum pidana juga berfungsi memberantas serangan-serangan terhadap kesadaran umum.

Mungkin lahan yang paling subur bagi moralisme hukum[37] 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 aturan perilaku terperinci yang secara tajam memisahkan anggota dengan orang dari luar atau pendatang dan berperan sebagai penegasan terhadap loyalitas dan solidaritas. Pembangkangan merupakan pengkhianatan, yaitu suatu serangan terhadap masyarakat itu sendiri, dan beratnya pengkhianatan tersebut kurang atau sama sekali tidak berhubungan dengan persoalan apakah atau seberapa seriuskah kepentingan-kepentingan tertentu dilanggar.

Tetapi semangat komunal bukanlah suatu keharusan bagi moralisme hukum. Pola yang sama juga muncul dalam konteks yang lain. Misalnya, ketika suatu institusi berupaya untuk membangun dan memelihara etos tertentu, institusi tersebut akan mengembangkan suatu model etos yang dapat dijadikan sebagai sarana sebagai, katakanlah, cendekiawan atau 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 sejati dari lembaga tersebut dibedakan dari orang-orang pada umumnya. Bagaimanapun rincinya gambaran tersebut, masihlah tetap menyisakan hal-hal yang samar, karena model yang dikembangkannya tidak pernah bisa sepenuhnya dituangkan dalam aturan-aturan preskriptif. Beberapa aspek penting dari cita-cita 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". Perpaduan 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), juga etika kelembagaan.

Moralisme hukum paling baik dipahami sebagai patologi alami dari institusionalisasi, yakni upaya untuk membuat nilai-nilai menjadi efektif guna memberikan panduan bagi tingkah laku manusia. Dengan sendirinya, ideal-ideal dalam budaya sangat mudah dibelokkan jika pemahaman terhadap ideal-ideal tersebut hanya dangkal dan tidak lengkap. Pemberian arti dan otoritas kepada ideal-ideal tersebut merupakan urusan pendidikan yang mengharuskan bahwa kebudayaan perlu dituangkan dalam model-model sikap dan perilaku yang konkret. 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 dan rencana-rencana 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 tujuan itu sendiri, dan fungsi kritik dari ideal-ideal tersebut akan dilemahkan atau bahkan ditinggalkan. Jika tatanan moral benar-benar diatur oleh aspirasi, tugas-tugas tertentu akan dapat dianalisis sebagai sarana 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. Ongkos paling mahal yang harus dibayarkan oleh moralitas hukum adalah menu-

runnya kapasitas untuk menginterpretasikan kembali aspirasi kebudayaan karena kondisi sosial yang berubah memperlebar jarak antara ideal dengan petunjuk. Kekakuan ini berasal dari kecenderungan untuk bereaksi secara berlebihan terhadap penyimpangan dari tatanan preskriptif. Ketika nilai-nilai fundamental diidentifikasi dengan dilaksanakannya kewajiban tertentu, tatanan moral akan terlihat terancam. Karena aturan-aturan berkembang biak, risiko dilanggarnya aturan-aturan tersebut berlipat ganda; bahkan pelanggaran yang sebenarnya ringan dapat dilihat sebagai pertanda dari potensi melemahnya otoritas atau membusuknya moral. Pelanggaran apa pun lantas dapat memicu reaksi yang wajar atas serangan mendasar terhadap premis-premis moral dari masyarakat.

Jadi, moralitas hukum bergerak ke arah hukum punitif, yakni 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 paradigma hukum punitif, kejahatan bukanlah pelanggaran atas suatu kewajiban tertentu, melainkan tindakan ketidaktaatan itu sendiri.

Penegakan moral adalah salah satu akar dari lahirnya kesewenang-wenangan dalam pelaksanaan keadilan pidana.[39] Hal ini paling jelas terlihat di tempat di mana konsensus moralnya lemah dan moralitas yang berlaku berbenturan dengan hal-hal yang sensitif bagi kelompok minoritas. Suasana penuh ancaman hukuman menjadi lebih buruk ketika tatanan moral terancam keberadaannya, diperlemah oleh alienasi dan ketidaktaatan. Jika konsensus moral kuat, moralitas hukum tidak begitu dirasakan sebagai sesuatu yang represif. Namun demi-

kian, moralitas hukum bisa juga represif dengan cara yang lain—suatu cara yang sejalan dengan kesatuan budaya. Suatu bentuk represi yang lebih kuat, meskipun lebih tidak kentara, terjadi ketika suatu tatanan moral dapat membuat orang tidak peduli dengan ancaman hukuman dari luar dan justru lebih takut pada perasaan bersalah dan pasrah dalam dirinya sendiri karena melanggar moral. "Moralitas superego " timbul yang, meski untuk perlindungan-diri, menempatkan seseorang tunduk pada tuntutan tatanan sosial. Moralitas superego bisa melahirkan akibat psikis yang besar: membenci diri sendiri, mudah 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 terhadap *id*, Freud melihat potensi melemahnya *superego* dan munculnya *ego* yang otonom dan rasional.[42] Pemikiran Freud ini serta pemikiran lainnya dalam psikologi perkembangan[43] mengantar 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. Ini bukan berarti bahwa psikologi kepribadian dapat memiliki akibat langsung terhadap perkembangan hukum. Persoalan sejarah hukum lebih banyak terkait dengan munculnya kelompok-kelompok baru dan benturan kepentingan-pentingan sosial. Meskipun demikian, dinamika psikologis dari otoritas bisa menyediakan sumber daya potensial yang bisa dimanfaatkan oleh mesin-mesin perubah-

an yang lebih bertenaga dan lebih mudah digapai.

Jika kita meninjau kembali berbagai wujud hukum represif, muncullah dua gambaran utama. Yang pertama adalah *integrasi yang dekat antara hukum dan politik,* dalam bentuk subordinasi langsung 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 kepatuhan. Terjadilah instrumentalisme primitif. Yang kedua adalah *diskresi pejabat yang tidak terkontrol,* yang merupakan hasil dan sekaligus kepastian dari kemudahan untuk mengutak-atik hukum.

Dua gambaran ini menghambat perkembangan hukum secara mendasar, bahwa keduanya merintangi pembentukan berbagai institusi hukum yang berbeda. 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 menjaga aura legitimasinya.

Meskipun hukum represif menyediakan alat-alat yang bermanfaat untuk memaksakan ketertiban, ia 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.

3

HUKUM OTONOM

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

Rule of law akan lebih baik dipahami 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 dalam bidang-bidang kompetensi yang ditentukan.[1] Dengan risiko menyum-

bang jargon baru, kami menyebut sistem ini sebagai rezim hukum otonom (*regime of otonomous law*).[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. 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 legislatif dan yudikatif.
2. Tertib hukum mendukung "model peraturan" (*model of rules*). Fokus pada peraturan membantu menerapkan ukuran bagi akuntabilitas para pejabat; pada waktu 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 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 akan didiskusikan. Kami akan menutup bab ini dengan menunjukkan bagaimana hukum otonom membawa benih 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. Malahan, setiap karakter hukum otonom dapat dipahami sebagai sebuah strategi legitimasi. Oleh karena itu, akan sangat membantu jika kita membahas kembali hubungan antara hukum, legitimasi, dan otonom institusional.

Tak ada rezim yang dapat bertahan tanpa landasan berupa persetujuan dari warga negara yang diberikan secara sukarela. Dalam upaya mencari dukungan, para penguasa menggunakan dasar legitimasi yang mampu memberikan justifikasi bagi klaim mereka atas kepatuhan. Dasar-dasar legitimasi tersebut haruslah tidak rumit dan juga tidak eksplisit. Dasar-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 hak istimewa yang diberikan kepada keluarga terpilih. Dasar-dasar legitimasi—*rules of recoginition*[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 sederhana pun mengundang pertanyaan, *quo waranto*, atas dasar apa legitimasi ini muncul? Karena 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 boleh jadi merupakan penguasa tiran, yang klaimnya terhadap kekuasaan bersandar pada prinsip-prinsip yang mendorong lahirnya persetujuan tanpa kritik dari rakyatnya dan 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 potensial. Jadi, legitimasi harus dilihat sebagai sesuatu yang sangat variatif dalam hal 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 hanyalah sebuah pertanggungjawaban sederhana. Namun jika demokrasi dipandang 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 *kasar* (*gross legitimation*) ke legitimasi *mendalam (legitimation in-depth).* Legitimasi yang mendalam memperluas *quo waranto,* wilayah 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 nyata bahwa legitimasi membutuhkan perhatian yang khusus dan memang dikhususkan. Disahkannya legitimasi menjadi sebuah fungsi sosial terpisah, dan proses pengesahan ini dimulai ketika fungsi ini dipelihara dan dijaga oleh institusi khusus yang bertugas melalukan *review*, 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.

Hasil seperti ini bersumber dari sebuah persyaratan yang melekat pada legitimasi. Para penguasa hanya memiliki kredibilitas terbatas sebagai pemberi keabsahan terhadap legitimasi mereka sendiri. Jika klaim-klaim mereka, dan klaim-klaim atas mereka, harus dinilai berdasarkan prinsip-prinsip yang obyektif, maka akan menolong jika si penilai prinsip-prinsip 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 telah terpecahkan. Untuk menegaskan dan menjaga kompetensi itu, ia harus mengklaim suatu otonomi institusional. Di sinilah terletak dasar dari apa yang sekarang kita kenal dengan 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 model *rule of law*, juga merupakan pelindung otonomi institusional, adalah pemisahan antara kehendak politik dan putusan hukum. Hukum diangkat "di atas" politik; maksudnya, hukum positif ditegakkan untuk menentukan bahwa persetujuan publik, yang dibuktikan oleh tradisi atau proses konstitusional, telah dijauhkan dari kontroversi politik. Oleh karena itu, otoritas untuk menafsirkn hukum ini harus dijaga sehingga terlindung dari perebutan kekuasaan dan tidak tercemar oleh pengaruh politik. Dalam mengintrepretasikan dan melaksanakan hukum, para ahli hukum harus menjadi juru bicara yang obyektif bagi prinsip-prinsip yang mapan secara historis, menjadi para pemberi keadilan yang pasif, yang memberikan keadilan secara impersonal dan 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 hukum yang terbatas. Para

penguasa politik dapat menerima otonomi institusi-institusi hukum jika mereka diyakinkan bahwa putusan-putusan institusi hukum yang harus mereka hormati sebenarnya dapat ditemukan dalam kebijakan-kebijakan yang mereka setujui (atau abaikan) 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 adalah, jika institusi-insitusi hukum ingin mempertahankan otonominya, 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 tawar-menawar historis: *Institusi-institusi hukum memperoleh otonomi prosedural dengan syarat mengorbankan otonomi substansi.* Komunitas politik mendelegasikan kepada para ahli hukum sebuah otoritas terbatas untuk bertindak bebas dari campur tangan politik, namun syarat dari imunitas tersebut adalah bahwa para ahli hukum tersebut menjauhkan diri dari pembentukan kebijakan publik. Itulah periode ketika peradilan memenangkan "dependensi"-nya.

Pengadilan tentu saja secara khusus (walaupun tidak secara eksklusif) cocok sebagai pengemban kepercayaan tersebut. Sebagai pihak yang memutuskan sengketa, hakim melayani tatanan politik dengan cara mendorong penyelesaian damai untuk konflik perorangan. Pada saat mereka melakukan "mediasi" ataupun "ajudikasi," fungsi mereka adalah 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 yang berkait dengan keadilan atau kebijakan publik, bahkan tidak pula memeriksa dampak sosial dari putusan-putusannya sendiri. Sebaliknya, keberhasilannya tergantung pada kemampuannya untuk mempersempit perbedaan dan membuat 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 paling utama dari proses hukum, dan peradilan dilihat sebagai prototipe institusi hukum. Identifikasi proses hukum dengan proses yudisial berjasa dalam menjamin netralitas institusi-institusi hukum, namun hal tersebut juga memicu timbulnya sebuah konsepsi sempit tentang *rule of law*.

Pemisahan antara hukum dan politik merupakan strategi utama legitimasi. Itulah cara hukum otonom membawa legitimasi baik bagi dirinya sendiri maupun bagi tatanan politik. Strategi tersebut mempunyai dua aspek. *Pertama,* sebuah fondasi dibuat untuk meletakkan politik di bawah hukum. Pada rezim hukum otonom, tindakan-tindakan yang dilakukan oleh 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 memecahkkan berbagai masalah, memobilisasi

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, para hakim menekankan dan mengagungkan fungsi-fungsi mereka yang semata-mata bersifat hukum, bukan 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 yang sudah lebih terintegrasi dengan komunitas hukum,[7] mereka dapat secara lebih sadar dan percaya diri melakukan kreativitas. Namun demikian, pada prinsipnya, hukum otonom menuntut dengan tegas sebuah pembedaan tajam antara legislasi dan ajudikasi; institusi-institusi hukum otonom harus membatasi dirinya untuk tidak menerapkan hukum yang diterima ke dalam kasus-kasus yang di situ hanya "fakta" yang dinilai. Evolusi historis dari *institusi-institnsi* yang berbeda—pengadilan dan legislator—dibahas untuk menunjukkan bahwa evolusi ini diikuti oleh adanya *fungsi-fungsi* yang benar-benar berbeda pada masing-masing institusi tersebut. Apa pun yang mengingatkan fungsi pembuatan hukum yang dilakukan oleh badan peradilan, dipandang sebagai hal yang buruk bagi etos hukum otonom dan ancaman bagi otoritasnya. Kekhawatiran inilah yang, lebih dari setiap kesalahan sederhana dalam memahami proses hukum, memunculkan konsepsi-konsepsi yang naif atau bahkan tidak jujur mengenai kebersahajaan

yudisial (*judicial self-effacement*) atau bisa disebut juga *mechanical jurisprudence.*

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

FORMALISME HUKUM DAN MODEL PERATURAN

Pada prinsipnya, hukum otonom itu berpusat pada hakim dan terikat pada peraturan. Hakimlah yang menjadi simbol tatanan hukum, bukan polisi atau legislator;[8] dan elaborasi terhadap peraturan-peraturan hukum pada tahap ini memberikan etos dan gaya yang berbeda kepada hukum. Untuk memudahkan pembahasan kita, "peraturan" diartikan sebagai *sebuah norma dengan cakupan dan aplikasi yang sudah baku.*[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 konkret. Namun hukum otonom mengaburkan pembedaan antara hal umum dan hal khusus, hal abstrak dan hal konkret. Hukum otonom berupaya mengarti-

kan norma tertentu seolah-olah norma tersebut merupakan norma yang sudah, atau yang seharusnya sudah, 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.

Sifat hukum otonom yang berpusat-pada-peraturan memiliki dasar yang sangat praktis:

1. Peraturan merupakan sebuah sumber yang andal untuk melegitimasi kekuasaan. Peraturan menentukan batas dan cakupan otoritas jabatan secara akurat, sehingga menawarkan pengetesan yang meyakinkan 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 yang lebih luas tetap utuh sebagaimana adanya.

2. Ketika hakim dibatasi oleh peraturan, cakupan diskresinya menjadi sempit. Akibatnya, kekuasaan yudikatif, karena nampak terbatas, lebih mudah untuk memberikan justifikasi; ancaman terhadap para pembuat keputusan politik pun menjadi kendor. Karenanya, pengadilan menjadi sangat aman ketika sudah mendekati paradigma *mechanical jurisprudence*. Jika hakim-hakim dapat menemukan sebuah preseden atau undang-undang yang benar-benar tepat, 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 dalam proses hukum.

