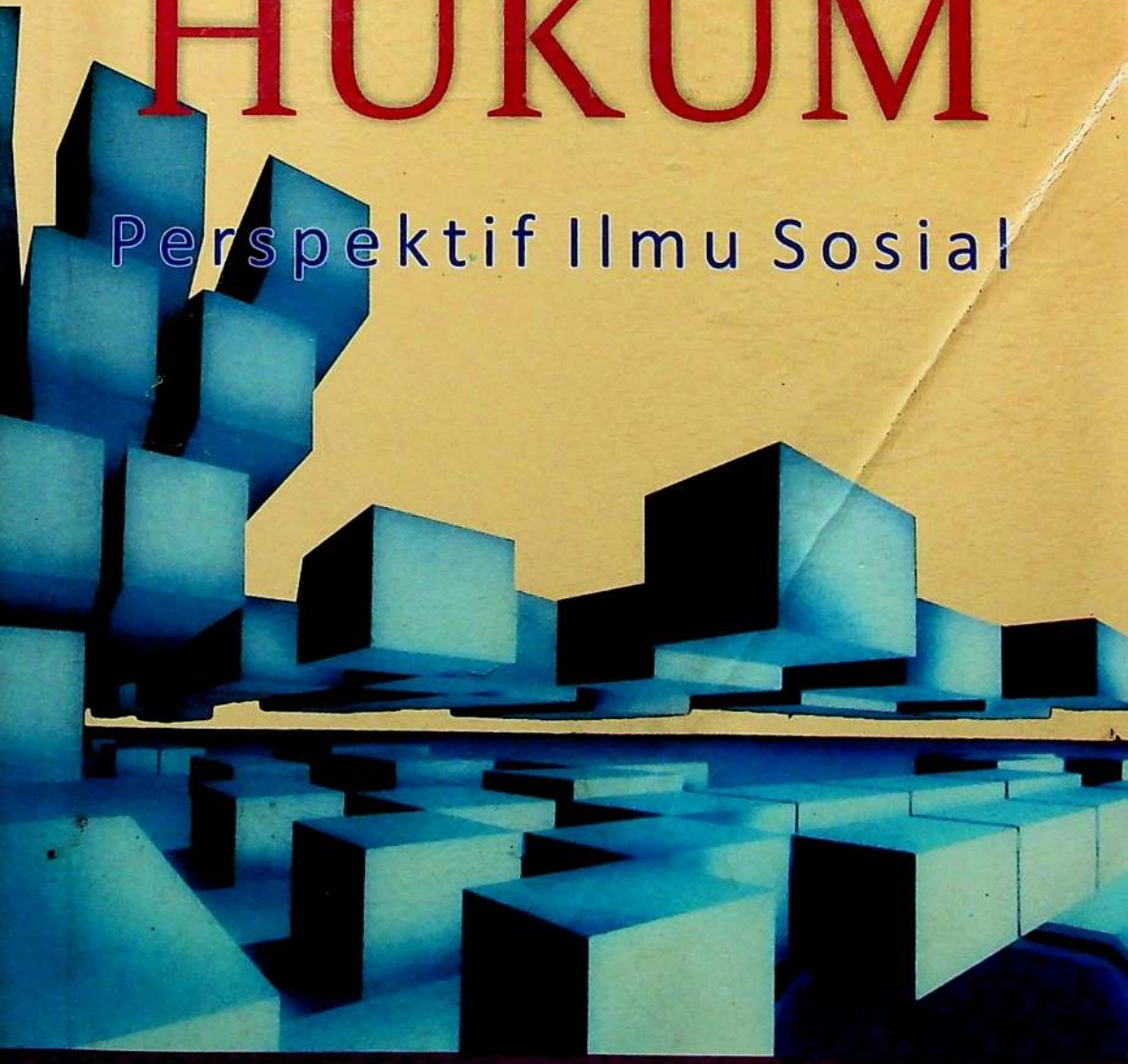
Lawrence M. Friedman

SISTEM HUKUM

Perspektif Ilmu Sosial



THE LEGAL SYSTEM
A Social Science Perspective

Ada banyak sekali buku pengantar yang membahas hakikat, praktik, atau sejarah hukum. Sebagian buku ini membahas hukum yang ada di sebuah negara saja; yang lainnya mengklaim cakupan pembahasan yang lebih luas. Lazim kiranya bila yang menulis kebanyakan buku-buku ini adalah para pengacara. Walhasil, buku-buku demikian mencerminkan sudut pandang pengacara. Tentu saja ada berbagai cara yang sah untuk membahas hukum. Pengacara memandang hukum terutama dari sisi dalam. Ia menilai hukum menurut istilah-istilah hukum itu sendiri; ia mempelajari tolok ukur tertentu untuk mengukur praktik dan peraturan-peraturan hukum. Atau ia menulis mengenai berbagai persoalan praktis: bagaimana cara menggunakan hukum, bagaimana memanfaatkannya. Itulah sebabnya mengapa hukum dalam dunia modern dipandang sebagai pokok bahasan yang luar biasa teknis dan membuat orang segan; hukum cenderung membuat pihak luar lari ketakutan.

Buku ini tergolong dalam kategori yang berbeda. Buku ini memandang hukum dari sisi luarnya. Buku ini mencoba membahas sistem hukum dari sudut pandang ilmu sosial. Dari satu segi, buku ini akan berusaha menjawab pertanyaan: Apa yang bisa dikatakan oleh ilmu sosial mengenai hokum? Pada pokoknya, buku ini memandang bahwa hukum hanyalah satu dari berbagai sistem sosial yang ada di masyarakat yang memberikan arti dan efek pada hukum itu. Buku ini akan mengutarakan beberapa istilah dan konsep untuk mengembangkan sudut pandang tersebut dan akan menjelaskan sistem hukum menurut ketentuan behavioral. Buku ini juga akan membahas beberapa persoalan perilaku hukum dengan bersumber dari penelitian empiris atas proses hukum.

Buku ini bisa menambah pemahaman kita dalam studi sosial hukum. Perlu dikaji, bukan saja oleh dosen dan mahasiswa Fakultas Hukum (S1, S2, S3), tetapi juga oleh dosen dan mahasiswa Fisipol, dan mahasiswa ilmu-ilmu sosial pada umumnya. Teks ini mengambil sumbernya dari berbagai studi mengenai sistem-sistem hukum yang ada pada berbagai zaman. Eksperimen atau studi yang digunakan bisa berupa perbandingan lintas tempat, lintas waktu, atau kedua-duanya.

NUSAMEDIA

ISBN 978-979-1305-22-8

9 789791 305228

Mahkamah Agung
Ahlu Kepaniteraan

SISTEM
HUKUM

Pusaran Isu-isu

SISTEM HUKUM

PERSPEKTIF ILMU SOSIAL

Lawrence M. Friedman

NUSAMEDIA

Kode Penerbitan: NM-006-04-09

SISTEM HUKUM: Perspektf Ilmu Sosial
@Lawrence M. Friedman

Diterjemahkan dari buku Lawrence M. Friedman, The Legal System: A Social Science Perspective (New York: Russel Sage Foundation, 1975)

Penerjemah: M. Khozim
Penyunting: Nurainun Mangunsong

Cetakan V: Mei 2013

Diterbitan oleh
Penerbit Nusa Media
PO Box 137 Ujungberung, Bandung

Desain Cover: Tatang Rukyat
Tata Letak: Nusamed Studio

ISBN: 979-1305-26-6

PRAKATA

Ada banyak sekali buku pengantar yang membahas hakikat, praktik, atau sejarah hukum. Sebagian buku ini membahas hukum yang ada di sebuah negara saja; yang lainnya mengklaim cakupan pembahasan yang lebih luas. Lazim kiranya bila yang menulis kebanyakan buku-buku ini adalah para pengacara; walhasil buku-buku demikian mencerminkan sudut pandang pengacara. Tentu saja ada berbagai cara yang sah untuk membahas hukum. Pengacara memandang hukum terutama dari sisi dalam. Ia menilai hukum menurut istilah-istilah hukum itu sendiri; ia mempelajari tolok ukur tertentu untuk mengukur praktik dan peraturan-peraturan hukum. Atau ia menulis mengenai berbagai persoalan praktis: bagaimana cara menggunakan hukum, bagaimana memanfaatkannya. Buku ini tergolong dalam kategori yang berbeda. Buku ini memandang hukum dari sisi luarnya. Buku ini mencoba membahas sistem hukum dari sudut pandang ilmu sosial. Pada pokoknya, buku ini memandang bahwa hukum hanyalah satu dari berbagai sistem sosial yang ada di masyarakat yang memberikan arti dan efek pada hukum itu. Buku ini akan mengutarakan beberapa istilah dan konsep untuk mengembangkan sudut pandang tersebut dan akan menjelaskan sistem hukum menurut ketentuan behavioral. Buku ini juga akan membahas beberapa persoalan perilaku hukum dengan bersumber dari penelitian empiris atas proses hukum.

Dengan demikian, dari satu segi buku ini akan berusaha menjawab pertanyaan: Apa yang bisa dikatakan oleh ilmu sosial mengenai untuk membahas hukum? Dalam pengertian tertentu, ilmu sosial bisa berkata banyak; dalam pengertian lainnya, sedikit sekali. Yang "banyak" itu pun terserak di antara berbagai disiplin dan esei-esei. Persebaran dan percampuran ini membuat apa yang kita ketahui menjadi nampak lebih sedikit dari kenyataannya. Secara keseluruhan, riset langsung mengenai proses

hukum terhitung masih amat sedikit. Karya-karya sosiologi hukum, dengan beberapa perkecualian, hanyalah produk akhir-akhir ini saja. Ilmu politik behavioral juga tergolong baru. Ilmu pengetahuan mengenai hukum dan psikologi baru saja dimulai. Ekonomi dan antropologi sudah memberikan sumbangannya; masih dibutuhkan lebih banyak hal lagi.

Jelas, semua riset tersebut memberikan wawasan. Orang yang membuat, menerapkan, atau menggunakan hukum adalah manusia. Perilaku mereka adalah perilaku sosial. Walaupun studi mengenai hukum selama ini relatif terpencil dari studi-studi lain di bidang ilmu sosial. Lebih dari itu, hukum dalam dunia modern dipandang sebagai pokok bahasan yang luar biasa teknis dan membuat orang segan; hukum cenderung membuat pihak luar lari ketakutan.

Buku ini membahas hukum secara umum, tetapi karena setiap masyarakat memiliki sistem hukum sendiri, teks buku ini akan lebih sesuai dengan sistem hukum Amerika Serikat. Saya paling akrab dengan sistem tersebut, dan selama ini hukum Amerika Serikat agaknya lebih banyak dipelajari daripada hukum lainnya. Meski begitu ilmu-ilmu sosial mengklaim bahwa validitas mereka melampaui batas-batas kultur. Teks ini mengambil sumbernya dari berbagai studi mengenai sistem-sistem hukum yang ada pada berbagai zaman. Eksperimen atau studi yang digunakan bisa berupa perbandingan lintas tempat, lintas waktu, atau kedua-duanya.

Sistem-sistem hukum adalah bidang yang besar dan memiliki banyak dimensi. Bab-bab dalam buku ini hanya menyajikan sebagian di antara dimensi-dimensi ini. Tidak seorang pun yang bisa membahas hukum sebuah negara secara utuh, apalagi hukum banyak negara. Yang saya bahas di sini hanyalah sebagian aspek dari hukum yang, dalam hemat saya, bisa menambah pemahaman kita dalam studi sosial hukum. Ada berbagai sudut pandang dan aspek yang berlainan. Walhasil apa yang tidak dibahas di sini tidak berarti remeh artinya.

Russell Sage Foundation mendukung penggarapan buku ini dengan dana yang berlimpah. Atas bantuannya yang konstan dan konsisten saya ingin mengucapkan terima kasih secara khusus kepada Russell Sage Foundation dan Anton Wheeler. Selain itu saya juga hendak berterima kasih kepada para pengelola dan staff Fakultas Hukum di Stanford University khususnya Myron Jacobstein dan rekan-rekannya di perpustakaan fakultas hukum atas bantuan dan kerjasamanya; juga kepada Ny. Joy St. John atas banyak bantuannya dalam mempersiapkan manuskrip buku ini. Buku seperti ini bisa selesai karena jasa banyak cendekiawan, baik

yang masih hidup maupun yang sudah wafat, mereka tercantum di bagian catatan kaki; merekalah yang memungkinkan disusunnya karya ini. Atas bantuan dalam pengerjaan manuskrip ini dan dalam studi-studi yang terkait, saya hendak mengucapkan terima kasih secara khusus kepada Paul Brest, Jack Adinsky, Richard Lempert, Stewart Macaulay, John H. Merryman, dan Adam Podgorecki. Saya juga berterima kasih kepada Jean C. Yoder dari Russell Sage Foundation atas bantuannya yang efisien dan lancar dalam mengurus manuskrip ini hingga diterbitkan.

Lawrence M. Friedman

DAFTAR ISI

BAB I: SISTEM HUKUM 1

SISTEM HUKUM 6
SISTEM HUKUM DAN KOMPONEN-KOMPONENNYA 12
FUNGSI-FUNGSI SISTEM HUKUM 19
HUKUM SEBAGAI SISTEM ALOKASI 23
Catatan Akhir: 29

BAB II: TINDAKAN HUKUM 33

DISKRESI HUKUM 42
OTORISASI 50
HIERARKHI PERATURAN 52
REALITAS PERATURAN-PERATURAN 54
Catatan Akhir 57

BAB III: DAMPAK HUKUM 61

DAMPAK DAN KONSEP TUJUAN 64
PENGUKURAN DAMPAK 68
DAMPAK: BEBERAPA PRASYARAT 72
TEORI-TEORI PERILAKU 80
Catatan Akhir 85

BAB IV: KAPAN HUKUM EFEKTIF? 90

Bagian I 90
SANKSI-SANKSI 93
PENCEGAHAN DAN HUKUMAN MATI 96
KURVA PENCEGAHAN 99

KARAKTERISTIK ANCAMAN ATAU JANJI 101
Hakikat Sanksi 101
Imbalan vs. Hukuman 106
Persepsi mengenai Risiko 107
Kecepatan Penerapan 109
Permintaan atas Perilaku yang Hendak Dikontrol 110
TEKNIK-TEKNIK PEMBERIAN SANKSI 115
NON-ENFORCEMENT HUKUM: KEPUTUSAN UNTUK BERINVESTASI DALAM EFEKTIVITAS HUKUM 118
TEKNOLOGI PENEGAKAN HUKUM 124
CATATAN MENGENAI STIGMA DAN RASA MALU 126
Catatan Akhir 130

BAB V: KAPAN HUKUM EFEKTIF? 139

Bagian II 139
DAMPAK HUKUM: KELOMPOK SEBAYA DAN SUBKULTUR 139
KEKUATAN KETIGA: DAMPAK SUARA BATIN 145
LEGITIMASI DAN KULTUR 148
LEGITIMASI DAN KEPATUHAN 150
FAKTOR-FAKTOR YANG SELARAS, FAKTOR-FAKTOR YANG BERKONFLIK 156
HUKUM SEBAGAI PROSES PEMBELAJARAN 161
FAKTOR KETIGA DAN NEGARA 162
PELANGGARAN DAN INTERAKSI 163
CATATAN MENGENAI SISI HUKUM SIPIL 172
Catatan Akhir 176

BAB VI: ASAL-USUL HUKUM DAN PERUNDANGAN 182

ASAL-USUL: MENGENAI HUKUM SECARA UMUM 189
ASAL-USUL: MENGENAI HUKUM SECARA KHUSUS 194
JENIS-JENIS KEPENTINGAN 197
VARIABEL STRUKTURAL 202
TEORI SOSIAL MENGENAI HUKUM: BEBERAPA

PERTANYAAN DAN JAWABAN 207
APAKAH TEORI-TEORI SOSIAL MERUPAKAN TAUTOLOGI? 209
HUKUM DAN OPINI PUBLIK 211
Catatan Akhir 215

BAB VII: HUKUM, KEKUASAAN, DAN STRUKTUR SOSIAL 221

PERILAKU YUDISIAL 224
TEORI-TEORI PENGAMBILAN-KEPUTUSAN YUDISIAL .. 226
HUKUM DAN STRUKTUR KELAS 233
KEPENTINGAN DAN KESETARAAN 235
REFORMASI DAN PENTINGNYA REFORMASI DI DUNIA MODERN 244
Catatan Akhir 249

BAB VIII: KULTUR HUKUM 254

KEKHUSUSAN KULTURAL 255
SUBKULTUR HUKUM DAN PLURALISME HUKUM 257
. Federalisme Kultural 257
. Federalisme Struktural 258
. Sistem-sistem Hukum Kolonial 258
. Sistem-sistem Hukum Hierarkis 258
KLASIFIKASI SISTEM-SISTEM HUKUM 260
KULTUR MODERNITAS 265
MODERNITAS DALAM HUKUM DAN MODERNITAS DALAM MASYARAKAT: SEBAB DAN AKIBAT 269
KULTUR HUKUM NASIONAL: DENGAN MENGACU SECARA KHUSUS KEPADA AMERIKA SERIKAT DAN INGGRIS 271
ASPEK-ASPEK KULTUR HUKUM MODERN 275
PLURALISME DAN MODERNISASI HUKUM 281
Catatan Akhir 286

BAB IX: KULTUR HUKUM INTERNAL 292

HAK-HAK LEGAL 297
PENALARAN HUKUM 306
LEGALISME 320
FIKSI-FIKSI HUKUM 324
PENALARAN DENGAN ANALOGI DAN INKREMEN-TALISME 327
PERATURAN-PERATURAN INTERPRETASI 331
BAHASA DAN GAYA 335
BAHASA HUKUM86 337
Catatan Akhir 344

BAB X: PERUBAHAN SOSIAL DAN PERUBAHAN HUKUM 353

PERUBAHAN FORMAL DENGAN KONSEKUENSI EKSTERNAL 359
PERUBAHAN SOSIAL DENGAN HASIL-HASIL YANG MURNI TEKNIS 361
HUKUM DAN PERUBAHAN SOSIAL YANG BESAR 361
PERUBAHAN HUKUM-MAKRO: TEORI-TEORI EVOLUSI HUKUM19 366
TEORI-TEORI EVOLUSI: BEBERAPA MASALAH 373
GERAK EVOLUSI PERATURAN-PERATURAN 377
SISTEM-SISTEM PERATURAN 394
Catatan Akhir 401

KEPUSTAKAAN 409
INDEKS 436

BAB I
SISTEM HUKUM

Pokok bahasan buku ini adalah sistem hukum (*legal system*). Sebelum melangkah lebih jauh, perlu kami jelaskan istilah ini lebih dulu. Sebuah sistem hukum tidak serupa dengan sebuah kursi, seekor kuda, atau sebuah buku; sistem hukum bukan konsep yang dirumuskan secara pasti dalam dunia sosial, tidak seperti gereja Katolik Roma atau konsep keluarga inti. Singkatnya, tidak ada definisi yang disepakati oleh semua ahli – dan juga oleh publik.

Namun ada banyak cara untuk membahas hukum atau sistem hukum. Salah satunya adalah dengan membahasnya sebagai "hukum" (*law*), yakni sekumpulan aturan atau norma, tertulis atau tidak tertulis, yang berkenaan dengan perilaku benar dan salah, hak dan kewajiban. Ini adalah penggunaan istilah "hukum" yang umum;, misalnya, kita bertanya apakah "hukum" memperbolehkan kita membayar makan siang kita dengan cara memotong uang pengembalian pajak penghasilan, atau apakah akan dikatakan sebagai hal yang "melanggar hukum" bila kita menerobos lampu merah atau merampok bank. Para ahli hukum juga sering membicarakan hukum dengan cara seperti itu. John Chipman Gray mendefinisikan hukum sebagai "ketentuan-ketentuan yang digariskan oleh pihak pemerintah untuk mengatur hak dan kewajiban yang legal."[1] Ada banyak definisi serupa. Meskipun Gray hanya menyebut tentang pemerintah, tetapi "hukum" bisa diartikan sebagai peraturan dan sekaligus struktur yang (di atas kertas) membuat atau menjalankannya.

Masalahnya, pandangan mengenai hukum seperti ini cenderung menganggap "hukum" sebagai semacam bidang kehidupan meta-sosial yang independen; di sini ada fakta yang terabaikan di mana struktur dan peraturannya mungkin terlihat demikian di atas kertas, namun dalam kehidupan berbeda jalannya. Hampir semua orang mengakui bahwa

hukum dalam kadar tertentu adalah produk sosial; dan bahwa hukum di buku-buku dan hukum yang berlaku tidak selalu sama. Peraturan-peraturan dan struktur saja tidak bisa menjelaskan bagaimana mesinnya bekerja. Hal tersebut membuat kita tidak mampu membedakan antara hukum yang sudah mati dan hukum yang hidup. Semua itu tidak menunjukkan bagaimana dan mengapa peraturan dibuat dan efek apa yang dihasilkannya pada kehidupan manusia.

"Hukum" – dalam pengertian sebagai struktur dan peraturan – hanyalah satu dari tiga fenomena, yang semuanya sepadan dan amat nyata. Pertama, ada kekuatan-kekuatan sosial dan legal yang dengan cara tertentu mendesak masuk dan membentuk "hukum." Kemudian muncul "hukum" itu sendiri – struktur-struktur dan peraturan-peraturan. Ketiga, ada dampak dari hukum tersebut terhadap perilaku di dunia luarnya. Dari mana "hukum" berasal dan apa yang diakibatkannya – bagian pertama dan ketiga – adalah hal yang esensial dalam studi sosial hukum.

Kalangan ilmu hukum selama ini selalu mengabaikan fenomenon pertama, yakni sisi *input* hukum – pengabaian ini tergolong serius sebagaimana diabaikannya makanan, air, dan udara ketika kita mengkaji sebuah sistem biologi. Biasanya dunia ilmu hukum membahas tentang pihak-pihak yang berperkara (*litigants*), kelompok-kelompok penekan, dan latar belakang sosial secara sekadarnya saja. Para ahli tersebut menggunakan pandangan internal dalam melihat perkembangan hukum. Kekuatan-kekuatan luar tidak ada artinya dalam pembahasan mengenai bagaimana munculnya sebuah aturan hukum. Para ahli hukum Amerika dan Inggris menulis seolah-olah pengadilan itulah yang menghasilkan segala sesuatunya. Risalah mengenai hukum ganti rugi di Amerika Serikat mengatakan begitu saja bahwa "hukum mengenai liabilitas produk dimulai dengan kasus *Winterbottom v. Wright* [kasus di Inggris pada tahun 1842]"; pengadilan kemudian "membentuk peraturan umum" dari kasus itu, sampai "pada akhirnya" pada tahun 1916, "persoalan tersebut sampai ke tangan Hakim Cardozo" dalam "kasus termasyhur *MacPherson v. Buick Motor Co.*," suatu keputusan yang "langsung diterima" oleh pengadilan-pengadilan lainnya.[2]

Yang paling mencolok dalam penggunaan bahasa di atas – dan itu berlaku umum – adalah di sana hanya disebutkan secara kabur latar belakang sosialnya. Segala sesuatu dikaitkan sumbernya pada para hakim. Semua pujian dan celaan dialamatkan pada mereka.[3] Padahal doktrin tidak muncul dari awang-awang begitu saja. Hukum tidak lahir dari

perdebatan intelektual; kasus-kasuslah yang memunculkan kontroversi, dan hal itu menunjukkan adanya konflik, belum lagi orang dan kelompok-kelompok yang mengambil langkah tertentu untuk menggerakkan proses hukum. Dewasa ini pengadilan dan badan legislatif di Amerika Serikat tengah menyusun peraturan-peraturan mengenai hukum lingkungan. Tidak seorang pun yang mendengar istilah semacam itu pada tahun 1950. Perubahan tersebut akan mustahil tanpa adanya pergerakan massa yang mengajukan tuntutan atas hukum. Pengadilan tidak menciptakan hukum dengan sendirinya. Juga, sejak tahun 1950, persoalan mengenai kecabulan (obscenity) terus diajukan ke pengadilan – apa itu kecabulan, sejauh mana pemerintah bisa mengontrolnya, bentuk-bentuk izin seperti apa yang diberikan pada bioskop, pentas, dan buku-buku. Apakah kecabulan tergolong sebagai "kebebasan berbicara" yang dilindungi oleh Amandemen Pertama? Amandemen Pertama dibuat pada akhir abad kedelapan belas; setelah itu, bahasanya tidak pernah dirubah. Namun, selama beberapa generasi, kecabulan nyaris tidak menjadi isu sama sekali. Literatur mengenai seks berlangsung diam-diam. Mahkamah Agung tidak memberikan kata pasti, sampai ketika kasus *Roth v. United States* diputuskan pada tahun 1957.[4]

Mengapa persoalan tersebut muncul pada tahun itu? Persoalan tersebut dalam pengertian hukum merupakan persoalan yang tua; konsep kecabulan itu tua; buku-bukunya tua; bahasa Amandemen Pertama tua; meski demikian standard-standard sosial telah berubah. Moral Victorian tengah mengalami kemunduran; pornografi menghasilkan laba; sebagian orang pun menuntut legitimasi. Tekanan-tekanan tersebut mengarah pada aksi dan reaksi. Tanpa itu, hukum mengenai kecabulan tidak akan pernah terbangun dari tidurnya. Apa yang terjadi pada kecabulan dan hak-hak sipil[5] barangkali juga terjadi pada perkembangan hukum lainnya. Bahkan kita bisa menulis sejarah hukum di mana lembaga-lembaga hukum tidak memainkan peran sama sekali. Buku semacam itu mungkin hanya akan membahas tentang pihak-pihak yang berperkara, pergerakan sosial, dan kelompok-kelompok penekan, bukannya para hakim dan pengadilan. Pendekatan ini mungkin akan terlihat aneh bagi sebagian orang, atau bahkan konyol; namun pendekatan ini mungkin bisa menampilkan gambaran mengenai hukum yang lebih nyata daripada ratusan buku-buku yang mengabaikan apa yang dibahas oleh buku tersebut.

Dunia ilmu hukum tidak mengabaikan segi *output* sistem semenyeluruh inputnya. Peraturan dan keputusan adalah *output*, dan kebanyakan litera-

tur membahas tentang tema tersebut. Bagaimanapun juga, realitas ketiga, yakni, dampak output terhadap dunia luar, biasanya terlewat, dikira-kira atau diabaikan begitu saja. Literatur yang muncul mengenai hukum dan masyarakat mencoba mengisi kekosongan ini. Sebagian besar dari isi buku ini akan merangkum apa yang kita ketahui atau yang bisa kita perkirakan mengenai efek hukum terhadap masyarakat.

Argumen dasar buku ini bertolak dari beberapa proposisi sederhana yang terjalin erat satu sama lain. Yang pertama adalah proposisi mengenai perilaku hukum (*legal behavior*), yakni, dampak peraturan, tatanan, dan perintah terhadap perilaku. Ada tiga kelompok faktor yang menentukan dampak ini – sanksi, pengaruh sosial (kelompok sebaya, *peer group*), dan nilai-nilai internal (hati nurani, konsep legitimasi, dll.). Tetapi mereka yang menjadi subjek hukum bukan hanya bereaksi; mereka juga berinteraksi. Mereka menerjemahkan perasaan, sikap, motif, dan kecenderungan mereka menjadi tindakan kelompok, perundingan, upaya-upaya untuk mempengaruhi hukum, dan barangkali juga upaya-upaya untuk membelokkan atau merusak penerapan hukum.

Interaksi ini menjadi bagian dari jaringan kekuatan yang secara bersama-sama bekerja *menciptakan* norma-norma, peraturan-peraturan, dan tatanan – menciptakan apa yang bisa kita sebut sebagai "tindakan-hukum." Kekuatan-kekuatan ini merupakan kekuatan sosial; semua itu muncul dari *kepentingan*, meskipun para individu dan kelompok yang memiliki kepentingan itu tidak selalu mengacu pada lembaga-lembaga hukum untuk memenuhi keinginan mereka. Dengan demikian sebuah kepentingan (kebutuhan atau keinginan yang dirasakan) tidak sama dengan *tuntutan* dalam sistem hukum. Tuntutan berasal dari sebuah keyakinan atau hasrat yang bisa atau harus dilakukan untuk menegaskan kepentingan. Seseorang mungkin merasa bahwa ia membutuhkan dan layak mendapat gaji yang lebih tinggi atas pekerjaannya; namun ia mungkin atau tidak menerjemahkan kepentingan itu menjadi *tuntutan* atas uang, entah itu kepada majikannya atau negara (misalnya dengan melobi untuk mendapat upah minimum yang lebih tinggi). Jadi, tekanan untuk menciptakan sebuah hukum baru, atau mempertahankan hukum lama, muncul dari sikap dan perasaan yang menampilkan tuntutan kepada sebuah kelompok atau individu. Yang menjadi proposisi dasar dalam hakikat sistem hukum adalah bahwa *tuntutan-tuntutan* ini menentukan kandungan isinya. Artinya, hukum bukan merupakan suatu kekuatan kokoh yang independen melainkan merupakan respon atas tekanan luar dengan cara tertentu yang mencerminkan kehen-

dak dan kekuatan-kekuatan sosial yang mengerahkan tekanan tersebut. Persis seperti halnya perilaku hukum adalah perpaduan dari perilaku yang berasal dari kepentingan-diri (respon terhadap sanksi) dan motif-motif sosial dan moral, begitu pula pengaruh orang-orang atau kelompok berasal dari kepentingan-diri yang dipantau oleh faktor-faktor kultural yang menentukan kepentingan mana yang akan dan tidak akan berubah menjadi tuntutan.

Bagian pertama dari buku ini akan khusus membahas tentang *dampak* dari tindakan-hukum. Kami menggunakan istilah *tindakan-hukum* (*legal act*) sebagai istilah-payung untuk menaungi berbagai macam perilaku terkait yang diperbuat oleh seseorang yang memiliki otoritas, yang bertindak dalam sistem hukum – para hakim, pengacara, legislator, pegawai dari semua latar dan kondisi. Ketika Kongres meloloskan sebuah hukum, mereka menjalankan sebuah tindakan-hukum. Begitu juga ketika seorang hakim membuat sebuah keputusan, seorang polisi ketika memberikan surat tilang. Setiap hari, setiap sistem hukum menghasilkan ratusan tindakan hukum; semua ini dikomunikasikan pada orang-orang di masyarakat. Pesannya disampaikan; orang-orang ini kemudian memodifikasi atau tidak mampu memodifikasi perilaku mereka karena satu atau lain sebab, sebagai respon terhadap tindakan hukum. Kami namakan respon semacam itu sebagai *perilaku hukum* (*legal behavior*). Perilaku hukum bisa berupa respon langsung terhadap sebuah tindakan hukum. (Polisi berseru "berhenti"; dan orang yang dituju berhenti. Jika ia tidak berhenti, si petugas bisa secara legal menembaknya.) Perilaku hukum juga bisa berupa reaksi tertunda atau respon campuran terhadap banyak tindakan hukum. Berkonsultasi kepada seorang pengacara mengenai perceraian termasuk perilaku hukum jenis ini; begitu juga penyelesaian sebuah kasus di luar pengadilan.