3. Meningkatnya jumlah peraturan mengundang kompleksitas dan mendatangkan permasalahan konsis-

tensi. Standar-standar interpretasi dibutuhkan. Pengetahuan yang mendalam mengenai peraturan, serta konsep dan teknik pendukungnya, menjadi sebuah keahlian profesional. Praktisi-praktisi hukum otonom adalah para pembuat dan penyebar "alasan artifisial":

> Kemudia Sang Raja berkata bahwa menurutnya hukum didasarkan pada alasan, dan bahwa ia dan orang-orang yang lain mempunyai alasan sebagaimana juga para Hakim: terhadap pernyataan ini saya berikan jawaban, 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 berdasarkan alasan alamiah akan tetapi berdasarkan alasan artifisial dan putusan hukum, di mana hukum adalah sebuah seni yang membutuhkan pembelajaran dan pengalaman panjang, yang dengan usaha itulah seorang manusia dapat memperoleh pemahaman mendalam tentang bidang tersebut.[11]

Alasan artifisial memelihara otoritas hukum yang diterima (*received law*) dengan cara menjadikannya sebuah ramuan putusan yang sangat diperlukan. Dalam melakukan tindakan itu, alasan artifisial mempertunjukkan keahliannya yang khusus, 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 ahli. Pada saat yang sama, ia menjustifikasi klaim para ahli hukum bahwa dirinya otonom.

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, meski menjinakkan represi, tetap berkomitmen pada gagasan bahwa hukum terutama adalah sebuah sarana kontrol sosial. Dalam jangka pendek, kontrol lebih mudah dilembagakan ketika orang lebih mengandalkan peraturan daripada petunjuk yang lebih umum. Berlawanan dengan fungsi nilai-nilai, peraturan adalah "garda depan" kontrol sosial.[12]

Dalam ilmu hukum, perjuangan keras untuk mencapai ketepatan dan kejelasan ini tercermin dalam pengakuan yang luas terhadap apa disebut Dworkin "model peraturan" ("*model of rules*").[13] Sebagai sebuah teori, model tersebut terbukti selalu salah untuk banyak realitas hukum. Namun tetap bertahannya model ini tidak bisa dipahami sebagai 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 mempunyai sifat 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 semangat keteraturan dan kontrol. Demikian pula, suatu "kekhawatiran

akan wilayah abu-abu"[17]—yaitu, elemen-elemen norma hukum yang ambigu dan tidak jelas batas-batasnya—merupakan watak khas suatu tertib hukum yang di situ integritas institusional kurang mendapat perhatian, dibandingkan pengakuan hukum terhadap fakta sosial. Perbedaan-perbedaan ini sebenarnya hanya bersifat fungsional. Dengan menyoroti beberapa aspek hukum tertentu dengan mengabaikan beberapa yang lainnya, prinsip-prinsip utama dari tiap tipe tertib 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 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 praktik. Penerapan peraturan tidak lagi dicirikan oleh adanya pertimbangan mengenai tujuan, kebutuhan, dan konsekuensi. Legalisme itu merugikan, sebagian disebabkan karena kekakuan-kekakuan yang ia paksakan, dan sebagian yang lain karena peraturan-peraturan yang ditafsirkan *in abstracto* terlalu ditujukan pada ketaatan formal yang sesungguhnya menyembunyikan distorsi kebijakan publik.

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 dipandang, sebagaimana Max Weber memandangnya, sebagai wujud historis utama dari model *rule of law*.

Max Weber menyebutnya otoritas birokratik "legal-rasional." Ia mengatakan, "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 melainkan pada ditaatinya secara teratur rutinitas administratif 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, birokrasi adalah suatu sistem yang relatif pasif dan konservatif, yang disibukkan dengan urusan implementasi detail dari kebijakan-kebijakan yang diterima. Formalisme birokrasi akan mempunyai makna jika ia dipahami sebagai sebuah fase transformasi institusi-institusi pra-birokratik.[10] Seperti hukum otonom, birokrasi terutama merupakan sebuah cara untuk mengatasi pembuatan keputusan yang sewenang-wenang pada 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 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 sisi penting dalam etos hukum otonom. Penjinakan represi dimulai dengan tumbuhnya komitmen untuk memerintah berdasarkan peraturan; pada gilirannya, prosedur merupakan jaminan paling nyata dari suatu penerapan peraturan secara adil. Otoritas yang berpotensi represif dikendalikan oleh *"due process"*. Dalam menyelesaikan 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 apa yang kita sebut tawar-menawar historis hukum otonom (*historic bargain of autonomous law*). Pengadilan setuju untuk menyerahkan kepada pihak lain masalah kebijakan yang substantif; sebagai gantinya, pengadilan diberi kekuasaan untuk menentukan prosedurnya sendiri, yaitu mengatur syarat-syarat untuk mendapatkan akses ke dan cara berpartisipasi dalam proses hukum. Kekuasaan tersebut merupakan sebuah jaminan kekebalan politik: dengan kekuasaan ini, pengadilan dapat mengajukan tuntutan bahwa siapa pun yang menggugat otoritas hukum harus melakukannya

dengan cara yang taat-asas dengan keteraturan hukum. Bahkan pemerintah, dalam kapasitasnya sebagai aktor hukum, diharapkan bergerak melalui saluran-saluran yang telah digariskan.

Akhirnya, apa yang semula merupakan keharusan institusional berubah menjadi sebuah kebaikan-yang-mengatrol-diri (*self-enhancing virtue*). Pengadilan mengklaim keahlian khusus sebagai penjaga *due process*, dan integritas prosedur menjadi nilai hukum *par excelence*, 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 konkret. Mereka boleh mengklaim bahwa, mengingat otoritasnya yang khusus, 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* clan keadilan merupakan sumber-sumber utama kepercayaan dan kredibilitas pengadilan.

Akibatnya, ketepatan cara melampaui seluruh legalitas dan keadilan. Keadilan substantif menjadi bersifat derivatif, sebuah hasil turunan yang diharapkan dari suatu metode yang sempurna. Tetapi 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 menyesatkan dan sewenang-

wenang ketika ia justru membuat putus asa harapan akan keadilan yang sebenarnya telah ia dorong sendiri. Akhirnya, tarik-menarik antara keadilan prosedural dan keadilan substantif melahirkan daya yang mendorong tertib hukum untuk keluar dari batas-batas hukum otonom.

Tetapi, 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"[22] dirasuk. Prosedur melayani lebih banyak tujuan daripada yang dilakukan 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 hati-hati. Seperangkat peraturan dan doktrin membatasi hak untuk tampil di pengadilan, mempertahankan konsepsi-konsepsi sempit mengenai *"justiciability,"* 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] Lebih dari semua itu, ada keinginan kuat untuk membuat nalar atau pertimbangan hukum tetap abstrak dan netral, tidak terpengaruh oleh hasil substantif. Ada pula pemikiran, ilmu hukum yang berorientasi pada hasil mengurangi integritas putusan hakim.[24] Kedua strategi ini 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 mengindentifikasi parameter-parameter hukum otonom kita harus mengikutsertakan tekanan pada otoritas dan ketaatan. Pemerintahan berdasarkan hukum (*rule of law*) mengharapkan dari masyarakat dan pejabat pemerintah kesetiaan yang kuat kepada hukum. "Tidak ada seorang pun, tidak peduli seberapa agung pekerjaan publiknya, atau seberapa benar motif pribadinya, dapat menjadi hakim dalam kasusnya sendiri. Itulah gunanya pengadilan . . . Jika seseorang diperbolehkan untuk menentukan bagi dirinya sendiri apa hukum itu, setiap manusia pun bisa. Itu berarti, pertama-tama kekacauan, kemudian tirani."[25] Retorika ini menunjukkan apa yang kita sebut suatu perspektif "risiko rendah" pada hukum dan otoritas.[26] Setiap penyimpangan dari ketaatan penuh terhadap hukum dipandang sebagai sebuah ancaman terhadap tertib hukum secara keseluruhan. Bila dikaitkan dengan penerapannya terhadap warga negara, *rule of law* memperlihatkan mentalitas "hukum-dan-ketertiban" (*law-and-order*):

> Menurut model hukum-dan-ketertiban, kewajiban masyarakat terdiri dari ketaatan tak bersyarat pada peraturan-peraturan yang diperintahkan negara. Bahwa peraturan-peraturan tersebut sejalan atau tidak sejalan dengan rasa keadilan warga negara, itu tidak penting: warga negara tidak menilai hukum namun mematuhinya... Model ini tidak serta merta lebih cocok dengan sebuah kediktatoran daripada dengan sebuah demokrasi... Bagaimanapun juga, 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 ruang untuk penilaian-penilaiannya sendiri, betapapun meyakinkannya alasan-alasan yang diajukan. Berpaling dari peraturan pada prinsipnya sama dengan sebuah aksi pemberontakan, dan meskipun tindakan tersebut boleh jadi pada saat itu dibenarkan secara moral, tindakan tersebut tidak akan pernah dibenarkan oleh sistem hukum yang dilawan tersebut.[27]

Jadi, hukum otonom tetap diwarnai oleh semangat ketidakleluasaan. 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 sosial diperluas hingga memasukkan pula perilaku resmi.

Di sini kita melihat segi lain "tawar-menawar historis" hukum otonom. Institusi-institusi hukum memiliki otoritas untuk membuat penguasa akuntabel; sebagai gantinya, institusi-institusi hukum akan menuntut ketaatan penuh 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 dukungannya dalam karakter hukum otonom yang berpusat-pada-peraturan (*rule-centered*). Peraturan-peraturan yang tepat dan kewajiban-kewajiban yang tegas berjalan bergandengan. Untuk warga negara dan

juga untuk pejabat-pejabat publik tempat bagi diskresi dipersempit. Berkaitan dengan hal ini, terdapat sebuah perbedaan tajam antara hukum otonom dan hukum represif. Bertambah banyaknya peraturan yang semangatnya bersifat preskriptif, isinya terperinci, dan pengaruhnya terasa opresif, semua itu merupakan tanda dari 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 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. Nah, sekarang 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 terhadap peraturan-peraturan menciptakan harapan-harapan mengenai konsistensi dan keadilan tindakan jabatan.[29]

KRITIK HUKUM DAN PERKEMBANGAN HUKUM

Sejauh ini kita telah mencermati ciri-ciri model *rule of law* yang berbicara tentang pusat perhatiannya yang utama—otonomi institusi-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 mereka yang utama, yaitu legitimasi, dan untuk menjaga otoritas yang dengan susah payah mereka menangkan, yakni untuk membatasi pertanggung-jawaban 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 sudah akrab: 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 cenderung menghancurkan otonomi dan menyatukan kembali hukum dengan politik dan masyarakat. Upaya untuk mengembangkan sebuah tertib 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. Di sini kita bicara mengenai sebuah *potensi* perkembangan hukum. Tetapi, potensi itu lebih dari sekadar sebuah kemungkinan abstrak; potensi dimaksud merujuk pada sumber-sumber dan pola-pola khusus kekuatan direksional, yang-bersifat-mengarahkan. Sumber-sumber dan pola-pola khusus ini adalah tipe-tipe pemikiran hukum dan partisipasi hukum yang (1) menciptakan sumber-sunber 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 tergerusnya *rule of law*. Sikap 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 komunitas hukum. Hal ini nyata dalam semangat teknis yang dengan semangat itu mereka menganalisis, menginterpretasikan, dan mengelaborasi arti peraturan-peraturan, dan dalam komitmen mereka secara sadar terhadap keteraturan prosedural. Komitmen ini menempatkan pengadilan dalam urusan menentukan kesempatan-kesempatan untuk menyatakan klaim-klaim. Jadi, advokasi menjadi lawan ajudikasi sebagai paradigma tindakan hukum. Hasilnya, bagaimanapun tidak diharapkannya, adalah sebuah ilmu hukum yang berpusat pada hak (*rights-centered jurisprudence*).

Advokasi tidak menerima hukum begitu saja. Advokasi menggunakan segenap sumber-sumber analisis hukum untuk memperjuangkan penerapan suatu peraturan tertentu daripada peraturan lainnya, untuk membenarkan sebuah interpretasi khusus, untuk menjadi dasar pembelaan, untuk menghadirkan rekonstruksi fakta yang bersifat melayani diri sendiri. Jadi, advokasi mendorong penegasan diri dan kritik tajam atas otoritas yang diterima. Dampak jangka panjangnya adalah untuk membangun di dalam tertib hukum sebuah dinamika perubahan, dan untuk membangkitkan harapan-harapan bahwa hukum merespon secara fleksibel masalah-

masalah dan tuntutan-tuntutan baru. Muncullah sebuah visi, dan suatu kemungkinan dirasakan, akan sebuah tertib hukum yang responsif, yang lebih terbuka terhadap pengaruh sosial dan yang lebih efektif dalam menangani permasalahn sosial. Bab berikut adalah sebuah usaha untuk mengidentifikasi ciri-ciri utama dari visi dan kemungkinan tersebut.

4

HUKUM RESPONSIF

Pengembaraan mencari hukum responsif telah menjadi kegiatan teori hukum modern yang terus berkelanjutan. Sebagaimana yang dikatakan Jerome Frank, tujuan utama kaum realisme hukum adalah untuk membuat hukum "menjadi lebih responsif terhadap kebutuhan-kebutuhan sosial."[1] Untuk mencapai tujuan ini, mereka mendorong perluasan "bidang-bidang yang memiliki keterkaitan secara hukum,"[2] sedemikian rupa sehingga nalar hukum dapat mencakup pengetahuan di dalam konteks sosial dan memiliki pengaruh terhadap tindakan resmi para aparat hukum. Seperti halnya realisme hukum, *sociological jurisprudence* (ilmu hukum yang menggunakan pendekatan sosiologis) juga ditujukan untuk memberi kemampuan bagi institusi hukum "untuk secara lebih menyeluruh dan cerdas mempertimbangkan fakta sosial yang di situ hukum tersebut 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 menawarkan sesuatu yang lebih daripada sekadar keadilan prosedural. Hukum yang baik harus berkompeten dan juga adil; hukum semacam itu seharusnya mampu mengenali keinginan publik dan punya komitmen bagi tercapainya keadilan substantif.

Tradisi kaum realis dan sosiologis ini memiliki satu tema utama: menjebol sekat-sekat pengetahuan hukum. 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 menjadi instrumen-instrumen yang lebih dinamis bagi penataan sosial dan perubahan sosial. Di dalam rekonstruksi itu, aktivisme, keterbukaan dan kompetensi kognitif akan berpadu menjadi tema-tema dasar.

Apa yang secara sepintas merupakan sebuah panggilan bagi terbentuknya lembaga-lembaga yang sarat pengetahuan dan efektif, setelah dilihat lebih jeli, ternyata mengandung tantangan yang signifikan. Tantangan ini telah membangkitkan penolakan-penolakan kuat. Ada ketakutan bahwa ilmu hukum instrumentalis (*instrumentalist juridprudence*) akan mengabaikan ketidakpastian otoritas hukum. Selama penghormatan terhadap bentuk-bentuk prosedural melemah dan peraturan-peraturan dibuat problematik, para pejabat dan warga negara dapat bertindak sekehendak hatinya dengan lebih mudah. Hasilnya, menurut argumen para kritikus, bahwa hukum kehilangan kemampuannya untuk mendisiplinkan para pejabat dan memaksakan

kepatuhan pada hukum. 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 dengan hambatan yang timbul dari pemanfaatan celah hukum (*legal artifice*) yang dilakukannya.[4] Mereka mengeluhkan "kecenderungan generalisasi yang berlebihan, tidak dihormatinya preseden, bahkan preseden-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 objektifitas."[5] Dengan menempatkan doktrin di bawah 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 suatu 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 "9 orang tua" (para hakim agung) agar dapat menciptakan hukum sesuai keinginan mereka, namun, yang lebih penting lagi, karena lembaga-lembaga hukum dibuat sangat rentan terhadap berbagai tekanan di dalam lingkungan politik. Tatanan hukum yang terlalu terbuka akan kehilangan kemampuannya untuk mengendalikan peran kekuasaan di dalam masyarakat; ia mundur ke represi.[7]

Memang ada ketegangan antara keterbukaan dan kepatuhan terhadap hukum, dan ketegangan ini memunculkan masalah sentral dalam perkembangan hukum. Dilema ini bukanlah sesuatu yang unik bagi

suatu model hukum responsif. Dalam perspektif ini, hukum yang baik seharusnya menawarkan sesuatu yang lebih daripada sekadar keadilan prosedural. Hukum yang baik harus berkompeten dan juga adil; hukum semacam itu seharusnya mampu mengenali keinginan publik dan punya komitmen bagi tercapainya keadilan substantif.

Tradisi kaum realis dan sosiologis ini memiliki satu tema utama: menjebol sekat-sekat pengetahuan hukum. 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 menjadi instrumen-instrumen yang lebih dinamis bagi penataan sosial dan perubahan sosial. Di dalam rekonstruksi itu, aktivisme, keterbukaan dan kompetensi kognitif akan berpadu menjadi tema-tema dasar.

Apa yang secara sepintas merupakan sebuah panggilan bagi terbentuknya lembaga-lembaga yang sarat pengetahuan dan efektif, setelah dilihat lebih jeli, ternyata mengandung tantangan yang signifikan. Tantangan ini telah membangkitkan penolakan-penolakan kuat. Ada ketakutan bahwa ilmu hukum instrumentalis (*instrumentalist juridprudence*) akan mengabaikan ketidakpastian otoritas hukum. Selama penghormatan terhadap bentuk-bentuk prosedural melemah dan peraturan-peraturan dibuat problematik, para pejabat dan warga negara dapat bertindak sekehendak hatinya dengan lebih mudah. Hasilnya, menurut argumen para kritikus, bahwa hukum kehilangan kemampuannya untuk mendisiplinkan para pejabat dan memaksakan

kepatuhan pada hukum. 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 dengan hambatan yang timbul dari pemanfaatan celah hukum (*legal artifice*) yang dilakukannya.[4] Mereka mengeluhkan "kecenderungan generalisasi yang berlebihan, tidak dihormatinya preseden, bahkan preseden-preseden yang baru dihasilkan, ketidakjelasan opini yang tidak diperlukan, kurangnya keterbukaan, keenggan pengadilan tingkat pertama untuk melakukan upaya penemuan fakta, interpretasi hukum secara sembarangan dan tidak adanya netralitas dan objektifitas."[5] Dengan menempatkan doktrin di bawah 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 suatu 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 "9 orang tua" (para hakim agung) agar dapat menciptakan hukum sesuai keinginan mereka, namun, yang lebih penting lagi, karena lembaga-lembaga hukum dibuat sangat rentan terhadap berbagai tekanan di dalam lingkungan politik. Tatanan hukum yang terlalu terbuka akan kehilangan kemampuannya untuk mengendalikan peran kekuasaan di dalam masyarakat; ia mundur ke represi.[7]

Memang ada ketegangan antara keterbukaan dan kepatuhan 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 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 menghadapi kemungkinan-kemungkinan baru yang timbul secara tak terduga. Keterbukaan, di sisi lain, mengandaikan pemberian diskresi yang luas, sedemikian rupa sehingga tindakan aparatur negara dapat tetap fleksibel, adaptif dan mawas diri. Namun tangung 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. Dengan demikian, keterbukaan dapat dengan mudah merosot menjadi oportunisme, yaitu adaptasi yang tidak terarah terhadap berbagai peristiwa dan tekanan.

Hukum represif, hukum otonom dan hukum responsif dapat dipahami sebagai tiga respon terhadap dilema yang ada antara integritas dan keterbukaan. Tanda-tanda dari hukum yang represif adalah adaptasi pasif dan oportunistik dari institusi-institusi hukum

terhadap lingkungan sosial dan politik. Hukum otonom merupakan reaksi yang menentang terhadap 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 keberadaan kekuatan-kekuatan baru di dalam lingkungannya. Untuk melakukan hal ini, hukum responsif memperkuat cara-cara bagaimana keterbukaan dan integritas dapat saling menopang walaupun terdapat pertentangan di antara keduanya. *Lembaga responsif menganggap tekanan-tekanan sosial sebagai sumber pengetahuan dan kesempatan untuk melakukan koreksi-diri.* Agar mendapatkan sosok seperti ini, sebuah institusi memerlukan panduan ke arah tujuan. Tujuan menetapkan standar untuk mengkritisi praktik yang sudah mapan, dan karenanya membuka jalan untuk melakukan perubahan. Pada saat yang bersamaan, jika benar-benar digunakan, tujuan dapat mengontrol diskresi administratif, dan dengan demikian dapat mengurangi risiko terjadinya pelepasan institusional. Sebaliknya, ketiadaan tujuan berakar pada kekakuan serta oportunisme. Dalam kenyataannya, kondisi-kondisi yang buruk ini terkait satu sama lain dan hidup berdampingan. 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 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 paduan antara integritas dan keterbukaan, peraturan dan diskresi. Jadi, hukum responsif beranggapan bahwa tujuan dapat dibuat cukup obyektif dan cukup otoritatif untuk mengontrol pembuatan peraturan yang adaptif.

Pergulatan menemukan tujuan merupakan upaya yang berisiko bagi sebuah institusi hukum. 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, jalan menuju responsivitas sangatlah membahayakan; bagi institusi-institusi ini, proses seperti itu tidak dipikirkan dengan optimisme. Perbedaan antara hukum otonom dan hukum 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 tertib hukum yang terbuka dan purposif, para pendukung hukum responsif lebih memilih alternatif "risiko-tinggi."

Bagian-bagian sub-bab berikut akan membahas beberapa 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:

A Dinamika perkembangan hukum meningkatkan otoritas tujuan dalam pertimbangan hukum.

B 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).

X Karena hukum memiliki keterbukaan dan fleksibelitas, 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 akan memperlemah integritas institusional.

Δ 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 tertib hukum tergantung kepada model institusi hukum yang lebih kompeten.

KEDAULATAN TUJUAN

Pada masa transisi dari otonomi menjadi responsif, tahap yang paling kritis adalah *generalisasi* tujuan-tujuan

hukum. Sejumlah peraturan, kebijakan dan prosedur tertentu menjadi dianggap penting dan dapat digunakan. Perangkat-perangkat hukum tersebut mungkin tetap dihormati sebagai sekumpulan pengalaman, namun semua 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 terkandung dalam peraturan dan kebijakan. Suatu contoh yang lazim dalam kaitannya dengan masalah 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 prosedural.[9] 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 latar institusional yang baru.[10]

Demikian pula, generalisasi tujuan adalah sumber utama fleksibilitas di dalam organisasi modern. Sebuah universitas, misalnya, melangkah menuju responsivitas ketika lembaga ini belajar membedakan antara hal-hal yang diperlukan untuk mengejar pengetahuan yang

lebih tinggi dari hal-hal 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.

Perhatian terhadap tujuan dalam hukum berakar pada perkembangan hukum otonom. Bahkan dalam suatu tertib hukum yang terpusat pada peraturan (*rule-centered legl order*), pertimbangan sering harus beralih dari peraturan ke tujuan, untuk mengurangi interpretasi tekstual yang sewenang-wenang, untuk mengekang aparat agar tidak bertindak *ultra vires*, melampaui batas-batas kewenangan yang diberikan kepadanya. Semakin rumit hukum otonom tersebut, ia harus semakin memperhatikan tujuan dalam mengelaborasi peraturan-peraturan. Hukum responsif dibangun di atas pengalaman tersebut. Tentu saja tidak terjadi dobrakan yang radikal sebab nalar artifisial mengandung bibit kelonggarannya sendiri.

Menganggap peraturan secara serius adalah suatu seni yang bersifat kasuistis dan suatu semangat pembelaan hukum *(lawyerly virtue)* yang ambigu. Ia merupakan suatu seni yang mengacu pada batasan-batasan otoritas dan juga pada 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. Bahkan 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.

Bagi argumen kami, yang terpenting adalah proses saling mempengaruhi (*interplay*) di antara aturan dan asas. Karena dalam proses inilah suatu sumber perubahan dibangun ke dalam tatanan hukum. Suatu peraturan, agar tetap relevan dan bertahan hidup, mesti bergantung pada kondisi-kondisi historis yang tepat. 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. 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 tujuan dalam segala hal yang berkaitan dengan hukum,[11] atau ketika Dworkin dan Hughes memandang prinsip dan kebijakan sebagai fondasi dari pertimbangan hukum,[12] mereka mengekspresikan harapan akan suatu tertib hukum yang modern, yang efektif dalam menghadapi perubahan.

Ketika 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] Meskipun suatu peraturan dapat saja mengandung otoritas resmi —yaitu, lulus "ujian asal-usul" (*pedigree test*) validitas

hukum[14]—peraturan tersebut tetap harus dapat diuji ulang dalam konteks konsekuensinya bagi nilai-nilai yang dipertaruhkan. Hukum otonom mengabaikan berbagai dampak yang mengkhawatirkan 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]

Terdapat cukup banyak jaminan bagi kehati-hatian dan pengekangan seperti itu. Ketika tujuan melemahkan otoritas peraturan, 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. Tampaknya lebih sulit untuk memiliki kepercayaan pada otoritas tujuan yang *bersifat afirmatif*, yaitu, tujuan sebagai suatu pedoman bagi arah perkembangan kebijakan.

Sumbangan utama 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 per-

ubahan adalah memudarnya "pertimbangan artifisial." Kerumitan hukum mendorong terkurangnya 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 lebih efektif. Namun proses demistifikasi lebih tepat dan lebih mengancam. Putusan hukum kehilangan kekuatan memaksanya, dan para ahli hukum akan terengggut dari klaimnya yang paling jelas yakni keahlian khusus mereka.[16]

Pemikiran hukum purposif menetralkan kecenderungan para pejabat untuk bersembunyi di balik peraturan dan menghindari tanggung jawab.[17] Kami telah mengemukakan sebelumnya bagaimana hukum otonom, seperti birokrasi modern, mendorong suatu pandangan yang bersifat sempit berekanaan dengan kewajiban pejabat. Dengan adanya kepedulian utama terhadap pengendalian otoritas, hukum otonom mendorong lembaga-lembaga hukum untuk menafsirkan kekuasaan mereka secara sempit, menjauhkan diri dari isu-isu kebijakan, bersembunyi di balik selubung netralitas, dan menghindari prakarsa. Pada saat akuntabilitas mengarah ke tujuan-tujuan yang lebih umum, dedikasi kepada peraturan tidak lagi cukup memadai untuk dapat menjadi tameng aparatur negara 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 ataupun kritis, hukum harus mampu *mengelaborasi,*

sebagaimana ia menggeneralisasikan, mandat institusi-institusi hukum. Dengan demikian, fase kritis bagi hukum responsif adalah pendefinisian misi, yaitu fase menerjemahkan tujuan yang bersifat umum menjadi sasaran-sasaran yang bersifat spesifik.

Sampai batas-batas tertentu, orientasi pada tujuan memfasilitasi pengelaborasian mandat-mandat hukum, karena orientasi pada tujuan menyerukan dilakukannya pencarian terhadap (1) hasil akhir yang substantif dan (2) hal-hal yang benar-benar dibutuhkan agar pelaksanaan tanggung jawab institusional menjadi efektif. 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 peduli terhadap penerapan yang tidak memihak dari standar-standar hukum dalam tiap kasus. Yang menjadi perhatian hukum ini adalah legislatif dan bukannya fakta ajudikatif, pola-pola faktual dan dampak-dampak *sistematik* dari kebijakan-kebijakan alternatif, dan bukannya keluaran-keluaran tertentu.

Meski demikian, studi yang luas justru bisa lebih membuat frustasi 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, 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 mengkhawatirkan tentang ketidakjelasan tujuan dan memerosotkan 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 kriteria yang obyektif dan dapat digeneralisasi,[21] merekonstruksi dan mengkaji premis-premis yang bersifat 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 memerlukan tenaga dan sumber-sumber daya yang tidak dapat ditimbulkan hanya dengan 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 meng-

abaikan, katakanlah, bahwa perintah untuk menutup pabrik yang mencemari lingkungan akan menyebabkan pengangguran.[22]

Oleh karena itu, dalam menyimpulkan bagian subbab 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 prinsip dan tujuan merupakan sumber bagi kritik hukum, pengorbanan (atau manfaat) merupakan pengikisan bagi otoritas. Melemahnya kewajiban warga negara untuk taat hukum berkait erat dengan upaya menuju proses pembuatan peraturan yang lebih fleksibel. Ketika konteks yang melingkungi ajaran hukum diperkompleks, validitas peraturan akan semakin mudah dipertanyakan. Ketika keragaman materi hukum yang bersifat otoritatif diperbesar, semakin banyak terdapat pembelaan terhadap klaim kepatuhan, dan semakin besar kesempatan yang ada untuk melakukan penilaian yang otonom.

Seperti menguatnya tujuan, melemahnya kewajiban juga memiliki sumbernya sendiri di dalam kompleksitas dan kerumitan yang selalu menyertai perkembangan hukum otonom. Ini merupakan turunan dari apa yang barangkali bisa disebut sebagai *paradoks ketepatan* (*paradox of precission*). Doktrin-doktrin dielaborasikan

karena para hakim, litigan dan pihak-pihak lain yang terlibat di dalam proses hukum membutuhkan sumber untuk menafsirkan dan memperjelas makna undang-undang. Namun, pada saat yang bersamaan, sumber-s-umber ini juga menawarkan pijakan untuk mempertanyakan apa yang diperintahkan hukum. Lahir dalam masa kepastian hukum, ketepatan menjadi pembantu dalam memberikan keputusan yang sensitif.

Di antara ciri-ciri yang paling mencolok dari suatu sistem hukum yang sudah maju adalah *keragaman* otoritas hukum yang luar biasa banyak. Di sana tumbuh, dalam kata-kata Bickel, "sejumlah undang-undang dan peraturan dengan tata urutan kepentingan yang sangat berbeda. Prosesnya . . . demikian kompleks, beragam dan mampu memasukkan suatu kewajiban yang tidak berubah guna 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, misalnya, 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. Seiring dengan perjalanan waktu, opini yudisial bisa saja menjadi usang, "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 berbeda jauh dalam hal bagaimana dan sampai seberapa jauh per-

aturan-peraturan itu membebankan kewajiban-kewajiban tertentu. Variasi-variasi ini mencerminkan berbedanya kontribusi dari peraturan-peraturan tersebut bagi penataan hukum. Beberapa norma hukum, seperti pertanggungjawaban atas kelalaian, hanya menetapkan standar, dan meninggalkan celah yang luas bagi penilaian yang otonom untuk menentukan cara pemenuhannya. Bahkan petunjuk-petunjuk yang spesifik pun bervariasi dalam hal 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—misalnya, 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 sangat sulit bisa muncul, paling tidak pada permulaannya.