Bab II akan mengklasifikasi dan membahas tipe-tipe tindakan hukum, khususnya, *peraturan-peraturan* (*rules*); setelah itu kita akan menganalisis dan membahas kondisi-kondisi di mana tindakan-tindakan hukum menghasilkan atau tidak menghasilkan dampak pada mereka yang dituju (Bab III dan IV). Bagian buku ini mengkaji tentang efek tindakan hukum terhadap perilaku, yakni, terhadap kehidupan masyarakat. Akan tetapi proposisi paling pokok yang mendasari buku ini adalah bahwa tindakan-tindakan hukum itu sendiri merupakan produk kekuatan-kekuatan sosial. Bagian selanjutnya dari buku ini merupakan pengembangan dari proposisi ini.

Tentu saja akan terlalu gegabah kalau kita mengatakan begitu saja bahwa kekuatan-kekuatan sosial "melahirkan" tindakan-tindakan hukum. Orang-orang dan kelompok-kelompok memiliki kepentingan dan kebutuhan yang riil dan konkret, namun hanya sebagian di antaranya yang diubah menjadi tuntutan atas sistem hukum. Seseorang yang lapar memiliki kepentingan dan kebutuhan yang riil, tetapi jika ia berdiam diri, ia tidak membuat tuntutan, dan lembaga-lembaga hukum bukan hanya bisa mengabaikannya, mereka juga hampir pasti akan mengabaikannya. Kultur dan ideologi adalah variabel perantara yang penting, yang menentukan kapan kepentingan akan berubah menjadi tuntutan. Untuk itu satu bab tersendiri akan membahas tentang *kultur hukum* (khususnya kesadaran akan hak) sembari menyinggung tentang gaya dan penalaran hukum. Bab terakhir mengkaji persoalan hukum dan perubahan sosial, terutama melalui pengamatan atas trend-trend jangka panjang.

SISTEM HUKUM

Jadi pokok bahasan buku ini bukan "hukum" melainkan sistem hukum. Pada hakikatnya, sebuah sistem adalah sebuah unit yang beroperasi dengan batas-batas tertentu. Sistem bisa bersifat mekanis, organis, atau sosial. Tubuh manusia, sebuah mesin *pinball*, dan gereja Katolik Roma, semuanya adalah sistem. David Easton telah mendefinisikan *sistem politik* sebagai "kumpulan interaksi dengan mempertahankan batas-batas tertentu yang bersifat bawaan dan dikelilingi oleh sistem-sistem sosial lainnya yang terus-menerus menimpakan pengaruh padanya."[6] Definisi yang agak mendalam ini berpijak pada konsep fundamental tertentu. Sistem politik adalah "sekumpulan interaksi" – sebuah sistem sosial, dengan kata lain, bukan sebuah struktur atau mesin, melainkan perilaku, dan perilaku yang saling berelasi dengan perilaku lainnya. Dan sistem memiliki batas-batas; artinya, seorang pengamat yang teliti bisa melihat dari mana awal dan ujungnya. Ia bisa menandai perbedaannya dari sistem-sistem lainnya. Kumpulan interaksi apa pun bisa disebut sebagai sistem, jika seorang pengamat bisa menjelaskannya, dengan menemukan batas-batas riilnya atau mendefinisikan sebagiannya.

Namun apa yang menjadi batas-batas *sistem hukum* (*legal system*)? Bisakah kita membedakan sistem hukum dari sistem-sistem sosial lainnya? Bisakah kita mengatakan, dengan kata lain, dari mana awal dan akhirnya? Istilah *legal* berarti terkait dengan hukum; karena itu, untuk mendefinisikan

suatu sistem hukum kita memerlukan semacam definisi-kerja mengenainya.

Para filosof hukum[7] dan para ilmuwan sosial[8] sama-sama telah berupaya memberikan definisi yang tak terhitung jumlahnya. Betapa pun juga, definisi mengenai hukum, betapa pun beragamnya, bisa digolongkan ke dalam beberapa kelompok, mencerminkan perbedaan cara pandang terhadap hukum dan perbedaan tujuan dalam penulisan tentangnya. Jenis yang pertama adalah *institusional*. Di banyak masyarakat, ada orang-orang dan institusi yang menurut kelaziman merupakan bagian dari sistem hukum. Kita bisa membentuk sebuah definisi di seputar para profesional dan institusi ini: Walhasil sistem hukum di sini dibatasi oleh profesi yang relevan dari para pengacara, hakim, polisi, legislator, administrator, notaris, dan yang lainnya.[9]

Jika hukum adalah apa yang dikerjakan oleh para pengacara dan institusi hukum, maka sebuah masyarakat tanpa para pengacara atau para profesional lainnya dan tanpa institusi hukum akan berarti sebuah masyarakat tanpa hukum. Tapi dalam kenyataannya banyak masyarakat sederhana yang tidak memiliki pengacara atau institusi-institusi hukum spesial. Juga tidak ada "hukum" dalam banyak subsistem dalam masyarakat-masyarakat yang kompleks – sekolah, pabrik, atau klub-klub. Institusi-institusi dan profesional juga sulit untuk kita bandingkan dengan institusi dan profesional serupa di kultur yang berbeda. Para pengacara melakukan hal-hal yang berbeda di dalam masyarakat yang berbeda. "Pengadilan" ada di banyak masyarakat, namun apa yang dimaksud dengan pengadilan?

Problem lintas kultural ini terutama membingungkan para antropolog. Hoebel, misalnya, mendefinisikan "hukum" sedemikian rupa sehingga di dalamnya tercakup pula konsep tentang pengadilan; walaupun demikian agar hukum bisa ditemukan dalam masyarakat yang sederhana, ia melebarkan gagasan tentang pengadilan tersebut sampai nyaris tidak bisa dikenali lagi. Orang-orang Eskimo, misalnya, tidak memiliki "pengadilan" yang jelas. Kadang ada seorang pembunuh yang berbahaya bagi keamanan masyarakat. Untuk itu "seseorang yang memiliki semangat publik" bisa memutuskan untuk bertindak. Ia mulai "mewawancarai satu demi satu semua orang dewasa yang ada di masyarakat." Jika orang-orang tersebut sepakat bahwa si pembunuh harus mati, maka "orang yang bersemangat publik" ini pun berangkat dan membunuh si pembunuh. "Tidak boleh ada balas dendam dari keluarga si pembunuh," karena "pengadilan masyarakat" telah berbicara. Sebuah norma sosial berlaku

"legal", menurut Hoebel, "jika pengabaian atau pelanggaran atasnya ditangani secara tertata, baik dalam bentuk ancaman atau dalam kenyataan, melalui penerapan kekuatan fisik oleh seorang individu atau kelompok yang memiliki hak istimewa, yang diakui secara sosial untuk menjalankannya."[10] Definisi ini mendorong konsep mengenai pengadilan atau institusi sampai ke batasnya.

Paul Bohannon juga berpendapat bahwa *institusi-institusi* hukum merupakan esensi hukum. Sebuah institusi adalah legal jika orang-orang dalam sebuah masyarakat menggunakannya untuk "menyelesaikan sengketa ... dan menangani pelanggaran besar atau nyata atas aturan-aturan tersebut. Hukum adalah sekumpulan kewajiban mengikat yang telah "diluncurkan" dari institusi-institusi tempat mereka muncul dan "diluncurkan ulang" melalui institusi-institusi hukum. Esensi hukum adalah "institusionalisasi ganda" ini. Institusi-institusi hukum "memiliki cara tertentu yang tertata" untuk "mengintervensi" institusi-institusi yang "tidak berfungsi", untuk memilah masalahnya dan menanganinya "dalam kerangka institusi hukum."[11]

Definisi hukum secara institusional ini terutama memandang hakikat hukum dalam karakter *publik*-nya – hukum terjalin menyatu dengan pemerintah. Donald Black baru-baru ini mendefinisikan hukum sebagai "kontrol sosial oleh pemerintah ... yang meliputi segala tindakan oleh suatu lembaga politik yang mengurusi batasan-batasan tatanan sosial atau pemeliharaannya."[12] Beberapa definisi menyatakan atau menyiratkan bahwa *negara*, semata-mata, adalah sumber atau tolok ukur hukum. Filosof hukum John Austin mendefinisikan hukum sebagai titah pihak yang berkuasa.[13] Oliver Wendell Holmes, Jr., mendefinisikan hukum sebagai "prakiraan mengenai apa yang akan dilakukan sebenarnya oleh pengadilan."[14] Ada banyak perbedaan pendapat mengenai apa yang dimaksud dengan negara, pemerintah, atau pengadilan. Argumen yang muncul di antaranya adalah apakah "hukum" itu universal atau tidak. Negara-negara, pemerintah-pemerintah, dan pengadilan-pengadilan tidak universal; namun, seperti dikatakan oleh Leopold Pospisil, *otoritas* dan struktur otoritas ada di mana-mana. Dengan demikian kita bisa mendapati bahwa hukum itu universal pula, meskipun tanpa ada "negara."[15] Menurut Pospisil, norma-norma dipandang legal jika hal itu mengandung ancaman sanksi. Hal ini juga merupakan elemen dalam definisi Hoebel; Max Weber dalam sebuah bagian tulisannya yang terkenal mendefinisikan hukum sebagai sebuah "tatanan ... yang secara eksternal dijamin melalui kemungkinan

penggunaan paksaan (secara fisik atau psikologis) untuk mendatangkan kepatuhan atau menindak pelanggaran yang akan dijalankan oleh staf yang secara khusus bertugas untuk tujuan itu."[16]

Definisi-definisi lainnya, seperti yang telah kita sebutkan, menyamakan hukum dengan sekumpulan peraturan. Tentu saja dalam sebuah sistem hukum yang sakral, "hukum" adalah kumpulan norma-norma sakral dan tidak lebih dari itu. Cendekiawan lainnya memandang hukum sebagai peraturan-peraturan atau norma-norma yang tidak selalu berarti bersifat *resmi*; mereka menekankan landasan adat kebiasaan dalam hukum, yakni, pola-pola perilaku yang aktual. Michael Barkun menemukan adanya hukum dalam norma-norma bersama suatu "masyarakat yang memiliki aturan tentang hak dan kewajiban."[17] Eugen Ehrlich membuat istilah "hukum yang hidup" untuk menggambarkan pola-pola perilaku aktual dalam sebuah masyarakat.[18] Bronislaw Malinowski mendapati bahwa hukum terdapat dalam pola-pola perilaku yang dijalankan dengan cara "timbal balik."[19]

Definisi-definisi tersebut mungkin, dan nyaris bisa, menghindarkan kita dari definisi hukum yang selalu terkait dengan pemerintah atau negara. Begitu juga definisi-definisi yang merumuskan hukum sesuai fungsi-fungsi yang diperankannya. Salah satu fungsi, sebagai contoh, adalah penyelesaian sengketa. Kita juga bisa menamakan bahwa setiap aspek masyarakat dan setiap institusi yang menjalankan kontrol sosial adalah aspek yang bersifat "legal". Definisi-definisi fungsional berguna dalam perbandingan kultur-kultur hukum.[20] Institusi-institusi yang namanya berbeda bisa menjalankan fungsi yang sama; dan institusi atau peran yang "sama" bisa memiliki fungsi yang amat berbeda dalam masyarakat yang berbeda. Ratu Elizabeth I dan Ratu Elizabeth II sama-sama ratu Inggris dan sama-sama menjadi kepala negara simbolis, tetapi fungsi mereka amat berbeda sekali.

Kelompok manapun, organisasi atau sistem apa pun – negara atau bukan negara –bisa menjalankan fungsi "hukum". Jika kita seperti Talcott Parsons yang memandang hukum sebagai "kode normatif umum" untuk menjalankan fungsi-fungsi "integratif",[21] maka kita bisa berbicara tentang sistem-sistem hukum "pribadi"[22] atau "hukum" sebuah klub atau hukum sebuah sekolah, yang berarti cara-cara yang digunakan oleh klub atau sekolah itu dalam membuat peraturan dan menerapkannya, menyelesaikan sengketa, atau secara umum "mengintegrasikan" diri mereka. Peraturan dan proses-proses dalam sebuah sekolah bisa jadi tidak memiliki karak-

ter resmi (negara), namun mirip dengan peraturan-peraturan negara dari segi fungsi atau objeknya, atau dari segi cara menggunakannya. Kita bahkan bisa berbicara tentang "hukum" sebuah pusat perbelanjaan (sebuah "komunitas pemilik lahan dan para pedagang yang menyewanya") dan menjelaskan bagaimana hal itu beroperasi.[23]

Kelemahan dari definisi-definisi fungsional setara dengan kelebihannya: cakupannya terlalu luas. Siapa dan apa di Amerika Serikat yang memegang fungsi "menyelesaikan sengketa"? Pengadilan, tentu saja; tetapi juga para polisi yang meredakan keributan di bar; legislator yang menyelesaikan konflik di antara para kelompok kepentingan; lusinan lembaga pemerintah, seperti Dewan Hubungan Kerja Nasional; dan juga para tetangga, guru, perantara, konselor pernikahan, para pengacara di kantor-kantor mereka, para pendeta, dan para psikiater, belum lagi para kepala keluarga dan, dalam masyarakat lainnya, para kepala suku. Yang manakah di antara mereka, kalau memang ada, yang akan kita singkirkan dari konsep sistem hukum? Orang tua yang menyelesaikan pertengkaran antara dua orang anak yang berebut sebungkus es krim, sebuah buku mewarnai, atau sebuah bola tidak termasuk dari sistem hukum – bukan karena pekerjaannya nonlegal, melainkan karena jika pekerjaannya digolongkan sebagai "hukum," maka sistem hukum akan tercerabut dari batasan-batasannya yang berarti. Untuk tujuan tertentu, kita mungkin memerlukan pandangan yang amat luas mengenai hukum – jika, misalnya, minat utama kita adalah psikologi sosial dalam hal penyelesaian sengketa di manapun terjadi. Bagaimanapun juga, umumnya kita ingin membatasi diri kita pada fenomena yang "legal" dengan cara yang lebih lazim.[24]

Ada jenis definisi terakhir yang memandang hukum bukan sebagai fungsi juga bukan sebagai institusi atau peraturan melainkan sebagai sejenis *proses atau tatanan*. Lon Fuller berbicara tentang hukum sebagai "daya upaya untuk menundukkan perilaku manusia kepada pemberlakuan peraturan-peraturan."[25] Philip Selznick sepakat dan mendefinisikan "pemberlakuan peraturan" sebagai "rangkuman bagi suatu sistem atau tatanan yang mengandung mekanisme khusus untuk mengesahkan peraturan-peraturan sebagai hal yang otoritatif dan untuk menjaga pembuatan-peraturan dan penerapan-peraturan itu dari masuknya bentuk-bentuk kontrol dan perintah yang lain."[26] Yang menjadi minat khususnya adalah konsep mengenai proses yang ia sebut sebagai *legalitas*. Legalitas merupakan pokok bahasan spesial bagi pengkaji hukum yang serius; legalitas "berkaitan terutama dengan bagaimana kebijakan dan peraturan tertentu dibuat

dan diterapkan alih-alih dengan kandungan isinya."[27] Legalitas lebih mirip dengan konsep konsitusional mengenai proses hukum yang benar; ini bisa digunakan untuk mengukur "pemberlakuan peraturan" di berbagai wilayah kehidupan – di pabrik, misalnya. Selznick tidak hendak "menyamakan antara hukum dan negara"; melakukan hal itu akan "melucuti analisis sosiologis, karena konsep hukum harus tersaji bagi studi mengenai kondisi apa pun di mana perilaku manusia tunduk kepada pembuatan-peraturan yang eksplisit."[28]

Tentu saja tidak ada definisi mengenai hukum yang "benar." Definisi mengalir sesuai tujuan atau fungsi si pendefinisinya. Definisi Selznick, misalnya, jelas bersifat normatif. Definisinya muncul dari perhatiannya terhadap keadilan dalam masyarakat modern, kehendaknya untuk mengarahkan kembali dunia keilmuan hukum. Definisi yang menyamakan hukum dengan peraturan-peraturan memungkinkan dunia ilmu hukum untuk mengesampingkan persoalan-persoalan empiris dan menjustifikasi pemikiran hukum tradisional.

Dalam buku ini kami ingin mencermati bagaimana institusi-institusi hukum berelasi dengan masyarakat. Kami ingin menerapkan teknik, temuan, dan pola sikap ilmu sosial terhadap proses hukum. Untuk tujuan ini kita memerlukan sebuah definisi hukum yang mentah dan terpilah. Titik tekannya ada pada hukum bangsa-bangsa industrial dan urban. Di negara-negara ini, terdapat subsistem-subsistem sosial yang didefinisikan oleh publik sebagai bagian dari hukum. Hal tersebut mencakup pengadilan, para legislator sebagai pembuat hukum, dan sistem pengadilan kriminal. Sebagian di antaranya jelas bertumpang tindih. Yang tidak begitu universal namun masih cukup jelas, kita bisa mengatakan bahwa sebagian besar pekerjaan lembaga pemerintah dan konseling privat para pengacara merupakan wilayah hukum juga. "Sistem hukum" tidak lain adalah kumpulan dari semua subsistem ini. Kita mungkin membayangkan definisi idealnya sebagai sebuah lingkaran besar; subsistem-subsistemnya sebagai kotak-kotak dan persegi panjang kecil-kecil, yang ukuran masing-masingnya lebih kecil daripada lingkaran tersebut. Jika kita meletakkan semua kotak itu sesuai bentuk dan ukuran yang tepat, kita akan mendapatkan sesuatu yang kira-kira akan membentuk sebuah lingkaran. Walau bagaimanapun, pada bagian-bagian tertentu kotak-kotak itu tidak mengisi penuh lingkarannya; pada bagian lainnya, kotak-kotak itu sedikit keluar dari tepian lingkaran. Secara geometris, wujud itu memang tidak sempurna tetapi cukup mendekati lingkaran yang kita perlukan.

Ringkasnya, kami tidak memberikan definisi riil mengenai "sistem hukum." Ada subsistem-subsistem, kebanyakan di antaranya sesuai kesepakatan umum merupakan bagian dari sistem hukum. Mereka memiliki kesamaan dari segi bahwa semua itu adalah sistem, bahwa mereka beroperasi dengan norma-norma atau peraturan, dan bahwa semua itu terhubung dengan negara atau memiliki struktur otoritas yang bisa dianalogikan dengan perilaku negara. Mengenai apakah hal-hal yang dilakukan oleh orang tua untuk mengatur anak-anaknya adalah bagian dari "sistem hukum" tidak menjadi persoalan, sepanjang apa yang dikatakan di sini berlaku bagi dunianya yang kecil, *mutatis mutandis*.

Tidak adanya definisi yang pasti bisa memunculkan masalah serius, jika kita meyakini adanya ilmu pengetahuan (*sains*) hukum. Namun "hukum" bukan merupakan sains atau ilmu pengetahuan, jika yang dimaksud "ilmu pengetahuan" di sini adalah bahwa prinsip-prinsip hukum bisa diverifikasi secara eksperimental, atau ditemukan secara induktif, atau dideduksi satu dari yang lainnya seperti dalam geometri atau biologi. Gagasan mengenai "sains hukum" telah dikemukakan dengan gigih terutama oleh para ahli hukum kontinental.[29] Dalam pendapat kami, bisa jadi ada ilmu *tentang* hukum tetapi bukan sains hukum. Kami memandang "hukum" dan "sistem hukum" sebagai padan kata bagi istilah-istilah semacam "bisnis", "Cina," atau "teater." Semua ini merupakan atau bisa jadi merupakan *pokok bahasan* ilmu pengetahuan – kita berbicara tentang psikologi bisnis, tentang antropologi sosial Cina, atau manajemen teater – namun semua itu tidak dengan sendirinya merupakan sains. Begitu pula, bagi kami hukum – atau dalam hal ini, sistem hukum – adalah suatu pokok bahasan ilmu pengetahuan sosial, tetapi bukan merupakan ilmu pengetahuan sosial tersendiri, bahkan bukan merupakan ilmu pengetahuan sama sekali.

SISTEM HUKUM DAN KOMPONEN-KOMPONENNYA

Ciri apa pun yang kita lekatkan pada sistem hukum, ciri tersebut sama dengan yang ada pada sistem atau proses manapun. Pertama, di sana ada *input*, bahan-bahan mentah yang masuk pada satu sisi sistem tersebut. Sebuah pengadilan, misalnya, tidak akan mulai bekerja tanpa ada seseorang yang berusaha mengajukan gugatan dan perkara hukum. Lebih awal lagi sebelumnya ada tindakan konkret yang berlaku sebagai pemicu: Polisi menangkap seseorang, seorang pemilik lahan mengganggu seorang

penyewa; seseorang dicemarkan nama baiknya oleh tetangganya, terluka karena sebuah mobil yang ngebut, ditinggalkan oleh istrinya. Secara fisik, perkara hukum dimulai dengan lembaran-lembaran kertas, permohonan yang diajukan ke pengadilan; tanpa semua ini tidak akan ada pengadilan dalam masyarakat kita. Berikutnya pengadilan, stafnya, dan pihak-pihak yang terlibat mulai *memproses* bahan-bahan yang masuk. Para hakim dan petugas melakukan sesuatu; mereka mengerjakan bahan-bahan mentah itu dengan cara yang sistematis. Mereka memikirkan, bertukar pikiran, membuat perintah-perintah, memberkas kertas-kertas, dan menyelenggarakan persidangan. Pihak-pihak yang terlibat dan para pengacara juga memainkan peran mereka. Berikutnya, pengadilan menghasilkan suatu *output*—suatu putusan atau ketetapan; terkadang pengadilan juga mengeluarkan peraturan umum. Pengadilan bisa jadi membuat keputusan tertentu untuk penggugat atau bagi tergugat, atau mencapai kesepakatan tertentu. Bagaimanapun juga hasilnya adalah berupa output, meskipun sekadar berupa penolakan untuk menyidangkan kasusnya. Lebih dari itu, outputnya diabaikan atau tidak, bisa menghasilkan efek besar atau kecil. Informasi mengenai efek ini akan mengalir kembali ke dalam sistem tersebut. Proses ini dinamakan *umpan balik*.[30] Kita bisa membicarakan umpan balik secara lebih umum sebagai cara tertentu di mana produk atau output sebuah sistem berpulang dan mempengaruhi sistem itu sendiri. Sebuah organisasi hak-hak sipil mengajukan gugatan hukum atas sebuah distrik sekolah wilayah selatan. Penuntut memenangkan kasus ini. Orang-orang atau kelompok lain mendengar kabar ini dan mengajukan gugatan hukum terhadap distrik ini atau yang lainnya atau mengenai persoalan tertentu yang terkait. Efek-efek lainnya dirasakan oleh para legislator, polisi, para walikota, dan ketua lembaga-lembaga.

Dalam pengertian luas, input yang masuk ke dalam sistem hukum merupakan gelombang kejut berupa tuntutan, yang memancar bersumber dari masyarakat. Dalam pengertian yang lebih sempit, input adalah lembaran-lembaran kertas dan kepingan perilaku yang menggerakkan proses hukum. Dalam banyak sistem hukum, para pihak yang berperkara tidak bisa mendekati pengadilan secara informal; mereka harus melakukan langkah formal tertentu, seperti mengajukan gugatan perkara jenis tertentu. Dalam pengadilan, hal-hal itu berwujud surat gugatan, petisi, atau pengajuan perkara. Ada ratusan peraturan yang membahas tentang bentuk input ini; semua peraturan ini merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari hukum Barat modern. Common law Inggris (*common law*)

terutama mengembangkan kebanyakan isinya dari peraturan-peraturan mengenai surat gugatan dan bentuk-bentuk tindakan. Dewasa ini, prosedur memainkan peran yang lebih kecil dalam hukum, namun peraturan-peraturan tetap memiliki arti penting yang pokok. Mereka mendistribusikan kekuasaan (jurisdiksi) di antara institusi-institusi hukum. Mereka mengatur peran aktor-aktor dalam proses tersebut. Mereka menciptakan atau memperkecil ketergantungan orang-orang awam terhadap para pengacara. Yang terakhir, mereka menetapkan akses menuju hukum dan dengan demikian berfungsi untuk menjaga agar struktur kekuasaaan dalam masyarakat tetap utuh atau memungkinkan perubahan hanya dengan cara-cara yang disepakati dan valid.

Yang menjadi inti dari sistem adalah caranya mengubah input menjadi output. Struktur sistem hukum mirip dengan program komputer yang besar, yang dimuati kode untuk menangani jutaan problem yang diumpankan setiap hari ke dalam mesin. Peraturan-peraturan organisasi, jurisdiksi, dan prosedur adalah bagian dari pengkodeannya. Yang juga penting adalah peraturan hukum materiil. Mereka adalah output dari sistem, yang berlaku untuk membentuk sosok output yang akan datang.

Salah satu pandangan yang lazim mengenai sistem hukum – dan khususnya pengadilan – diambil dari metafora mesin besar yang terprogram. Pandangan ini menganggap peraturan-peraturan hukum sebagai buku petunjuk yang meliputi semua atau hampir semua situasi kehidupan untuk ditangani oleh hukum. Pandangan ini khususnya terkait dengan pemikiran akhir abad kesembilan belas, walaupun demikian hal itu tidak pernah mati. Para ahli hukum merasa bahwa idealnya hukum bersifat pasti, bisa diprediksi, dan bebas dari hal yang subjektif—dengan kata lain amat terprogram. Segala sesuatu yang lain dari itu akan dipandang tidak adil. Lebih dari itu, gambaran ini pada umumnya dianggap bisa diwujudkan. "Bila undang-undang yang diusulkan Kongres hendak ditolak," kata Hakim Roberts dari Mahkamah Agung Amerika Serikat, "cabang yudisial dari pemerintah hanya punya satu tugas, — meletakkan pasal Konstitusi yang secara berdampingan di sebelah undang-undang yang hendak ditolak itu dan memutuskan bahwa yang tersebut kemudian tidak sejalan dengan yang pertama."[31]

Seorang hakim yang menjalankan trik ini secara tulus, yang meletakkan kedua teks tersebut berdampingan, diandaikan akan sampai pada jawaban yang benar. Ini merupakan teori hukum mekanis. Dalam sebuah pabrik pembuat mainan plastik, sekali kita mengetahui mesin tersebut,

bahan-bahan mentahnya, dan apa yang telah diajarkan atau disuruhkan pada mesin itu untuk dikerjakan, kita akan bisa memprediksi dengan amat baik apa yang akan dihasilkan oleh mesin itu. Tentu saja, gambaran seperti ini sulit untuk diterapkan pada sistem hukum. Gambaran ini mengabaikan elemen pilihan – peluang, alternatif, dan irasionalitas. Pada abad keduapuluh, realisme hukum menjadi aliran yang dominan dalam yurisprudensi Amerika beserta aliran-aliran serupa di negara-negara lainnya. Pesannya adalah bahwa kita tidak bisa memprediksi output secara utuh dari struktur dan peraturan – paling tidak, tidak selalu bisa.[32] Betapa pun juga, kaum realis dalam hal tertentu nyaris memiliki kelengahan seperti para pendahulu mereka karena mengabaikan sisi input hukum. Mereka memandang bahwa hakim bukanlah sebuah mesin namun mereka berasumsi bahwa ia mirip tuhan. Maksud dasar dalam karya mereka adalah hendak mengedepankan fakta ini dan mendorong agar tuhan tersebut berperilaku dengan cara yang lebih berprinsip dan berkesadaran sosial.[33]

Kita bisa berasumsi bahwa hakim bukan tuhan dan bukan sebuah mesin, dan bahwa *struktur* sistem hukum secara keseluruhan bukan tuhan dan juga bukan mesin. Pertanyaan pokoknya tetap ada, Apa itu sistem hukum? Apa perbedaan yang dihasilkan oleh struktur? Apa perbedaan yang dihasilkan oleh para profesional hukum? Peran independen apa yang dimainkan oleh sistem dalam mengarahkan kekuatan-kekuatan sosial dan mengubah masyarakat? Kekuatan-kekuatan sosial berubah menjadi tuntutan yang mengalir masuk pada satu sisi sistem; keputusan-keputusan dan peraturan mengalir keluar pada sisi lainnya. Sejauh mana peranan kotak hitam yang ada di tengah? Bagaimana mesin itu bekerja, dan apa yang dikerjakannya? Apakah mesin itu bekerja seperti selembar selaput di mana kekuatan-kekuatan melewatinya tanpa mengubah bentuknya? Seberapa pentingkah artinya bila suatu masyarakat memiliki sistem hukum jenis X sementara yang lainnya sistem jenis Y? Perbedaan apa yang dihasilkan bila suatu sistem memiliki atau tidak memiliki juri? Bila para hakimnya dipilih atau diangkat? Bila ia menganut atau tidak menganut sistem federalis, sistem imbangan, tribunal alih-alih *barrister* dan *solicitor*? Semua pertanyaan ini tertuju pada variabel struktural.

Jelas bahwa *struktur* adalah salah satu dasar dan elemen nyata dari sistem hukum. *Substansi* (peraturan-peraturan) adalah elemen lainnya. Ketika seorang pengamat mencoba untuk menjelaskan sebuah sistem hukum secara menyilang, kemungkinan ia akan berbicara tentang dua elemen ini. Struktur sebuah sistem adalah kerangka badannya; ia adalah

bentuk permanennya, tubuh institusional dari sistem tersebut, tulang-tulang keras yang kaku yang menjaga agar proses mengalir dalam batas-batasnya. *Struktur* sebuah sistem yudisial terbayang ketika kita berbicara tentang jumlah para hakim, yurisdiksi pengadilan, bagaimana pengadilan yang lebih tinggi berada di atas pengadilan yang lebih rendah, dan orang-orang yang terkait dengan berbagai jenis pengadilan. Sementara *substansi* tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan mengenai bagaimana institusi-institusi itu harus berperilaku. H. L. A. Hart berpendapat bahwa ciri khas suatu sistem hukum adalah kumpulan ganda dari peraturan-peraturan. Suatu sistem hukum adalah kesatuan dari "peraturan-peraturan primer" dan "peraturan-peraturan sekunder." Peraturan primer adalah norma-norma perilaku; peraturan sekunder adalah norma mengenai norma-norma ini – bagaimana memutuskan apakah semua itu valid, bagaimana memberlakukannya, dll.[34] Tentu saja, baik peraturan primer maupun sekunder adalah sama-sama output dari sebuah sistem hukum. Semua itu merupakan cara menjelaskan perilaku sistem hukum bila dilihat secara menyilang. Para pihak yang berperkara akan berperilaku atas dasar substansi yang membuahkan perkiraan yang direspon mereka.