Akhirnya, dan yang paling penting, penilaian hukum membangkitkan teknik-teknik elaborasi 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 keadaan konkret, peraturan bisa saja berbenturan dengan perintah-perintah yang lain, yang kemudian 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

paling tidak dalam teori, sangat dipengaruhi oleh penilaian terhadap fakta.

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

Manifestasi yang sangat penting dari evolusi ini adalah melemahnya hukum pidana. Tumpulnya sanksi-sanksi pidana membuat keadilan hukum pidana secara inheren menjadi kasar dan asing bagi semangat tertib hukum purposif. Hukuman pidana jarang dapat menjadi cara yang efektif untuk memperbaiki kerusakan. Pada saat yang sama, hukuman pidana berpotensi mempunyai sifat keras dan oleh karena itu dibatasi oleh formalisme prosedural.[29] Untuk mengendalikan penggunaan sanksi kriminal, asas legalitas (dalam konsep tradisional *nullum crimen sine lege*[30]) menuntut suatu definisi yang sempit terhadap istilah *perbuatan* yang dapat dijatuhi hukuman. Namun ketika penilaian hukum menjadi semakin pintar membedakan, hukum pidana dipaksa untuk melihat konteks yang jauh melampaui perbuatan, dengan semua hal yang terkandung dalam terkikisnya peraturan-peraturan, berlipat-gandanya alasan-alasan pemaaf, tumbuhnya doktrin-doktrin pertanggungjawaban yang kompleks—dan risiko sebagai

akibat wajar dari ketergantungan yang sangat tinggi pada "keahlian" psikiatri dan ilmu sosial. Risiko-risiko ini merupakan hal yang melekat dalam upaya mencari kepastian yang lebih besar, termasuk cara yang lebih cerdik dan teliti dalam menganalisis kategori-kategori yang tumpang tindih di bidang kejahatan, perbuatan melawan hukum, perilaku menyimpang, dan tidak kompeten.

Dalam mengakui kompleksitas penilaian hukum dan mengendurkan klaim terhadap kepatuhan, hukum responsif mengacu pada suatu *ideal* yang lebih besar. Hukum responsif membawa janji akan *kesopanan* ke 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 kepantasan di tempat-tempat umum. Dalam pengertian yang lebih umum dan lebih klasik, kesopanan merupakan 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 yang utama adalah terpeliharanya suatu komunitas moral—apa yang disebut Edward Shils sebagai *"sense of subtantial affinity"* (rasa persamaan yang dalam)[31] —di dalam konteks politik yang di situ individualitas, keragaman, dan karena itu juga konflik diakui dan diterima oleh masyarakat. Oleh karena itu, rasa hormat adalah kebajikan yang penting: Barangsiapa berbagi ruang sosial, ia 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 dan juga partisipasi publik. Pada kedua hal tersebut, keso-

panan menyerukan suatu semangat moderat dan terbuka.

Hukum purposif memberi kontribusi pada kesopanan sebab ia lebih diberi sifat oleh "etik pertanggungjawaban" (*ethic of resposibility*) daripada oleh "etik tujuan puncak" (*ethic of ultimate ends*).[32] Dalam etik tujuan puncak ini "para penganutnya . . . merasa 'bertanggung jawab' hanya dengan memastikan bahwa nyala api perhatian yang murni tidak dipadamkan."[33] Namun 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 yang terus-menerus bagi kesopanan, sebab ia memperlemah dan merusak pemikiran yang bertanggungjawab dan berorientasi pada tujuan. Ahli-ahli ideologi tidak mau mengakui sifat terbatas dan parsial dari perspektif mereka; akibatnya, mereka memicu perpecahan dan merusak usaha dialog. Alternatif bagi ideologi adalah suatu gaya kognitif yang mempersempit permasalahan, menjembatani perbedaan-perbedaan, dan menghargai kompleksitas serta keragaman situasi lingkungan yang faktual.[35]

Secara lebih spesifik, hukum responsif membantu berkembangnya kesopanan melalui dua cara:

1. *Mengatasi parokialisme dalam moralitas komunal.* Otoritas tujuan yang tumbuh cenderung mengurangi preskripsi dan simbolisme. Hukum purposif menuntut bahwa kebiasaan dan moralitas, sejauh keduanya ini mengklaim otoritas hukum, harus dijustifikasi oleh suatu penilaian rasional mengenai pengorbanan dan manfaat. Salah satu akibatnya adalah tekanan untuk mendekriminalisasi pelanggaran-pelanggaran terhadap nilai-nilai

moral yang berlaku. Tertib hukum lalu "lebih beradab," dalam pengertian yang tepat 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 unsur-unsur yang sempit. Contohnya, hukum boleh jadi tidak mau mengkriminalisasi peraturan yang menyangkut percabulan atau pornografi, namun ia dapat 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 pengaturan yang bersifat nonkriminal seperti *zoning*, yakni pembagian legislatif dalam suatu wilayah menjadi distrik-distrik yang berbeda dengan peraturan yang berbeda-beda, dalam hal penggunaan tanah, ukuran bangunan dan semacamnya. Dalam kenyataannya, pencarian alternatif-alternatif bagi larangan pidana bisa meningkatkan kapasitas hukum dalam memenuhi tanggung jawabnya kepada tatanan moral.

2. *Mendorong suatu pendekatan yang berpusat pada masalah dan integratif secara sosial terhadap krisis ketertiban umum.* Selama berlangsung berbagai pemogokan, demonstrasi, kerusuhan atau krisis-krisis ketertiban lainnya, asumsi-asumsi rutin kehidupan institusional

ditantang, dan banyak peraturan yang berlaku pada kondisi normal diabaikan. Dalam latar seperti itu, di mana pemulihan konsensus dipertaruhkan, sering menjadi tidak membantu apabila kita 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 berbagai perlawanan terhadap ancaman-ancaman simbolis kekuasaan. Pengampunan terhadap pelanggaran hukum dapat dinegosiasikan demi kepentingan menyusun kembali suatu kerangka kerja di mana kerja sama dapat terus berjalan.

Dampaknya adalah untuk memfasilitasi usaha pencarian resolusi krisis yang integratif.[37] Bentuk ini mengasumsikan bahwa syarat-syarat ketertiban umum bukanlah sesuatu yang benar-benar kaku, namun sesuatu yang masih terbuka untuk dinegosiasikan kembali sedemikian rupa sehingga kondisi-kondisi tersebut akan lebih memperhatikan kepentingan sosial yang dipengaruhi. Karena itu, *rekonstruksi* hubungan sosial dianggap sebagai sumber utama untuk mencapai ketertiban umum. Dengan kata lain, hukum responsif dapat lebih siap mengadopsi "paradigma politik" dalam menafsirkan ketidakpatuhan dan ketidaktertiban. Paradigma tersebut menggunakan model struktur kelompok masyarakat yang pluralistik, dan karenanya menekankan realitas dan meneguhkan legitimasi konflik sosial. Ketidakpatuhan bisa jadi dipandang sebagai perbedaan pendapat, dan penyimpangan sebagai munculnya suatu gaya hidup baru; kerusuhan tidak dianggap sebagai aksi massa yang "tidak masuk akal" atau sekedar meru-

sak namun dipuji karena relevansinya sebagai protes sosial. Dengan cara 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, dikarenakan menaruh perhatian besar terhadap kemurnian hukum, menjaga jarak dengan tatanan politik dan lekat dengan peraturan tanpa menerima tanggung jawab atas konsekuensi-konsekuensi penegakannya. Hukum represif dan responsif lebih berminat pada hasil, dan oleh karena itu, lebih siap untuk menyebarkan sumber daya politiknya. Namun, hukum represif secara fundamental tidak sopan dalam hal pendekatannya terhadap kekuasaan dan struktur kelompok dalam masyarakat: hukum ini memanipulasi semua sumber daya kekuasaan, baik untuk memperoleh sekutu ataupun untuk menghancurkan oposisi, dalam melakukan pembelaan total terhadap sebuah rezim yang dominan. Contohnya, penjagaan ketertiban di dalam penjara bergantung sepenuhnya pada pemahaman yang komprehensif terhadap sistem sosial para penghuninya, sebab sipir dan staf yang lain tergantung sepenuhnya pada kolusi tokoh-tokoh kunci dari para penghuni dan pada saat yang sama, harus siap untuk menghancurkan sumber-sumber perlawanan yang potensial.[38] Instrumentalisme represif ini berbeda jauh dengan instrumentalisme dalam hukum responsif. Yang disebut terakhir ditandai oleh rasa hormat yang beradab dan dengan maksud yang jelas terhadap berbagai macam tujuan dan kepentingan.[39] Dalam hukum responsif, tertib hukum dinegosiasikan, bukan dimenangkan melalui subordinasi.

Perspektif yang bertentangan dari ketiga tipe hukum yang kami kemukakan ini sering terlihat jelas di dalam penanganan kerusuhan dan demonstrasi pada 1960-an. Serangkaian keluhan terpusat pada taktik-taktik polisi yang represif, misalnya, *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 *"rule of law."* Yang lebih sulit 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 mencakup tugas untuk melakukan negosiasi. Dalam kerusuhan Watts pada 1965, misalnya, polisi menampik usaha-usaha yang dilakukan oleh tokoh-tokoh mayarakat 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

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

Sebaliknya, sistem yang terpusat pada peraturan (*rule-centered system*) memusatkan perhatiannya pada

otoritas. Ini merupakan ciri hukum otonom dan juga ciri birokrasi. Di dalam model *rule of law*, tertib hukum dipandang sebagai bersifat hirarkhis dan merupakan satu kesatuan. Di sini 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 penekanannya pada "asal-usul" norma hukum dan pada subordinasi hukum pada kedaulatan politik, positivisme hukum dengan rapi menangkap etos hukum otonom.

Sebaliknya, kritik kontemporer terhadap *model of rules*, bersamaan dengan soal orientasi tujuan, memperkenalkan motif pluralis yang kuat. Titik beratnya—yang mengingatkan kita pada *sociological jurisprudence*—adalah pada berlipat ganda 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 penataaan 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 memperluas kesempatan *dalam* proses hukum untuk berpartisipasi dalam pembuatan hukum. Dengan cara ini, arena hukum menjadi sebuah bentuk forum politik tertentu[43] dan partisipasi hukum melibatkan dimensi

politik. Dengan kata lain, tindakan hukum menjadi kendaraan bagi sekelompok orang atau organisasi untuk berpartisipasi dalam menetapkan 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 merupakan salah satu ciri yang menonjol bagi sejarah hukum belakangan ini. Di bawah dorongan beberapa kelompok swasta (terutama NAACP *Legal Defense Fund*) dan pemerintah sendiri (dalam program-program layanan hukum Office of Economic Opportunity), kita 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 bagi keperluan advokasi sosial:

> Dalam konteks tujuan NAACP, litigasi bukanlah suatu teknik untuk menyelesaikan perbedaan-perbedaan pribadi; ia merupakan sarana untuk mencapai tujuan yang sah dari persamaan perlakuan oleh semua pemerintah, baik federal, negara bagian maupun 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, evolusi tersebut dengan mudah diterima. Evolusi itu memberikan dampak pada tanggung jawab yang telah dipahami dengan baik, yakni tanggung jawab dari cabang yudisial atau bidang peradilan untuk memberikan perlindungan terhadap nilai-nilai dan kepentingan-kepentingan yang tampaknya tidak mendapatkan perhatian dalam politik yang dikuasai oleh mayoritas.[45]

Advokasi sosial mendasarkan diri pada otoritas dan menggunakan forum-forum yang dapat dimintakan per-

tanggungjawabannya menurut peraturan dan prinsip-prinsip hukum. Karena itu, 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, bukan kehendak politik. Bagaimanapun 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 berbagai kepentingan baru, namun dengan cara yang mempertegas nilai-nilai tertib hukum yang sudah diterima. Bahkan ketika sumber-sumber politik disebarkan, advokasi ini tetap menyadari bahwa klaim-klaim yang diajukannya tetap harus lolos uji otoritas hukum, dan bahwa forum hukum merupakan satu forum yang di situ kepentingan, kehendak, dan kekuasaan pada prinsipnya tidak pernah berperan sebagai pemberi kata akhir dengan sendirinya.

Perluasan advokasi sosial menyumbangkan 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 ke institusi-

institusi hukum. Yang tidak kalah pentingnya adalah *meluasnya cakupan studi hukum.* Hal yang dipertaruhkan dalam hukum mengenai hak untuk tampil di depan pengadilan (*law of standing*), sebagiannya, adalah kapasitas tertib hukum untuk memberitahukan kepada dirinya sendiri mengenai cakupan isu dan kepentingan yang dipengaruhinya secara lebih umum, kemampuan untuk memahami struktur kelompok masyarakat.[48] Lebih jauh lagi, dilibatkannya konstituen-konstituen baru menambah kekuatan bagi 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 petunjuk resmi yang diberlakukan pejabat.

Jadi, perluasan partisipasi hukum bukan hanya mengembangkan nilai demokratik dari tatanan hukum. Perluasan partisipasi hukum juga dapat memberikan kontribusi pada 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 banyak meminjam dari pengalaman (dan juga retorika) demokrasi, namun tindakannya itu terutama merupakan sarana menuju suatu organisasi yang lebih berorientasi pada tujuan, yang bebas dari kekangan otoritas birokratik. Organisasi post-birokratik kurang peduli dengan keteraturan administratif. Organisasi post-birokratik menerima sebagai kebenaran suatu konteks yang di situ nilai rasionalitas

ditetapkan dengan tegas[52] dan terpeliharanya integritas jabatan tidak lagi menjadi agenda utama. Permasalahan khusus yang dihadapi organisasi post-birokratik adalah memberi tempat bagi partisipasi, mendorong prakarsa dan pertanggungjawaban, menciptakan apa yang 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:

1. Pelimpahan kewenangan 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 ini adalah organisasi pengemban tugas yang tersusun dari unit-unit yang berpusat pada persoalan 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 prinsip dan bentuk ini merupakan "ragi dalam adonan birokrasi."[55]

Mengikuti logika yang serupa, tertib hukum purposif mungkin membutuhkan pengenduran otoritas demi mencapai tindakan kooperatif yang lebih efektif. Bahkan di Uni Soviet gerakan-gerakan yang menuju ke arah itu telah diamati. Ketika tujuan menjadi lebih sentral perannya, menurut Golunski,[56] "pentingnya tekanan negara sebagai sarana untuk mengamankan realisaai norma-norma hukum sosialis secara teratur mulai berkurang." Hukum yang sentralistik, yang terpusat pada peraturan, akan berguna pada saat "seseorang menghadapi situasi-situasi khusus yang terjadi berulang-ulang, yang juga akan terulang di masa yang akan datang." Namun "ketika tugas baru dihadapi oleh masyarakat, ketika tugas tersebut mengharuskan 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 mengenai tindakan-tindakan konkret yang harus diambil atau tidak perlu diambil, untuk menyelesaikan setiap tugas yang sangat banyak dan beragam." Lalu, 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 institusional. Partisipasi yang berkelanjutan tergantung pada 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 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;[58] ketika spesialisasi menghasilkan dibatasinya konstituen-konstituen administratif, sehingga kepentingan-kepentingan lainnya yang terkait diabaikan;[59] ketika partisipan yang aktif 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 bagi para konstituennya, mereka menjadi (1) lebih rentan terhadap ketidakseimbangan kekuatan di dalam masyarakat dan (2) lebih mudah berfokus pada suatu bidang perhatian khusus yang sempit. Akibatnya, mereka menjadi kurang akuntabel kepada satuan politik yang lebih besar, dan kurang informasimengenai 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 tunggal dan khas dari kekuatan publik. Model sistem hukum dan politik yang baru terlihat oleh munculnya "cabang keempat" dari pemerintahan, yang mencerminkan aspirasi dan permasalahan hukum responsif dan purposif. 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 diskresi yang luas dan lebih peduli dengan urusan meningkatkan kerja sama dibandingkan dengan urusan mengatur perilaku; setiap lembaga bekerja dalam hubungan yang sangat dekat dengan para konstituennya sendiri. Dalam konteks seperti ini, simbolisme Kedaulatan dilemahkan dan memberi jalan bagi sosok gabungan yang longgar dari perusahaan-perusahaan publik, masing-masing dengan misi dan massanya sendiri. Pengamatan yang teliti terhadap sosok ini mengungkapkan adanya risiko-risiko dan juga janji-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 MENUJU KOMPETENSI

Kita telah melihat bahwa hukum purposif paling jelas dimanifestasikan dalam suatu penajaman kritik hukum. Pada gilirannya, kritik hukum 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 ataupun keburukan dari keterbukaan. Sebagaimana yang telah kami kemukakan sebelumnya, keterbukaan merupakan persyaratan yang diperlukan, namun bukan yang memadai, bagi hukum responsif. Dengan sendirinya, keterbukaan melemahkan integritas dan kompetensi lembaga-lembaga hukum. Jika tertib 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, merupakan perhatian sentral hukum otonom. Pada tahap itu, urusan utama hukum adalah mempertegas otoritas peraturan dan keputusan, dan bukan untuk memastikan bahwa institusi-institusinya memiliki kehendak dan kompetensi untuk melaksanakan mandatnya. Karena itu, fungsi paradigmatik tertib hukum itu lebih untuk ajudikasi daripada pembuatan kebijakan atau administrasi. Permasalahan kebijakan timbul dalam ajudikasi, tapi hanya secara insidental, timbul lebih karena kebutuhan logis daripada karena pertanggungjawaban langsung. Hukum

otonom itu 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 tuntutan; keahliannya terletak pada keadilan prosedural; kontribusinya adalah untuk mengendalikan otoritas dan mempertahankan hak-hak perorangan. Tidak ada satu pun dari cara-cara ini yang dapat digunakan oleh hukum untuk mengatasi persoalan tentang cara mengefektifkan tujuan dalam mengarahkan institusi-institusi.

Batasan pada hukum otonom ini tampak jelas pada sejarah aktivisme yudisial (*judicial activism*) di Amerika Serikat akhir-akhir ini. Di bawah kepemimpinan Warren Court, dan dipacu oleh ledakan advokasi sosial, pengadilan memperluas cakupan *judicial review* hingga meliputi pula wilayah-wilayah kebijakan publik yang lebih luas. Tetapi secara karakteristik, apa yang mereka tekankan itu tetap mendapatkan tantangan sekaligus legitimasi. Reformasi prosedural—memperbanyak kesempatan bagi pengajuan tuntutan—merupakan pendorong intervensi yudisial, dengan sedikit ujian terhadap keuntungan substantif[64] dan sedikit perhatian untuk pengorbanan, termasuk beban yang dikenakan pada inisiatif pihak tertentu.[65] Hak-hak individu—misalnya, hak para pemilih atau tersangka—tetap menjadi titik awal analisis hukum, dengan hanya memberikan perhatian insidental kepada hasil kerja institusional—misalnya, 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 —misalnya, pada 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 terhadap model tersebut.[69] Jika tertib 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 *per se*. Dalam konteks hukum responsif, berbagai tuntutan hak dipahami sebagai kesempatan untuk menyingkap ketidakteraturan atau kekacauan, dan karena itu dapat dinilai sebagai sumber daya administratif. Namun penyelesaian kontroversi tidak dapat dibiarkan sebagai persoalan paradigmatik, demikian juga hukum tidak dapat bergantung pada proses tersebut untuk memenuhi tanggung jawabnya. Keadilan prosedural hanyalah salah satu kewajiban di antara kewajiban-kewajiban yang lain dan hanyalah satu sumber di antara sumber-sumber yang lain. Namun tidak berarti bahwa *fairness* dan keadilan individual kurang bernilai. Sebaliknya, hukum purposif mendorong realisasi yang lebih penuh bahwa keadilan individual, untuk periode jangka panjang dan bukan hanya dalam kasus yang sedang ditangani, tergantung pada kondisi-kondisi institusional yang mendukung. Energi hukum seharusnya dikerahkan untuk mendiagnosis permasalahan

institusional dan merancang kembali pengaturan institusional. Bentuk pengawasan yang baru, cara baru untuk meningkatkan kelayakan keputusan, unit-unit organisasi yang baru, struktur kewenangan yang baru, insentif yang baru—semua ini merupakan perbaikan-perbaikan yang khas dalam hukum purposif.[70]

Prinsip dasarnya adalah bahwa beban untuk mengoreksi kesewenang-wenangan atau ketidakadilan tidak seharusnya jatuh ke pundak 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 guna 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 —misalnya, ketentuan mengenai pemberitahuan tentang dengar pendapat atau banding—akan menyelesaikan permasalahan. Sebab, suatu kasus yang terisolasi dengan sendirinya akan sulit menjustifikasi kesimpulan yang menyatakan bahwa perubahan institusional itu diperlukan; ia boleh jadi tidak menjanjikan lebih dari sekadar *sedikit* ekspresi penyesalan. Dan jika ketidakadilan sudah merajalela, kondisi itu besar kemungkinan merupakan hasil dari kerusakan institusional—pengabaian, kurangnya sumber daya, tekanan-tekanan yang saling berbenturan—yang tidak dapat diperbaiki oleh peraturan prosedural manapun.[71] Bahkan, akuntabilitas formal, seperti

yang telah kami tekankan, dapat mencekik institusi, melumpuhkan energi, dan merintangi penyelesaian masalah, sehingga justru menambah inkompetensi dan bukannya mengendalikannya.[72]

"Ideal pokok" hukum responsif, sebagaimana hukum otonom, adalah legalitas. Bahwa kontinuitas tetap dipertahankan. Namun ideal mengenai legalitas tidak boleh dicampuradukkan dengan pernak-pernik "legalisasi"[73]—pengembangan peraturan dan formalitas prosedural. Pola-pola birokratis yang diterima sebagai *due process* (dipahami sebagai "bidang rintangan"[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 terhadap kesewenang-wenangan dalam hukum positif dan administrasinya.[75] Mengupayakan suatu reduksi yang layak dan maksimal terhadap kesewenang-wenangan, berarti menciptakan suatu sistem hukum yang cakupannya melampaui rutinitas formal dan keadilan prosedural hingga ke keadilan substantif. Pada gilirannya, pencapaian tersebut membutuhkan institusi-institusi yang kompeten dan juga absah.

Jika ada fungsi paradigmatik hukum responsif, fungsi tersebut adalah fungsi regulasi, bukan ajudikasi.[76] Dipahami secara luas, regulasi adalah proses mengelaborasi dan mengoreksi kebijakan-kebijakan yang dibutuhkan untuk merealisasikan tujuan hukum. Regulasi dengan demikian dipahami sebagai mekanisme untuk mengklarifikasi kepentingan publik. Regulasi mencakup kegiatan menguji sejumlah 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 tercakup di dalam fungsi regulasi, namun keduanya tidak mendefinisikannya—yakni, kecuali kalau keduanya dipahami dalam pengertian pembuatan kebijakan dan administrasi yang jauh lebih luas. Membuat "peraturan", *sensu stricto*, dalam pengertiannya yang sempit, hanyalah salah satu cara dari banyak cara untuk mengelaborasi kebijakan, misalnya, menetapkan "kriteria kinerja," mendefinisikan "tujuan-tujuan operasional", memformulasikan "panduan-panduan." Dan membuat petunjuk hanyalah salah satu cara dari banyak cara menuju terlaksananya suatu hal, misalnya, mengalokasikan sumber daya, menciptakan insentif, memberi fasilitas, menyediakan layanan. Dalam perspektif hukum otonom, badan-badan seperti Corps of Engineers (Ikatan Insinyur), U.S. Employment Service (Layanan Pegawai A.S.) atau sistem sekolah negeri, tidak dengan mudah dipahami sebagai bagian dari "proses hukum"; dan bahkan keputusan-keputusan mendasar yang dengan keputusan-keputusan tersebut mereka mendefinisikan misi dan strateginya melibatkan mereka dalam kegiatan 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 kon-

sepsi yang jauh lebih luas dan inklusif tentang proses hukum. 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 kuat bagi tuntutan kaum 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. Itulah sebabnya mengapa tertib 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 kesewenang-wenangan dalam pelaksanaan kekuasaan perlu dikontrol sedemikian rupa sehingga melempangkan jalan, dan bukannya menghambat, bagi perluasan kompetensi kelembagaan. Karena sebagaimana hukum mengemban tanggung jawab yang lebih besar dari sebelumnya, demikian pula inkompentensi menjadi sumber yang jauh lebih kuat bagi kekuasaan yang sewenang-wenang.

Hasil yang logis dari perpaduan kekuasaan adalah semakin melemahnya lembaga-lembaga, gagasan-gagasan dan model-model nalar "hukum yang khas sifatnya." Kami telah menunjuk beberapa aspek dalam evolusi ini: Dengan hukum purposif, terdapat penolakan terhadap penalaran artifisial, konvergensi analisis hukum dan kebijakan, reintegrasi penilaian hukum dan

moral dan reintegrasi pastisipasi hukum dan politik.[80] Segi lain dari transformasi tersebut adalah terserapnya 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, bergantung pada dinamika organisasional. Fungsi utama kepemimpinan administratif adalah "mengejawantahkan tujuan secara institusional."[81] Kebijakan harus dibangun menjadi bagian struktur sosial dari organisasi pekerjaan (*enterprise*) sedemikian rupa 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 upaya penciptaan beberapa sub-unit dengan keahlian dan komitmen khusus, yang mendistribusikan otoritas sedemikian rupa sehingga keputusan-keputusan penting diambil pada saat ada pemahaman yang sangat baik tentang tujuan, dan yang mengelola insentif-insentif sedemikian rupa sehingga kekuatan-kekuatan dilibatkan dan inisiatif dibebaskan.

Argumen ini lebih dari sekedar penegasan kembali kedudukan sentral hukum administratif di dalam tertib hukum modern. Hukum administratif, seperti yang kita ketahui, lebih baik dipahami sebagai keturunan hukum otonom daripada 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 administritif yang menyimpang dan yang mengendalikan kekuasaan. Hukum responsif mempunyai tujuan berupa *memberikan kemampuan dan memfasilitasi;* akuntabilitas restriktif hanya menjadi prioritas kedua. Ada visi akan sebuah jenis keahlian pembelaan hukum (*lawtyerly expertise*) yang baru—keahlian dalam mengartikulasikan *prinsip-prinsip mengenai model institusional dan diagnosis institusional.* Prinsip-prinsip semacam itu akan menganalisis masalah-masalah karakteristik institusional yang terkait dengan pelaksanaan mandat-mandat yang berbeda jenisnya dan dengan pelaksanaan kekuasaan yang berbeda-beda jenisnya di lingkungan yang berbeda-beda pula, dan akan mengacu pada 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 pengawasan."[82] Mengembangkan prinsip-prinsip seperti itu akan memerlukan analisis yang cermat terhadap praktek administratif, 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 sejalan dengan pemliharaan 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-tujuannya yang bersifat khusus.[84]

Walaupun hukum responsif mempunyai visi diharmonisasikannya kekuasaan-kekuasaan dan dika-

burkannya batas-batas institusional, pembedaan antara keputusan hukum dan keputusan politik tidak dihapuskan. 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 dalam mendefinisikan dan mengelaborasi tujuan-tujuan ini. Oleh karena itu, perpaduan antara hukum dan pemerintahan berarti bahwa dalam hukum responsif pemerintahan bertindak dalam kapasitas ganda. Sebagai aktor *politik,* pemerintah 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. Tetapi pemerintah harus terus maju, sebagai aktor *hukum,* untuk menetapkan badan-badan dan mekanisme-mekanisme dalam rangka 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? Dalam suatu

kerangka mandat yang mendasar sifatnya, tujuan-tujuan alternatif apa saja yang mestinya dijamin oleh cara-cara lain dalam alokasi sumber-sumber daya yang ada? Sumber daya apakah yang benar-benar dibutuhkan oleh tujuan yang dimandatkan? 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 dalam setiap tertib 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 dunia keadilan. Pencapaiannya bergantung pada kemauan dan sumber daya dalam komunitas politik.[85] Kontribusinya yang khas adalah memfasilitasi tujuan publik dan membangun semangat untuk mengoreksi diri sendiri ke dalam proses pemerintahan.

EPILOG:

DUA CARA KEMATIAN HUKUM

Tujuan paling umum dari esai ini adalah untuk menyatakan kembali pesan dari realisme hukum (*legal realism*) dan yurisprudensi sosiologis (*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 mereka suarakan—batas-batas formalisme, perluasan pengetahuan hukum, peran kebijakan dalam putusan hukum—menerima 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, para 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 luas dengan menggambarkan model-model alternatif dari hukum dan masyarakat, masing-masing dengan masalah dan aspirasinya sendiri. Pendekatan kami menekankan relevansi yang berkelanjutan dari hukum represif dan hukum otonom bahkan dalam masyarakat kontemporer. Pada saat yang sama, pendekatan ini merevisi dan mempeluas agenda bagi kajian sosio-yuridis.

Sebagai kesimpulan, barangkali bermanfaat jika 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 adalah bahwa hukum responsif melahirkan kompetensi kelembagaan yang besar dalam upaya mecapai keadilan. Namun, penilaian ini tidak melibatkan suatu petunjuk yang tidak membingungkan. Dalam pandangan kami, hukum responsif adalah suatu ideal yang ringkih yang keberhasilan 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 terbuka sejumlah peluang, 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]

Bagi mereka yang mungkin, dalam konteks pertimbangan-pertimbangan di atas, mendapati bahwa gambaran akan "perkembangan" sebagai sesuatu yang menyesatkan, model tersebut dapat diubah bentuknya dengan menunjukkan dua cara bagaimana hukum dapat mati, yakni 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 tertib 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 kepicikan saling memperkuat satu sama lainnya dan menjadi penyebab munculnya keberhasilan-keberhasilan yang sangat menonjol dan stabil dari hukum otonom.