Dunia ilmu hukum tradisional jelas familiar dengan struktur dan dengan dua jenis substansi ini, dengan istilah yang sama atau berbeda. Namun herannya kebanyakan para ahli ini nampaknya rabun, setidaknya bagi seorang awam. Para cendekiawan berbicara, berdebat dan meneliti peraturan dan struktur, menerima realitasnya begitu saja. Mereka cenderung untuk mengabaikan perbedaan antara apa yang dijadikan pegangan tindakan institusi-institusi itu dan apa yang benar-benar mereka kerjakan. Dalam dunia nyata peraturan tertentu digunakan atau disalahgunakan, struktur tertentu tidak bekerja, sementara yang lainnya bekerja dengan cara-cara yang ganjil dan menyimpang dari ketentuan. Struktur dan substansi adalah komponen-komponen riil dari sebuah sistem hukum, tetapi semua itu paling jauh hanya merupakan cetak biru atau rancangan, bukan sebuah mesin yang tengah bekerja. Persoalannya, pada struktur dan substansi tradisional semua itu bersifat statis; mereka seperti foto diam dari sebuah sistem hukum –gambar tak bernyawa dan bias. Gambar itu tidak menampilkan gerak dan kenyataan. Sistem hukum yang digambarkan semata-mata sebagai struktur dan substansi formal adalah seperti ruang pengadilan yang diam karena tersihir, membeku dan mandek di bawah pengaruh mantra keabadian yang ganjil.

Yang memberi nyawa dan realitas pada sistem hukum adalah dunia

sosial eksternal. Sistem hukum tidak terisolasi atau terasing; ia bergantung secara mutlak pada input-input dari luar. Tanpa ada pihak-pihak yang berperkara, tidak akan ada pengadilan. Tanpa ada masalah dan kehendak untuk menyelesaikannya, tidak akan ada orang yang berperkara. Semua elemen sosial ini mencairkan kebekuan gambar di atas dan menggerakkan sistem.

Kekuatan-kekuatan sosial terus-menerus menggerakkan hukum – merusak di sini, memperbaharui di sana; menghidupkan di sini, mematikan di sana; memilih bagian mana dari "hukum" yang akan beroperasi, bagian mana yang tidak; mengganti, memintas, dan melewati apa yang muncul; perubahan-perubahan apa yang akan terjadi secara terbuka atau diam-diam. Karena tidak ada istilah lain yang lebih tepat lagi, kita bisa namakan sebagian dari kekuatan-kekuatan ini sebagai *kultur hukum*. Kultur hukum adalah elemen sikap dan nilai sosial. Istilah "kekuatan-kekuatan sosial" itu sendiri merupakan sebuah abstraksi; namun begitu, kekuatan-kekuatan demikian tidak secara langsung menggerakkan sistem hukum. Orang-orang dalam masyarakat memiliki kebutuhan dan membuat tuntutan-tuntutan; semua ini kadang menjangkau dan kadang tidak menjangkau proses hukum – bergantung pada kulturnya. Apakah sebuah serikat pekerja akan melakukan mogok, memulai sebuah revolusi, mengajukan gugatan hukum, berunding secara kolektif, atau membentuk sebuah partai politik bergantung pada banyak faktor. Nilai-nilai dan sikap-sikap yang dipegang oleh para pemimpin dan anggotanya adalah di antara faktor-faktor ini, karena perilaku mereka bergantung pada penilaian mereka mengenai pilihan mana yang dipandang berguna atau benar. Dengan begitu kultur hukum mengacu pada bagian-bagian yang ada pada kultur umum –adat kebiasaan, opini, cara bertindak dan berpikir – yang mengarahkan kekuatan-kekuatan sosial menuju atau menjauh dari hukum dan dengan cara-cara tertentu. Secara garis besar istilah tersebut menggambarkan sikap-sikap mengenai hukum, kurang lebih analog dengan *kultur politik*, yang didefinisikan oleh Almond dan Verba sebagai "sistem politik sebagaimana yang terinternalisasi dalam alam pikiran, perasaan dan penilaian para manusianya."[35] Gagasan dasarnya adalah bahwa nilai-nilai dan sikap-sikap ketika diterjemahkan menjadi *tuntutan* akan menghidupkan mesin sistem hukum itu menjadi bergerak atau, sebaliknya, akan menghentikannya di tengah perjalanan.[36]

Suatu sistem hukum dalam operasi aktualnya merupakan sebuah organisme kompleks di mana struktur, substansi, dan kultur berinteraksi.

Untuk menjelaskan latar belakang dan efek dari setiap bagiannya diperlukan peranan dari banyak elemen sistem tersebut. Yang pertama, hal itu bergantung pada ketentuan hukum yang berlaku. Perceraian adalah sebuah konsep hukum, dan ada negara-negara yang tidak membolehkan perceraian. Beberapa peraturan mengenai perceraian, yang membatasi sebab-sebabnya, misalnya, juga akan berfungsi mencegah perceraian. Berikutnya, penggunaan perceraian bergantung pada *struktur* pengadilan. Tidak adanya pengadilan yang dekat, biaya pengadilan yang mahal, atau kerumitan yurisdiksi yang amat sangat akan mengurangi kecenderungan perceraian. Di sini *struktur* dan *substansi* merupakan ciri-ciri kukuh yang terbentuk pelan-pelan oleh kekuatan-kekuatan sosial dalam jangka-panjang. Semua itu memodifikasi tuntutan-tuntutan yang berlangsung dan pada dirinya merupakan endapan jangka-panjang dari tuntutan-tuntutan sosial lainnya. *Kultur hukum* juga bisa mempengaruhi tingkat penggunaan pengadilan, yakni sikap mengenai apakah akan dipandang benar atau salah, berguna atau sia-sia bila kita pergi ke pengadilan; hal tersebut juga akan mempengaruhi keputusan untuk mengusahakan perceraian formal. Sebagian orang juga bersikap masa bodoh terhadap hak-hak mereka atau takut menggunakannya. Nilai-nilai dalam kultur umum juga akan sangat mempengaruhi tingkat penggunaan: apa yang akan dipikirkan atau dikatakan oleh para kerabat atau tetangga mengenai perceraian; efeknya pada anak-anak dan teman anak-anak; keengganan religius dan moral. Nilai-nilai demikian secara keseluruhan dan dalam jangka panjang turut memberi bentuk dan ciri hukum-hukum perceraian itu sendiri.

Dengan demikian perilaku hukum tidak bisa dipahami kecuali dalam konteksnya, termasuk di antaranya konteks kultural. Secara analitis, konteks terdiri atas banyak elemen yang menghasilkan berbagai jenis proposisi perilaku. Pertama, ada keteraturan umum perilaku – proposisi mengenai cara berperilaku manusia, yang, jika valid, berlaku benar di manapun, kapan pun, dan untuk semua jenis perilaku – hukum, ekonomi, religius, dan semacamnya. Sebagai contoh, imbalan dan hukuman mempengaruhi perilaku dengan cara-cara umum yang melampaui kultur dan masa. Kedua, ada proposisi yang lebih terkait dengan kultur atau kelompok kultur – misalnya mengenai tuntutan yang akan diajukan oleh para pengusaha terhadap hukum. Proposisi yang tidak begitu luas cakupannya ini bisa digunakan untuk menjelaskan dan memprediksi perilaku hukum orang Amerika atau Prancis. Diperlukan berbagai jenis proposisi untuk

membahas tentang hukum masyarakat manapun; seorang pemilik kapal yang tinggal di Yunani adalah seorang manusia, sekaligus seorang Yunani dan seorang pemilik kapal, yang berperilaku sesuai dengannya.

FUNGSI SISTEM HUKUM

Output hukum adalah apa yang dihasilkan oleh sistem hukum sebagai respon atas tuntutan sosial. Setiap surat yang ditujukan pada seorang anggota kongres, setiap surat gugatan yang diajukan ke sebuah pengadilan, setiap panggilan telepon kepada seorang polisi merupakan tuntutan terhadap sistem hukum. Setiap keputusan, perintah, penangkapan, setiap rancangan undang-undang yang diloloskan, setiap elevator yang diinspeksi adalah output atau respon. Setiap hari ada jutaan tuntutan atas sistem hukum. Juga ada jutaan respon. Bagaimanapun juga, kita bisa membicarakan tentang output dan respon sebagai hal-hal yang amat umum. Output-output umum ini adalah *fungsi-fungsi* menyeluruh dari hukum, apa yang diharapkan oleh masyarakat dari sistem.

Sistem hukum bukan satu-satunya dalam hal ini. Setiap subsistem utama dalam masyarakat – angkatan bersenjata, sekolah-sekolah – memiliki fungsi atau misinya. Pada taraf yang paling umum, sistem hukum memiliki fungsi untuk mendistribusikan dan menjaga alokasi nilai-nilai yang benar menurut masyarakat. Alokasi ini, yang tertanam dengan pemahaman akan kebenaran, adalah apa yang umumnya disebut sebagai *keadilan*. Aristoteles menarik garis perbedaan yang terkenal antara keadilan distributif dan keadilan komutatif, antara prinsip di mana kekayaan dan kehormatan dialokasikan di antara warga dan yang berkenaan dengan individu dan gugatan hukum.[37] Di tengah konsep keadilan terdapat gagasan mengenai bagaimana mempertemukan orang dan hal apa yang pantas mereka dapatkan, ditinjau secara etis – tidak lebih dan tidak kurang. Seperti apa hal ini dan bagaimana menjalankannya merupakan masalah yang telah digeluti oleh para filosof hukum selama berabad-abad. Di sini kita menghadapi gagasan tersebut hanya sebagai fakta sosiologis – sebagai mandat yang diberikan oleh publik yang relevan dengan sistem hukum. Dengan kata lain, sistem hukum diandaikan untuk menjamin distribusi yang benar atau tepat (atau barangkali yang paling nyaman) di antara orang-orang dan kelompok. Dalam gugatan hukum dan transaksi individu, sistem harus menerapkan peraturan yang benar atau tepat (atau barangkali yang paling nyaman).

Tentu saja, istilah "masyarakat" merupakan suatu abstraksi yang adakalanya berisiko. Tuntutan terhadap sistem hukum tidak muncul dari "masyarakat" melainkan dari orang-orang, kelompok, kelas-kelas, dan strata tertentu. "Sistem hukum" juga sebuah abstraksi. Ada kepingan-kepingan yang berbeda dalam sebuah puzzle — pengadilan, legislator, polisi, dewan kota, dinas pertamanan, dan lembaga-lembaga pemerintah. Paling tidak dalam jangka pendek, mereka merespon tuntutan-tuntutan yang berbeda, menjalankan fungsi-fungsi yang agak berbeda, dan merumuskan keadilan dengan cara-cara individual. Jadi, bagi sebagian orang (atau banyak orang, atau sebagian besar orang) sistem hukum secara keseluruhan mungkin kelihatan menghasilkan ketidakadilan. Masyarakat terstratifikasi, dan sistem hukum mendukung stratifikasi tersebut. Bagi mereka yang merasa bahwa stratifikasi adalah "tidak adil", sistem hukum pasti terlihat sebagai induk dari ketidakadilan tersebut.

Fungsi lain yang tidak begitu bersifat global adalah *penyelesaian sengketa*. Konflik-konflik muncul dalam setiap masyarakat. Salah satu fungsi hukum yang pokok adalah menyediakan mesin dan tempat yang bisa dituju oleh orang untuk menyelesaikan konflik mereka dan merampungkan sengketa mereka. Tentu saja, fungsi ini tidak dimonopoli oleh sistem hukum. Fungsi tersebut juga dimiliki oleh para orang tua, guru, tokoh agama, para majikan, dan lainnya. Selain itu, masyarakat tertentu memberikan bobot lebih terhadap fungsi ini daripada masyarakat lainnya. Dalam masyarakat-masyarakat Barat modern, misalnya, tidak umum orang-orang pergi ke pengadilan untuk menyelesaikan sengketa-sengketa kecil dengan tetangga mereka atau untuk meluruskan pertengkaran dalam keluarga; dalam banyak masyarakat yang lebih kecil dan kuno justru hal inilah yang terjadi.

Fungsi pokok lainnya dari sistem hukum adalah *kontrol sosial* – yang pada dasarnya berupa pemberlakuan peraturan mengenai perilaku yang benar. Para polisi dan hakim mengetahui bahwa para pencuri harus ditangkap dan dikirimkan ke penjara. Kita bisa menamakan hukum pidana sebagai kontrol sosial primer. *Kontrol sosial sekunder* – menasihati, memberi pelajaran, merehabilitasi – sama saja pentingnya. Pencuri yang tertangkap dan diseret ke pengadilan tidak semata-mata dikontrol; ia juga "diberi pelajaran." (Apakah pelajaran itu akan berhasil atau tidak, adalah persoalan lain.) Pengadilan-pengadilan di seluruh dunia bertindak atau mencoba bertindak sebagai guru moral, reformer, dan pelaku rehabilitasi. Kita melihat fungsi ini pada pengadilan-pengadilan dalam masyarakat-masyarakat yang sederhana dan di negara-negara sosialis; namun di sebagian

besar negara, yang menjalankan kontrol sekunder terutama adalah keluarga dan pengadilan anak-anak. Banyak lembaga dan dewan yang berusaha, atau semestinya berusaha, memperbaiki kelakuan para pelanggar dan mengangkat mereka yang terjatuh. (Di Norwegia, misalnya, "dewan pemantangan minuman keras" memiliki kekuasaan besar untuk membantu orang-orang yang tengah menghadapi problema kecanduan alkohol.)[38] Narapidana di dalam penjara menjadi subjek langsung dari "pendidikan", tetapi sistem hukum berpandangan lebih jauh dari itu saja. Sistem hukum juga berusaha memberi pelajaran, memperbaiki, dan merehabilitasi khalayak luas, orang-orang yang lewat, bahkan mereka yang membaca tentang hukum di koran-koran atau mendengarnya di jalanan. Dan memang, nilai pencegah inilah yang ada pada hukum, seperti yang akan kita bahas nanti.

Fungsi lain dari hukum adalah menciptakan norma-norma itu sendiri, bahan-bahan mentah bagi kontrol sosial. Kekuatan-kekuatan sosial melontarkan tekanan-tekanan; tuntutan-tuntutan ini "membentuk" hukum, namun institusi-institusi yang ada pada sistem hukum menuai tuntutan-tuntutan itu, menghablurkan dan mengubahnya menjadi peraturan, prinsip, dan instruksi-instruksi bagi para pegawai negeri dan penduduk pada umumnya. Dalam menjalankan hal ini, sistem hukum bisa bertindak sebagai instrumen perubahan yang tertata, *rekayasa sosial* (*social engineering*). Contoh yang paling jelas adalah fungsi legislatif. Pengadilan-pengadilan juga menciptakan peraturan – khususnya dalam sistem-sistem hukum umum, dan ada lusinan dewan, lembaga, komisi, dll. dengan kekuasaan membuat-peraturan dalam pemerintah modern, kebanyakan di antara mereka memiliki kekuasaan untuk mengarahkan dan mengontrol.

Institusi-institusi hukum juga menjalankan fungsi rutin atau *fungsi pencatatan*. Mereka bertindak sebagai gudang atau memori bagi ribuan demi ribuan transaksi yang dibutuhkan atau dikehendaki dalam dunia modern. Mereka memberkas dan memelihara catatan-catatan; mereka memangkas transaksi-transaksi menjadi rutinitas yang efisien. Ketika orang mendaftarkan akte, mengesahkan surat wasiat, atau meminta surat kematian, mereka menggunakan fungsi hukum yang ini. Fungsi ini terutama menjadi ciri khas sistem hukum modern dan sistem-sistem hukum kekaisaran kuno; fungsi ini sedikit atau tidak ada dalam sistem-sistem kesukuan. Sebagian besar tugas ini dijalankan oleh birokrasi, namun di negara-negara tertentu pengadilan atau institusi-institusi yang mirip dengan pengadilan memegang peranan ini. Ini terjadi bila persoalan yang suatu ketika pernah diper-

tentangkan atau dipersoalkan telah menyusut menjadi sekadar rutinitas belaka –, misalnya, perubahan nama, perceraian yang disepakati kedua pihak, pengesahan surat wasiat, atau pembayaran denda pelanggaran lalu lintas.

Fungsi-fungsi yang tersebut di atas terhitung sederhana dan nyata. Selain itu dimungkinkan bagi hukum, proses hukum, dan sistem hukum untuk menjalankan fungsi-fungsi instrumental lain yang tidak terlalu mencolok. Hukum mengekspresikan dan mendefinisikan norma-norma masyarakat. Ini tidak sama dengan mengajarkan dan mendakwahkan fungsi hukum, karena fungsi tersebut memiliki satu tujuan instrumental: mengubah perilaku. Para sosiolog semenjak Emile Durkheim telah penasaran dengan fungsi simbolis pada norma-norma hukum pidana. Dikatakan bahwa masyarakat membutuhkan konsep tentang perilaku menyimpang atau melanggar. Kejahatan dan hukuman menandai batas-batas moral suatu masyarakat. Kejahatan harus dihukum bukan hanya karena hal itu dari sananya berbahaya, tetapi juga karena hal itu merusak solidaritas masyarakat – kejahatan merupakan serangan terhadap "kesadaran nurani orang banyak."[39] Kai Erikson berpendapat bahwa "interaksi ... yang terjadi antara orang-orang yang melanggar di satu pihak dan lembaga-lembaga resmi masyarakat di pihak lain" menggambarkan "tugas paling efektif dalam melokalisir dan mempublikasikan batas-batas kelompok tersebut." Ketika masyarakat menengarai adanya seorang pelanggar, "masyarakat tersebut membuat statemen mengenai hakikat dan kedudukan batas-batasnya."[40]

Dengan kata lain hukum mengumumkan seperti apa peraturan dan tolok ukurnya dan menegaskan bahwa masyarakat bisa dan akan menghukum para pelaku kejahatan – mereka yang bertindak melebihi batas. Tujuannya bukan untuk menekan demi mewujudkan tatanan, meskipun hal itu barangkali adalah tujuan tertinggi, melainkan menekan demi menghias norma-norma kesadaran masyarakat. Dengan demikian nyaris tidak jadi masalah bila ada segelintir orang-orang tidak bersalah yang sampai menderita, sepanjang publik melihatnya sebagai keadilan.[41] Gagasan lain lagi yang terkadang dikemukakan adalah bahwa hukum pidana menjalankan semacam *fungsi katarsis*. Hukuman bisa jadi tidak ada kaitannya sama sekali dengan hukum dan tatanan, namun hal itu baik untuk jiwa masyarakat. Hukuman merupakan cara untuk melepaskan dan memuaskan agresi secara terkontrol dan aman sebagai penyaluran insting gelap manusia. Tentu saja ini hanya teori. Di sisi lain dikatakan

orang bahwa "kontrol melalui hukuman" ini bisa benar-benar menyebabkan pelepasan agresi lebih dari yang dikehendaki.[42]

HUKUM SEBAGAI SISTEM ALOKASI

Dalam pengertian terluas, *keadilan* seperti apa yang hendak dihasilkan oleh sistem hukum? Konsep tersebut tentu saja tidak bisa didefinisikan dan selama ini menjadi subjek literatur filsafat yang luas. Untuk tujuan kita, hal tersebut lebih mengacu pada perkiraan dan penilaian. Orang-orang dalam suatu masyarakat mengharapkan agar hukum memenuhi standar-standar etis mereka. Mereka akan menilainya berdasar cara hukum itu bekerja. Yang kami maksud dengan "bekerja" adalah, bagaimana hukum memperlakukan orang-orang dan bagaimana hukum mendistribusikan untung rugi.

Keputusan-keputusan hukum pada hakikatnya bersifat ekonomis. Mereka mengalokasikan barang-barang dan jasa yang terbatas jumlahnya. Sistem hukum dalam pengertian ini merupakan sistem penjatahan. Apa yang dikerjakannya dan seperti apa wujudnya akan mencerminkan distribusi kekuasaan dalam masyarakat – siapa yang di puncak dan siapa yang di bawah; hukum juga menghendaki agar struktur sosial tinggal stabil atau berubah hanya dengan cara-cara yang telah disepakati atau telah terpola. Sistem tersebut mengeluarkan perintah-perintah, menyebarkan manfaat, dan memberitahukan kepada orang-orang apa yang bisa dan tidak bisa mereka lakukan; dalam sembarang keadaan, ketentuan hukum menetapkan tentang siapa yang memiliki, memelihara atau mendapatkan barang apa. Ketentuan hukum mencerminkan keputusan-keputusan masa lalu mengenai alokasi semacam itu. Konflik atau sengketa tertentu terjadi atau berisiko terjadi di antara orang-orang atau kelompok. Orang mengekspresikan kekurangan-kekurangan yang tidak tentu sifatnya. Dua orang berebut satu bidang tanah. Para petani menginginkan harga-harga yang tinggi, konsumen menginginkan harga rendah. Tindakan-hukum (berupa peraturan atau keputusan) yang dihasilkan pun memilih di antara berbagai alternatif yang mungkin. Sangat mungkin ini berupa semacam kompromi, tetapi yang jelas hal tersebut berwujud alokasi. Setiap fungsi hukum, entah itu bersifat umum atau spesifik, bersifat alokatif. Tidak terkecuali, kontrol sosial – monopoli atas kekerasan, pemeliharaan hukum dan tatanan. Sebagai contoh, siapakah yang memiliki hak untuk menggunakan paksaan, dan kapan, mengapa? Peraturan-peraturan, begitu dibuat dan diberlaku-

kan, menjadi pola acuan bagi pembuatan peraturan-peraturan dan keputusan lain; semua ini tentu saja mengekalkan alokasi-alokasi yang lebih lama atau, seperti kami katakan, mengubahnya dengan cara-cara yang terpola.

Sistem hukum mengalokasikan secara langsung, memberikan imbalan dan hukuman. Sistem hukum membayarkan tunjangan dan memasukkan orang ke dalam penjara, namun sarananya bukan ini saja. Ada pasar yang mematok harga dan menyalurkan barang dan jasa melalui kesepakatan-kesepakatan pribadi. Hukum menjaga, merumuskan, dan membatasi area di mana pasar bebas beroperasi. Hukum membatalkan jenis-jenis kesepakatan tertentu: Seseorang tidak bisa secara legal menjual dirinya sebagai budak, atau membuat kesepakatan permainan harga.[43] Di negara-negara berpasar bebas atau negara-negara dengan ekonomi campuran, hukum menentukan kesepakatan pribadi seperti apa yang bisa berlaku dan mana yang tidak. Hukum kontrak menyatakan sebagian dari peraturan-peraturan dasar tersebut; tetapi yang jauh lebih penting adalah cabang-cabang hukum yang lebih spesifik, semacam hukum tenaga kerja dan hukum serikat dagang. Hukum bahkan menyediakan dukungan yang lebih pokok bagi pasar. Institusi properti pribadi bersandar pada pilar-pilar hukum. Peraturan-peraturan hukum menyediakan tatacara pendaftaran tanah untuk dihibahkan, dijual dan juga pajak pewarisan; institusi-institusi hukum mengontrol bank-bank, instrumen-instrumen perbankan, uang dan kredit, serta pengoperasian pasar modal. Sistem hukum pidana melindungi kepemilikan dari penyalahgunaan dan pencurian. Sebuah ekonomi pasar atau campuran mendesentralisasikan banyak keputusan ekonomi, namun tangan gaib yang mengontrol di dalamnya akan lumpuh tanpa bantuan institusi-institusi hukum.

Harga-harga dan pasar adalah salah satu cara mengalokasikan jasa dan barang. Seandainya ada seorang musisi populer hendak tampil di kota pada suatu malam di sebuah aula dengan kapasitas tempat duduk 1.000 orang; tetapi ada sepuluh kali lipat jumlah orang yang ingin datang. Tentu saja tiket pertunjukannya bisa dilelang menurut penawaran yang tertinggi, namun ada cara lain pembagian tiket itu yang tidak bergantung pada nilai uang.[44] Pihak manajemen bisa menetapkan harga tertentu dan menjualnya atas dasar siapa yang datang lebih awal dia yang dilayani. Sebagian orang mungkin akan berdiri mengantri semalam suntuk kehujanan untuk memastikan mendapatkan tiket. Perhatikan bahwa, persis seperti di pasar "riil", sebagian orang pun akan "tidak mampu membayar":

mereka tidak tahan berdiri mengantri; mereka bekerja pada malam hari; mereka tinggal terlalu jauh dari loket tiket; mereka memiliki anak-anak yang harus dirawat; mereka terlalu lemah dan sakit untuk bisa menunggu dalam cuaca dingin; atau pikiran mengenai begadang di malam hari, ibarat harga yang mahal, membuat mereka mantap bahwa mereka tidak perlu menonton konser tersebut.

Seringkali ketika masyarakat mengambil barang-barang yang terbatas jumlahnya dari "pasar," proses pengambilan itu cuma dijalankan oleh mekanisme "pasar" berwujud daya upaya seperti di atas. Ini adalah "pasar" untuk barang yang tidak memiliki harga atau barang dengan harga tetap dan pasokan terbatas. Jasa pengadilan sendiri bisa dijadikan sebagai contohnya. Waktu si hakim adalah bebas bagi penggunanya, tetapi pasokan hakim terbatas – tragisnya demikianlah yang terjadi di kebanyakan kota-kota besar di Amerika Serikat. Pihak-pihak yang berperkara pun harus "mengantri"; pengadilan ditunda selama beberapa bulan atau tahun. Uang tidak bisa digunakan untuk membeli jalan pintas yang valid (kecuali bila pengadilannya korup). Bisa ditambahkan bahwa sistem antrian ini dengan sendirinya mudah memunculkan korupsi – seperti halnya para fans yang kaya akan berusaha membeli tiket konser dari calo. Peraturan yang membentuk sistem penjatahan seperti ini, secara eksplisit atau tidak, berusaha mengalihkan hak-hak dari orang-orang yang memiliki uang kepada orang-orang yang memiliki kesabaran atau waktu. Cara seperti ini merupakan keputusan yang lazim dalam mensosialisasikan barang, jasa, atau proses. Tentu saja ini bukan satu-satunya hal yang mungkin dilakukan. Jika pasokannya cukup banyak, antriannya akan menyusut atau lenyap.

Dalam sebuah pasar, uang yang bicara; dalam sebuah antrian, kesabaran dan waktu. Cara pengalokasian lainnya bisa disebut sebagai *kepantasan* (*merit*). Beberapa kriteria bisa digunakan untuk merumuskan apa itu kepantasan — keindahan fisik, kekuatan, kebijakan, kearifan, atau keahlian. Pekerjaan dinas sipil diberikan kepada mereka yang memiliki skor tertinggi dalam tes-tes standar; para veteran mendapatkan pensiun karena telah berdinas. Kriteria lainnya lagi bisa digolongkan sebagai *kebutuhan*. Orang-orang dengan keluarga besar dan pendapatan kecil, yang terlempar dari rumah mereka di jalan-jalan, mereka mendapat tempat pertama dalam antrian untuk mendapatkan perumahan publik. Kriteria lainnya lagi bisa disebut sebagai *bawaan* atau askriptif. Hal ini didasarkan atas karakteristik status – keturunan, seks, agama, kebangsaan, ras. Per-

aturan-peraturan pewarisan hak milik bersifat askriptif. Begitu juga sebagian peraturan kewarganegaraan. Demikian pula berbagai peraturan (untunglah sekarang semakin sedikit) yang menarik garis hukum berkenaan dengan ras, agama, dan kebangsaan di beberapa negara di penjuru dunia.

Cara lain lagi untuk mengalokasikan nilai-nilai atau hak-hak atau menugaskan tanggung jawab adalah dengan menyerahkan keputusan kepada faktor *peluang* atau *kebetulan* (*chance*). Faktor peluang atau kebetulan adalah hakim yang jujur dan tidak bisa diprediksi. Orang-orang dalam kehidupan sehari-hari seringkali mengundi dengan melempar mata uang atau dadu ketika mereka tidak bisa memutuskan sesuatu. Torstein Eckhoff menyebutkan bahwa di Swedia dan Finlandia, pada abad kedelapan belas dan sembilan belas, pengadilan menggunakan dadu untuk memutuskan pihak mana yang bersalah atas kejahatan membunuh yang harus mati dan mana yang akan dihukum lebih ringan. Ini terjadi bila pengadilan tidak bisa memutuskan orang mana yang pukulannya telah menyebabkan kematian. Orang banyak menuntut harus ada yang dihukum mati untuk menebus kematian si korban, namun akan tidak adil bila lebih dari satu orang yang harus mati. Kriteria yang dipilih adalah kebetulan atau peluang, karena tidak ada cara rasional untuk memutuskannya: "Cara penyelesaian masalah seperti ini berguna untuk membebaskan hakim dari keharusan untuk bertanggung jawab atas pilihan penting, dan pada saat yang sama menunjukkan tidak adanya sikap berpihak."[45]

Lotere merupakan cara lain untuk menjalankan hukum peluang atau kebetulan ini. Lotere mensejajarkan semua individu sampai ke kesetaraan kesempatan yang mutlak. Investasi ekstra – uang, kesabaran, waktu, atau kerja keras – tidak mendatangkan efek apa pun pada hasil yang akan diperoleh, khususnya jika setiap pelanggan dibatasi hanya satu tiket atau peluang tunggal. Banyak negara mengadakan lotere untuk menggalang dana. Penggunaan legal lainnya dengan sistem lotere kurang lazim. Satu contoh terbaru yang mencolok di Amerika Serikat adalah lotere wajib militer. Ada lebih banyak orang yang mencapai usia wajib militer dibandingkan yang dibutuhkan oleh angkatan bersenjata. Untuk itu urutan hari-hari dalam setahun dibuat sebagai bahan lotere; hanya orang-orang yang hari lahirnya memiliki angka lotere rendah yang menjalani wajib militer. Keputusan apa pun yang sewenang-wenang memiliki efek yang sama seperti lotere. Ketika keputusan dan peraturan dibuat misterius dan ketika prosesnya terlihat sewenang-wenang bagi publik awam, publik mungkin membayangkan bahwa yang memutuskan nasib mereka adalah

faktor kebetulan atau peluang, bukan faktor prinsip atau akal pikiran. Tanpa keyakinan pada otoritas, hukum formal bisa terlihat seperti roda nasib bagi orang kebanyakan. Mereka tidak bisa memperkirakan apa yang akan muncul dari hukum dan dengan segala upaya mereka akan menghindari proses yang begitu mengejutkan dan tidak bisa diprediksi.

Lotere memberikan kesempatan yang sama tetapi dengan hasil yang berbeda. Cara lain lagi untuk melakukan alokasi adalah dengan membagi untung atau rugi secara sama rata – *poll tax*•, misalnya. Hak untuk memilih adalah contoh lainnya; hak pilih dibagi rata di antara semua orang dewasa yang mampu. Dalam teorinya, seperti akan kita lihat, banyak hak sipil dasar yang memiliki kualitas ini. Betapa pun, dalam praktiknya banyak barang yang tidak bisa dibagi dengan cara ini meski kita menghendakinya.

Keputusan yang mengatur tentang keputusan lain tergolong di antara hal-hal terpenting yang dibuat oleh masyarakat. Masing-masing keputusan demikian memiliki alasan; masing-masing cara alokasi memiliki kelebihan dan kekurangannya. Sejauh mana kita hendak bertumpu pada pasar terus menjadi bahan perdebatan yang sengit – bahkan di negara-negara sosialis sekalipun. Sistem antrian memiliki plus dan minusnya. Lotere, seperti telah dikatakan oleh Guido Calabresi, memiliki nilai yang riil namun terbatas. Hal itu memperlihatkan sebuah "keputusan kolektif di mana para pembuat keputusannya tidak memiliki alasan memadai mengapa aktivitas itu mesti dikerjakan oleh sebagian orang alih-alih oleh sebagian lainnya ... yang jelas mereka tidak mengizinkan individu untuk memilih hendak mengerjakannya atau tidak."[46] Lotere wajib militer mungkin dipandang banyak orang sebagai hal yang jauh lebih adil daripada alternatif lainnya. Selama Perang Saudara Amerika, orang-orang diperbolehkan untuk membayar untuk menghindari wajib militer; selama perang Vietnam, sebelum digunakan lotere, ada berbagai macam alternatif di tingkat lokal, dan banyak keluhan mengenai hal-hal yang dipandang tidak adil. Jika seseorang yakin bahwa ia memiliki *hak* atas barang tertentu yang legal, ia akan memandang lotere sebagai hal yang amat tidak adil; ia akan menuntut haknya atas dasar kepantasan (*merit*) atau kebutuhan.

Ketika hukum menerapkan atau melangsungkan sistem pasar atau antrian, ia membiarkan keputusan untuk menyepakati, membayar, atau mengantri ke tangan pribadi. Peraturan-peraturan, termasuk peraturan mengenai yurisdiksi, akan cenderung memungkinkan dibuatnya keputusan dengan cara tertentu, namun pintunya tetap dibiarkan terbuka. Semakin besar kecenderungannya, semakin mungkin keputusan itu "dibuat sejak

awal", yakni disajikan sebagai sebuah paksaan. Di ujung lainnya ada peraturan alokatif yang tidak menyisakan apa pun bagi keputusan pribadi. Yang demikian, misalnya, adalah peraturan-peraturan hukum pidana, tetapi dalam pendapat kami garis batas antara keputusan buatan sejak awal dan keputusan "pribadi" itu tidaklah setajam seperti kelihatannya. Seseorang "bebas" membuat dan melanggar kontrak. Pembunuhan dilarang dan dihukum berat; potensi "kerusakan"-nya luar biasa besar. Bagaimanapun juga, seseorang bisa memutuskan untuk membayar harganya.

Dalam setiap masyarakat, sistem hukum memungkinkan tersedianya *sebagian* lingkup tertentu bagi pilihan bebas, membiarkan orang-orang memutuskan siapa yang akan mereka hadapi dan kapan hendak menggunakan proses hukum. Hal ini juga berlaku meskipun di bawah kekuasaan raja absolut atau dalam masyarakat yang terkendali secara total. Begitu pula halnya, setiap masyarakat tidak peduli sejauh mana bebasnya, akan membentuk sebuah kelompok keputusan secara kolektif dan berusaha untuk memberlakukan kehendak kolektif itu melalui kekuatan. Dan memang, "hukum" mengandung arti, di antaranya, sebagai peraturan-peraturan dan keputusan-keputusan kolektif ini dan sarana untuk menjalankannya. Negara membuat keputusan ini melalui pemungutan suara, otoritas, atau perintah tertentu.

Salah satu jenis peraturan yang istimewa ini bisa kita sebut sebagai peraturan *konstitusional*, yang menentukan cara-cara pembuatan keputusan-keputusan. Namun demikian, setiap ketentuan hukum, seperti apa pun hasil akhirnya, adalah kolektif, dalam pengertian semua itu menentukan alokasi menurut skema tertentu yang telah dibuat sejak awal. Ini sudah menjadi hakikat dari sebuah peraturan.

Dengan kata lain, bahkan ketika peraturan-peraturan hukum mendukung pasar dan mengizinkan atau mendorong dibuatnya pilihan oleh individu, peraturan-peraturan itu sendiri merupakan keputusan-keputusan yang dibuat sejak awal, yang diberlakukan atas orang-orang. Pada masa kini, entah ekonomi atau politik suatu negara bersifat sosialis, kapitalis, atau campuran, inflasi pemerintahan dan inflasi peraturan nampaknya tak terhindarkan lagi sebagaimana halnya dengan inflasi harga. Keyakinan abad kesembilan belas mengenai tangan gaib telah melemah secara dramatis; yang berarti bahwa kehidupan modern semakin kompleks. Masyarakat nampaknya amat bergantung satu sama lain dan tidak bisa menjalankan dirinya sendiri; diperlukan banyak tatalaksana agar masyarakat bisa tetap mengapung. Jalan yang sepi tidak memerlukan lampu lalu

lintas dan polisi. Alternatif-alternatif selain "hukum" – adat istiadat, kebiasaan, tekanan kelompok-sebaya, nilai-nilai yang tertanam dalam batin, dan pasar bebas – nampaknya tidak cukup efisien, teliti, atau adil untuk bisa mengontrol perilaku massal manusia modern.[]

CATATAN-CATATAN:

[1] John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1909), h. 62.

[2] William Prosser, *Handbook of the Law of Torts* (4th ed., 1971), pp. 641-643.

[3] Pada zamannya, para pengacara, yang bisa memasukkan ide-ide ke benak para hakim, juga dipandang sebagai salah satu sumber. Lihat, misalnya, Benjamin Twiss, *Lawyers and the Constitution* (1942). Dalam literatur kontinental para ahli hukum mengaitkan sumber tersebut pada diri mereka sendiri, sementara dalam tulisan-tulisan hukum umum hal itu dikaitkan pada para hakim.

[4] 354 U.S. 476 (1957). Pada pokoknya dalam kasus ini Konstitusi tidak menghalangi "kecabulan," kecuali bila "demi tujuan yang jelas untuk menyelamatkan kepentingan sosial." Dalam kasus sebelumnya, *Doubleday & Co. v. New York*, 335 U. S. 848 (1948), negara bagian New York menghukum sebuah penerbit karena menerbitkan dan menjual sebuah buku cabul, yakni karya Edmund Wilson, *Memoirs of Hecate County*. Opini di dalam pengadilan terbagi sama imbangnya; persidangan menguatkan opini pengadilan yang lebih rendah, *People v. Doubleday & Co.*, 297 N. Y. 687, 77 N. E. 296 (1947), yang menjatuhkan hukuman tersebut. Sesuai kebiasaan, pengadilan yang terbagi seimbang di dalamnya tidak mempublikasikan opini.

[5] Lihat, contohnya, Clement E. Vose, "Litigation as a Form of Pressure Group Activity", 319 *Annals* 20 (1958).

[6] David Easton, *A Framework for Political Analysis* (1965), h. 25; Dallin H. Oaks dan Warren Lehman, *A Criminal Justice System and the Indigent* (1968), h. 179-188, menerapkan ketentuan analisis-sistem terhadap peradilan kriminal. Lihat juga Sheldon Goldman dan Thomas P. Jahnige, "Eastonian Systems Analysis and Legal Research," 2 *Rutgers-Camden L. Rev.* 285 (1970).

[7] Lihat, secara umum, Julius Stone, *Legal System and Lawyers" Reasonings* (1964)

[8] Lihat, misalnya, Leopold Pospisil, *Anthropology of Law, A Comparative Theory of Law*, h. 11-96; Jack P. Gibbs, "Definitions of Law and Empirical Questions," 2 *Law and Society Rev.* 429 (1968).

[9] Tentu saja, istilah "relevan" merupakan kualifikasi yang penting; karena seperti dikatakan oleh Jerome Skolnick, para pengacara misalnya melakukan banyak hal – "makan, tidur, pergi ke teater, membaca, berbicara dan bercinta." Sosiologi hukum hanya membahas tentang apa yang mereka kerjakan sebagai pengacara – dalam kapasitas profesional mereka. Jerome Skolnick, "Social Research on Legality: A Reply to Auerbach," *Law and Society Rev.* 105, 107 (1966).

[10] E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man, A Study in Comparative Legal Dynamics* (1954), h. 28.

[11] Paul Bohannon, "The Differing Realms of the Law," dalam 67 *Am. Anthropologist*, no. 6; part 2, 33, 35 (1965).

[12] Donald Black, "The Boundaries of Legal Sociology," 81 *Yale L. J.* 1086, 1096 (1972).

[13] John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, aslinya diterbitkan tahun 1832 (1954).

[14] Oliver W. Holmes, Jr., "The Path of the Law," 10 *Harv. L. Rev.* 457, 461 (1897).

[15] Leopold Pospisil, *Anthropology of Law, A Comparative Theory* (1971), bab 3. Pospisil menengarai ada empat "ciri hukum" yang menurutnya penting secara empiris dan memungkinkan perbandingan lintas-kultural yang memadai: otoritas, kehendak untuk menerapkan secara universal, *obligatio*, dan sanksi (ibid.), h. 42. Yang dimaksud "kehendak untuk menerapkan secara universal" menurutnya adalah bahwa "dalam membuat keputusan, otoritas bermaksud agar hal itu berlaku pada semua situasi yang sama atau "serupa" pada masa mendatang" (ibid., h. 79). *Obligatio* mengacu pada "unsur keputusan yang menyatakan hak salah satu pihak dan kewajiban pihak lainnya yang bersengketa" (ibid., h. 81).

[16] Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society* (1954), h. 5; menurut Henry Levy-Bruhl, "hukum" mencakup unsur "kewajiban"; tidak ada kewajiban tanpa ada sanksi, dan walhasil "kita bisa mendefinisikan hukum sebagai sebuah sistem sanksi" *Sociologie du Droit* (1961), h. 21-23. Dalam literatur ilmu hukum ada banyak perdebatan mengenai apakah suatu norma harus atau tidak harus mengandung ancaman sanksi untuk bisa dikualifikasikan sebagai "legal." Seperti telah dikatakan oleh Jack Gibbs, mudah bagi kita mengacaukan persoalan ini, yang pada dasarnya merupakan persoalan definisi, dengan persoalan yang jauh lebih kompleks, yakni apa yang yang memotivasi orang untuk mengikuti atau tidak mengikuti peraturan? Jack P. Gibbs, "Definitions of Law and Empirical Questions," 2 *Law and Society Rev.* 429 (1968). Sanksi bisa positif dan negatif. Sebuah norma atau peraturan yang menjanjikan ganjaran juga mengandung sanksi. Lihat Bab IV.

[17] Michael Barkun, *Law Without Sanctions* (1968), h. 92.

[18] Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (1936). Leon Petrazycky membahas tentang hukum "intuitif", yakni perilaku hukum yang didasarkan pada gagasan umum mengenai benar dan salah alih-alih pada perundangan atau peraturan khusus tertentu. Sebagian besar dari hukum intuitif, walau tidak semuanya, bersifat tidak resmi. Lihat Nicholas S. Timasheff, pengantar untuk *Law and Morality: Leon Petrazycky* (1955), h. xxviii, xxix.

[19] Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (1926).

[20] Mengenai pentingnya "fungsionalitas" dalam perbandingan sistem-sistem hukum, lihat Konrad Zweigest dan Henry Kotz, *Einfuhrung in die Rechtsvergleichung* (1971), jil. I, h. 28-32.

[21] Talcott Parsons, *The System of Modern Societies*, (1971), h. 18.

[22] William M. Evan, "Public and Private Legal Systems," dalam William M. Evan, ed., *Law and Sociology* (1962), h. 165.

[23] Spencer MacCallum, "Dispute Settlement in an American Supermarket, a Preliminary View," dalam Paul Bohannan, ed., *Law and Warfare, Studies in the Anthropology of Conflict* (1967), h. 291, 292.

[24] Masalah lainnya adalah dalam hal perumusan mengenai apa itu fungsi. Di sini, seperti dalam banyak definisi, ada kecenderungan untuk terlalu menekankan kontrol atau aspek negatif dalam penyelesaian sengketa. Hukum, khususnya dalam masyarakat modern, memiliki fungsi positif: Hukum menciptakan kesempatan dan mengedepankan perilaku yang dikehendaki.

[25] Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (1964), h. 106.

[26] Philip Selznick, *Law, Society and Industrial Justice* (1969), h. 7.

[27] *Ibid.*, h. 11.

[28] *Ibid.*, h. 8.

[29] Lihat John H. Merryman, *The Civil Law Tradition* (1969), h. 66: "Konsep ilmu pengetahuan hukum bersandar pada asumsi bahwa materi-materi hukum (perundangan, regulasi, peraturan-peraturan adat kebiasaan, dll.) adalah fenomena atau data yang muncul secara alamiah dari studi yang darinya ilmuwan hukum bisa menemukan prinsip-prinsip dan hubungan tertentu, seperti halnya ilmuwan fisika menemukan hukum-hukum alam dari studi terhadap data-data fisik"; lihat juga Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, terj. Max Knight (ed. 2, 1967), bab 3.

[30] Lihat Easton, h. 127-129.

[31] *U. S. v. Buttler*, 297, U. S. 1, 62 (1936).

[32] Tinjauan umumnya oleh Wilfrid E. Rumble, Jr., *American Legal Realism, Skepticism, Reform, and the Judicial Process* (1968); Karl N. Llewellyn, "Some Realism about Realism", 44 *Harv. L. Rev.* 1222 (1931), memberikan statemen fundamental. Mengenai Llewellyn sendiri, lihat William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (1973). Di Jerman, "gerakan hukum bebas" bisa dipandang sebagai padanannya; lihat Klaus Riebschlager, *Die Freirechtsbewegung* (1968).

[33] Yang menarik, akhir-akhir ini para ilmuwan sosial dalam upaya mereka mencari tahu bagaimana "sebenarnya" cara para hakim memutuskan kasus juga banyak berfokus pada kepribadian dan nilai-nilai yang dianut hakim, sampai-sampai melalaikan pengaruh pihak yang berperkara dan kekuatan sosial di luar diri mereka, yaitu, sisi input hukum. Lihat Bab VII, h. 170-178.

* Di Inggris, *barrister* adalah pengacara untuk kasus-kasus pengadilan tinggi; *solicitor* adalah pengacara untuk kasus-kasus pengadilan rendah, juga bertugas mempersiapkan keperluan *barrister* di pengadilan tinggi

[34] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, (1961), h. 91-92.

[35] Gabriel Almond dan Sidney Verba, *The Civic Culture* (1963), h. 14. Istilah "kultur hukum" juga bisa digunakan dalam pengertian antropologis – pembawaan

perilaku dan sikap yang membuat hukum sebuah masyarakat berbeda dari masyarakat yang lain, yang membuat hukum orang-orang Eskimo berbeda dari hukum orang-orang Prancis, hukum orang-orang Romawi kuno, dan hukum orang-orang Kamboja. Istilah tersebut bisa digunakan dengan cara yang agak berbeda untuk menjelaskan pembawaan dasar suatu sistem hukum secara keseluruhan – gagasan-gagasan penentunya, citarasanya, gayanya.

[36] Kita akan membahas lebih lanjut tentang tentang kultur hukum dalam Bab VIII.

[37] Lihat Julius Stone, *Human Law and Human Justice* (1965), h. 14.

[38] Lihat Nils Christie, "Temperance Boards and Interinstitutional Dillemas: A Case Study of a Welfare Law," 12 *Social Problems* 415 (1965).

[39] Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society* (1933), h. 103.

[40] Kai T. Erikson, *Wayward Puritans, A Study in the Sociology of Deviance*, (1965), h. 10-11.

[41] Kontrol sosial juga tidak harus sempurna. Kontrol sosial bisa menenggang adanya kekeliruan tertentu, ketergelinciran, hukuman atas sebagian orang yang tidak bersalah, membiarkan orang yang bersalah bebas – sepanjang tatanan terpelihara, dan orang-orang tidak terlalu mengeluhkan hal itu.

[42] Albert Bandura, *Aggression: A Social Learning Analysis* (1973), h. 225-227.

[43] Lihat, secara umum, Lawrence M. Friedman, *Contract Law in America* (1965), h. 15-26.

[44] Lihat Guido Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970), h. 114-116.

[45] Torstein Eckhoff, "Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence", 9 *Scandinavian Studies in Law* 9, 16-17 (1965).

* Pajak dalam jumlah tertentu yang dibebankan pada semua orang dewasa, biasanya dikaitkan dengan hak pilih yang mereka miliki.

[46] Calabresi, catatan *supra*, h. 116.

BAB II

TINDAKAN HUKUM

Dalam bab pertama kita menggunakan istilah *tindakan hukum* (*legal act*) dengan definisi yang amat luas. Sebuah tindakan-hukum adalah perilaku apa pun yang dilakukan oleh siapa pun yang memiliki otoritas, yang bertindak dalam sistem hukum. Kebanyakan tindakan hukum ditujukan pada audiens dan menghendaki atau menuntut perilaku seseorang. Termasuk tindakan hukum adalah ketika seorang polisi menghentikan sebuah mobil dan meminta pengemudinya menunjukkan SIM. Pengemudi adalah subjek dari tindakan tersebut. Bagian pertama dari buku ini membahas pertanyaan umum: Dalam keadaan apa tindakan hukum mengarah pada respon dan respon jenis apa?

Tindakan hukum muncul dalam berbagai bentuk. Sebagian tindakan hukum berupa kata-kata; yang lainnya berupa perilaku. Ketika seorang polisi menembak pelaku huru-hara atau memberikan surat tilang, ia tengah melaksanakan tindakan hukum. Begitu juga, ketika seorang legislator menetapkan berlakunya suatu undang-undang komersial. Tindakan-tindakan hukum verbal memiliki pengertian tersendiri. Hal demikian merupakan penyampaian instruksi umum kepada para aktor dan anggota publik. Tindakan-tindakan hukum nonverbal pada umumnya tertuju pada mereka yang tidak mau mendengarkan kata-kata. Ketika seorang polisi menembakkan pistolnya pada seseorang yang lari, bisa jadi orang itu telah melakukan kesalahan tertentu, atau polisinya yang salah, atau keduanya.

Ada tiga jenis tindakan hukum verbal: keputusan, perintah, dan peraturan. *Keputusan* adalah statemen otoritatif berkenaan dengan hukum dari satu, dua, atau sejumlah orang dalam interaksi hukum. Suatu keputusan biasanya dihasilkan sebagai respon atas klaim tertentu; dan hal itu akan atau bisa mempengaruhi hak dan kewajiban pengklaim, pihak lain,

dan barangkali semua orang yang menghadapi situasi serupa. *Keputusan* pengadilan adalah contohnya. Smith mengajukan gugatan hukum dengan klaim bahwa Jones berhutang uang padanya namun tidak mau membayar kembali. Pengadilan mendengarkan bukti-bukti dan mengeluarkan sebuah *keputusan* untuk Smith terhadap Jones. Keputusan ini akan diikuti oleh *perintah*. Pengadilan akan mengatakan pada Jones jumlah yang harus ia bayar berikut bunganya. Perintah merupakan suruhan spesifik yang ditujukan pada seseorang atau kelompok tertentu. Semua itu mungkin berpijak atau tidak pada statemen-statemen norma yang lebih umum, berupa *peraturan-peraturan*.

Keputusan dan perintah barangkali merupakan output verbal yang terutama dari sebuah sistem hukum. Kita bisa membayangkan sebuah sistem hukum yang menghasilkan *keputusan-keputusan* dan kemudian *perintah-perintah*, tetapi tidak memiliki *peraturan-peraturan* (formal). Sistem hukum pada masyarakat-masyarakat kecil dan kesukuan nampaknya termasuk jenis ini atau variasinya. Mereka tidak memiliki peraturan-peraturan formal tertulis, namun masyarakat-masyarakat ini seringkali memiliki pengadilan dan hakim, dan keputusan-keputusan yang dibuat oleh pengadilan mereka sama sekali tidak sewenang-wenang. Para antropolog, belum lagi para anggota dari masyarakat ini sendiri, tidak akan kesulitan menemukan adanya keteraturan dan pola-pola. Para anggota masyarakat akan dan bisa berbicara tentang pola-pola dan peraturan-peraturan ini, tetapi semua itu bukan merupakan output *formal* dari sistem. Semua itu berada di luar sistem hukum dan tinggal sebagai adat-istiadat; dan pengadilan atau pempimpin mengikuti namun tidak mengklaim bahwa mereka membuat adat tersebut sebagai peraturan.[1] Masyarakat-masyarakat kecil di berbagai penjuru dunia tidak memiliki konstitusi, undang-undang, dan norma-norma yang dituangkan dalam bentuk tertulis. Walau begitu mereka jelas mengikuti peraturan-peraturan.

Suatu *keputusan* bersifat tertentu: A berlaku atas B. Suatu *perintah* juga bersifat tertentu: Berikan kepada A uang atau tanah. Suatu *peraturan* adalah proposisi hukum yang dibahasakan dalam ungkapan-ungkapan umum. Secara analitis peraturan bisa dipecah menjadi dua bagian. Pertama, statemen mengenai fakta-fakta, dan kedua, statemen mengenai konsekuensi hukum yang akan atau mungkin muncul dari fakta-fakta tersebut. Dengan demikian, sebuah undang-undang Ohio menyatakan bahwa jika seseorang "dengan niat jahat dan dengan sengaja membunuh orang lain," ia "bersalah atas pembunuhan tingkat dua dan akan dipenjara seumur hidup."[2]

Setiap doktrin, buku peraturan, kitab undang-undang, dekrit, dan setiap statemen hukum umum yang otoritatif dalam sistem manapun terbentuk dari proposisi-proposisi yang bisa dipecah menjadi *peraturan-peraturan.* Sebagian peraturan lebih besar dan lebih rumit dibandingkan yang lainnya – segenap rangkaian istilah dan proposisinya mirip dengan molekul-molekul organis yang amat banyak. Para pembuat hukum-undang atau perevisinya bisa memecah peraturan-peraturan kompleks itu menjadi bagian-bagian; dan bagian-bagian itu mungkin tersebar di sana-sini dalam sebuah buku hukum atau undang-undang, seperti kepingan-kepingan puzzle. Dalam sebuah kitab undang-undang hukum pidana, definisi mengenai pembunuhan mungkin tercantum di salah satu bagian, sementara ketentuan hukumannya ada di bagian lainnya. Di dalam kitab undang-undang hukum pidana New York, satu bagian menjelaskan secara rinci fakta apa yang membuat seseorang "bersalah atas pembunuhan"; bagian itu menyatakan bahwa pembunuh adalah "seorang pelaku tindak kejahatan golongan A." Bagian lainnya, juga dengan cukup rinci, menyebutkan hukuman apa yang bisa diambil oleh hakim terhadap orang yang didakwa atas kejahatan golongan A.[3] Dalam pengamatan kita, bagian-bagian itu membentuk satu peraturan tunggal.

Kita biasanya menyebut semua jenis proposisi hukum sebagai "peraturan." Meskipun demikian, banyak peraturan yang hanya berupa kepingan-kepingan atau fragmen peraturan menurut definisi kita. Sebagai contoh, para pengacara biasa berbicara tentang peraturan bahwa akan dinamakan "pembunuhan" bila seseorang membunuh secara sengaja dan dengan niat jahat. Untuk membuat suatu peraturan yang lengkap, seseorang harus menambahkan ketentuan bahwa hukuman untuk pembunuhan adalah berupa demikian-dan-demikian. (Undang-undang Ohio menyebutkan hal demikian.) Di Amerika Serikat, hukum ketenagakerjaan federal menyebutkan sejumlah proposisi mengenai perilaku yang dipandang sebagai "praktik kerja yang tidak adil." Seorang majikan yang tidak mau berunding secara kolektif dengan para pekerjanya, telah melakukan suatu "praktik kerja yang tidak adil." Hal ini cuma label, seperti "pembunuhan" atau "mengemudi dengan ceroboh"; kita harus membaca kelanjutannya untuk menemukan perbedaan apa yang diakibatkan oleh label itu dan bagaimana hal itu akan berpengaruh pada hak dan kewajiban pekerja, manajemen, dan Dewan Hubungan Kerja Nasional.[4]

Sebenarnya merupakan persoalan definisi belaka ketika kita bersikeras bahwa suatu peraturan adalah bukan peraturan bila tidak ada state-

men mengenai konsekuensi, namun definisi demikian bukannya tanpa arti. Untuk apa kita memperhatikan *bagaimana* pembunuhan atau praktik kerja yang tidak adil itu didefinisikan, bila tidak ada sesuatu pun yang muncul dari definisi tersebut? Suatu *peraturan* tanpa konsekuensi bukannya tidak tak berarti; hal tersebut bisa menjadi penjelasan bagi suatu peraturan. Tetapi suatu sistem hukum yang kompleks harus memiliki peraturan dalam pengertian seperti yang kita pahami di atas. Jika sistem terbagi dalam banyak institusi dan dibangun di atas banyak level dengan strata petugas tinggi dan rendah, maka peraturan merupakan hal yang mendasar. Semua itu membawa pesan-pesan dan program dari yang tinggi ke yang rendah – kalau memang tidak ada hal lain yang mesti mereka lakukan. Sistem hukum manapun yang bekerja tentu memiliki peraturan-peraturan, dan sistem hukum manapun yang memiliki hierarkhi atau organisasi birokratis akan memiliki peraturan-peraturan formal dari jenis tertentu.

Banyak peraturan formal dalam sebuah perundangan modern yang jelas-jelas tidak utuh. Mereka tidak memuat statemen mengenai konsekuensi. Undang-undang pidana yang menjelaskan tentang tindak pembakaran bangunan mencukupkan diri hanya dengan melabeli pembakaran sebagai suatu tindak kejahatan. Apa itu tindak kejahatan dan apa yang bisa diperbuat terhadap tindak kejahatan bisa didefinisikan di bagian lain dalam undang-undang tersebut. Uniform Commercial Code menyatakan (Bagian 1-203) bahwa setiap kontrak "menimbulkan kewajiban atas pihak terkait untuk melaksanakannya dengan kehendak baik." Lalu akibat seperti apa yang akan terjadi bila sebuah kontrak tidak dilaksanakan dengan kehendak baik? Bagian tersebut tidak utuh, dan memang keseluruhan undang-undang tersebut tidak menyebutkan konsekuensi mendetail. Klausa tersebut memang memperlihatkan, setidaknya secara tersirat, bahwa ketika salah satu pihak tidak "berkehendak baik", pengadilan bisa menolak memberikan penyelesaian dan pembelaan yang bisa didapatkan seandainya pihak terkait memenuhinya.

Dengan perkataan lain, setiap *peraturan* memiliki dua pesan atau objek: satu mengenai substansi, satu mengenai yurisdiksi. Setiap peraturan berkenaan dengan sesuatu; pada saat yang sama, peraturan mengandung petunjuk bagi otoritas publik tertentu yang mengatakan padanya bahwa ia bisa, harus, atau tidak boleh melakukan tindakan yang mungkin akan ia kerjakan atau tidak kerjakan. Petunjuknya bisa jadi sangat eksplisit. Sebagai contoh, di negara Washington para hakim dari pengadilan tinggi

bisa mengabulkan perceraian "atas pengajuan dari pihak yang dirugikan", setelah membuktikan adanya satu atau lebih di antara sepuluh alasan bagi perceraian, meliputi perzinahan, impotensi, pengabaian selama satu tahun, kekerasan, dan kebiasaan mabuk.[5] Alasan bagi perceraian tergolong substansi peraturan; petunjuk bagi hakim tergolong yurisdiksional.

Sisi yurisdiksional dari peraturan ini seringkali tidak disebutkan secara jelas namun hanya bisa ditangkap secara tersirat. Hal ini berlaku dalam kebanyakan hukum pidana. Hukum pidana mendefinisikan kejahatan dan menyatakan hukuman; pada umumnya mereka tidak menyebutkan secara mendetail bagaimana kesesuaian antara kedua hal itu. Bagaimanapun juga, seorang pencuri masuk ke penjara tidak secara ajaib; para petugas publik harus turun tangan. Dalam kenyataannya, segenap sistem yang kompleks dan berat harus digerakkan. Konsekuensinya, peraturan-peraturan hukum pidana memberikan tiket otoritas kepada para polisi, para pengacara distrik, hakim, juru sita, juru tulis, sipir penjara, dan para eksekutor. Pemberian otoritas ini dalam faktanya seringkali disebutkan di bagian lain dalam undang-undang; semua itu tidak perlu diulang-ulang lagi penyebutannya setiap kali undang-undang tersebut menjelaskan tentang sebuah kejahatan.

Substansi sebuah peraturan adalah pesan bagi publik umum atau unsur tertentu dari publik. Bagian *yurisdiksional* dari peraturan adalah pesan bagi unsur tertentu dari kalangan petugas. Pesannya bisa berupa pelarangan, otorisasi, atau insentif. Undang-undang mengenai pembunuhan berwujud pelarangan yang lugas, dan hal itu ditujukan pada publik secara umum. Bagian yurisdiksional dari undang-undang tersebut tertuju bagi para aktor di dalam sistem hukum – secara khusus, mereka yang mengurusi hukum pidana. Tidak semua peraturan ditujukan pada audiens umum. Para pembunuh bisa berasal dari semua kalangan masyarakat; namun peraturan hukum tertentu hanya berkenaan dengan kelompok khusus tertentu – para pengemudi taksi, para pemilik pabrik baja, para pedagang, para pecandu, orang-orang yang berbelanja di toko, para pemilik pabrik tali. Sebagian peraturan sama sekali tidak ditujukan bagi publik awam – sebagai contoh, peraturan mengenai catatan yang harus disimpan oleh para hakim atau regulasi-regulasi kepegawaian. Walau bagaimanapun, setiap peraturan memiliki sisi yurisdiksinya, artinya, setiap peraturan mengandung pesan, entah itu tersurat atau tersirat, bagi kalangan resmi publik tertentu.[6]

Definisi mengenai peraturan yang digunakan di sini tentu saja tidak bermakna bahwa hukum hanya terdiri atas peraturan-peraturan. Karena

setiap masyarakat yang kompleks memiliki peraturan-peraturan formal dan karena semua peraturan formal mengandung sanksi, maka definisi ini berseberangan dengan definisi para ahli hukum dan cendekiawan yang menyangkal bahwa sanksi adalah aspek wajib dalam hukum. Salah seorang di antaranya adalah Michael Barkun, pengarang buku yang sangat terkenal *Law Without Sanctions*. Bagi dia, hukum lebih merupakan sebuah sistem "simbol"; hukum berlaku sebagai "representasi dan model struktur sosial."[7] Hukum adalah peta normatif yang dianut bersama oleh para anggota "masyarakat berhukum."