Baik dalam bentuknya yang represif maupun yang responsif, tertib hukum kehilangan perlindungan batas-batas institusional yang tegas dan menjadi bagian integral dari pemerintahan dan politik. Lalu, terjadi sebuah pelemahan gagasan-gagasan dan cara-cara pikir yang "khas hukum". Kematian hukum, dalam pengertian seperti itu, merupakan suatu tanda dari dua tahap perkembangan itu.[3] Baik dalam hukum represif maupun hukum responsif, otoritas peraturan-peraturan diperlemah; diskresi diperluas; perspektif instrumental meruntuhkan formalisme "alasan artifisial"; argumen hukum menjadi sulit dibedakan dari analisis kebijakan; dan

lembaga-lembaga hukum menjadi lebih mudah diakses sekaligus lebih ringkih. Kondisi-kondisi ini menciptakan risiko terjadinya kemunduran dari responsif ke represi.

Namun demikian, kendati ada titik temu yang nyata, terdapat suatu jarak moral antara hukum represif dan hukum responsif. Dalam represi, 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 tertib hukum responsif, reintegrasi hukum dan pemerintahan merupakan suatu cara untuk 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 menyerahkan setidak-tidaknya beberapa perlindungan institusional yang pada awalnya dimilikinya dan yang sudah teruji dengan baik. Namun ada juga kemungkinan bahwa tertib 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, bukan pada kekayaan segelintir orang, dan juga bergantung pada, dan memelihara, suatu organisasi sosial yang kaya akan mekanisme untuk mengingatkan pemerintah akan tujuan-tujuan dasarnya. Walaupun tidak lagi terikat pada bentuk-bentuk kelembagaan awalnya, pembedaan 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 kepentingan 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 keras dan akomodasi kepentingan-kepentingan tertentu dari "politik tingkat tinggi," suatu upaya yang disertai nalar untuk mewujudkan suatu cita-cita masyarakat politik.

CATATAN-CATATAN

CATATAN BAB 1

1. Pada 1950-an *The Ford Foundation* mensponsori suatu program penting di Fakultas Hukum Universitas Chicago, dan pada 1960-an *The Russell Sage Fondation* menjadi penyokong utama bagi program penelitian dan pelatihan yang lebih banyak namun berukuran menengah di sejumlah universitas. Institut Walter E. Meyer adalah katalisator penting lainnya. Jurnal *Law and Society Review* mulai diterbitkan pada 1966.
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 (7967): 14; dan Graham Hughes, "Rules, Policy and Decision-Making," dalam *Yale Law Journal* 77 (1968): 77.
4. Krisis kepercayaan diungkapkan secara tajam dalam dua koleksi esai akhir-akhir ini: Eugene B. Rostuw, 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 tersebut oleh Lester Mazor, "The

Crisis of Liberal Legalism," *Yale Law Journal 81* (1972): 1032.

5. Howard Zin, "The Conspiracy of Law," dalam Wolff, hlm. 18-l19.
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, h1m. 136.
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, Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (Paterson, N.J.: Littlefield, Adams, 1959) hlm. 55-59; dan Henry Levy-Bruhl, *Sociologic du droit* (Paris: Presses Universitaires de France, 1961) hlm. 21-22. Meski kebanyakan penulis menolak definisi formal hukum sebagai kontrol sosial, fokus pada "hukum yang hidup" dan upaya untuk mendobrak batas-batas hukum dalam praktek cenderung mengaburkan setiap perbedaan. Beberapa tulisan dari Lon L. Fuller menuju ke arah yang sama. Lihat misalnya tulisannya "Human Interaction and the Law," American journal of *Jurispredence* 14 (1969): 1.
12. Philip Selznick, bersama Philippe Nonet dan Howard Vollmer, *Law, Society, and Industrial justice* (New York: Russell Sage Foundation, 1969), hlm. 4-8.

13. *Ibid.*, hlm. 4-5.
14. Hart, hlm. 92.
15. *Ibid.*, hlm. 91.
16. Definisi yang dikemukakan oleh Fuller dalam *The Morality of Law,* (New Haven, Conn.: Yale Univer-sity Press, 1964)—"rangkaian usaha menundukkan perilaku manusia kepada pemerintahan oleh peraturan-peraturan" (hlm. 96)—mempunyai beberapa kesamaan ciri tersebut; ia mengakui bahwa fenomena hukum terjadi dalam latar selain negara atau masyarakat yang terorganisasi secara politik. Namun ia merujuk pada suatu fase evolusi yang di situ institusi-institusi hukum berupaya keras untuk 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 Fuller hanya terpendam dalam hukum elementer. Perhatian terhadap kondisi-kondisi dan dinamika-dinamika perkembangan aspirasi-aspirasi hukum itu, menurut Fuller, lebih baik dipandang sebagai bagian dari suatu teori perkembangan hukum daripada sebagai definisi awal ddari hukum. Dalam kerangka berpikir kami, "definisi" yang diajukan Fuller menunjuk pada pergerakan dari hukum represif ke hukum otonom; namun beberapa fenomena yang menurutnya sudah tercakup dalam "rangkaian usaha" tertib hukum, seperti tuntutan akan kemantapan hukum sepanjang waktu" (hlm. 79, 80), juga akan menandakan suatu langkah mundur dari hukum responsif ke hukum otonom.
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. Vercruijsse, "To-wards a

Sociological Interpretation of Law," *Sociologica Neerlandia* 3 (1969): 1.

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 angota-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, III.: 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 Prtchard, *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.
19. Lihat catatan kaki no. 3.
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.
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), 1, 45-51, 331 dst.

23. Ruberto 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: Uniwersite 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 umum 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).
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-I5; 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 dibahas lebih lanjut di hlm. 77-79 dan 69-117.
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 Psychoanalitis* (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 dihawa 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.
34. Hal ini ditekankan dalam Barry Commoner, *The Closing Circle: Nature, Man and Technology* (New York: Knopf, 1971).
35. Lihat juga pembahasan 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.

CATATAN BAB 2

1. Frase "ketidakadilan yang beku" (*congealed injustice*) berasal dari Howard Zein, *Disobedience and Democracy: Nine Fallacies on Law and Order* (New York: Vintage Books, 1968), hlm. 4.
2. Ada keberlanjutan yang jelas antara ide tentang represi, sebagaimana yang kita pahami, dan konsep psikoanalisis tentang represi sebagai suatu fase pembentukan kepribadian. Dalam teori Freud, represi adalah proses di mana kebutuhan seseorang, khususnya dorongan agresif, tersubordinasi pada tuntutan-tuntutan tatanan sosial melalui perantara otoritas orangtua. Dorongan yang tidak memiliki legitimasi disensor, dihukum sebagai suatu kesalahan, 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 ketaata buta dan tidak mampu mengakomodasi kedaruratan suatu tatanan ke dalam kebutuhan individual akan pemuasan keinginan. Mengenai "Moralitas Super Ego" lihat hlm. 60-62.

3. Perdebatan dalam ilmu hukum berkenaan dengan hubungan antara hukum dan paksaan memberi contoh yang sangat menarik tentang kebingungan yang lahir dari suatu upaya keras untuk mendefinisikan atribut-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 peran 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 balik 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 Old Problem," *Law and Society Review* 4 (1970): 505. Kami berpandangan bahwa paksaan dipahami secara lebih baik sebagai sebuah *keterkaitan empiris* yang penting namun berubah-ubah dalam upaya untuk menegakkan norma-norma otoritatif. Mengakui bahwa pemaksaan dimungkinkan untuk mempunyai tempat dalam tertib hukum tidak lalu membawa orang ke suatu kesimpulan yang kuat mengenai sifat hukum sebagai

suatu model pemerintahan. Hal itu hanya membuka wacana ke dalam variasi kritis di mana kekerasan dipakai dalam konteks yang berbeda.

4. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1955, 1832), 151.
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 disebut Marxisme sebagai "kesadaran palsu" (*false consciousness*) dari kelas yang tereksploitasi. Sebuah ilustrasi yang tajam disajikan dalam Scott Briar, "Welfare from Below Recipients: Views of the Public Welfare Sistem," dalam Jacobus tenBroek dan para editor dari the *California Law Review*, eds., *The Law of the Poor* (San Francisco: Chandler, 1966), hlm. 46-61.
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. Frase ini berasal dari Max Weber, dalam H. H. Gerth dan C. Wright Mills, ed. dan pen., From Max Webber: Essays in Sociology (New York: Oxford University Press, 1958, 1946), hlm. 82, 83.
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 peran sentral 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.

13. Koleksi *Law 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 penyebarluasan "kejahatan ekonomi dan kejahatan jabatan" dalam hukum Soviet, lihat *Ibid.*, him. 84-88, 144-151, 219-298.

12. Komunitas politik awal barangkali 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 berbicara tentang awal mula upaya untuk memasukkan komunitas-komunitas seperti itu ke dalam entitas-entitas politik yang lebih luas dan bersifat khusus.

13. Jadi, identifikasi secara dekat antara negara dengan hukum pidana adalah suatu atribut baik dari Negara awal maupun negara totaliter: kriminalisasi, sebagai strategi kontrol, 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* (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 Jovanouich, 1972), hlm. 134-155.
15. Beberapa konsekuensi represif dari moralisme hukum (lihat hlm. 57-62) diakibatkan oleh jurang pemisah dalam hal sumber daya. Dengan menyatakan bahwa otoritasnya terkait dengan meminjamkan otoritas atturan perilaku tradisional, negara mungkin bisa memperkuat legitimasinya, tetapi ia juga mengemban tanggung jawab untuk, misalnya, 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 berda di luar jangkauannya.
16. Lihat 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 hukum pidana yang efektif. Lihat American Friends Service Committee, *Struggle for Justice: A Report on Crime and Punishment in America* (New York: Hill & Wang, 1977), hlm. 34-41. Tetepi sejauh dilihat dari sisi kemanusiaan, arti penting praktisnya yang paling utama adalah untuk mengurangi aspek-aspek punitif dan dehumanisasi dan penghukuman penjara.

18. Lihat misalnya, Caleb Foote, "The Sentencing Function", dalam *A Program for Prison Reform* bridge, Mass.: The Roscoe Pound-American Trial Lawyers Foundation, 1972) hlm. 17; Elliot , Study, *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", *Nee 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).
20. Frase "perspektif resmi" berasal dari Edmond Cahn, "Law in the Consumer Perspective", *University of Pennsylvania Law Review* 112 (1963): 1, 4.
21. Berman, hlm. 379.
22. *Doradov. Kerr* 454 F. 2d. 892 (9th. Cir., 1972) pada hlm. 896-897. Hukum mengenai "*indeterminate sentence*" telah dicabut oleh undang-undang yang terbaru yang mengembalikan kepada keadilan 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. 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 State 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.
25. Lihat misalnya, pendapat Ketua Mahkamah Agung.
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), h1m. 230-246, khususnya 238.
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 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. 11 dst; 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 clan Elaine H. Carte, *Police Reform in the United States; the Era of August Vollmer,* 1905-1932 (Barkeley: University of California Press, 1975), hlm. 108-123.
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 Social Function* (London: Routledge & Keegan Paul, 1969, 1929), hlm. 106, 107, 114.
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 Riview* 17 (1965): 614.
33. Lihat Caleb Foote, "Vagrancy-Type Law and its Administration", *University of Pennsylvania Law Review* 104 (1956): 603. Lebih umum, lihat Douglas Hay, "Property, Authority, and the Criminal Law", dalam Hav *et al.*, *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteen Century England* (New York: Pantheon Books, 1975), hlm. 17-63.
34. Frase ini berasal dari tenBroek, lihat catatan 32.
35. Meski kritik liberal terhadap moralisme hukum telah melahirkan keraguan tentang signifikansi "kesadaran umum" bagi 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). Meski Durkheim dikaitkan dengan tesis bahwa identifikasi hukum dan moralitas komunal adalah karakteristik dari masyarakat kuno, dia juga mengakui ketergantungan yang berkelanjutan dari tatanan dalam "kesadaran kolektif" dalam masyarakat modern. Dalam pandangannya, ketika diferensiasi dan pluralisme membuka kemungkinan yang lebih besar bagi kebebasan dan etika yang lebih universal dan

lebih 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 guna menjaga keutuhan masyarakat. Lihat Emile Durkheim, *Professional Ethics and Civic Morals* (Glencoe, Ill.: Free Press, 1958), him. 42-709.

36. Frase ini dikutip dari Devlin. Lihat catatan no. 35.
37. Dalam ide "moralisme hukum" lihat Hart, *Law, Liberty and Morality,* hlm. 6 dst.
38. Frase "komunitas patuh" (*community of observence*) ini diambil dari W. G. de Burgh, *The Legacy of the Ancient World* (London: Penguin Books, 1961, 1923), hlm. 95. Studi kasus terbaru mengenai masalah ini adalah yang ditulis oleh Benjamin David Zablocki, *The Joyful Community* (Baltimore: Penguin, 1971), hlm. 63-148.
39. Lihat misalnya Hart, *Law, Liberty and Morality;* Herbert L. Packer, "The Crime Tariff", *The American Scholar* 33 (1964): 557; dan Jerome H. Skolnick, "Coercion to Virtue", *Southern California Law Review* (1968): 588.
40. Dari sudut pandang kontrol insting, atau moralitas, mungkin dapat dikatakan bahwa *id* itu benar-benar non-moral, bahwa *ego* berjuang untuk menjadi bermoral, dan bahwa *super ego* bisa menjadi supermoral dan kemudian menjadi jahat sebagaimana *id*... 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 seseorang jarang bisa dimengerti dengan baik. Satu cara, yaitu depersonalisasi otoritas, dinyatakan 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 pent., *The Sociology of Georg Simmel* (Glencoe, III: Free Press, 1950), hlm. 181 dst; Jean Piaget, *The Moral Judgment of the Child* (New York: Free Press, 1965,), hlm. 70-74, 94-96, 401-404.

42. Perhatikan bahwa Freud pesimis tentang kemungkinan ini. Selanjutnya, ia membayangkan tentang kemungkinan 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 teori-teori yang lain, 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 orang-orang yang otonom. Lihat Piaget, *The Moral Judgment of Child.* Demikian juga, 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 seseorang 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).

44. Mengenai masalah ini, lihat hlm. 17-19 dan 66-69.

CATATAN-CATATAN BAB 3

1. Tingkat supremasi itu, dan persyaratan-persyaratannya, didiskusikan pada hlm. 67-71. Kita tidak akan mendiskusikan kondisi-kondisi historis yang memunculkan sistem institusional ini dikembangkan. Mengenai permasalahn ini, lihat Max Rheinstein, ed., *Max Webber on Law in Economy and Society* (Cambridge, Mass.: Harvard Universitv Press, 1954), khususnya hlm. 224-321; dan Roberto M. Unger, *Law in Modern Society* (New York: Free Press, 1976), hlm. 58 dst.—Buku ini sudah diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia dengan judul *Teori Hukum Kritis*, oleh Penerbit Nusa Media, Bandung, 2007.
2. Sebuah perspektif yang sama dikembangkan oleh Unger, dalam bukunya *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 paralel dengan apa yang kami sebut dengan hukum represif. Meski Unger tidak merumuskan sebuah konsepsi hukum responsif, pendekatannya mengakui ketegangan-ketegangan yang inheren dari hukum (represif) birokratik (hlm. 52) dan keterbatasan-keterbatasan hukum otonom.