Tidak pelak lagi memang akan bermanfaat bila kita membayangkan peta semacam itu – bermanfaat untuk memikirkan tentang realitas peraturan. Peta tersebut akan membantu menjelaskan mengapa sebagian masyarakat bersikukuh membuat dan memberlakukan peraturan-peraturan tertentu, dan mengapa peraturan-peraturan lainnya hanya menjadi huruf-huruf tak bernyawa atau hanya berlaku dengan biaya yang besar. Menurut Barkun, hukum mirip dengan sebuah kamus mengenai perilaku yang benar. Orang-orang menggunakan kamus, meskipun tidak seorang pun yang memaksakan pemberlakuannya. Tetapi ada banyak kamus mengenai perilaku yang benar dalam masyarakat. Hukum adalah salah satunya. Kamus itu sendiri adalah kamus mengenai perilaku yang benar, begitu pula halnya dengan sembarang dan setiap buku mengenai etiket, dan juga buku-buku yang menggariskan peraturan mengenai permainan tenis, bridge, atau soliter. Walhasil, apa yang membedakan antara buku hukum sebagai kitab peraturan dari buku-buku lainnya ini adalah sanksi – fakta bahwa proposisi-proposisinya (dan bukan yang lainnya) mengandung ancaman hukuman resmi atau janji imbalan resmi.

Bagaimanapun juga, untuk sebagian persoalannya berkenaan dengan bentuk dan kata-kata. Jika seseorang melanggar peraturan etiket – katakanlah, makan dengan menggunakan jari-jarinya – ia tidak kebal dari sanksi. Jika ia seorang anak, orang tuanya mungkin menegur atau menjewernya. Jadi dalam tujuan tertentu peraturan-peraturan etiket tidak terlalu jauh berbeda dari peraturan-peraturan hukum. Apa yang tidak ada pada peraturan etiket adalah sanksi formal yang resmi. Jika kita mendefinisikan hukum sehingga hanya mencakup proses dan peraturan yang diselenggarakan oleh pemerintah atau bagian-bagian serupa pada masyarakat yang lebih kecil, maka peraturan-peraturan etiket bukan merupakan peraturan-peraturan hukum. Dalam keadaan apa pun, suatu teori perilaku hukum harus memberikan perhatian pada praktik sanksi-sanksi. Entah

sanksi-sanksi itu adalah "esensi" dari hukum atau bukan, semua itu cukup riil di dunia nyata, dan kita tidak bisa menjelaskan bagaimana cara kerja hukum tanpa menjelaskan cara kerja sanksi-sanksinya.[8]

Pada bangsa-bangsa modern – Prancis, Amerika Serikat, atau India – sistem hukum menghasilkan dan menggunakan berbagai macam peraturan. Undang-undang nasional, ordinansi (peraturan lokal) kota, regulasi-regulasi administratif – semuanya membentuk peraturan. Di Amerika Serikat, kita harus menerima hukum negara bagian di samping hukum federal. Jumlah total peraturan yang berlaku sulit dihitung; doktrin-doktrin yudisial ada ribuan jumlahnya. Ada banyak cara untuk menggolongkan peraturan-peraturan ini dan meringkasnya menjadi tatanan tertentu. Salah satu cara adalah dengan membaginya sesuai topiknya: peraturan-peraturan mengenai hukum pidana, hukum ganti rugi, atau hukum maritim; peraturan-peraturan mengenai pengawasan makanan dan obat-obatan; peraturan lalu lintas Roma atau New York. Cara lainnya adalah menurut sumbernya: undang-undang federal, ordinansi kota Miami, peraturan-peraturan kepolisian Dayton, doktrin-doktrin pengadilan tinggi Maine. Atau menurut tipe formalnya: peraturan-peraturan konstitusional, undang-undang, perintah-perintah eksekutif, peraturan-peraturan penafsiran pada pengadilan tinggi Spanyol.

Masing-masing metode penggolongan ini memiliki manfaatnya sendiri. Seorang pengamat sistem hukum juga bisa melihat bahwa sebagian peraturan bersifat amat pasti dan objektif; yang lainnya terlihat berupa ketentuan umum yang kabur. Peraturan yang menetapkan hak pilih pada usia delapan belas tahun jauh lebih pasti daripada peraturan bahwa seorang pengemudi yang ceroboh harus membayar ganti rugi atas seseorang yang ia rugikan. Contoh-contoh ekstrem dari tipe yang kedua misalnya statemen dalam Uniform Commercial Code bahwa pelaksanaan kontrak memunculkan "kewajiban untuk berkehendak baik" atau "klausa-klausa umum" dari perundangan kontinental yang menuntut "kehendak baik" dalam kontrak atau yang serupa dengannya.[9] Peraturan-peraturan yang kabur menuntut seseorang untuk melakukan pertimbangan pemikiran atau *diskresi* (*discretion*) sebelum membuat keputusan untuk kasus tertentu. Peraturan jenis ketiga ini bisa kita sebut sebagai peraturan diskresioner. Sebagian peraturan jelas-jelas bersifat diskresioner. Peraturan seperti itu menyatakan bahwa hakim atau petugas lainnya bisa memilih A, B, atau C, atau bahwa mereka diberi kekuasaan untuk memilih berbagai macam pilihan. Sebagai contoh, hukum Connecticut memperbolehkan

seorang hakim dalam kasus perceraian untuk "memberikan perintah apa pun yang layak berkenaan dengan perwalian, pengasuhan dan pendidikan anak-anak," dan, "kapan saja sesudahnya, untuk membatalkan atau mengubah perintah tersebut."[10]

Dalam perundangan lainnya, pemberian kesempatan diskresi hanya tersirat saja. Seorang hakim dalam sebuah kasus yang muncul dalam lingkup Uniform Commercial Code kemungkinan harus memutuskan apa yang tergolong sebagai "kehendak baik" dan yang bukan, seperti halnya para hakim dan juri harus berpikir apakah merupakan kecerobohan bila seseorang mengemudikan mobilnya pada kecepatan 30 mil per jam ketika terjadi badai salju, atau bila ia lalai memasang pagar di sekeliling penggergajian mesinnya, atau apakah sebuah kaki yang terluka akan bernilai $300 atau $3.000 atau $3.000.000 sebagai ganti ruginya dalam situasi tertentu. Suatu peraturan diskresioner merupakan peraturan yang dalam pengertian tertentu bisa bersifat final. Peraturan semacam itu selalu melibatkan delegasi atau pengalihan kepada pihak lain: Kekuasaan untuk mengurangi kadar diskresi menjadi kepastian didelegasikan ke bawahan. Semua peraturan mengandung sisi yurisdiksional; dengan demikian, pendelegasian menjadi ciri umum dalam peraturan. Namun tidak semua pelimpahan otoritas merupakan pelimpahan diskresi. Peraturan-peraturan jenis lainnya – peraturan-peraturan *objektif* – terhitung final dari segi tertentu; kita harus menerapkan peraturan tersebut tetapi hal ini dikerjakan secara "mekanis," artinya peraturan itu sendiri hanya menyisakan sedikit ruang bagi kita untuk memilih alternatif-alternatif yang ada. Usia pilih adalah delapan belas tahun, dan itu tidak bisa diutak-atik. Pendaftar pemilihan umum dan seorang hakim tidak berhak mengatakan usia tujuh belas setengah tahun cukup mendekati batas tersebut.

Banyak peraturan memiliki bentuk diskresioner, yang tidak selalu berarti bahwa ada pilihan riil dalam penerapannya. Seperti telah kita katakan, setiap peraturan memiliki sisi yurisdiksinya. Sebuah undang-undang mungkin menetapkan peraturan bahwa pemilik pabrik harus mengusahakan agar lokasi pabrik mereka "aman." Peraturan ini tidak utuh. Besar kemungkinan hukum akan menyelenggarakan inspeksi atas pabrik-pabrik. Juga besar kemungkinannya badan atau dewan inspeksi akan memiliki kekuasaan untuk membuat peraturan-peraturan mengenai keamanan atau keselamatan. Dalam kasus tertentu, sebuah pengadilan juga bisa memutuskan hal-hal apa yang membuat sebuah pabrik dikatakan "aman." Pengadilan tidak menjalankan undang-undang yang menetapkan

ketentuan mengenai keamanan semacam itu. Mereka memutuskan masalah kasus per kasus. Sebuah badan atau dewan yang *mungkin* membuat undang-undang. Jika demikian, jelas pengadilan akan membuat perkiraan-perkiraan – diskresi tertentu – yang berasal dari konsep "aman." Regulasi-regulasi, sebagai contoh, memuat daftar peraturan spesifik: Sebuah pabrik diatakan aman jika: (a) terdapat minimal satu buah pemadam api untuk setiap enam pekerja dst .... Ringkasnya, sebuah peraturan diskresioner *mendelegasikan* kekuasaan untuk membuat keputusan. Untuk itu kita harus melihat lebih jauh untuk melihat apakah lembaga atau petugas tertentu yang ada di bagian bawah dalam sistem hukum bisa dan membuat sub-peraturan yang lebih objektif. Apakah diskresinya berlangsung sampai ke dasar, sampai ke tahap penerapannya, atau apakah diskresi berubah menjadi sub-peraturan yang objektif pada tingkatan tertentu?

Nanti kami akan membahas lebih mendetail tentang peraturan-peraturan objektif dan peraturan-peraturan diskresioner, khususnya bagaimana dan mengapa jenis peraturan yang satu bisa berubah menjadi jenis lainnya.[11] Untuk saat ini, kita perlu mewaspadai satu hal. Sepertinya di permukaan keduanya terlihat sebagai jenis yang berbeda total dan berada pada kutub yang berlainan. Dalam faktanya, keduanya hanya merupakan dua ujung dari satu deretan dengan banyak bayang-bayang di antaranya. Tidak ada peraturan yang sepenuhnya diskresioner atau sepenuhnya objektif. Ini karena tidak ada *konsep* yang sepenuhnya objektif, dan tidak ada konsep yang sepenuhnya abstrak. "Sebuah alat pemadam api" merupakan frase yang cukup objektif, namun pengkaji hukum bisa membayangkan suatu situasi di mana makna frase itu bisa dipertanyakan. Apakah sebuah alat pemadam api yang rusak masih bisa disebut sebagai alat pemadam api? Bagaimana halnya dengan sebuah alat pemadam api yang berfungsi akan tetapi sulit dijangkau dari tempatnya di tembok? Di sisi lain, ada situasi tertentu yang begitu "tidak amannya" atau begitu "tidak wajarnya" sehingga kita tidak mungkin meragukannya. "Aman" adalah istilah yang diskresioner, namun sebuah bangunan pabrik yang terbuat dari kayu-kayu kering dan lapuk, tanpa ada alat pemadam api, penuh kain-kain berlumur minyak, lantainya rapuh untuk bisa menanggung beban tubuh para pekerja, jelas tidak aman menurut definisi siapa pun. Dengan demikian diskresi dalam sebuah peraturan merupakan persoalan kira-kira saja.

DISKRESI HUKUM

Diskresi merupakan istilah yang memiliki banyak arti. Diskresi (pertimbangan pemikiran) biasanya mengacu pada suatu kasus di mana seseorang, subjek suatu peraturan, memiliki kekuasaan untuk memilih di antara berbagai alternatif. Karena peraturan memiliki aspek ganda – peraturan berbicara kepada para petugas selain kepada sebagian atau semua publik – suatu peraturan bisa mengandung pelimpahan diskresi pada satu aspek dan tidak pada aspek lainnya. Kemungkinan ini menghasilkan empat tipe peraturan formal. Sebagian peraturan bersifat pasti dan tetap dari dua segi – baik publik maupun petugas sama-sama tidak memiliki pilihan. Peraturan-peraturan hukum pidana pada umumnya mengambil bentuk ini. Mereka melarang pembunuhan, pembakaran, dan pencurian; peraturan-peraturannya di atas kertas bersifat mutlak. Para pelanggar harus dihukum. Tidak seorang pun yang boleh melanggarnya, para petugas pun tidak memiliki hak (formal) untuk membiarkan seorang pelanggar lepas. Peraturan jenis lainnya, yang bisa kita sebut sebagai *otorisasi*, berlaku diskresioner bagi publik namun tidak bagi para petugas. Seorang pria dan seorang wanita mungkin mengajukan permohonan surat nikah; kemudian ada orang yang memutuskan untuk mengajukan gugatan hukum atas hal itu; semua ini adalah pilihan personal di mata hukum. Apabila pasangan tersebut atau si penggugat memenuhi persyaratan hukum, para petugas negara tidak memiliki pilihan selain memberikan reaksi dengan cara-cara resmi yang telah digariskan. Juru tulis bertugas membuat surat-surat; juru tulis pengadilan harus membuatkan berita acara kasus itu.

Jenis ketiga, *privilese*, berlaku diskresioner dalam dua segi: Seseorang yang memenuhi ketentuan bisa melaksanakannya atau tidak, sekehendak dia; juga ada diskresi di sisi publik. Secara teknis, si pelaksana tidak memiliki hak apa pun. Privilese merupakan hal yang umum dalam sistem hukum, khususnya dalam alokasi barang-barang yang terbatas jumlahnya. Komisi Komunikasi Federal mengeluarkan surat izin bagi stasiun-stasiun radio. Tidak seorang pun yang diharuskan untuk mengajukannya; jika memang ada seseorang yang melakukannya, FCC bertindak menurut payung peraturan yang memberikan diskresi luas dan nyaris tak berbatas.[12] Pada jenis peraturan yang keempat, hanya petugas yang memiliki alternatif. Hal ini juga amat lazim. Undang-undang pidana, misalnya, seringkali memberikan diskresi yang luas bagi para hakim dalam penetapan hukuman. Si terdakwa sendiri tidak berhak mengatakan apa pun dalam hal ini.

Semua itu tergolong ke dalam empat jenis peraturan *formal* – peraturan yang bukan hanya *bisa* dituangkan di atas kertas melainkan juga memang demikian adanya. Banyak peraturan yang terlihat keras dan kaku di atas kertas tetapi di dunia nyata berbeda keadaannya. Ada contoh-contoh yang tak terhitung jumlahnya. Polisi tidak melakukan penangkapan, atau para penuntut membatalkan suatu kasus karena alasan tertentu, meskipun "hukum" tidak menyebutkan tentang kekuasaan demikian.[13] Sebaliknya, suatu pengadilan atas sebuah keluarga bisa jadi memiliki diskresi penuh untuk memberikan hak asuh, yang hanya dibatasi oleh rumusan kabur mengenai kebaikan bagi anak; dalam praktiknya, ibu selalu mendapatkan hak asuh.[14] Arbitrasi komersial kelihatannya terbuka dan diskresioner — tidak ada peraturan ketat, tidak ada opini-opini tertulis; namun dalam faktanya pengklaim-gugatan terhadap penjual hampir selalu memenangkan klaim mereka.[15] Juga, konsep-konsep semacam pembunuhan dan pencurian tidak selalu memiliki makna yang jelas. Selalu ada kasus-kasus perbatasan. Fakta ini, yang kita kesampingkan untuk saat ini, sangat umum terjadi; tak pelak lagi hal ini menyebabkan berlangsungnya diskresi dalam pelaksanaan peraturan yang sebenarnya.

Sebuah sistem hukum modern mengandung peraturan dalam jumlah yang amat banyak, sebagian objektif dan sebagian diskresioner.[16] *Proporsi* antara satu tipe dengan tipe lainnya selalu berubah. Peraturan-peraturan diskresioner lebih menarik bagi para ahli hukum; peraturan-peraturan objektif nampak primitif atau formalistik. Tetapi pandangan sekilas pun terhadap buku-buku perundangan dari negara manapun menunjukkan adanya ribuan peraturan objektif. Semua itu merupakan kuda beban bagi hukum. Hukum modern menuntut adanya peraturan-peraturan yang seksama dan mendetail. Sebuah peraturan diskresioner tidak dimaksudkan untuk langsung berlaku: ia hanya mendelegasikan otoritas. Seperti telah kami katakan, peraturan-peraturan diskresioner seringkali memiliki sub-peraturan yang objektif. Jika kita mengamati hukum modern secara seksama, banyak peraturan "diskresioner" yang secara bertahap menghilang. Ketika peraturan-peraturan yang kabur diteruskan dari level satu ke level lainnya, mereka cenderung untuk menjadi semakin spesifik.[17]

Dari sudut pandang lain, peraturan-peraturan hukum bisa dibagi menjadi tiga kelompok umum: Pertama, sebagian peraturan merupakan peraturan yang *tertidur*– artinya, tidak seorang pun yang melakukan upaya riil untuk memberlakukannya. Kedua, peraturan-peraturan lain adalah *bagian dari hukum yang hidup*, namun mengandung problem klasik berupa

ketidakpastian. Apa yang persisnya dimaksudkan oleh peraturan-peraturan tersebut, dan sejauh mana jangkauannya? Apa yang disebut dengan proses hukum yang benar? Apa yang membuat sebuah kapal dipandang "layak melaut" dalam hukum kelautan? Kapankah seseorang dipandang tidak bersalah atas sebuah kejahatan karena ia menderita penyakit jiwa? Banyak dari peraturan-peraturan ini yang dikemas dalam *bahasa* diskresioner, tetapi tidak semuanya. Pada sebagiannya, ketidakpastian ada bukan disebabkan oleh teksnya melainkan meskipun teksnya yang demikian. Apa yang menggoyahkan peraturan-peraturan ini adalah kontroversi sosial – penentangan, tuntutan sosial. Banyak peraturan yang tidak pasti. Amandemen Pertama Konstitusi Amerika melarang tindakan menghalangi kebebasan berbicara. Tidak seorang pun yang bisa memberikan definisi yang pasti mengenai apa itu kebebasan berbicara, dan Amandemen Pertama pun tidak berusaha untuk itu. Walhasil bahasa peraturan itu sendiri tidak lepas dari kesulitan. Sungguhpun demikian, batas-batas makna akan lebih jelas daripada kenyataan sebenarnya jika ada konsensus *sosial* mengenai kecabulan (*obscenity*) atau "perkataan simbolis."

Bagian hukum yang ketiga – yang sama vitalnya – terdiri atas peraturan-peraturan yang *mapan*. Artinya, peraturan-peraturan itu hidup dan bekerja, dan tidak ada seorang pun yang menentangnya. Tidak diragukan lagi bahwa selembar cek bisa dicairkan atau bahwa sebuah wasiat memerlukan dua orang saksi, tidak lebih, di West Virginia. "Mapan" tidak selalu berarti bahwa peraturan tersebut berbentuk objektif. Orang-orang cerdik selalu bisa membayangkan kasus-kasus perbatasan yang meragukan. Apakah seseorang yang berusia delapan belas tahun memiliki hak pilih, jika hari ulang tahunnya jatuh pada Hari Pemilihan Umum? Bisakah menggunakan hak pilih tersebut sebelum ulang tahun kedelapan belasnya, untuk turut dihitung *sesudah* hari ulang tahunnya? "Mapan" tidak berarti bahwa makna suatu peraturan terbebas dari keraguan. Ini lebih berarti bahwa peraturannya *secara aktual* terbebas dari keraguan menurut ukuran perilaku yang lazim dan pemahaman yang lazim.

Dalam pengertian seperti inilah peraturan-peraturan riil, peraturan-peraturan yang bekerja, dipandang mapan. Dan memang harus seperti itu. Kalau tidak, dalam dunia modern ini kehidupan masyarakat dan pasar akan sulit sekali berjalan. Suatu sistem hukum akan menjadi penghambat yang tak tertanggungkan lagi jika semua peraturan bersifat terbuka bagi penafsiran, jika setiap proposisi dan konsep memunculkan persoalan "empuk" yang bisa diperdebatkan. Orang-orang perlu tahu apa yang sah

dan yang tidak sah dalam kehidupan sehari-hari – apa yang valid dan yang tidak. Sebagai contoh, sebuah pasangan memiliki surat nikah, mereka telah menjalani tes darah, dan mereka telah melaksanakan upacara pernikahan. Apakah mereka secara hukum telah menikah atau tidak? Tentu mereka telah menikah, karena tidak ada seorang pun yang akan menentang pernikahan itu, dan jika ada seseorang yang berani menentangnya, penentangannya akan gagal. Orang-orang perlu tahu secepat apa mereka bisa mengemudikan mobilnya di jalan. Sebuah batas kecepatan yang pasti akan lebih baik daripada sebuah tanda yang berbunyi "mengemudilah dengan kecepatan yang wajar." Orang-orang perlu tahu bahwa sebuah akte yang dibuat dengan cara tertentu akan secara valid mengalihkan kepemilikan sebuah rumah; seorang pembeli akan cukup yakin bahwa ia bisa pindah menempati rumah itu, menjual, atau menukarkan rumah itu tanpa ada kesulitan. Ekonomi tidak akan berlangsung seperti keadaan sekarang ini jika setiap tindakan kecil harus melewati lembaga dengan kekuasaan diskresioner. Suatu ekonomi pasar – ataupun suatu ekonomi sosialis – membebankan tuntutan akan kepastian yang besar kepada sistem hukum, bukan pada peraturan-peraturan abstrak yang diperdebatkan oleh para ahli hukum melainkan pada bagian-bagian hukum yang mengatur urusan mereka sehari-hari. Suatu masyarakat yang menjadikan pasar sebagai salah satu institusi utamanya memiliki satu "kebutuhan khusus untuk menciptakan dan memelihara suatu kerangka prakiraan yang didefinisikan dan dijamin dengan cukup wajar berkenaan dengan konsekuensi-konsekuensi resmi dan tidak resmi yang muncul dari keputusan dan usaha pribadi."[18] Ekonomi merupakan kasus yang paling mencolok mengenai kebutuhan akan kepastian semacam itu. Bagian-bagian lain dari sistem sosial, yang disentuh atau diatur oleh hukum, memiliki kadar tuntutan mereka sendiri akan kepastian – entah untuk maksud efisiensi atau untuk memenuhi kebutuhan sosiokultural.

Kasus mengenai kepastian ini nampak mencolok, namun para ahli hukum pada abad kesembilan belas banyak mengabaikan hal ini, dan pemikiran abad keduapuluh pun bereaksi terhadapnya. Pemikiran abad kesembilan belas, karena berbagai sebab, menekankan aspek-aspek formal, mekanis, dan deduktif yang ada pada hukum. Kaum realisme hukum, sejak sekitar tahun 1920 dan seterusnya, menertawakan kebutuhan akan kepastian ini. Salah seorang di antaranya, Jerome Frank menamakan sebagai "ilusi atau mitos" bila hukum dipandang "sebagai atau bisa bersifat stasioner dan pasti."[19] Menurut dia, para pengacara dan orang-orang

awam sesungguhnya tengah mencari sosok seorang ayah ("Ayah-sebagai-Hakim bagi seorang anak") ketika mereka memimpikan cita-cita yang tak terjangkau ini. Perhatikan bahwa Frank mengelompokkan kepastian dan ketetapan menjadi satu, padahal keduanya adalah hal yang amat berbeda. Betapa pun demikian, hasrat atas kepastian segera dan ketetapan sama sekali tidak bersifat primitif – ini tidak berarti bahwa kepastian yang sempurna bisa dijangkau, khususnya dalam kasus-kasus yang sampai ke pengadilan. Banyak faktor yang tidak bisa diprediksi, dan semakin lama dan rinci persidangannya, semakin besar pula faktor tersebut. Hal ini bahkan lebih menguat lagi pada kasus-kasus banding. Bagaimanapun juga, dalam urusan sehari-hari dan dalam masalah-masalah rutin, kepastian yang wajar merupakan hal yang bisa terjangkau –dan memang hal itu harus terjangkau.

Dengan demikian, walau bagaimanapun sistem hukum harus menjaga agar peraturan-peraturan diskresioner berada pada batas-batas yang pantas. Peraturan-peraturan ini tidak secara langsung berlaku; mereka tidak menyediakan petunjuk gamblang mengenai perilaku yang dikehendaki. Ekonomi dan masyarakat bisa memandang sebagian dari peraturan demikian sebagai barang mewah; dan ada wilayah-wilayah di mana masyarakat memilih untuk menjangkau atau harus menjangkau keadilan secara pelan-pelan dan hati-hati pada kasus-kasus individual – untuk persidangan pembunuhan, ya; untuk pelanggaran parkir, hampir mustahil. Untuk menangani transaksi-transaksi massal kita membutuhkan peraturan-peraturan yang objektif dan tajam. Peraturan bahwa sebuah wasiat harus memiliki dua orang saksi bersifat tegas dan pasti, tidak fleksibel, atau "primitif" jika anda ingin menamakannya demikian, tetapi akan lebih baik daripada sebuah peraturan yang mensyaratkan adanya saksi dalam jumlah "yang pantas" sesuai sifat kasusnya. Peraturan-peraturan yang terbuka dan fleksibel jelas lebih imbang, tidak begitu keras, lebih selaras dengan rasa keadilan, namun peraturan-peraturan yang fleksibel tidak efisien. Semua itu juga memberikan diskresi – dan walhasil kekuasaan – pada para petugas dan hakim yang menerapkannya. Semua itu bisa mengundang korupsi atau sikap lalim.[20] Dalam praktiknya, peraturan-peraturan semacam itu bisa melanggar perasaan moral masyarakat alih-alih memenuhinya.

Jelas bahwa kepastian pun mengandung biaya dan batas-batasnya. Sistem hukum bukan suatu mesin; hal itu dijalankan oleh manusia. Dalam pengertian tertentu masyarakat umum memberikan perintah-perintah, dan roda gigi di dalam mesin melakukan apa yang diperintahkan padanya.

Bagaimanapun juga, teori hukum manapun harus mengasumsikan banyaknya alternatif, tarik ulur, diskresi, dan pembangkangan di dalam sistem. Setiap studi mengenai sistem hukum menegaskan hal ini. Tentu saja diskresi tidak tersebar merata di dalam sistem. Untuk sebagian, level-level yang lebih tinggi memiliki lebih banyak diskresi dibandingkan level yang lebih rendah. Presiden Amerika Serikat memiliki cakupan pilihan yang amat luas; para petugas pos memiliki pilihan yang amat sedikit sejauh berkenaan dengan peraturan pos. Para administrator pada jabatan-jabatan tinggi atau menengah cenderung memiliki banyak diskresi,[21] sementara sebagian besar pejabat di tingkat rendah tidak memiliki diskresi resmi – tidak memiliki kekuasaan atau, kalaupun memiliki, sangat sedikit kekuasaan untuk mengubah peraturan-peraturan.[22] Seorang diktator absolut, yang kata-katanya menjadi hukum, berada di satu ujung; di ujung yang lainnya, di dalam ruang kerjanya, ada juru tulis surat nikah yang tugasnya telah amat tertentukan dan tinggal menjalankan peraturan dalam bentuk yang tinggal ia terima.

Kita katakan bahwa juru tulis tersebut tidak memiliki diskresi (wewenang untuk melakukan pertimbangan). Apa maksudnya? Jelas bahwa ia memiliki pilihan dalam pengertian fisik, tetapi "pilihan" juga mengandung pengertian etis atau moral. Yang kami maksud adalah bahwa, dengan tolok ukur tertentu, si pelaku bertindak tepat hanya jika ia melaksanakannya dengan cara sedemikian rupa. Pada saat yang sama kita juga mengakui bahwa sebagian orang ada yang bertindak tidak tepat. Kita bisa mengatakan bahwa seorang polisi "terikat" oleh peraturan-peraturan, bahwa ia tidak berwenang untuk bertindak sekehendak hati menangkap orang yang tidak bersalah tanpa sebab, memukul tahanan, atau menerima suap. Polisi kadang melakukan hal ini tanpa mendapat hukuman. Perilaku ini tentu saja didefinisikan sebagai hal yang tidak valid atau tidak sah. Hal ini dipandang sebagai kelemahan dalam sistem untuk dicabut bila mungkin.

Yang agak berbeda adalah situasi ini: pelaku (aktor) memiliki pilihan; juga ada tolok ukur dan norma mengenai apa yang termasuk tugas si aktor dan apa yang bukan, namun tindakan "keliru" tidak tergolong sebagai hal yang tidak sah dan ilegal. Situasi ini terjadi ketika misalnya sebuah pengadilan banding secara "keliru" memutuskan kasusnya. Dalam perkataan ini, yang kita maksud adalah bahwa pengadilan tersebut berpegang pada peraturan-peraturan yang keliru, atau menerapkannya secara keliru, atau membuat kekeliruan menurut tolok ukur eksternal tertentu. Betapa pun juga, meskipun kita "menangkap basah" pengadilan

tersebut, tidak ada hal yang bisa dilakukan atas "kekeliruan penggunaan" diskresi ini, baik dalam teori maupun fakta.

Contoh ini menunjukkan pentingnya, barangkali sentralnya, arti *diskresi*. Seorang pembuat-keputusan memiliki diskresi untuk memilih di antara dua alternatif, A dan B, ketika tidak ada pihak lain yang berhak untuk mengoreksi keputusan itu, baik atau buruk. Inilah yang maksud perkataan kami bahwa seorang hakim memiliki diskresi untuk memutuskan seseorang bersalah atau tidak bersalah atau menetapkan hukuman atas orang yang didakwa melakukan kejahatan. Ini berarti tidak ada banding atau pengujian ulang atas aspek aktivitas mereka. Tentu saja, sejauh mana hakim memiliki hak-hak semacam itu merupakan pertanyaan yang rumit. Kebanyakan dari apa yang mereka kerjakan bisa diuji kembali, namun apa yang kita sebut sebagai diskresi mereka tidak bisa diuji kembali, tidak tersentuh.

Definisi mengenai diskresi seperti ini bermanfaat karena sifatnya yang empiris alih-alih normatif. Dengan begitu kita bisa mengukur sejauh mana diskresi yang ada dalam sebuah sistem hukum. Kita bisa mengamati aktor mana dan tindakan apa yang bisa diuji ulang dan yang tidak bisa, entah itu menurut peraturan sistem atau menurut pola perilaku yang valid menurut standard tertentu. Tugas ini tidak mudah. Dan memang, peraturan-peraturan dalam sistem terkadang bersifat paradoks atau kontradiktif. Seorang juri di Amerika Serikat memiliki diskresi untuk membebaskan seorang tersangka pembunuh; keputusan juri adalah final. Tetapi ada sebuah teori atau doktrin yang menyatakan bahwa para juri "terikat" oleh hukum dan harus memutuskan sesuai hukum. Sentimen baik semacam ini tidak membatasi kekuasaan mereka. Keputusan juri tidak bisa dipertanyakan atau ditinjau ulang. Bukan merupakan hal ilegal bagi seorang juri bila ia membebaskan seseorang yang bersalah.

Juri memiliki diskresi yang riil dan sekaligus formal. Seorang polisi atau seorang hakim bisa jadi secara korup menggunakan diskresi yang semestinya tidak ia miliki, atau korupsi bisa jadi melenyapkan diskresi tertentu yang secara formal disediakan oleh hukum. Para hakim mungkin merasa harus mementingkan bos-bos politik, partai, atau pihak yang berkuasa, terlepas dari hukum formal yang ada. Norma-norma dan nilai-nilai juga membatasi diskresi, meskipun hukum formal sendiri tidak membatasinya. Pelaksanaan *diskresi* hanyalah merupakan semacam perilaku hukum. Hal itu merupakan perilaku yang tidak terkontrol oleh sanksi-sanksi formal atau pengujian ulang. Seperti akan kami bahas lebih dalam

pada bab-bab berikutnya, ada tiga kelompok umum kontrol atas perilaku hukum. Bahkan ketika tidak ada sanksi, masih ada dua yang tersisa dari kelompok ini: opini pihak lain yang signifikan dan nilai dan norma si aktor sendiri. Banyak pedoman longgar yang bisa memprediksi perilaku terlepas dari adanya "diskresi penuh," karena semua itu mencerminkan opini publik atau menggugah nilai-nilai atau norma si aktor. Tidak ada seorang pun yang bisa meninjau ulang apa yang dilakukan oleh Mahkamah Agung atau Majelis Tinggi atau Cour de Cassation. Dengan kata lain, semua pengadilan ini memiliki diskresi yang luar biasa besar. Namun mereka tidak berbuat semau-mau sendiri atau secara serampangan; mereka amat memperhatikan peraturan-peraturan, nilai-nilai dan norma-norma.

Dengan begitu diskresi formal dalam sebuah sistem hukum amat berbeda dari diskresi riil; yang satu tidak bisa ditarik dari yang lainnya. Meski demikian, diskresi formal adalah fakta yang amat menarik dan penting. Diskresi formal juga cenderung agak kontroversial. Dalam wilayahnya, diskresi berarti kekuasaan tanpa kendali. Pada setiap persoalan, kekuasaan tertinggi harus bersandar pada sistem hukum. Harus ada tempat tertentu sebagai pijakan dasar; kalau tidak, pertikaian bisa berlangsung terus dari forum satu ke forum lainnya. Di mana seharusnya letak kekuasaan ini dan untuk persoalan apa merupakan hal yang senantiasa diperdebatkan. Pada saat ini dalam sejarah Amerika, kekuasaan presiden merupakan salah satu fokus pembahasan utama, khususnya berkenaan dengan urusan luar negeri. Bagi generasi sebelumnya, yang diperdebatkan dengan sengit adalah kekuasaan pemerintah. Pemerintah yang besar menciptakan kelompok-kelompok lembaga-lembaga, biro, dewan, dan komisi. Semua itu membutuhkan kebebasan dalam menyusun peraturan, namun mereka juga sepertinya mengancam kebebasan warga, kecuali bila dikontrol. Begitu pula, harus ada lingkup dan kebebasan tertentu di bagian dasar seperti halnya di bagian atas – bagi para juru tulis, petugas patroli, para hakim pengadilan, dan yang lainnya. Akan merupakan hal yang keliru dan sekaligus mustahil bila orang-orang ini dipandang sebagai mesin atau bila setiap langkah mereka diuji ulang.

Setidaknya ada tiga prasyarat yang diperlukan untuk mengontrol atau mereduksi diskresi: Pertama, harus ada buku peraturan – secara harfiah maupun secara ibarat. Dengan kata lain, harus ada sumber tertentu yang menyatakan dengan jelas dan lugas hal apa yang harus dikerjakan oleh si aktor. Diskresi berkembang dari peraturan-peraturan kabur yang terbuka

bagi penafsiran.[23] Kedua, harus ada suatu sistem komunikasi, ke atas dan ke bawah – cara tertentu untuk merujukkan buku peraturan tersebut kepada si aktor dan mengkomunikasikan ketentuan-ketentuannya; dan cara tertentu untuk mencari tahu bagaimana kinerjanya, apakah ia melaksanakan secara tersurat dan tersirat peraturan tersebut. Yang terakhir, harus ada cara tertentu untuk menjaga agar si aktor tetap berada di jalurnya, untuk memastikan kepatuhannya. Ini berupa imbalan dan hukuman, meskipun barangkali seorang atasan bisa menemukan cara lain untuk memunculkan sikap patuh secara "sukarela."[24] Metode dan kondisi ini, seperti yang akan kita lihat, berlaku sama pada sembarang "pemberlakuan" peraturan apa pun, entah yang diskresioner maupun yang tidak. Dengan kata lain, teknik-teknik untuk mereduksi diskresi hanyalah kasus khusus dari tema yang lebih umum: Bagaimana membuat, mempengaruhi, atau mengubah perilaku hukum. Karena para petugas pemerintah diperlengkapi dengan diskresi luas yang menjadi ciri umum dalam kehidupan modern, maka problemanya pun menjadi amat rumit dan akut.[25]

OTORISASI

Tidak semua peraturan tergolong dalam perintah atau larangan. Sebagian peraturan memberikan privilese dan otorisasi tindakan: Anda bisa melakukan hal ini, jika anda menghendakinya. Seperti halnya semua peraturan, otorisasi juga menyertakan konsekuensi-konsekuensi pada statemen mengenai fakta hukum. Jika bank tidak mau mencairkan cek anda, anda bisa menuntutnya atas kerugian yang ditimbulkan.

Otorisasi mendominasi sisi sipil dalam hukum; sementara, larangan mendominasi hukum pidana. Bagaimanapun juga, semua peraturan hukum ditujukan pada perilaku. Pada umumnya, peraturan mengekspresikan adanya keputusan kolektif – bahwa masyarakat atau unsur yang berkuasa menghendaki agar perilaku mengarah pada tujuan tertentu. Hukum pidana mengekspresikan kebijakan bahwa orang-orang tidak boleh membunuh, memperkosa, atau mencuri. Kata-katanya dikuatkan dengan sanksi-sanksi formal. Namun hukuman bukanlah satu-satunya cara untuk mengarahkan perilaku. Sebagian undang-undang jelas-jelas menawarkan imbalan. Peraturan lain, dan jaringan peraturan, menyajikan perpaduan halus antara hukuman dan imbalan. Hukum pajak federal, misalnya, memajaki beberapa jenis penghasilan, membebaskan jenis yang lainnya dari pajak, menawarkan potongan pajak bagi orang-orang yang

mengebor minyak atau mendermakan uangnya, dan mengancam orang-orang yang curang dengan denda dan penjara. Sebuah subsistem peraturan merupakan rangkaian yang kompleks, semacam supermarket hukum; berbagai macam produk dijual dengan bermacam harga, paket, dan ajakan untuk membeli. Kebebasan untuk membeli atau tidak membeli buah apel bukan berarti bahwa si pemilik tidak peduli dengan dagangannya atau bahwa ia tidak mampu menjual lebih banyak apel dengan mendiskon harganya, memperbaiki layanan, atau menyediakan lebih banyak kereta belanja.

Peraturan-peraturan hukum kontrak pada umumnya terletak di sisi sipil hukum. Peraturan-peraturannya meliputi keharusan dan larangan dan banyak statemen mengenai kewajiban, hak, privilese, dan otorisasi. X sepakat untuk menjual muatan kayu gelondongan satu truk kepada Y. Ia gagal mengirimkan kayu tersebut dan kemudian Y membeli kayu gelondongan di pasar. Y bisa menuntut ganti rugi atas selisih harga yang telah ia belanjakan untuk membeli kayu melebihi harga kontrak. Peraturan-peraturan ini dan semacamnya menawarkan dorongan tertentu bagi para penjual kayu gelondongan untuk menepati kesepakatan mereka dan setidaknya memiliki efek pencegah terjadinya pelanggaran kontrak. Walau demikian pelanggaran kontrak tidak *dilarang*. Bukan merupakan hal yang "bertentangan dengan hukum" bila kita gagal mengirimkan kayu, pembeli juga tidak berkewajiban untuk menuntut atas pelanggaran kontrak; hal itu sepenuhnya terserah pada dia. Selain harga kayunya mungkin tidak naik, ia mungkin juga tidak memiliki uang untuk mengajukan gugatan hukum. Ia bisa melupakan pelanggaran itu, jika ia menghendaki, atau menyelesaikan masalahnya di luar pengadilan. Masing-masing dari alternatif ini lebih besar kemungkinan terjadinya daripada melalui persidangan penuh.

Peraturan-peraturan mengenai pelanggaran kontrak bisa mempengaruhi atau tidak mempengaruhi perilaku kontraktual; semua itu tentu saja memiliki efek tertentu pada salah satu pihak dalam mengambil keputusan untuk menggugat. Perubahan dalam peraturan bisa menaikkan atau menurunkan imbalan ganti rugi yang dituntut. Peraturan-peraturan yang menawarkan ganti rugi yang lebih tinggi akan lebih lebih mendorong munculnya gugatan hukum. Di luar pengadilan, peraturan-peraturan mempengaruhi terjadinya negosiasi. Mereka mempengaruhi proses penyelesaian. Kebanyakan kasus kerugian pribadi tidak pernah sampai ke pengadilan, namun para pengacara mengedepankan peraturan-peraturan me-

ngenai hukum ganti rugi dalam upaya mereka untuk memiliki daya tawar yang lebih baik. Bagaimana jadinya persidangan (imajiner) itu nantinya akan mempengaruhi keseimbangan kekuatan negosiasi.[26] Peraturan-peraturan mengenai biaya persidangan dan yurisdiksi juga mempengaruhi daya tawar dan berlaku sebagai insentif dan disinsentif. Otorisasi mirip dengan peraturan-peraturan lainnya, kecuali dalam hal daya dorong dan tertib institusional yang mereka hasilkan.

HIERARKHI PERATURAN

Sebagian peraturan, seperti lakon babi-babi dalam novel Orwell, lebih serupa dengan peraturan tertentu daripada peraturan lainnya. Peraturan-peraturan bisa diperingkat dalam sejenis piramid, dari peraturan yang rendah sampai yang tingkatnya tinggi. Ketika peraturan-peraturan berkonflik, peraturan yang lebih tinggi mengontrol peraturan yang lebih rendah. Dalam suatu sistem konstitusional, peraturan-peraturan konstitusional memiliki validitas yang lebih tinggi daripada peraturan-peraturan perundangan biasa. Sebuah undang-undang pada gilirannya memiliki otoritas yang lebih tinggi daripada sebuah ordinansi kota atau suatu regulasi administratif. Biasanya, validitas yang semakin tinggi tidak berarti bahwa peraturan tersebut secara moral lebih sempurna, melainkan hanya bahwa mereka yang membuatnya berdiri lebih tinggi dalam piramida pemerintahan.

Sebagian ahli menarik garis batas antara *prinsip* dan peraturan. Prinsip adalah peraturan-super. Prinsip adalah peraturan yang menjadi sumber pegangan seseorang dalam membuat peraturan lainnya – dengan kata lain, prinsip adalah pola atau model bagi peraturan. Sebagian orang menggunakan istilah "prinsip" dalam pengertian yang agak berbeda. Suatu "prinsip" berlaku sebagai standard, yakni peraturan yang digunakan seseorang untuk menilai kelayakan atau validitas peraturan yang lebih rendah. Pengertian lain lagi dari istilah "prinsip" adalah bahwa hal itu merupakan abstraksi induktif. Dalam pengertian ini, sebuah prinsip adalah peraturan umum yang luas cakupannya, yang menggabungkan banyak peraturan khusus yang lebih kecil.

Dalam kasus terkenal *Riggs v. Palmer*,[27] seorang remaja berusia enam belas tahun meracuni kakeknya hingga tewas. Pertanyaannya adalah apakah anak tersebut bisa mendapatkan warisan harta kakeknya. Pengadilan mengatakan ia tidak bisa mendapatkan warisan tersebut dengan mengacu

pada "prinsip" bahwa "tidak seorang pun yang diperbolehkan untuk mengambil untung dari tindak kejahatannya sendiri, atau mengambil untung dari kelalaiannya sendiri, atau mendapatkan klaim atas ketidakadilannya sendiri, atau memperoleh kepemilikan melalui pelanggarannya sendiri." Apa yang membuat kaidah ini menjadi sebuah "prinsip"? Ini sesuai dengan masing-masing dari tiga pengertian yang disebutkan di atas. Pertama-tama, ini merupakan statemen luas yang bisa kita gunakan sebagai pegangan dalam membentuk sejumlah sub-peraturan; itu juga merupakan sebuah proposisi etika yang bisa digunakan untuk menguji kevalidan sub-peraturan; dan hal itu mungkin sekali merupakan induksi, penggabungan pada level abstraksi yang lebih tinggi, dari banyak keputusan di bawahnya.

Ketiga pengertian itu memiliki satu inti yang sama: Sebuah prinsip adalah semacam peraturan pada tataran-yang-lebih-tinggi. Ada peraturan-peraturan sehari-hari yang biasa, rutinitas sistem hukum, dan ada prinsip-prinsip yang memiliki moralitas yang lebih tinggi atau abstraksi yang lebih besar. Karena abstraksinya itu, prinsip-prinsip bersifat lebih *diskresioner* dibandingkan peraturan-peraturan yang ada di bawahnya. ("Ada di bawahnya," entah karena peraturan-peraturan ini merupakan bahan mentah yang diabstraksikan seseorang menjadi prinsip atau karena prinsip itu merupakan pola atau model yang menjadi sumber pembentukan atau pengujian peraturan-peraturan itu.) Pandangan bahwa seseorang tidak diperbolehkan mengambil untung dari kejahatannya sendiri tidak secara otomatis membuahkan keputusan atas kasus tertentu. Sebuah peraturan gamblang yang jelas menyatakan bahwa seorang pembunuh tidak bisa mendapatkan warisan dari korbannya akan lebih mendekati hal itu. Di antara prinsip dan keputusan, masuk pilihan dan pertimbangan; dengan kata lain prinsip bersifat amat diskresioner.

Ringkasnya, suatu prinsip bisa dipandang sebagai tidak lebih dari sejenis peraturan, suatu peraturan yang dibahasakan secara umum dan abstrak.[28] Semua prinsip memiliki karakter ini. Selain itu, orang-orang juga biasanya berbicara tentang prinsip dengan cara normatif, sebagai sesuatu yang lebih tinggi, mulia, dan murni dibandingkan peraturan. Suatu statemen abstrak bisa jadi memiliki kualitas ini bukan karena keabstrakannya, melainkan karena ia menyatakan norma-norma yang memerintahkan kepatuhan etis kepada masyarakat. Sebagian prinsip dan sebagian peraturan berlaku demikian, sebagiannya tidak. Prinsip-prinsip yang berlaku demikian akan *mengontrol* penggunaan peraturan-peraturan, yakni berlaku sebagai standard, sebagai sarana legitimasi peraturan-peraturan. Semua

itu menunjukkan alasan mengapa sebagian peraturan sah (valid), sementara yang lainnya tidak. "Prinsip" bahwa tidak seorang pun boleh mengambil untung dari kejahatannya *menjelaskan* dan sekaligus *memvalidasi* (mengesahkan) peraturan bahwa seorang pembunuh tidak bisa mendapatkan warisan harta korbannya. Dengan demikian prinsip sejenis ini tergolong dalam peraturan yang amat penting dalam studi mengenai kultur hukum dan sikap-sikap orang banyak terhadap hukum.

REALITAS PERATURAN

Pada umumnya norma-norma yang *beroperasi* dalam sebuah sistem hukum tidak berupa prinsip atau standard-standard abstrak. Hukum bekerja dengan peraturan-peraturan yang jauh lebih membumi. Kita bahkan bisa mempertanyakan apakah peraturan-peraturan yang membosankan itu benar-benar bekerja. Bagaimanapun juga, kita tidak pernah melihat sebuah peraturan; kita hanya melihat pola-pola perilaku. Kita bisa menjelaskan perilaku dan mengemasnya dengan rapi menjadi paket-paket peraturan. Kebanyakan perilaku sepertinya sesuai dengan peraturan-peraturan formal yang sudah ada sebelumnya. Sekalipun demikian, bagaimana kita tahu bahwa peraturan-peraturan demikian yang "menyebabkan" perilaku seperti itu? Peraturan-peraturan sudah ada di sana – di atas kertas, namun peraturan-peraturan kertas bisa jadi dan seringkali diabaikan. Atau bisa jadi tidak ada kaitan antara perilaku dan peraturan; peraturan merasionalisasi perilaku, bekerja menurut fakta yang ada. Apakah peraturan memutuskan kasus-kasus? Seorang hakim, misalnya, mungkin menyodorkan segepok peraturan dalam opini atau mengutip secara utuh bagian dari sebuah undang-undang. Ia mengklaim bahwa ia "terikat" oleh peraturan-peraturan ini, bahwa semua itu menuntun keputusannya. Bagaimana kita tahu bahwa peraturan-peraturan ini yang telah mendorong ia sampai pada keputusannya? Apakah hakim *sendiri* benar-benar menyadari hal itu?

Pemikiran hukum abad kesembilan belas memandang dengan amat serius realitas peraturan-peraturan dan kekuatan mereka terhadap perilaku hukum. Pemikiran abad keduapuluh jauh lebih skeptis. Di Amerika Serikat skeptisisme ini terkait dengan kaum realisme hukum, yang mencuat dengan semangatnya pada 1920-an dan 1930-an. Semangat dan gairah mereka telah berlalu menjadi sejarah, tetapi sebagian dari gagasan mereka telah mengendap dalam benak banyak hakim dan pengacara. Karl Llewellyn[29]

dan Jerome Frank[30] adalah di antara juru bicara realisme yang paling menonjol. Sebenarnya realisme merupakan pergerakan yang kompleks. Kaum realis sepakat menolak yurisprudensi lama, yang mereka pandang bersumber dari hal-hal "mekanis" atau "konseptual." Di sisi lain, para anggota individual dari pergerakan tersebut memiliki perbedaan pendapat. Llewellyn, dalam sebuah esei terkenal, memang menunjuk adanya kesamaan tema tertentu di antara mereka. Kaum realis misalnya sama-sama memandang bahwa hukum adalah "sarana untuk mencapai tujuan-tujuan sosial dan bukan merupakan tujuan itu sendiri"; jadi hukum perlu "terus menerus dicermati tujuan dan efeknya." Skeptisisme terhadap peraturan juga merupakan esensi pemikiran realis. Kata Llewellyn, kaum realis memiliki "rasa tidak percaya" kepada "konsep-konsep dan peraturan hukum tradisional sepanjang semua itu dipandang sebagai gambaran mengenai apa yang dilakukan oleh pengadilan atau orang-orang"; mereka juga tidak percaya pada "teori bahwa rumusan peraturan tradisional adalah faktor yang amat mempengaruhi pembuatan keputusan-keputusan pengadilan."[31]

Kalangan yang skeptis terhadap peraturan bertolak dari wawasan yang tak terbantahkan lagi. Mereka melihat bahwa sebagian peraturan jarang diberlakukan, dan yang lainnya tidak sama sekali. Mereka juga memandang bahwa para hakim dan pengacara seringkali menggunakan peraturan untuk merasionalisasi kenyataan yang ada. Banyak peraturan yang amat abstrak atau bahkan bersifat tautologis. Peraturan-peraturan demikian kemungkinan tidak bisa menuntun tindakan para hakim, yang bebas untuk "menginterpretasi" sesuai diskresi mereka. Ringkasnya, peraturan-peraturan tidak dengan sendirinya menjadi pegangan. Tidak seorang pun yang bisa melihat peraturan yang tercetak di atas kertas dan kemudian menyimpulkan atau memperkirakan seperti apa perilaku para hakim.

Jika kita menggunakan sudut pandang ini hingga batas terjauh, kita mungkin berkesimpulan bahwa peraturan tidak ada artinya sama sekali. Para hakim melakukan apa yang mereka sukai, cuma itu saja. Gagasan tersebut mungkin kelihatan absurd, namun *secara logis* tidak mustahil. Bahkan jika memang peraturan-peraturan tidak berperan atau diabaikan sepenuhnya, hal ini tidak berarti bahwa kesembronoan dan kesewenang-wenangan akan berlaku di ruang persidangan. Yang terjadi adalah bahwa ada sesuatu yang berbeda dari peraturan-peraturan resmi – sikap-sikap dan nilai-nilai hakim, misalnya – yang akan menentukan keputusan. Ba-

yangkan misalnya seorang penganut Marxisme rahasia yang fanatik menjabat sebagai seorang hakim di sebuah negara non-Marxis. Misalkan ia bertekad untuk memutuskan setiap kasusnya menurut prinsip-prinsip Marxis sebagaimana yang ia pahami, tetapi ia juga bertekad untuk tidak mengatakan kebijakannya ini secara terus terang. Hakim ini akan menggunakan peraturan-peraturan secara sinis, sebagai alasan pembenar, rasionalisasi. Secara aktual ideologinya akan menuntun dia dalam memutuskan kasus-kasus. Hasilnya tidak akan ngawur atau serampangan belaka; begitu kita berhasil menguak rahasianya, keputusan-keputusannya mungkin akan mudah diprediksi. Begitupun opini-opininya tidak akan terlihat jauh berbeda dari opini para rekannya. Pembaca yang meragukan statemen ini bisa merenungkan kasus-kasus terkenal mengenai para hakim korup.[32] Sebelum terkuak, para hakim ini membodohi masyarakat hukum; sebuah keputusan yang dihasilkan oleh suap tidak akan nampak berbeda jauh atau kalah meyakinkan dari keputusan yang jujur.

Para ilmuwan sosial yang mengkaji hukum juga cenderung untuk bersikap seperti kaum skeptis peraturan. Mereka berasumsi bahwa ada sebuah "sandi," dan mereka terus mencari cara untuk memecahkannya. Mereka melangkah melampaui peraturan-peraturan dan opini-opini tertulis, membaca hasil-hasil persidangan sebagai data yang sesungguhnya, dan mengeksplorasi kepribadian, sikap, dan nilai-nilai para hakim dalam upaya mencari penjelasan atas keputusan mereka.[33]

Hasilnya terkadang menarik dan seringkali mengecewakan. Kelemahan dalam skeptisisme peraturan, kalaupun memang ada, bukan berupa kelemahan logika melainkan kegagalan empiris. Fakta yang nampak di permukaan adalah bahwa sepertinya sebagian orang mematuhi sebagian peraturan pada waktu tertentu; atau barangkali sepertinya semua orang mematuhi sebagian peraturan pada waktu tertentu. Kami katakan "sepertinya" karena fakta tersebut sulit dibuktikan. Kebanyakan penulis tentang hukum dan kebanyakan peneliti tema pengadilan berpendapat bahwa para hakim dalam kebanyakan kasus benar-benar mengusahakan peraturan secara jujur atau tanpa muslihat dan berusaha mematuhinya. Ini adalah kesan yang diperoleh – suatu hipotesis yang tak teruji dan tidak lebih dari itu. Bila dianalisis lebih cermat lagi, hal itu mungkin terbukti keliru, tetapi beban pembuktiannya ada pada mereka yang menyangkal pentingnya peranan peraturan. Jelas, jika para petugas *yang lebih bawah* dalam sebuah hierarkhi tidak terikat pada peraturan dalam kadar *tertentu*, sulit untuk melihat bagaimana pemerintah akan berfungsi. Para juru tulis surat nikah,

para pekerja kerah-putih di biro-biro pensiun, pengawas daging, wool, dan pengawas lift harus dan memang mematuhi buku peraturan pada kebanyakan waktu – bahkan mereka mematuhinya nyaris dengan terlalu membuta, jika kita percaya pada studi-studi mengenai perilaku birokrasi. Pendeknya, sebagian peraturan benar-benar berperan, namun karena sebagiannya tidak, kita harus selalu menjelaskan mengapa yang ini berperan dan yang lain tidak; mengapa orang-orang ini dan bukan yang itu yang mematuhi peraturan. Bisa jadi sebabnya adalah karena ada paksaan atau ancaman paksaan – rasa takut si juru tulis kalau-kalau ia kehilangan pekerjaan. Barangkali sebabnya adalah loyalitas atau kebanggaan. Betapa pun, menentukan peraturan mana yang berperan, kapan, dan mengapa, menjadi masalah penelitian yang penting dalam studi sosial mengenai hukum.

Bagaimana halnya dengan prinsip? Karena prinsip hanya merupakan semacam peraturan, akan sama mudahnya bagi kita untuk menyangkal realitas prinsip seperti halnya kita menyangkal realitas peraturan. Hal ini memang lebih mudah karena prinsip memiliki kelemahan berupa abstraksi, dan dengan demikian prinsip memiliki daya lebih sedikit untuk bisa mengatur perilaku. Seseorang yang skeptis terhadap peraturan juga hampir selalu merupakan seseorang yang skeptis terhadap prinsip. Skeptisisme ini juga bisa dibahas hingga batas terjauhnya. Dalam peranannya sebagai penjaga dan standar validitas, prinsip-prinsip adalah fakta sosial yang kukuh – sekukuh fakta sosial berupa peraturan dan kadang bahkan lebih dari itu. Realitas prinsip-prinsip, bagaimana, kapan, dan mengapa, mereka berperan juga menjadi masalah empiris bagi agenda penelitian. []

CATATAN AKHIR

[1] Lihat juga deskripsi mengenai arbitrasi komersial dalam Robert L. Bonn, "The Predictability of Nonlegalistic Adjudication," 6 *Law and Society Rev.* 563 (1972).

[2] Ohio Rev. Code Ann. 2901.05.

[3] N. Y. Penal Code. 125.25, 70.00.

[4] Ohio Code Ann. 2901.05.

[5] Wash. Stat. Ann. 26.06.020.

[6] Definisi mengenai peraturan yang digunakan di sini memiliki kelemahan karena dengan demikian masyarakat-masyarakat tak bernegara yang tidak memiliki hakim, pengacara, atau petugas berarti tidak memiliki "peraturan." Seringkali keberadaan seorang "petugas" bisa ditemukan dengan cara agak melebarkan konsep

tersebut. Lihat Bab I, h. 6-7. Dan "peraturan" yang dibahas di sini hanyalah peraturan formal; setiap masyarakat mengikuti peraturan-peraturan.

[7] Michael Barkun, *Law Without Sanctions* (1968), h. 92.

[8] Pernyataan bahwa sesuatu yang tidak mengandung statemen sanksi bukan merupakan peraturan tidak berarti bahwa sanksi-sanksi selalu digunakan. Sudah jelas bahwa ada sebagian hukum yang tidak diberlakukan, dan juga jelas bahwa hukum bukanlah sekadar peraturan belaka.

[9] Sebagai contoh, di Jerman, dalam Artikel 138. BGB, suatu tindakan-hukum "tidak berlaku" bila hal itu bertentangan dengan moralitas; Gunther Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln* (1971).

[10] Conn. Rev. Stat. 46-23.

[11] Lihat Bab X.

[12] Lihat 47 U. S. C. A. 309(a); komisi mengabulkan permohonan bila "kepentingan umum, ketenteraman, dan hajat orang banyak terpenuhi."

[13] Wayne R. La Fave, *Arrest: The Decision to Take a Suspect Into Custody* (1965); John Kaplan, "The Prosecutional Discretion: A Comment," 60 *Nw. U. L. Rev.* 174 (1965); Robert L. Robin, "Agency Criminal Referrals in the Federal System: An Empirical Study of Prosecutional Discretion," 24 *Stan. L. Rev.* 1036 (1972); Brian A. Grosman, *The Prosecutor: An Inquiry into the Exercise of Discretion* (1969).

[14] Alasannya adalah barangkali hakim, seperti publik pada umumnya, yakin bahwa anak-anak akan lebih baik bila tinggal bersama ibunya.

[15] Robert L. Bonn, "The Predictability of Nonlegalistic Adjudication," 6 *Law and Society Rev.* 563 (1972).

[16] Lihat pembahasan mengenai subjek ini dalam Lawrence M. Friedman, "Legal Rules and the Process of Social Change," 19 *Stan. L. Rev.* 786, 791-792 (1967).

[17] Proses sebaliknya juga bisa terjadi.

[18] J. Willard Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States* (1956), h. 22.

[19] Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), h. 13-21.

[20] Tentu saja peraturan-peraturan yang ketat tidak menjamin hilangnya korupsi. Dalam faktanya, bisa kita katakan bahwa ketika peraturannya terlalu ketat, korupsi akan terjadi. Sebuah skema penjatahan akan menumbuhkan munculnya pasar gelap. Korupsi dan penyalahgunaan diskresi selalu berbeda dari satu kultur hukum ke kultur hukum lainnya. Lihat Bab IX, h. 24-225. Yang bisa kita katakan hanyalah bahwa, dengan hal-hal lainnya dalam keadaan sama, peraturan-peraturan objektif memang berguna untuk tujuan pencegahan. Lihat Kenneth C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry* (1969).

[21] Lihat, misalnya, studi mengenai kinerja Dinas Imigrasi dan Naturalisasi, Abraham D. Sofaer, "The Change of Status Adjudication: A Case Study of the Informal Agency Process," 1 *J. Legal Studies* 349 (1972).

[22] Hal ini bisa dibahas sampai jauh. Bahkan presiden pun harus tunduk kepada kehendak Kongres dan pengadilan, sementara di sisi lain petugas patroli rendahan di jalan memiliki banyak sekali diskresi dalam wilayahnya. Wayne R. La Fave, *Arrest: The Decision to Take a Suspect into Custody* (1965); Johannes Feest dan Erhard Blankenburg, *Die Definitions macht der Polizei* (1972).

[23] Lihat, untuk garis besarnya, Davis, catatan *supra* 20.