3. H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press; 1961), hlm. 92. Untuk pembahasan tentang "*rules of recognition*" lihat hlm. 14-16 buku ini.
4. Lihat bahasan pada hlm. 14-16 buku ini.
5. Pemisahan antara 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.
6. Kita akan kembali ke masalah ini nanti. Lihat hlm. 77-79.
7. Pengadilan kadang melakukan pekerjaan utama mengembangkan bidang hukum substantif, seperti hukum kontrak.
8. Hakim memasukkan nilai-nilai otonomi hukum, kewajaran dan retribusi, dengan demikian menjadi penting secara simbolis. Ia adalah corong bagi hukum sebagai keadilan, bukan hukum sebagai keinginan politik.
9. Hart dan Sacks menyatakan bahwa "peraturan dapat diartikan sebagai arah hukum, yang untuk melaksanakannya dibutuhkan tidak lebih dari sebuah kepastian atau penentuan mengenai terjadi atau tidak terjadinya peristiwa-peristiwa fisik atau mental—yaitu penentuan fakta." Henry M. Hart dan Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problem in the Making and Application of Law* (mimeograf, edisi percobaan, 1958), hlm. 155. Bandingkan Ronald Dworkin, yang mengartikan peraturan sebagai "dapat dilaksanakan dengan semua cara atau tidak sama sekali," berlawanan dengan asas, yang "menyebutkan sebuah alasan yang argumentatif dalam satu arah, namun tidak memerlukan putusan tertentu." "The Model of Rules," *University of Chicago Law Review* 35 (1967): 14, 16, 18. Menurut

Hughes, "peraturan adalah panduan yang cukup konkret bagi putusan-putusan yang ditujukan untuk menyempitkan kategori-kategori sikap tindak dan menggariskan pola-pola sempit prilaku. Prinsip adalah tanda peringatan yang lebih samar yang mengingatkan kita akan kesadaran umum yang seharusnya diingat ketika memutuskan perselisihan berdsarkan peraturan." "Rules, Policy and Decision-Making," dicetak ulang dalam Graloam Hughes, ed., *Law, Reason, and Justice; Essay in Legal Philosophy* (New York: New York Universiy Press, 1969), hlm.111.

10. Itulah sebabnya mengapa *the model of rules* dihadapkan dengan *the model of discretional 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, gagasan yang sama mempengaruhi formalisasi hukum kontrak pada abad ke-19. Horwitz, him. 261-264.
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. Donald Dworkin, "The Model of Rules."
14. Roscoe Pound, *Law Finding Through Experience and Reason* (Athens, Ca.: University of Georgia Press, 1960), hlm. 1-4.
15. Contohnva, model peraturan-peraturan boleh jadi menarik bagi suatu filsafat yang nilai utamanya adalah ketepatan bahasa. Hughes, hlm. 102.

16. Dworkin, hlm. 39.
17. Hart menemukan kekuatiran semacam itu 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: Essay in Sociology* (New York: Oxford University Press, 1955, 1946), h1m. 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, 331 dst. Lihat juga Reinlard 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.
20. Lihat Tabel 2.
21. Sumber yang nyata berkenaan dengan 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 cermat, jarang terlihat sebagai pernyataan yang berlebihan untuk menyebutkan bahwa prosedur terletak di jantung hukum."
22. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (New York Bobbs-Merrill, 1962), bab 4.
23. Di Amerika Serikat, penghormatan ini diwujudkan dalam asumsi tentang keteraturan administratif, dalam asumsi tentang 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. 47-50.

24. Pada tahap ini tidak dibuat pembedaan antara dua arti "orientasi hasil" yang didiskusikan pada hlm. 98
25. Justice Frankfurter dalam *United States v. United Mine Workers*, 330 U.S. 258, 308-9, 312 (1947).
26. Lihat hlm. 8-10.
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 secara timbal balik dengan model *rule of law*.
28. Lihat hlm. 55-56.
29. Transisi dari peraturan-peraturan represif ke peraturan-peraturan yang membebankan kontrol kepada otoritas dalam konteks manajemen industrial dibahas dalam Philip Selznik, bekerja sama dengan Philippe Nonet dan Howard Vollmer, *Law, Society, and Industrial Justice* (New York: Russell Sage Foundation, 1969), hlm. 82 dst.

CATATAN BAB IV

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," sebuah tatanan hukum "mampu memberi respon positif terhadap perubahan-perubahan dalam konteks sosial." Lihat James William Hurst, "Problems of Legitimacy in the Contemporary Lagal Order, *Okrahoma Law Review* 24 (1971) : 224, 225, 229.
2. Lon L. Fuller, "American Legal Realism", *University of Pensiylvania Law Review* 82 (1934): 429, 434.

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

4. Dalam ilmu hukum, sebagian besar diskusi mengenai masalah ini telah memfokuskan diri pada aktivisme yudisial. Lihat Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (New York: Bobbs-Merril 1962); *Politics and the Warren Court* (New York: Harper & Row, 1965); *The Supreme Court and the Ide Progress* (New York: Harper & Row, 1970); Robert Bork, "Thc Supreme Court Need a New Philosophy," *Fortune*, Desember, 1968, hlm. 138; Philip B. Kurland, "Egalitarianism and the Warren Court," *Michigan Law Review* 73 (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. Tetapi argumen yang sama dapat, dan telah, diperluas cakupannya hingga mencakup instrumentalisme dan aktivisme dalam proses administrasi. Lihat, misalnya, kontroversi antara Friedrich dengan Finer mengenai dasar-dasar akuntabilitas administratif: Carl J. Friedrich, "Public Police and the Nature of Administrative Responsibility," dalam Carl J. Fiedrich 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 Reviéw* 1 (1941): 335. Permasalahan tersebut sebagaimana yang muncul dalam literatur administrasi publik, dibahas 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 Riview* 88 (1975): 1669-1671-1688.

5. Milton Handler, "The Supreme Court and the Antitrust Laws: A Critic's Viewpoint," *Georgia Law Review* 1 (1967): 339, 350.
6. Bork, hlm. 138. Kritik Bork menenerikkan kembali dan mengutip pernyataan yang sebelumnya telah kemukakan Arthur Schlesinger, Jr. van, yang mendakwa para penganut realisme hukum karena "sinisme mereka yang mendasar terhadap kemungkinan terciptanya peradilan yang obyektif." "Thesis Yale, dikemukakan dengan 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 degan tetap memperhatikan dampak sosialnya." "The Supreme Court: 1947," *Fortune*, Januari 1947,hlm. 73, 201. Meski Bickel sama dengan kritikus aktivisme yudisial lainnya dalam mengagungkan *"passive virtues"*, argumennya memiliki perbedaan karena ia mengakui peran politik dari Mahkamah Agung di dalam ajudikasi konstitusionalnya. Usulannya 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. 116-117.
8. Lihat hlm. 9-11.
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. Colding, "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 Proces—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 Proceeding," *Southern California Law Reniew* 48 (1975): 813

10. Sebuah contoh untuk nalar ini adalah perluasan *due process* menjadi "pemerintahan swasta." Lihat Philip Selznick, bekerja sama dengan Philippe Nonet dan Howard Vollmer, *Law, Society and Industrial Justice* (New York: Russell Sage Foundation, 1969), hlm. 164-178, 250 dst.
11. Lon L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart," *Hardvard Law Review* 71 (1958): 630, 667. Lihat juga Fuller, "Human Perpose and Natural Law", *Journal of Philosophy* 53 (1956): 697.
12. Dworkin, "The Model of Rules"; Hughes, "Rules, Police and Decision-making." Lihat juga Torstein Eckhoff, "Guiding Standards in Legal Reasoning," *Current Legal Problems* 29 (1976): 205. Dalam tulisannya yang terlini, khususnya, "Hard Cases," *Harvard Law Review* 88 (1975): 1057, tampaknya Dworkin telah menarik diri dari pandangan yang terlebih dahulu dikemukakannya mengenai permasalahan ini. 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 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. Dalam "Hard Cases", fokus Dworkin bergeser ke perhatian yang lebih sempit, yaitu teori *ajudikasi*. Lebih jauh lagi, dia mengajukan perbedaan tajam terhadap "asas" dan "kebijakan", dan berargumen bahwa "keputusan yudisial... secara kerakteristik ditimbulkan, dan memang seharusnya begitu, oleh asas, bukan oleh kebijakan" (hlm. 1060). Kunci dari pembedaan ini, menurut dia, 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 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. 120-124. 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 pada keputusan legislatif yang bersifat eksplisit. Stardar-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 mempunyai tempat dalam keputusan-keputusan yudisial dan juga administratif, dan memang seharusnya demikian. Tentu saja, bahwa Dworkin bisa jadi mengartikan "hak-hak" 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. 66.
14. Istilah "ujian asal-usul" (*pedigree test*) adalah buatan Dworkin dalam *"The Model Of Rules"* hlm 17.
15. H. L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Revew* 71 (1958): khususnya hlm. 607 dst. Lihat juga pembahasan pada hlm. 71-77.
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. 73-79.

18. William E. Nelson, "The Impact of the Anti-Slavery Movement upon Styles of Judicial Reasoning Nineteenth Century America," *Harvard Law Review* 87 (1974): 513, 515. Sepaham dengan Horwitz [Morton J Horvitz, *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, 427-426], Nelson menyatakan bahwa konsep "instrumentalis" hukum mulai menguasai pertimbangan hukum menurut *common law* Amerika pada paruh pertama abad ke-l9. 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 sempit dari preseden yang ada sebelumnya yang dirasa tidak sesuai dengan pemahaman umum tentang prilaku bisnis yang benar. Tambahan 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 beranggapan bahwa pengadilan kemudian menciptakan hukum dengan menerapkan perhitungan utilitarian; para hakim hanya berpikir seperti "orang yang praktis" (Horwitz, h1m. 34.). Barangkali hanya dapat dikatakan bahwa referensi pada gagasan-gagasan utilitarian yang membingugkan 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 dalam hukum perdata yang cocok bagi kebutuhan praktis ekonomi agraria yang stabil menjadi hukum perdata yang lebih cocok untuk memenuhi kebutuhun praktis perkembangan ekonomi perdagangan dan industri. 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 "intrumentalisme" yang menganjurkan adanya usaha yang disengaja untuk menggunakan hukum sebagai sumber untuk mengejar tujuan atau nilai publik tertentu.

19. Bandingkan pernyataan ini dengan pembedaan 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 menempatkan semua nilai dan kepentingan di bawah perjuangan untuk mencapai suatu prioritas yang utama oleh "negara," dan karenanya cenderung menjadi represif dalam penilaian kami. Tipe pluralis mendapat masukan dari serangkaian partisipan yang lebih luas dan oleh karenanya mampu memperhatikan berbagai nilai dan kepentingan yang lebih beragam. Menurut kami, instrumentalisme menjadi responsif sejauh upaya studi hukum yang memperhitungkan peran 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 dilukiskan oleh pendapat golongan "inkrementalis" 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 Intelegence of Democracy* (New York: Free Press, 1965). Untuk tinjauan kritis terhadap doktrin inkrementalis, lihat Philippe Nonet, "Taking Purpose Seriously," 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, tetapi doktrin ini menawarkan standar yang umum yang persyaratannya dalam kasus-kasus tertentu dapat dispesifikasikan oleh penilaian konteks yang nyata. Pencarian formulasi seperti itu merupakan kegiatan penyusunan undang-undang (*draftsmanship*) oleh 1egislatif. Kegiatan ini merupakan manifestasi dari *perjuangan* untuk apa yang disebut 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 sejalan 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 Environtmental Crussade," *The Wall Street Journal* (December 16, 1974).

23. Alexander M. Bickel, *The Morality of Consent* (New Heaven, Conn.: Yale University Press, 1975), hlm. 65-66.
24. Variasi ini sering kabur karena *otoritos* peraturan atau ketetapan hukum dikacaukan dengan *hasil akhir*-nya. 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," *Vonderbilt 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).
27. Masalah ini dielaborasikan 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.95-97, 111-112, 124-128, 132-133.
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): 697, 729, 731.
30. Tidak ada pidana tanpa hukum." Dipahami dengan tegas, prinsip ini berarti bahwa larangan pidana hanya dapat ditetapkan oleh undang-undang (*lex*), bukan oleh pengadilan yang melaksanakan diskresi yudisial-

nya. Dalam pengertian ini, prinsip ini belum sepenuhnya diterima dalam tradisi-tradisi *common law.* Dalam pengertian yang lebih luas, prinsip 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 and Irving Louis Horowitz, "The Culture of Civility," dalam Howard S. Becker, ed., *Culture and Civility in San Francisco* (New Brunswick, N. J. : Transaction Books, 1971), hlm.4 -19.
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. 720 dst.
33. *Ibid.*, hlm. 121.
34. *Ibid.*, hlm. 120.
35. Inilah argumen dasar dalam esai Edward Shils, "Ideology and Civility," dicetak ulang dalam Shils, *The Intellectuals and the Powers and Other Essays,* hlm. 42.
36. Hukum seperti ini mengakui berbagai jenis pembangkangan tertentu sebagai sesuatu yang *sopan* (*civil*), terlepas dari apakah kepatuhan itu dibenarkan secara moral atau tidak. Mengenai permasalahan ini, lihat Bickel, *The Morality of Consent,* hlm. 91 dst. Pembedaan antara pembangkangan 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 pada pihak-pihak tertentu yang diisolasi dari konteks sosial dan dengan preferensinya pada keputusan-keputusan yang 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 pada 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.

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," dalam Richard A. Cloward, Donald R. Cessey, 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 Counsil, 1960), hlm. 20; Richard H. McCleery, "Communication Patterns as Bases of Systems of Authority and Power," dalam Cloward et al., hlm. 49; dan Richard H. McCleerv, "The Governmental Process and Informal Social Control" dalam Donald R. Cressey, ed., *The Prison: Studies in Institutional Organization and Change* (New York Holt, Rinehart & Winstor, 1961), hlm. 149.
39. Lihat pembahasan mengenai instrumentasi pada hlm. 95-99 dan catatan kaki no.18.
40. Untuk studi kasus mengenai taktik polisi dalam membubarkan massa, lihat Rudney 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, edisi ke- 6 (New York: Harper & Row, 1977), hlm. 234 -238.

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).
44. "[Jika] sebuah kondisi khusus ... cenderung dengan serius membatasi berjalannya proses-proses politik tersebut yang biasanya diharapkan untuk melindungi kaum minoritas, [ia] dapat meminta secara bersamaan untuk dilakukannya penggalian hukum yang lebih banyak lagi." U.S. *v. Corolene 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. Mengenai perkembangan hak untuk tampil di depan pengadilan, lihat Kenneth C. Davis, "The Liberalized Law of Standing," *University of Chicago Law Review* 37 (1970): 450. Tapi lihat 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 Administratif Action: An Inadequate Surrogate for Claims for Relief," *Yale Law Journal* 83 (1974): 425.
48. Mengenai representasi kepentingan sebagai "model" bagi hukum administratif, lihat Stewar, khususnya him. 1760 -1813.