[24] Peraturan-peraturan, buku-buku peraturan, dan pelaksanaannya tidak selalu merupakan buatan pemerintah. Renungkan misalnya kasus seorang dokter bedah yang bertugas di dinas pemerintah, yang bertugas mengoperasi personel tentara. Sebagian besar "peraturan"-nya tidak dibuat oleh pihak angkatan bersenjata, melainkan oleh *profesi*-nya; ia mempelajarinya saat dulu belajar menjadi seorang dokter bedah; nilai-nilai profesi medis yang telah tertanam dalam dirinya itulah yang "memberlakukan" norma-normanya. Sistem hukum menggunakan para profesional di banyak bidang – para dokter, akuntan, perawat, insinyur, ahli biokimia. Ketika mereka melaksanakan peran mereka, mereka menggunakan buku peraturan mereka yang handal dan lazim. Para profesional bisa diberi "diskresi" untuk menjalankan urusan mereka, untuk sebagian karena kita tahu bahwa mereka hampir selalu akan mengikuti peraturan-peraturan yang baku dan akan dituntun oleh standard yang sudah umum. Tentu saja mereka akan diberi diskresi hanya bila sistem menghendaki agar peraturan dan standar profesi tersebut diikuti. Pihak angkatan bersenjata menghendaki agar dokter bedah bertindak sebagai seorang dokter dalam mengoperasi personel militer. Ketika peraturan-peraturan "profesional" tidak membuahkan hasil yang dikehendaki, hal itu akan diperlengkapi dengan peraturan-peraturan lainnya.

[25] Lihat esei cemerlang oleh Joel Handler, "Controlling Official Behavior in Welfare Administration," dalam Jacobus ten Broek, ed., *The Law of the Poor* (1966), h. 155.

[26] Alfred Conard et. al., *Automobile Accident Costs and Payments* (1964); H. Laurence Ross, *Settled Out of Court, the Social Process of Insurance Claims Adjustments* (1970).

[27] 27 *Riggs v. Palmer*, 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889).

[28] Sebaliknya, lihat Ronald Dworkin, "The Model of Rules," 35 *U. Chi. L. Rev.* 14 (1967), berpendapat bahwa pada dasarnya prinsip berbeda dari peraturan. Tetapi Dworkin menggunakan istilah "peraturan" dalam pengertian yang lebih terbatas daripada yang kita gunakan di sini. Bagi dia, suatu "peraturan" yang semakin jelas kelihatan sebagai peraturan akan semakin objektif adanya. Untuk pandangan lain mengenai pembedaan antara peraturan dan prinsip, lihat Joseph Raz, "Legal Principles and the Limits of Law," 81 *Yale L. J.* 823 (1972).

[29] Lihat, misalnya, "A Realistic Jurisprudence – the Next Step," 30 *Colum. L. Rev.* 431 (1930), dan "Some Realism about Realism," 44 *Harv. L. Rev.* 1222 (1931); pergerakan ini dibahas secara umum dalam Wilfrid E. Rumble, Jr., *American Legal Realism* (1968).

[30] *Law and the Modern Mind* (1930).

[31] Karl Llewellyn, "Some Realism about Realism," 44 *Harv. L. Rev.* 1222, 1236, 1237 (1931); mengenai pandangan instrumental mengenai hukum, lihat juga h. 204-209 buku ini.

[32] Lihat Joseph Borkin, *The Corrupt Judge* (1962), sebagai contohnya.

[33] Literatur mengenai hal ini amat banyak. Lihat, misalnya, Glendon Schubert, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior* (1959). Kebanyakan karya yang ada berfokus pada Mahkamah Agung Amerika Serikat, namun tidak semuanya; Daryl R. Fair, "An Experimental Application of Scalogram Analysis to State Supreme Court Decision," 1967 *Wis. L. Rev.* 449. Lihat juga Bab VII.

BAB III

DAMPAK HUKUM[1]

Salah satu fungsi penting dari peraturan adalah sebagai penuntun perilaku.[2] Dalam kondisi bagaimana orang-orang menggunakan atau bereaksi terhadap peraturan hukum? Dalam kondisi apa mereka menolak, menyalahgunakan, atau mengabaikan hukum? Bab ini membahas tema tersebut dengan beberapa definisi, pembedaan, dan proposisi. Dua bab berikutnya membahas tentang faktor-faktor spesifik yang membentuk atau mengubah perilaku hukum.

Tindakan hukum (*legal acts*) memiliki banyak bentuk. Keputusan apa pun yang dibuat oleh otoritas hukum, peraturan baru apa pun yang menegaskan peraturan lama adalah tindakan hukum. Suatu tindakan hukum pasti memiliki *dampak*, ketika hal itu secara kausal berkaitan dengan perilaku seseorang. Tindakan hukum dikatakan "efektif" ketika perilaku bergerak ke arah yang dikehendaki, ketika subjek patuh atau menurut. Banyak tindakan hukum tidak "efektif" dalam pengertian ini. Orang-orang mengabaikan atau melanggar ketentuan. Ketidakpatuhan secara sengaja mungkin menjadi bagian dari sebuah sistem perilaku yang, bagaimanapun juga, bertalian dengan sistem hukumnya. Sebagai contoh, perampokan menggunakan senjata dilarang oleh hukum. Kita tidak akan mengatakan bahwa perampokan bersenjata merupakan bagian dari "dampak" peraturan yang melarangnya, kecuali kejahatan itu terkait sedemikian rupa dengan norma. Betapa pun juga, norma pun berpengaruh pada cara-cara yang digunakan oleh para perampok; misalnya mereka mengenakan topeng, yang dalam keadaan biasa tidak akan mereka lakukan, kecuali untuk menghindari kemungkinan tertangkap dan dihukum karena melanggar hukum. Dengan demikian mengenakan topeng *merupakan* bagian dari dampak tindakan hukum konkret. Dengan kata lain, dampak

merupakan sesuatu yang lebih dari sekadar kepatuhan; dampak adalah efek total suatu tindakan hukum terhadap perilaku, entah itu positif atau negatif.[3]

Dampak mengacu pada perilaku, sementara perilaku terkadang bisa diukur secara kuantitatif. Ada tindakan-tindakan hukum yang bahkan bisa kita buat skala dampaknya, yang mengukur dampak dari 100 (dampak *positif* sempurna) hingga nol (untuk pengabaian total), dengan berbagai skor di antaranya. Bayangkan misalnya satu unit pasukan yang terdiri atas 100 orang berdiri berbaris. Komandan memerintahkan orang-orang itu untuk mengambil satu langkah ke depan. Jika enam puluh lima prajurit mengambil satu langkah penuh ke depan, komandan telah meraih skor enam puluh lima menurut skala imajiner kita. Jika tidak seorang pun prajurit yang menggeser langkahnya, perintah komandan akan memiliki skor nol dari segi dampaknya. Juga bisa ada respon *negatif*. Sebagian prajurit mungkin melangkah tetapi ke arah belakang, atau lari menjauh, atau menembakkan senapan mereka pada komandan. Dengan kata lain, ketidakpatuhan semata akan menempati semacam satu titik nol netral – jika orang-orang itu, misalnya, tidak mendengar suara perintah atau mempertanyakan perintah tersebut. Kita bisa memberikan skor negatif kepada tipe-tipe penolakan untuk patuh, khususnya yang berupa pergerakan atau persekongkolan untuk memberontak, dan untuk melakukan sesuatu yang membuat frustrasi atau mengacaukan perintah. Dengan begitu respon negatif merupakan serangan terhadap *perintah itu sendiri* atau terhadap *otoritas orang yang memberikannya*. Dari sudut pandang seorang komandan, hal demikian tentu lebih berat dari sekadar sikap tidak patuh.

Contoh mengenai para prajurit di atas menggambarkan situasi yang cukup sederhana. Meskipun demikian di sini tipe-tipe ketidakpatuhannya pun beragam sekali. Jika beberapa prajurit tetap berdiri di tempat atau melangkah ke depan namun tidak sepenuhnya, jika mereka lari, atau jika mereka menembak komandannya atau mencoba memberontak. Perintah komandan menghendaki respon positif: Sebuah perilaku tunggal yang spesifik. Kebanyakan perintah jenis ini, seperti dalam contoh kita, menghasilkan jenjang-jenjang dampak yang amat beragam sejak dari kepatuhan penuh secara sigap, ketidakpatuhan biasa, hingga ke penolakan dan perilaku memberontak. Seseorang bisa mengirimkan formulir pajak penghasilannya pada waktunya dan secara jujur; ia bisa melakukannya belakangan atau tidak sama sekali, atau belakangan dengan curang. Tidak setiap perintah hukum atau peraturan memiliki karakteristik seperti ini. Sebagian

hanya menghendaki respon negatif. Mereka memberitahukan pada orang-orang untuk tidak merampok, membunuh, atau memperkosa. Untuk peraturan-peraturan ini, biasanya tidak terbayang oleh kita jenjang-jenjang kepatuhan dan ketidakpatuhan. Pembunuhan adalah pelanggaran atas hukum yang melarang pembunuhan; tidak ada perbedaan antara ketidakpatuhan sekadarnya dan ketidakpatuhan yang berlebihan.[4] Tentu saja, ada perbedaan di antara berbagai pembunuhan yang relevan dengan persoalan sebaik apa sistemnya bisa menenggang ketidakpatuhan. Sebuah kejahatan karena emosi tetap saja merupakan "pembunuhan" sebagaimana halnya pembunuhan karena alasan politik, tetapi konsekuensinya bagi masyarakat bisa jadi amat berbeda.[5]

Kepatuhan dan pelanggaran terkadang mudah untuk dibedakan dan sama-sama terpisah. Namun demikian biasanya kita akan kesulitan untuk mengatakan apa yang termasuk kepatuhan dan apa yang tidak. Bagi para prajurit di atas, jelas bahwa satu langkah penuh ke depan adalah kepatuhan. Akan tetapi ada berbagai macam langkah – langkah separuh, langkah ke samping, langkah malas-malasan dan langkah yang tidak sempurna. Sistem hukum mengeluarkan ribuan perintah, banyak di antaranya yang amat seksama dan amat rumit. Subjek juga merespon dengan cara-cara yang seksama dan rumit. Sebagian respon jelas-jelas merupakan kepatuhan, sebagian jelas-jelas melanggar, yang lainnya berada di tengah-tengah. Ada berbagai cara untuk "merekayasa" pengisian formulir pajak.

Secara umum seorang subjek bisa dikatakan *patuh* bila ia secara jujur berusaha memenuhi apa yang dikehendaki oleh pembuat peraturan, sebagaimana yang dipahami oleh subjek. Dengan kata lain kepatuhan adalah mengetahui kesesuaian diri dengan norma atau perintah,[6] kesiapan yang disengaja dari sebuah perilaku hukum yang mengacu pada tindakan hukum yang menyebabkannya.[7] Kepatuhan dan pelanggaran adalah dua ujung dari satu batang yang sama. Di antara perilaku hukum yang ada di tengah-tengah, salah satu jenis yang penting bisa disebut sebagai *penghindaran*. Perilaku menghindar membuat frustrasi tujuan dari suatu tindakan hukum, namun tidak tergolong dalam ketidakpatuhan atau, dalam hal tertentu, kesalahan hukum. Setiap sistem hukum merupakan gudang penyimpanan dari contoh-contoh sejarah. Di Amerika Serikat, negara-negara selatan berkelit dan menghindar dengan berbagai cara yang legal dan ilegal untuk menghindari keputusan pengadilan tahun 1954 yang memerintahkan agar sekolah-sekolah dibuka bagi anak-anak kulit putih dan kulit hitam secara setara.[8] Praktik pajak juga menghasilkan contoh-

contoh nyata penghindaran ini. Pengadilan dan lembaga-lembaga pajak terus menerus meneliti untuk sampai pada keputusan apakah seorang pembayar pajak masih berada dalam wilayah hukum atau telah "melangkah terlalu jauh."[9]

Istilah *kepatuhan, pelanggaran,* dan *penghindaran* paling tepat dikaitkan dengan satu jenis perilaku hukum – perilaku yang berkenaan dengan perintah atau regulasi. Betapa pun juga, ada banyak bagian penting dari hukum di mana peraturan-peraturan pada umumnya tidak berupa "perintah" sama sekali melainkan berupa otorisasi atau cetak biru bagi struktur dan fasilitas. Semua peraturan cenderung untuk mengarahkan perilaku, tetapi banyak di antaranya yang tidak diungkapkan dengan istilah harus dan tidak boleh; semua ini tidak menyajikan konsep "ketidakpatuhan." Sebagai contoh, banyak peraturan hukum yang berkenaan dengan pembuatan kontrak dan wasiat. Suatu kontrak penjualan tanah harus dalam bentuk tertulis. Begitu juga sebuah wasiat. Sebuah surat wasiat atau kontrak tanah secara lisan tidak akan berkekuatan hukum, namun demikian bukan merupakan "pelanggaran" jika seseorang membuat wasiat secara lisan atau bahkan mati tanpa membuat wasiat sama sekali. Begitu juga tidak termasuk sebagai "kepatuhan" pada hukum bila kita membuat kontrak tanah dalam bentuk tertulis. Kontrak dan wasiat adalah persoalan pilihan. Dalam kebanyakan hukum sipil (perdata), peraturan tidak berupa perintah; dan istilah-istilah seperti *penggunaan (use), pengabaian (nonuse), dan penyalahgunaan (misuse)* (sepadan artinya dengan *kepatuhan, pelanggaran, dan penghindaran*) lebih sesuai untuk peraturan-peraturan ini. Orang-orang juga menggunakan, menyalahgunakan, atau mengabaikan peraturan ini.[10] Hukum sipil secara keseluruhan kalah meriah dibandingkan hukum pidana, namun negara modern hampir tidak bisa berjalan tanpanya.

DAMPAK DAN KONSEP TUJUAN

Istilah *dampak*, seperti digunakan di sini, mengandung arti perilaku yang secara kausal terkait dengan peraturan atau perintah, terlepas dari apa yang ada dalam benak si pembuat peraturan. Tetapi, setidaknya dalam bahasa sehari-hari, ada satu model lain mengenai dampak positif atau efektivitas yang benar-benar bergantung pada tujuan atau maksud sebuah peraturan. Ketika orang-orang berkata bahwa sebuah hukum gagal atau berhasil mencapai tujuannya, mereka tengah mengukur dampak sejauh mana perilaku tertentu sesuai dengan tujuan. Perilaku yang sesuai dengan

tujuan adalah positif; perilaku yang menyimpang darinya adalah negatif. Perilaku lainnya, walaupun secara kausal terkait dengan peraturan, hanya berarti bila hal itu terkait dengan tujuan atau maksud. Dengan demikian, sebuah hukum bisa dipandang "gagal," sungguhpun para subjek mematuhi secara harfiah pedoman-pedomannya atau menggunakannya sepenuhnya, jika tujuannya tidak terpenuhi. Orang-orang juga biasanya membedakan antara "semangat" dan "teks" hukum. Tanpa pembedaan semacam itu, akan sulit bagi kita untuk berbicara tentang "penghindaran" atau "penyalahgunaan" hukum, kecuali dalam pengertian pelanggaran yang lihai namun pasti.

Tujuan dan maskud merupakan konsep yang sulit untuk dibahas. Tujuan adalah *maksud* para pembuat hukum. Cukup sulit untuk mengetahui apa yang dikehendaki oleh pihak otoritas. Sebuah badan legislatif terdiri atas ratusan orang. Banyak keputusan yang dibuat oleh panel atau komisi. Para pembuat hukum mungkin memiliki banyak maksud yang berlainan. Mereka mungkin mengatakan sesuatu namun tujuannya bukan itu.

Sekali lagi, apakah tujuan atau maksud berarti pengertian *aslinya*? Apakah hal itu yang ada dalam benak legislator ketika mereka membuat hukum, barangkali berabad-abad yang lalu? Apakah ide dan kebutuhan sosial yang baru relevan dengan "tujuan" sebuah hukum? Konsep "maksud" dan akibatnya pada interpretasi perundangan tidak henti-hentinya dibahas dalam literatur hukum.[11] Seorang hakim menghadapi masalah ini ketika ia dituntut untuk "menerapkan" sebuah undang-undang atau regulasi. Masalah juga muncul bagi para aktor hukum lainnya, para administrator, polisi – bahkan bagi para warga biasa yang dituntut untuk mematuhi norma atau perintah tertentu dalam kehidupan sehari-hari. Maksud tidak sama dengan tujuan *tersurat*. Retorika sebuah peraturan seringkali tidak mengungkapkan "alasan riil" di baliknya. Ada banyak lapisan dan hierarkhi maksud., misalnya, apa tujuan sistem peraturan mengenai kecelakaan kendaraan bermotor? Salah satu tujuannya, yang disebut oleh Guido Calabresi sebagai "keadilan", adalah untuk menyesuaikan biaya atau konsekuensi secara adil di antara orang-orang yang terlibat dalam kecelakaan itu. Tujuan lain adalah untuk mengurangi jumlah dan masalah akibat kecelakaan itu sendiri. Yang lainnya lagi adalah untuk menurunkan biaya sosial dari kecelakaan, berapa pun jumlahnya. Satu subtujuan penting adalah untuk mengurangi biaya pengurusan sistem penanganan kecelakaan. Peraturan kecelakaan yang berbeda berlaku

untuk mencapai tujuan yang berbeda. Sebagai contoh, hukum ganti rugi menyebut tentang ketentuan batas masa berlaku. Sesudah berlalu tenggat waktu tertentu, seorang yang dirugikan tidak bisa menggugat pihak lainnya atas kerugian yang timbul. Peraturan ini tidak mencegah terjadinya kecelakaan atau memangkas biaya sosialnya. Hal itu berlaku sebagai tujuan administratif dan, bisa jadi, juga sesuai dengan pandangan masyarakat mengenai asas keadilan.[12] Bahkan satu buah tindakan hukum pun bisa memunculkan persoalan konflik antartujuan. Mengapa ada rambu-rambu dan lampu lalu lintas? Apakah hal itu untuk menghindarkan kecelakaan? Untuk mempercepat arus lalu lintas? Untuk memastikan siapa yang berhak berjalan? Apakah semua tujuan itu berlaku atau kombinasinya?

Kita juga harus membedakan antara tujuan *langsung* dan *tidak langsung*. Tujuan langsung adalah perilaku tertentu yang diperintahkan atau diperbolehkan. Titik dasar atau sasarannya adalah tujuan tidak langsung. Peraturan-peraturan biasanya memiliki tujuan langsung maupun tidak langsung. Pada abad kesembilan belas, peraturan-peraturan hukum ganti rugi menyulitkan kaum pekerja untuk mendapatkan ganti rugi akibat kecelakaan kerja. Mengapa? Kita bisa berasumsi bahwa pada masa itu ada keyakinan di kalangan kaum elite bahwa peraturan-peraturan yang ada akan menyelamatkan industri-industri baru dari biaya ganti rugi yang besar dan walhasil akan meningkatkan pertumbuhan ekonomi – suatu tujuan tidak langsung dengan bobot yang berat.[13] Selama berlangsung perang Vietnam, Kongres menyatakan bahwa tindakan membakar kartu wajib militer merupakan tindak kejahatan. Satu tujuan tidak langsungnya adalah untuk menghalangi kampanye melawan wajib militer dan pergerakan menentang perang Vietnam.

Ringkasnya, apa yang dikatakan oleh hukum untuk anda kerjakan atau tidak dikerjakan adalah tujuan *langsung*; tujuan *tidak langsung*-nya adalah apa yang diharapkan hendak terwujud, jika anda mematuhinya. Juga ada perbedaan antara tindakan primer dan serta-merta, yang dituntut, dianjurkan atau dilarang oleh sebuah peraturan dan konsekuensi yang tidak tidak disengaja atau *efek samping* dari sebuah peraturan. Selama Masa Pelarangan Minuman Keras (Prohibiton), penjualan minuman keras ditetapkan sebagai hal ilegal di Amerika Serikat. Para gangster mengambil alih perdagangan minuman beralkohol, dan pengadilan pun sesak dengan kasus-kasus Pelarangan. Ini adalah *efek samping*. Efek samping tidak selalu negatif. Efek samping positif bisa kita namakan sebagai suatu *fungsi* – suatu hasil yang bermanfaat, tidak diperkirakan, dan tidak kentara.[14] Hukum

mengenai surat izin mengemudi, misalnya, memiliki *fungsi* tambahan untuk melengkapi orang-orang dengan kartu identitas yang praktis, yang bisa digunakan untuk mencairkan cek dan kredit.

Joseph Gusfield menarik garis batas antara tujuan simbolis dan instrumental dari suatu peraturan atau hukum.[15] Suatu hukum adalah instrumental jika ia tertuju pada perilaku konkret; hukum semacam ini memiliki "efek yang kecil" kecuali benar-benar diberlakukan. Hukum simbolis "tidak bergantung pada pemberlakuan untuk bisa menghasilkan efek." Mereka menjadi bermakna dengan "mensimbolisasikan penegasan publik mengenai cita-cita dan norma sosial di samping [dengan] kontrol sosial secara langsung." Hukum minuman keras memiliki efek instrumental jika orang-orang berhenti minum. Ia juga bisa memiliki efek simbolis jika ia berhasil meyakinkan orang-orang bahwa meminum itu salah; atau bahwa norma orang-orang yang tidak minum adalah lebih baik daripada mereka yang minum. Dengan kata lain, hukum simbolis ditujukan pada *sikap*; hukum instrumental pada perilaku. Dimungkinkan bila suatu hukum pemantangan bisa memiliki efek simbolis, meskipun jika tidak seorang pun minum; hukum bisa jadi amat gagal secara instrumental dan amat sukses secara simbolis. Sebaliknya, suatu hukum bisa sukses *secara instrumental* dan gagal dalam wilayah simbolis.

Ada masalah dalam pembedaan Gusfield ini. Apakah pembedaan itu bersandar sepenuhnya pada maksud sebuah hukum? Apakah para tokoh pemantangan benar-benar berjuang untuk mengedepankan norma-norma mereka, terlepas dari banyaknya para peminum? Atau apakah mereka secara fanatik menentang minum – minum yang riil dan aktual? Kita meragukan bila mereka akan menganggap bahwa kemenangan simbolik saja merupakan hal yang layak diperjuangkan. Dalam perkiraan kami, pergerakan-pergerakan sosial pada dasarnya bersifat instrumental. Jarang mereka *terutama* memperhatikan nilai-nilai simbolis. Tetapi wilayah simbolis adalah hal yang penting. Dominasi norma-norma itu sendiri secara instrumental merupakan hal yang berguna. Simbol adalah senjata kalaupun bukan tujuan. Suatu pergerakan yang bisa memiliki kontrol atas norma-norma resmi akan menempati kubu pertahanan yang kecil namun strategis. Lebih dari itu, ada interaksi halus antara peraturan-peraturan resmi dan apa yang dipandang oleh publik sebagai hukum yang sah; pada akhirnya, norma-norma resmi bisa jadi memiliki daya tarik magnetis tertentu bagi perilaku. Untuk sementara, bisa dikatakan bahwa gagasan Gusfield menambah kerumitan pembahasan mengenai

dampak hukum, karena tidak ada tolok ukur untuk mengukur efek simbolis ini.

PENGUKURAN DAMPAK

Banyak problema yang bisa disisihkan atau diabaikan jika kita kembali pada model dampak yang lebih sederhana. Perilaku apa pun yang secara kausal berkaitan dengan tindakan hukum adalah dampak, terlepas dari makna atau tujuan dari perilaku itu. Pengukuran dampak adalah hal yang sulit. Pertama, ada persoalan mengenai sebab dan akibat. Bagaimana kita bisa tahu bahwa suatu peraturan mempengaruhi perilaku? Bisakah kita membedakan *efek-efek hukum* dari efek-efek faktor lainnya? Persoalan yang paling akut terdapat pada hukum-hukum mapan yang sudah lama dan khususnya hukum-hukum yang tertanam di kesadaran nurani suatu masyarakat. Setiap negara beradab memiliki bentuk hukum tertentu yang melarang pembunuhan dan memiliki staf tertentu untuk memberlakukan hukum ini. Namun peran apa yang secara aktual dimainkan oleh hukum, proses hukum, dan staf itu dalam menjaga agar tingkat pembunuhan tetap rendah? Dengan kata lain, apa *dampak* dari sistem hukum? Tidak seorang pun, sampai sekarang, yang benar-benar tahu.

Dengan demikian problemanya adalah bagaimana memisahkan berbagai jalur perilaku, menentukan bagian yang tepat bagi norma-norma dan institusi hukum, adat, kebiasaan, kesadaran nurani, dan tekanan kekuatan-kekuatan sosial yang lainnya. Bagi hukum-hukum yang baru, yang tuntutan terhadap perilakunya terlihat pasti dan objektif, mata rantai kausalnya terkadang lebih mudah untuk diikuti., misalnya, dimungkinkan untuk menghitung berapa banyak orang yang mengajukan permohonan surat izin mengemudi dan, dengan upaya tertentu, untuk mengetahui berapa banyak orang yang membawanya. Tidak ada "norma" atau "adat istiadat" mengenai surat izin mengemudi sebelum hukum diberlakukan. Ketika negara membentuk hukum ini, maka mereka menggerakkan suatu proses yang memiliki efek kausal terhadap perilaku para pengemudi kendaraan bermotor. Tentu saja, kita tidak tahu seperti apa ciri "hukum" yang secara aktual mengarah pada perubahan perilaku. Jelas, hal itu bukan hanya berupa tulisan atau bentuk norma semata. Bisa jadi ada kampanye publikasi; sanksi-sanksi untuk memberlakukan hukum tersebut mungkin menghasilkan efek tertentu. Karena itu kita tidak bisa begitu saja mengatakan bahwa hukum "menyebabkan" perubahan perilaku. Tetapi paling

tidak kita lebih mendekati data-data yang ada mengenai *dampak* yang bisa diukur.

Dengan kata lain, ada dua faktor yang membuat efek dari sebuah perilaku relatif mudah diukur. Pertama, peraturan itu sendiri harus menghendaki perilaku yang mudah dilihat atau diamati. Kedua, kita harus mampu memisahkan perilaku ini dari apa yang mungkin terjadi bila tidak ada hukum. Jika kita menurunkan batas kecepatan mengemudi yang diperbolehkan, kita harus mampu mengatakan bukan hanya mengenai berapa banyak orang yang mematuhinya, melainkan juga berapa banyak orang yang telah *mengubah* perilaku mereka. Untuk itu kita membutuhkan data sebelum-dan-sesudahnya – wawancara dengan para pengemudi, perbandingan dengan kota-kota serupa yang memiliki batas kecepatan yang berbeda, dst.

Hukum-hukum dan peraturan "lama", yang berakar pada "adat kebiasaan" umumnya tidak memiliki ciri yang kedua ini – data mengenai apa yang akan terjadi bila tidak ada hukum. Hukum yang melarang pembunuhan adalah sebuah norma tua yang klasik. Mengenai pembunuhan, kita paling jauh hanya bisa mengetahui *tingkat* pelanggarannya, suatu ciri esensial dalam studi mengenai dampak. Banyak pelanggaran lainnya, yang meskipun bisa diukur, tetapi sulit untuk dideteksi, khususnya apa yang disebut kejahatan tanpa korban di mana "angka kabur"-nya (tingkat kejahatan yang tidak diketahui) luar biasa tinggi. Banyak kejahatan yang tidak dilaporkan.[16] Banyak yang tidak terdeteksi seperti ditunjukkan oleh studi-studi mengenai pengutilan barang di toko.[17] Efek-efek yang paling sulit untuk diukur adalah yang terkait dengan peraturan-peraturan yang menggunakan istilah-istilah kabur yang multitafsir – kata-kata seperti "wajar" atau "aman" atau "kemauan baik."[18] Efek-efek jangka panjang dan bersifat tidak langsung sulit untuk diukur pada peraturan manapun. Apa efek dari hukum surat izin mengemudi terhadap tingkat kecelakaan? Terhadap pola-pola berlalu lintas? Terhadap masyarakat secara umum?

Saat ketika kita melakukan pengukuran efek juga penting. Kepatuhan bisa jadi bersifat sementara atau bisa jadi perlu waktu untuk menetap. Seringkali perubahan perilaku berlangsung lambat. Studi mengenainya pada saat tertentu akan menghasilkan satu hal; studi mengenainya pada saat lain akan menghasilkan hal lain. "Kepatuhan terhadap berbagai perintah pengadilan," kata Martin Shapiro, "membutuhkan waktu panjang dan bisa jadi diperantarai oleh banyak fenomena pembelajaran sosial .... Pada akhirnya, "perintah-perintah" baru dari pengadilan ... kemungkinan

akan menciptakan periode kekacauan dan ketidakseimbangan dalam sistem sosial yang kompleks."[19] Dampak dari keputusan *Brown*, yang membaurkan sekolah-sekolah antar ras, tidak langsung berlaku sepenuhnya hingga dua puluh tahun. Banyak peraturan yang pada saatnya akan menjadi matang sebagai adat kebiasaan. Apa pun dampak awal dari hukum surat izin mengemudi, membawa SIM dalam dompet kemudian menjadi praktik, dan akhirnya menjadi kebiasaan yang nyaris diterima secara universal, sebagai bagian dari kehidupan sehari-hari kita, sama alaminya seperti bernafas. Sampai sekarang sulit untuk dikatakan seberapa banyak bobot yang ditimpakan oleh pengetahuan dan penerimaan diri atas norma-norma formal, seberapa banyak oleh ancaman penerapan, seberapa banyak oleh kebiasaan, dan seberapa banyak oleh kesadaran batin mengenai apa yang benar dan salah.[20] Jelas bahwa dampak dan motif untuk patuh tidak sama di berbagai tahapan daur kehidupan sebuah hukum.

Seseorang mematuhi sebuah tindakan hukum hanya bila ia secara sadar mengubah perilakunya dengan cara yang bisa diamati. Jadi kepatuhan adalah perilaku sadar, bukan perilaku yang tidak sadar atau terpaksa. Bagaimana bisa kita memisahkan antara hal yang disadari dan tidak disadari? Metode ilmiah akan menjalankan eksperimen terkontrol. Para ahli telah mengkaji sikap-sikap terhadap hukum melalui eksperimen-eksperimen yang terkontrol,[21] dan sudah ada beberapa studi mengenai perilaku hukum,[22] namun studi-studi mengenai dampak masih kurang jumlahnya seperti halnya kurangnya keberadaan kelompok-kelompok kontrol.

Pengalaman biasa terkadang bisa berfungsi sebagai pengganti sementara atas ketiadaan kelompok kontrol, setidaknya dalam pengukuran dampak jangka pendek yang bersifat langsung dan pasti. Orang-orang Amerika harus mengirimkan formulir pajak penghasilan mereka pada atau sebelum tanggal 15 April setiap tahunnya. Jika kita tahu secara kasar berapa banyak orang yang memiliki penghasilan yang terlaporkan, kita bisa menghitung pengembalian dan mengukur kekurangannya. Kita tahu bahwa tanpa ada *hukum* pajak penghasilan atau tindakan hukum semacamnya, tidak seorang pun yang akan mengirimkan formulir pajak penghasilannya. Dengan demikian kita tidak memerlukan kelompok kontrol. Kita bisa bersandar pada pengalaman untuk mengetahui apa yang akan dilakukan oleh kelompok kontrol, bila perilaku yang dipersoalkan itu perilaku yang detail dan pasti, diciptakan oleh atau melalui hukum. Bahkan di sini pun ada hal yang harus kita ingat. Tidak akan terlalu berarti bila dikatakan bahwa "hukum" membuat orang-orang mengirimkan formulir pajak

mereka. Bukan perkataan undang-undang yang bertindak secara ajaib dengan sendirinya melainkan perkataan *plus* publikasi, institusi-institusi pendukung, dan ancaman sanksi. Yang mana di antara hal-hal ini dan dalam kadar apa yang "mempengaruhi" perilaku, kita tidak bisa mengetahuinya.