49. Lihat Joseph L. Sax, *Defending the Environment: A Strategy for Citizen Action* (New York: Knopf 1971). Ini juga merupakan pembahasan sentral 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 Paint," *Ecology Law Quarterly* 1 (1971): 689. Mengenai usaha SierraClub untuk mencegah Departemen Kehutanan A.S. mengizinkan pembangunan Mineral King Valley, lihat Christopher D. Stone, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects* (Los Altos, Ca.: William Kaufmann, 1974).
50. Ini asumsi dari "model representasi kepentingan" hukum administratif. Stewart, hlm. 1760.
51. Untuk pandangan sugestif mengenai permasalahan ini, lihat Warren G. Bennis, *Changing Organizations* (New York: McGraw-Hill, 1966), dan *Beyond Bureaucracy: Essays in the Development Evolution of Humman Organization* (New York: Mc Graw-Hill, 1973).
52. Sebaliknya, birokrasi, sebagaimana yang dipahami 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.
53. Chester I. Garnard, *The Function of the Executive* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1968, 1938), khususnya hlm. 65-81. Barnard menegaskan 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. Kutipan ini diambil dari S.A. Golunskii, "On the Question of the Concept of Legal Norms," *Sovetskoe Gosudarstvo i Praho* (*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).
57. Ini merupakan tema utama dalam Study Group Reports yang dikeluarkan oleh *Center for the Study of Responsive Law*. Lihat,misalnya, Robert C. Fellmeth, *The Interstate Commerce Commission: The Public Interest and the ICC* (NewYork: Grossman, 1970); John C. Esposito, *Vanishing Air* (New York Grossman, 1971); James S. Turner, The Clemical Feast (New York: Grossman, 1971); Mark J. Grenn dengan Beverly C. Moore, Jr. Dan Bruce Wasserstein, *The Closed Enterprise System* (New York: Grossmann 1972); Mark J. Green, ed., *The Monopoly Makers* (New York: Grossman, 1973).
58. Lihat Grant McConnell, *Private Power and American Democracy* (New York: Knopf, 1966). Lihat juga Philip Selznick, *TV A and the Gross Roots*, (Barkeley: University of California Press, 1949); Sidney Baldwin, *Poverty and Politics: The Rise and Decline of the Farm Secutiray Administration* (Chapel Hill: University of North California 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 fokus yang umum dari kritik dalam studi-studi yang berkaitan dengan "profesionalisasi" atau "birokratisasi" lembaga-lembaga yang menyalurkan kesejahteraan, pendidikan, perawatan 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). Tentang kesejahteraan masyarakat, lihat Peter Marris dan Martin 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," dalam James G. March, ed., *Handbook of Organizations* (Chicago: Rand-McNally, 1965), hlm. 910.

60. Lihat pembahasan mengenai permaaalahan 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: Russell Sage Foundation, 1969), hlm. 96-97, 120-121; 261-267; Edgar S. Cahn dan Jean C. Caho, "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*, pent. Benjamin Jowett (New York: Oxford University Press, 1892). Beberapa teori politik terbaru menyatakan bahwa "demokrasi partisipatoris" dapat menyembuhkan penyakit pluralisme. Contoh-

nya Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 1970). Advokasi sosial adalah bentuk demokrasi partisipatoris dalam arti bahwa ia menyediakan 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 memberi ganti rugi atas 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 masih tetap ada.

62. Frase ini muncul pertama kali dalam komentar Lenin terhadap *Marx's Critique of the Gotha Programme*, dipublikasikan di *The State and Revolution*. Sumber yang bagus adalah Karl Marx, *Critique of the Gotha Pogramme, 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 pada suatu transformasi pemerintah agar menjauh dari bentuk negara yang monolitik dan represif.

63. Melemahnya kepentigan publik dalam pluralisme dikritik dalam Lowi, *The End of Liberalism* (New York: W.W. Norton Co., 1969); McCunnell, *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 dimasud Stewart, pandangan yang serupa juga terdapat secara implisit dalam "model representasi kepentingan" hukum administratif. Stewart, hlm.1712.

64. Lihat misalnya bukti atas pengaruh keputusan Mahkamah Agung dalam *In re Gault*. William V. Stapleton dan Lee E. Teitelbaum, *In Defensse of Youth: A Study Rule 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, *Adminitrative Justice*, hlm. 125-759, 234-240; Joel Handler, "Controlling Official Behaviour in Welfare Administration," *California Law Review* 54 (1966): 479; dan Richard M. Titmusa, "Welfare Rights, Law and Discretion," *Political Quarterly* 42 (1971): 713.

66. Mengenai voting, lihat Bickel, *Polities and theWarren Court*, hlm. 175-195; 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 mengapa, seperti yang dikemukakan Jaffe, "pekerjaan yang dilakukan 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 pengeruh yang kecil pada pengelakan sistematik terhadap standar konstutisional. Lihat Dallin H. Oaks, "Studiying 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 Chicigo 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 Clazer, "Towards an Imperial Judiciary?" dan "Is Busing Necessary?" *Commentary*, Maret, 1972, hlm. 39; David Krip, "School Desegretion and the Limits of Legalism," *Public Interest, Spring*, 1977, hlm. 101; dan Joan C. Baratz, "Court Decissions 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 dalam konteks-konteks seperti kesejahteraan dan perumahan dibahas dalam Peter Miller, *Social Advocacy and the Legal Process*, disertasi doktor yang tidak diterbitkan, University of California, Berkeley, 1974.
70. Sebuah ilustrasi mengenai pendekatan ini, dalam konteks korporasi modern, adalah 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 catatatan 64-67.
72. Lihat hlm. 71-77.

73. "Legalisasi," dan patologi institusional yang terkait dengannya, adalah bahasan utama Nonet, *Administrative Justice,* khususnya hlm. 125-268. Secara lebih umum, Fuller mengatakan 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," dalam J. Roland Pennock dan John W. Chapman, eds., *Voluntary Associations* (New York: Atherton Press, 1969), hlm. 13-14. Lihat juga Judith N. Shklar, *Legalism* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1964).

74. Herbert L. Packer, "Two Model of the Criminal Prosess," *University of Pennsylvenia Law Review* 13 (1964): 1, 13

75. Rumusan mengenai gagasan legalitas ini dikemukakan pertama kali oleh Philip Selznick, "Sociology and Natural Law", *Natural Law Forum* 6 (199): 84, 100.

76. Abraham Chayes menbuat sejumlah bahasan yang hampir serupa dalam menganalisis "model baru" "litigasi hukum publik" yang dilihatnya muncul di pengadilan federal. Chayes, "The Rule of the Judge in Public Litigation," *Harvard Law Review* 89 (1976). 1281. Dalam model baru tersebut, "pokok perkara gugatan hukum bukanlah sengketa antara orang perseorangan tentang hak pribadi, namun keluhan mengenai penerapan kebijakan publik ... Sebagaimana kosep tradisional mencerminkan dan terkait dengan suatu sistem di mana 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. Dalam sistem seperti itu, penekanan dan aplikasi hukum merupakan implementasi dari kebijakan regulatoris" (hlm. 1302, 1304). Setiap orang dapat, seperti yang telah dilakukan Chaves, mempertanyakan kompetensi pengadilan untuk menjalankan fungsi tersebut. Chaves, hlm. 1307-1309.

77. Bruce Ackerman et al., *The Uncertain Search for Environmental Quality* (New York: Free Press, 1974), hlm. 221 dst. Juga perhatikan tesis Jaffe bahwa terdapat banyak kelemahan badan-hadan regulatoris yang dilahirkan karena pemisahan regulasi dari manajemen. Louis L. Jaffe, "The Effective Limits of the Administrative Process: A Reevaluation," *Harvard Law Review* 67 (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. *Adminitrative Law Text* (St. Paul, Minn: West Publishing, 1959), hlm. 30.
80. Lihat hlm.95-97, 103, 111-112.
81. Philip Selznick, *Leadership in Administration: A Sosiological Interpretation* (New York: Harper & Row, 1957), hlm. 62-63, 90-133.
82. Stewart, hlm. 1810.
83. Untuk studi kasus mengenai permasalahan ini, lihat Afred W. Blumrosen, "The Crossroads for Equal-Employment Opportunity: Incisive Administration or Indicisive Bureaucratic," *Notre Dome Lawyer* 49 (1973): 46.
84. Bandingkan dengan kesimpulan Stewart yang menyatakan bahwa analisis komparatif adalah "garis penyeli-

dikan yang mungkin mewakili harapan terbesar kita akan kemajuan hukum administratif yang realistis di masa yang akan datang." Stewart, hlm. 1810.

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 kami, skeptisisme ini terlalu berlebihan dan didasarkan atas pemahaman yang dangkal terhadap fenomena yang ada. Dalam evaluasi lembaga publik, kiranya 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 yang 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, 1788 -1199.

CATATAN EPILOG

1. Jelas, Ruscoe Pound harus dikecualikan dari karakterisasi ini. Ia sadar betul tentang adanya keberlanjutan antara "*sociological jurisprudence*" dan "sosialisasi hukum" (*socialization of law*)" Pound, I, 347-358; 429-432; 526-547.
2. Berbagai tuntutan akan keadilan dan nilai-nilai lainnya yang saling bertentangan, meski tidak dipahami dengan baik, menyajikan kepada masyarakat pilihan-pilihan kritis. Ingat apa yang telah dikemukakan Tocqueville bahwa harga yang diperlukan oleh keadilan adalah mediokritas (kecukupan)
3. "Kematian hukum" sebagaimana sebuah sistem kelembagaan yang khas tidak memaksudkannya dari sudut pandang analitis, fenomena hukum, sebagaimana didefinisikan pada hlm. 16-19, sudah tidak ada lagi. Definifi ini tidak melakukan asumsi tertentu mengenai bentuk-bentuk kelembagaan.
4. Lihat juga hlm. 126-128.

INDEKS

A

advokasi sosial, 6, 108, 109, 116, 117, 167, 169
aktivisme hukum, 5
aktivisme yudisial (*judicial activism*), 116
alasan artifisial, 70, 129
Austin, John, 21, 22, 36, 39

B

Barnard, 111
Berman, Harold, 45, 140
Bickel, 98
birokrasi, 25, 26, 28, 72, 73, 76, 86, 91, 94, 164
Bohannan, 16

C

Center for the Study of Law and Society, v
Court, Warren, 85, 150

D

dehumanisasi, 35, 36, 141
Dewey, John, 95
Dicey, A.D., 21
due process, 74, 75, 90, 118, 119, 153
Dworkin, 71, 92, 154, 155

E

ego, 56, 137
etik pertanggungjawaban (*ethic of resposibility*), 102
etik tujuan puncak (*ethic of ultimate ends*), 102
evolusionisme, 23

F

Formalisme birokrasi, 73
Frank, Jerome, 83, 98, 151
Frankfurter, 98
Freud, Sigmund, 24, 29, 56, 136
Fuller, Lon L., 21, 92, 133, 134, 170

G

Gemeinschaft (masyarakat paguyuban), 29
Gesellschaft (masyarakat patembayan), 29
Golunski, 112, 165

H

Hart, H.L.A., 14, 15, 134, 148
Hobbes, Thomas, 21
Hughes, 92
hukum alam, 21
hukum dan ketertiban, v, 5, 7, 8, 9, 10
hukum kuno, 15
hukum modern, 15, 83, 89, 122
hukum otonom, 21, 32, 52, 59, 60, 61, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 84, 86, 88, 91,

94, 96, 97, 105, 106, 107,115, 116, 119, 120, 122, 128, 129, 134, 148, 151
hukum primitif, 15
hukum represif, 29, 30, 33, 35, 37, 40, 52, 58, 61, 79, 128, 129, 130, 131, 134, 138
hukum responsif, 18, 30, 31, 32, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 95, 101, 102, 103, 104, 105, 114, 115, 117, 119, 121, 122, 123, 124, 125, 128, 129, 130, 131, 134, 147

I

id, 2, 56, 137, 145
ideologi, 102
ilmu hukum klasik, 3
instrumentalisme primitif, 57
integritas, 18, 21, 60, 71, 72, 73, 75, 76, 80, 86, 87, 88, 89, 96, 111, 115, 123, 134

K

kapitalisme liberal, 6
keadilan, 1, 2, 5, 6, 10, 31, 33, 37, 42, 47, 49, 51, 55, 60, 64, 66, 71, 74, 75, 76, 77, 79, 84, 92, 95, 100, 116, 117, 119, 130, 142, 155, 166, 173
keadilan formal, 75
keadilan kelas, 49, 51
keadilan pidana, 42, 55
keadilan prosedural, 74, 76, 84, 116, 117, 119
keadilan substantif, 5, 33, 60, 76, 84, 119
kebebasan, 7, 42, 51, 85, 99, 142, 144, 145
kebiasaan, 36, 39, 50, 102
kebijakan sosial, 4
Kedaulatan hukum (*the rule of law*), 6
kekuasaan mayoritas, 62
kesejahteraan umum, 42
kesopanan, 101, 102, 130
keterbukaan, 7, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 92, 115
ketertiban, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 40, 41, 48, 52, 58, 77, 101, 103, 104, 105, 106, 144
ketertiban sosial, 5
kewajiban hukum, 3, 89, 115, 132
kewajiban sipil, 7
komunitas moral, 101
komunitas responsif, v
kontrak kerja, 50
kontrol sosial, 7, 13, 15, 16, 71, 78, 133
krisis legitimasi, 5
krisis otoritas, 4, 5, 6

L

legalisme (*legalism*), 72
legalisme liberal, 5
Legalitas (*legality*), 72
legitimasi kasar (*gross legitimation*), 62
legitimasi kekuasaan, 57, 69
legitimasi yang mendalam, 62, 92
liberal legalism, 5, 133

M

Marx, Karl, 21, 139, 167
masyarakat politik, 15, 131
mechanical jurisprudence, 68, 69
Merriam, 38
Model of Rules
model peraturan (*model of rules*), 60, 68, 71, 72, 93, 107, 132, 149, 150
moralisme hukum, 37, 52, 53, 54, 141, 144, 145
moralitas kerja sama, 24
moralitas komunal, 52, 102, 144
moralitas pemaksaan, 24
moralitas superego, 56

O

organisasi post-birokratik, 28, 110, 111

P

paksaan (*coercion*), 35
Pembangkangan politik, 8
peraturan primer, 14
peraturan sekunder, 14
perdamaian umum, 41, 42
pluralisme hukum, 107, 115
positivisme, 3, 21, 107
positivisme hukum (*legal positivism*), 21
Pound, Roscoe, 23, 83, 173
protes sosial, 105
psikologi, 23, 24, 56
psikologi kepribadian, 56
Pusat Studi Hukum dan Masyarakat, v

R

realisme hukum (*legal realism*), 21, 22, 83, 121, 127, 153
Renner, Karl, 50
represi, 18, 20, 30, 34, 35, 36, 37, 38, 41, 43, 48, 56, 74, 128, 137, 146
rezim hukum otonom (*regime of otonomous law*), 60
rezim represif, 34
rule of law, 5, 6, 21, 30, 52, 68, 69, 73, 75, 83, 87, 90, 93, 94, 118, 130, 142, 143
rules of recoginition, 61

S

Santayana, 32
secundary rules, 14
Shils, 101
sistem-sistem kooperatif, 111
sociological jurisprudence, 83, 107, 127, 173
sosialisme negara, 6
superego, 56, 137
supremasi negara, 39

T

teori hukum, 3, 4, 9, 10, 21, 83, 147, 155
tertib politik, 23, 29
tertib sosial, 7, 23, 134
the model of rule, 22, 132, 149

W

Weber, Max, 72, 73, 133, 143, 150