Teknik-teknik lainnya bisa menggantikan peran kelompok kontrol yang tidak ada. Salah satu teknik adalah simulasi: juri bohongan, persidangan pura-pura, dan semacamnya.[23] Tiga orang ahli, misalnya, mencoba mengukur perbedaan hasil antara persidangan *adversary* (yang mengadili konflik antara dua pihak) dan persidangan "*inquisitorial*" (yang mengadili secara investigatif satu pihak) melalui studi eksperimental berupa simulasi persidangan.[24] Teknik lainnya adalah dengan eksperimen semu. Donald Campbell dan Laurence Ross mengkaji efek razia terhadap tindakan mengebut di Connecticutt.[25] Mereka membandingkan tingkat kematian sebelum dan sesudah razia; mereka juga membandingkan tingkat Connecticut dengan negara-negara bagian yang bersebelahan. Di sini istilah "sebelum" berlaku sebagai kelompok kontrol bagi "sesudah", dan negara-negara tetangga berlaku sebagai kontrol alamiah bagi negara bagian yang tengah dikaji.[26]

Berbagai pemerintah juga seringkali menjalankan demonstrasi dan proyek-proyek rintisan. Semua ini, dalam pengertian tertentu, merupakan eksperimen-semu. Sebagai contoh, Otoritas Pemuda California melaksanakan sebuah eksperimen terkontrol di dua kota California. Otoritas menggunakan dua kelompok anak-anak nakal: Satu kelompok dibiarkan dalam pengawasan dan diberi "konseling intensif"; kelompok lainnya "ditempatkan dalam institusi-institusi pidana reguler bagi anak-anak California." Kemudian otoritas membandingkan hasil-hasilnya.[27] Perbandingan antara sistem-sistem hukum atau institusi juga bisa menjelaskan tentang dampak. Hakim Brandeis menyebut negara-negara bagian Amerika sebagai "laboratorium" reformasi sosial.[28] Sebuah hukum baru yang penting, yang lolos di sebuah negara bagian, menjadi semacam eksperimen yang wajar. Kontrol-kontrolnya adalah negara-negara bagian lainnya, yang serupa dari segi kultur dan ekonomi, yang tidak memiliki hukum baru. Negara bisa menerbangkan balon-balon percobaan di salah satu atau beberapa daerah. Prancis pada tahun 1960-an melembagakan sebuah prosedur sipil dengan cara sedikit demi sedikit, mencobakannya pada beberapa pengadilan sebelum memberlakukannya secara umum di semua pengadilan.[29] Kita juga bisa membandingkan pengalaman-pengalaman

hukum di antara berbagai bangsa.[30] Jepang, Prancis, dan Australia semuanya adalah negara-negara industri yang memiliki bentuk ekonomi pasar tertentu. Membandingkan sistem hukum yang mereka miliki mungkin bisa memperlihatkan hukum mana yang menjadi pemacu ekonomi dan mana yang tidak relevan. Bagaimanapun juga, di sini ada banyak faktor lain yang mungkin masuk sehingga untuk saat ini mustahil kita harapkan adanya kepastian ilmiah.

Teori sosial bisa menjadi pengganti yang penting bagi ketiadaan kelompok kontrol. Jika kita tahu bagaimana seseorang *pasti* akan bertingkah laku ketika ada faktor-faktor A, B, C, dan D, maka ketika kita menambahkan faktor E (dan hanya E), kita bisa mengatakan bahwa perubahan ini disebabkan oleh E. Para ahli ekonomi, misalnya, cenderung untuk menyepakati proposisi dasar tertentu mengenai perilaku ekonomi. Ini berarti para ekonom tersebut bisa menggunakan teori sebagai pijakan dasar. Seorang ekonom tahu, atau mengira dirinya tahu, bagaimana ekonomi akan berlaku dalam suasana kompetisi murni. Dengan begitu ia mungkin mampu "membuktikan" efek-efek intervensi hukum bahkan tanpa ada kelompok kontrol dari masyarakat.[31]

Namun semua ilmu sosial, bahkan ilmu ekonomi, memiliki kesenjangan yang lebar di antara teori-teori mereka dan juga di banyak wilayah yang diperdebatkan dengan sengit. Karena itu, untuk saat ini mereka tidak mampu banyak membantu bagi studi mengenai perilaku hukum justru pada bagian-bagian yang amat penting dan menarik.

DAMPAK: BEBERAPA PRASYARAT

Untuk membangun sebuah teori mengenai perilaku hukum, kita harus mengawalinya dengan sebuah daftar prasyarat mengenai dampak dan statemen empiris mengenai prasyarat tersebut. Teori semacam itu, seperti akan kita lihat, juga akan memuat proposisi-proposisi mengenai sanksi-sanksi, kultur hukum, legitimasi, pembelajaran sosial, pengaruh kelompok-sebaya, dan faktor-faktor lain yang mempengaruhi perilaku hukum.

Setidaknya ada *tiga* kondisi yang harus dipenuhi sebelum suatu tindakan hukum, yakni peraturan atau norma, bisa memiliki dampak terhadap orang tertentu yang menjadi sasarannya. Pertama, peraturan atau norma itu harus *dikomunikasikan* kepada subjek. Kedua, subjek harus *mampu* melaksanakan atau, bila tidak, mereka tidak melaksanakannya. Ketiga, subjek harus memiliki *dorongan* untuk menjalankannya – berangkat dari keinginan,

rasa takut, atau motif lainnya. Syarat kedua merupakan syarat yang lemah, yang mudah ditemui dalam kasus biasa. Suatu hukum yang memerintahkan orang untuk terbang tentu saja akan sia-sia saja. Ada contoh-contoh perilaku–perkosaan mungkin salah satunya–di mana kebanyakan pelanggar adalah orang-orang yang tidak bisa menahan diri mereka. Kita akan kembali nanti pada bahasan ini. Prasyarat ketiga, dorongan untuk menjalankan, adalah tema dua bab berikutnya. Teori mengenai *sanksi*, misalnya, berkenaan dengan teknik-teknik yang mendorong orang-orang untuk mengikuti, menggunakan, atau mengabaikan hukum.

Betapa pun juga kita harus membahas tentang *komunikasi* norma-norma. Hal tersebut jelas vital bagi sistem hukum manapun.[32] "Sudah menjadi aksioma bahwa tidak seorang pun yang bisa mengarahkan perilakunya menurut hukum kecuali ia mengetahui hukum itu."[33] Sistem hukum sebagai suatu keseluruhan atau jaringan peraturan mungkin bisa — dengan menciptakan dan memelihara simbol-simbol, proses, dan struktur — mengubah perilaku bahkan ketika orang yang mengubah perilaku itu tidak mengetahui peraturan dan norma-norma tersebut. Tetapi suatu jaringan komunikasi mutlak vital bagi peraturan-peraturan tertentu dalam jangka pendek.

Komunikasi terbentuk di dalam sistem hukum. Hukum dan dekrit-dekrit dipublikasikan. Yang juga penting adalah keputusan-keputusan yudisial. Selain segi-segi lain yang ada padanya, semua keputusan yudisial, di samping hukum, ordinansi, peraturan, atau dekrit, adalah pesan. Keputusan adalah suatu "cara komunikasi yang pokok" dalam sistem hukum.[34] Pesan dari sebuah kasus bisa jadi tertuju pada audiens langsung dan tidak langsung. Sebagai contoh, *Gideon v. Wainwright* (1963),[35] sebuah kasus penting mengenai hak tertuduh untuk mendapat pembelaan, menyampaikan pesan langsung untuk pengadilan di Florida di mana kasus itu muncul. Pesan ini berupa perintah agar Gideon diberi kesempatan lagi untuk menjalani sidang ulang. Opini tersebut juga membawa pesan, yang tentu saja tidak begitu langsung, bagi para hakim dan petugas lainnya di Florida, negara-negara bagian lainnya, dan bagi para pengacara kriminal secara umum, menggariskan apa yang dikehendaki oleh Mahkamah Agung berkenaan dengan perilaku mendatang. Hal ini menjadi "peraturan" bagi kasus tersebut: Negara bagian harus menyediakan pengacara, secara gratis, sebagai hak bagi orang-orang yang dituduh atas kejahatan serius. Pesan ini juga sampai kepada setiap orang yang tengah atau mungkin dikenai tuduhan kejahatan. Kasus itu juga membawa pesan lain yang lebih kabur

(atau bisa dinamakan sebagai isyarat) mengenai jalur apa yang kemungkinan akan diambil oleh Pengadilan dalam kasus-kasus serupa. Pesan ini juga mungkin menciptakan harapan baru dan kecemasan baru di kalangan para petugas penegak hukum, pengacara, dan barangkali di antara pencuri dan calon pencuri. Kasus-kasus sipil juga mengandung pesan – bagi pihak yang berperkara, bagi pengadilan-pengadilan lainnya, bahkan terkadang bagi publik secara umum – mengenai apa kiranya yang akan diperbuat pengadilan terhadap tindak kelalaian, barang-barang tidak bermutu, pencemaran nama baik, atau perubahan batas daerah pemilihan umum.

Suatu pesan bisa diberikan secara langsung – tatap muka atau melalui telepon. Pesan juga bisa disampaikan dengan sarana yang tidak begitu langsung – dengan surat, telegram, atau dengan iklan khusus di surat kabar. Pesan bisa dikhususkan untuk satu per satu orang atau dikirimkan tersebar, dengan pengeras suara, siaran televisi, atau dicetak di koran. Dengan hal-hal lain dalam keadaan yang sama, maka semakin langsung sarana komunikasinya, semakin besar kemungkinan pesan itu akan mencapai audiens yang tepat dalam bentuk yang akurat. Jika Smith memberikan sebuah perintah kepada Jones melalui tatap muka, Smith bisa merasa yakin bahwa Jones mendengar dan memahaminya. Jika perlu, Smith bisa mengulangi pesan itu dengan lebih keras atau menjelaskannya.

Sebaliknya suatu siaran umum memiliki banyak kelebihan pula; hal itu lebih murah ongkosnya untuk per seribu pendengar; namun juga tersebar secara acak, dan penyiar memiliki kontrol yang lebih sedikit terhadap perilaku penerima pesan. Penyiaran harus menutup kelemahan dari segi fokus tersebut dengan cara menambah kekerapan penyampaian atau intensitasnya. Hal ini mirip dengan kegiatan seksual ikan, di mana pertama-tama si betina mengeluarkan ribuan telur di dalam air, kemudian si jantan meletakkan cairan spermanya, dan membiarkan proses selebihnya dilaksanakan oleh arus air. Komunikasi langsung secara tatap muka dijalankan pada peraturan masyarakat-masyarakat kecil dan sub-sub kelompok dan dalam kelompok-kelompok primer seperti keluarga. Dalam faktanya kontak tatap muka memang menjadi penentu definisi *kelompok primer*, suatu istilah yang diciptakan oleh Charles Horton Cooley.[36] Bagaimanapun juga, ciri langsung ini tidak berarti hanya ada pada skala kecil atau primitif. Persidangan merupakan kegiatan tatap muka di banyak masyarakat, termasuk bahkan di kebanyakan sistem yang amat terformalisasi, banyak pesan yang dihasilkan oleh tindakan hukum disampaikan secara perorangan dan melalui kata-kata lisan.[37]

Dimensi lain dari sebuah pesan adalah generalitas – yakni, ukuran audiens, baik yang riil maupun yang potensial. Banyak perintah atau surat keputusan yang dikeluarkan secara langsung kepada satu orang. Keputusan dalam sebuah kasus pengadilan mengikat pihak-pihak terkait – dua orang, terkadang lebih – dan sekelompok kecil petugas yang mungkin harus menjalankannya. Pesan tidak langsung tentu saja mengarah pada kelompok yang lebih luas. Perintah-perintah, surat keputusan, dan surat kuasa biasanya tidak begitu penting dibandingkan pesan-pesan yang lebih umum – doktrin-doktrin, hukum, prinsip, atau peraturan. Walau demikian, suatu perintah pada masa perang, berupa pengangkatan seorang jendral atau pemberhentiannya, bisa mempengaruhi nasib dunia; keputusan-keputusan yang dihasilkan dari sebuah kasus *class action*[•] bisa mengikat ribuan orang. Sebuah dekrit *antitrust*[••] yang memecah sebuah perusahaan raksasa menjadi banyak bagian mungkin bisa menimbulkan gelombang kejut di pasar saham.

Sebuah perintah lebih besar kemungkinannya untuk sampai pada sasaran daripada sebuah peraturan. Ketika seseorang berbicara kepada orang lain secara langsung, orang lain itu pasti akan mendengarnya bila ia tidak tuli. Banyak pesan yang disampaikan "melalui perantara" yang menjadi keliru tangkap atau hilang, atau suara bising menenggelamkannya. Ketika suatu pesan bersifat *spesifik*, pendengar yang dituju bisa menangkapnya dari awang-awang seperti sebuah pesawat radio menangkap siaran dari sebuah stasiun. Begitu pula, ketika sebuah pesan disampaikan secara langsung kepada orang yang menerimanya. Orang-orang mendengarkan pesan secara selektif, seperti ketika mereka membaca sebuah koran. Orang yang satu lebih memperhatikan halaman olah raga, yang lainnya membaca bagian berita atau mode. Sebagian membaca sekilas-sekilas, sebagian membaca secara seksama, sebagiannya tidak begitu fokus – semuanya memiliki filter mental yang berbeda-beda. Ketika seseorang melihat namanya sendiri tercantum di koran atau jika kisah itu nampak berpengaruh terhadap hidupnya, pekerjaannya, kelompoknya, atau keluarganya, ia akan membacanya dengan minat yang besar. Kematian salah seorang tetangganya akan membuat ia penasaran atau cemas dibandingkan kematian seribu orang Bulgaria. Seorang pemilik rumah akan membaca tentang pajak properti; sementara seseorang yang tengah menunggu giliran hukuman mati akan membaca berita tentang hukuman mati.

Dengan kata lain, kenyataan yang jelas ini menunjukkan adanya sarana bawaan bagi berlangsungnya komunikasi yang efektif. Salah

satunya adalah kekhususan (specificity). (Tentu saja hal ini juga mengandung kelemahan.) Yang lainnya adalah nilai penting dan eksklusivitas. Jika seseorang merasa bahwa ia adalah satu di antara beberapa orang yang terpilih untuk mendapat pesan tersebut, akan lebih besar kemungkinan dia untuk memperhatikannya.[38] Kejelasan bahasa adalah faktor lainnya. Seorang komandan menyampaikan perintah kepada seorang prajurit, menyebutkan nama si prajurit itu agar melaporkan tugas tertentu pada hari Senin di tempat tertentu. Ini adalah satu jenis pesan khas. Sebaliknya, sebuah pesan yang kabur dan bersifat umum, walaupun hal itu menjangkau audiensnya, bisa jadi tidak akan menghasilkan dampak apa pun. Audiensnya bisa dengan mudah menyalahpahami atau mengira: "Hal itu bukan ditujukan bagiku" atau ia tidak tahu apa yang harus dikerjakan. Sebuah pengadilan yang memutuskan sebuah kasus mengumumkan "prinsip" bahwa tidak seorang pun yang boleh mengambil untung dari kejahatannya sendiri; atau bahwa para pengusaha harus berurusan satu sama lain dengan dilandasi oleh kehendak baik. Semua pesan ini agaknya tidak menjangkau audiensnya; jika memang iya, semua itu begitu kabur dan samar sehingga subjek bisa mendefinisikannya nyaris sekehendak mereka sendiri. Pesan demikian, ringkasnya, cenderung untuk tidak mengubah perilaku.

Para ahli hukum cenderung untuk terlalu memperhatikan prinsip-prinsip umum, mengenai konsep-konsep dan peraturan yang multitafsir. Frase-frase dan peraturan seperti ini mungkin berguna dalam banyak hal; semua itu mungkin bisa dianalisis secara logis atau merupakan ungkapan dari cita-cita yang amat etis. Namun sebagai penyampai pesan, semua itu terhitung gagal. Untuk tujuan ini, peraturan-peraturan yang biasa-biasa saja yang akan unggul – peraturan mengenai batas kecepatan mengemudi, misalnya, yang tidak mengandung keindahan konseptual tetapi diungkapkan dalam bahasa yang lugas dan sederhana dan tertera dengan huruf-huruf besar di pinggir jalan.

Batas kecepatan bersifat kuantitatif; dengan demikian maknanya menjadi sulit untuk disalahartikan. Angka bersifat "objektif"; ini berarti bahwa setiap orang dalam masyarakat memiliki pemahaman yang sama mengenai cakupannya. Konsep seseorang mengenai "enam belas" adalah sama seperti konsep orang lainnya, yang lebih baik daripada perkataan "wajar," "aman," atau "kehendak baik." Ketika sebuah rambu-rambu besar yang bertulisan besar-besar menyatakan bahwa batas kecepatan adalah enam puluh, pengemudi tidak akan keliru memahami isi norma

tersebut. Jika rambu-rambu itu menyatakan "Mengemudilah pada kecepatan yang wajar," pengemudi yang paling tulus pun hampir tidak akan bisa menghindari inkonsistensi, begitu pula seorang asing akan sulit untuk memastikan pengemudi mana yang melanggar peraturan tersebut kecuali dalam kasus-kasus yang paling ekstrim.[39]

Kunci kejelasan bukanlah kata-kata melainkan pemahaman masyarakat. Secara aktual, orang-orang yang membaca sebuah rambu yang menyatakan 60 mil per jam mengerti betul bahwa, dalam faktanya, mereka masih diperbolehkan mengemudi dengan kecepatan 65 mil per jam. Lebih dari itu, kata-kata yang jelas tidak bisa menyampaikan pesan itu sendiri; harus ada jalur atau jalan tertentu yang melaluinya pesan bisa mengalir. Vilhelm Aubert dan rekan-rekannya dalam sebuah studi terkenal mencoba untuk mencari tahu dampak dari sebuah hukum di Norwegia mengenai kondisi kerja para pekerja rumah tangga. Mereka menemukan bahwa para pekerja itu sadar akan adanya norma perilaku tertentu – norma-norma yang berakar dalam adat kebiasaan. Mereka tidak begitu tahu mengenai peraturan-peraturan baru yang dikeluarkan oleh perundangan. Para pekerja rumah tangga itu adalah orang-orang miskin, para perempuan yang tidak terdidik; mereka tidak bergabung dengan serikat pekerja; dan mereka bekerja di sebuah tempat (rumah) yang, menurut kebiasaan, biasanya kebal dari jangkauan hukum. Undang-undang mengirimkan sinyal yang lemah dan redup; undang-undang tidak memiliki saluran alamiah agar ia bisa mengalir menuju audiensnya. Audiens tersebut tidak pernah mendengar dan walhasil juga tidak pernah bisa mematuhinya.[40]

Banyak wilayah hukum yang memiliki peraturan-peraturan yang amat diskresioner. Seperti yang akan kita lihat nanti, peraturan-peraturan semacam itu dikehendaki untuk mencapai berbagai macam tujuan. Bagaimanapun juga, tidak semua pesan bisa memiliki kejelasan yang sama. Sebuah negara modern akan kesulitan menulis sebuah hukum pajak penghasilan yang segamblang seperti batas kecepatan. Secara umum, setiap bagian dari hukum pajak biasanya bersifat objektif, masing-masing istilah didefinisikan dengan cermat. Namun hal demikian luar biasa banyak dan saling terkait sehingga orang awam tidak akan bisa mencernanya; hanya para ahli yang bisa.

Dalam masyarakat Barat, para ahli tersebut adalah pengacara yang berfungsi sebagai perantara dalam jaringan komunikasi. Mereka menginterpretasi pesan-pesan yang membingungkan atau kompleks. Di mana ada problema untuk menemukan sebuah saluran yang tepat, para

pengacara juga bisa bertindak sebagai pialang atau perantara informasi, menerima, menyimpan, mengintensifikasi, dan menyampaikan sinyal. Pengacara pajak mengetahui jalan mana yang harus ditempuhmya melalui lika-liku hukum pajak; ia menerjemahkan peraturan ke dalam istilah dan tindakan yang bisa dipahami oleh kliennya. Ia menyimpan buku-buku dan berkas-berkas mengenai hukum pajak dan mengikuti perubahan regulasi, membaca hal-hal baru ketika muncul. Peraturan-peraturan dan regulasi, seperti yang kita bayangkan, merupakan pesan-pesan yang tersebar, yang disiarkan melalui udara. Biasanya negara tidak mengirimkannya secara langsung kepada para pengguna – seringkali karena tidak diketahui siapa penggunanya dan karena para pengguna baru terus masuk ke dalam kalangan yang relevan, dengan menikah, membuat *trust* antarperusahaan, mendirikan perusahaan, mewakafkan hartanya. Pengacara menyimpan pesan itu sampai suatu saat kliennya membutuhkan. Saat itulah, ketika ia memberikan saran-sarannya, ia menyampaikan peraturan itu. Ketika ia melakukan hal itu, ia memungkinkan terjadinya kepatuhan pada level yang akan mustahil tanpa dirinya. Begitupun seorang pengacara termasuk sejenis agen ganda: Baik pemerintah maupun klien bergantung padanya – bagi yang satu untuk memastikan kepatuhan pada hukum; bagi yang lain sebagai penasihat dan pembimbing, dan adakalanya, sebagai pembawa informasi umpan balik. Dengan demikian ia memiliki kadar kekuasaan tertentu; ia mampu, secara sadar atau tidak, mengarahkan jalannya pesan tersebut.[41] Nasihat dan saran-saran seorang pengacara berada di antara negara dan warganya.

Pengacara bukan satu-satunya pihak yang memainkan peran sebagai perantara. Masyarakat tertentu tidak memiliki pengacara. Para tetua, orang-orang bijak, atau pendeta menyimpan atau memiliki pengetahuan tentang peraturan mengenai perilaku yang benar.[42] Dalam masyarakat modern, kebutuhan untuk mengetahui hukum amat tinggi; dalam sebuah perusahaan dagang yang besar, ratusan pekerja mungkin bekerja sesuai peraturan-peraturan hukum – menerima, memproses, menyimpan, atau menjalankannya sebagai bagian dari pekerjaan mereka; kebanyakan dari pekerja ini adalah orang-orang awam, bukan pengacara.

Seperti yang mungkin kita bayangkan, pengetahuan mengenai hukum tidak tersebar merata di masyarakat. Dalam sebuah masyarakat kecil yang bersifat tatap muka, kebanyakan orang mungkin mengetahui norma-norma utama apa yang berlaku. Hal ini tidak bisa terjadi di negara-negara seperti Perancis, Meksiko, atau Amerika Serikat. Ada banyak bagian dari

mengebor minyak atau mendermakan uangnya, dan mengancam orang-orang yang curang dengan denda dan penjara. Sebuah subsistem peraturan merupakan rangkaian yang kompleks, semacam supermarket hukum: berbagai macam produk dijual dengan bermacam harga, paket, dan ajakan untuk membeli. Kebebasan untuk membeli atau tidak membeli buah apel bukan berarti bahwa si pemilik tidak peduli dengan dagangannya atau bahwa ia tidak mampu menjual lebih banyak apel dengan mendiskon harganya, memperbaiki layanan, atau menyediakan lebih banyak kereta belanja.

Peraturan hukum kontrak pada umumnya terletak di sisi sipil hukum. Peraturan-peraturannya meliputi keharusan dan larangan dan banyak statemen mengenai kewajiban, hak, privilese, dan otorisasi. X sepakat untuk menjual muatan kayu gelondongan satu truk kepada Y. Ia gagal mengirimkan kayu tersebut dan kemudian Y membeli kayu gelondongan di pasar. Y bisa menuntut ganti rugi atas selisih harga yang telah ia belanjakan untuk membeli kayu melebihi harga kontrak. Peraturan-peraturan ini dan semacamnya menawarkan dorongan tertentu bagi para penjual kayu gelondongan untuk menepati kesepakatan mereka dan setidaknya memiliki efek pencegah terjadinya pelanggaran kontrak. Walau demikian pelanggaran kontrak tidak *dihukum*. Bukan merupakan hal yang "bertentangan dengan hukum" bila kita gagal mengirimkan kayu, membeli juga tidak berkewajiban untuk menuntut atas pelanggaran kontrak ini itu sepenuhnya tersedia pada dia. Selain harga kayunya mungkin tidak naik, ia mungkin juga tidak memiliki uang untuk mengajukan gugatan hukum. Ia bisa melupakan pelanggaran itu, jika ia menghendaki, atau menyelesaikan masalahnya di luar pengadilan. Masing-masing dari alternatif ini lebih besar kemungkinan terjadinya daripada melalui persidangan penuh.

Peraturan-peraturan mengenai pelanggaran kontrak bisa mempengaruhi atau tidak mempengaruhi perilaku kontraktual; semua itu tentu saja memiliki efek tertentu pada salah satu pihak dalam mengambil keputusan untuk menggugat. Perubahan dalam peraturan bisa menaikkan atau menurunkan imbalan ganti rugi yang dituntut. Peraturan-peraturan yang menawarkan ganti rugi yang lebih tinggi akan lebih mendorong munculnya gugatan hukum. Di luar pengadilan, peraturan-peraturan mempengaruhi terjadinya negosiasi. Mereka mempengaruhi proses penyelesaian. Kebanyakan kasus kerugian pribadi tidak pernah sampai ke pengadilan, namun para pengacara mengedepankan peraturan-peraturan mereka dan bukannya objek kebencian. Perbedaan risikonya, seperti halnya perbedaan harga, bisa jadi begitu kecil sehingga hal itu tidak akan berarti.

Kita tidak memperdebatkan argumen bahwa hukuman mati adalah hal yang buruk secara moral, dan jelas ada kemungkinan bahwa hukuman mati menghasilkan efek samping yang merugikan. Dan memang, kasus pertentangan terhadap hukuman mati akan lebih kuat bila didasarkan pada pijakan moral daripada didasarkan pada pandangan, dengan mempertimbangkan semua alasan, bahwa ancaman hukuman mati tidak menghasilkan efek apa pun terhadap perilaku. Dalam faktanya, hukuman mati akan merupakan hal yang amat mengerikan di tangan seorang tiran seperti Hitler. Membunuh seorang pembangkang adalah sarana efektif yang mengerikan dan tragis[7], hal itu memaksa sebagian besar subjek ... untuk patuh.[8] Kekuatan argumen ini terletak pada penolakannya terhadap pemerintah atau para hakim, terhadap manusianya.

Bagaimanapun juga, banyak studi mengenai hukuman mati yang mengklaim berdasarkan atas data empiris pada generasi terkini, hukuman mati telah turun secara dramatis di Amerika Serikat. Namun demikian tingkat pembunuhan tetap stabil. Pada tahun 1951, tingkat pembunuhan adalah 4,8 per 100.000 populasi; pada tahun tersebut, 105 orang dihukum mati. Pada tahun 1960, tingkat pembunuhan adalah 5,1 per 100.000 dan ada lima puluh enam orang yang dieksekusi. Pada tahun 1964, tingkat pembunuhan adalah 4,8 per 100.000 (persis sama dengan pada tahun 1955), tetapi hanya 15 orang yang dihukum mati (bandingkan dengan jumlah 76 orang pada tahun 1955). Pada tahun 1966, tingkat pembunuhan adalah 5,6 per 100.000, hanya ada satu orang dieksekusi.

Namun demikian, angka-angka ini tidak bisa dijadikan buku. Jelas terlihat dari data bahwa hukuman mati telah menjadi hal usang di negeri ini. Hukuman mati telah menjadi bentuk hukuman yang langka — begitu langkanya sehingga hampir tidak ada bedanya risiko bagi seorang pembunuh atau pembunuh. Pada tahun 1951, sekitar 7.500 orang dibunuh; namun hanya 105 orang dieksekusi — sekitar 1,4 persen.[9] Sejumlah negara bagian telah menghapuskan hukuman mati, sebagian belum, mereka yang mempertahankan hukuman mati terus memperdebatkannya; dengan demikian banyak sidang banding dan penundaan sehingga para terdakwa menghabiskan waktu bulanan atau tahunan menunggu giliran hukuman mati mereka. Lebih jauh lagi hal ini menurunkan risikonya dan membuat para pelaku tersebut menjadi objek simpati — menjadi korban itu sendiri — dan bukannya objek kebencian. Perbedaan risikonya, seperti halnya perbedaan harga, bisa jadi begitu kecil sehingga hal itu tidak akan berarti.

ngenai hukum ganti rugi dalam upaya mereka untuk memiliki daya tawar yang lebih baik. Bagaimana jadinya persidangan (imajiner) itu nantinya akan mempengaruhi keseimbangan kekuatan negosiasi.[26] Peraturan-peraturan mengenai biaya persidangan dan yurisdiksi juga mempengaruhi daya tawar dan berlaku sebagai insentif dan disinsentif. Otorisasi mirip dengan peraturan-peraturan lainnya, kecuali dalam hal daya dorong dan tertib institusional yang mereka hasilkan.

HIERARKHI PERATURAN

Sebagian peraturan, seperti lakon babi-babi dalam novel Orwell, lebih serupa dengan peraturan tertentu daripada peraturan lainnya. Peraturan-peraturan bisa diperingkat dalam sejenis piramid, dari peraturan yang rendah sampai yang tingkatnya tinggi. Ketika peraturan-peraturan berkonflik, peraturan yang lebih tinggi mengontrol peraturan yang lebih rendah. Dalam suatu sistem konstitusional, peraturan-peraturan konstitusional memiliki validitas yang lebih tinggi daripada peraturan-peraturan perundangan biasa. Sebuah undang-undang pada gilirannya memiliki otoritas yang lebih tinggi daripada sebuah ordinansi kota atau suatu regulasi administratif. Biasanya, validitas yang semakin tinggi tidak berarti bahwa peraturan tersebut secara moral lebih sempurna, melainkan hanya bahwa mereka yang membuatnya berdiri lebih tinggi dalam piramida pemerintahan.

Sebagian ahli menarik garis batas antara *prinsip* dan peraturan. Prinsip adalah peraturan-super. Prinsip adalah peraturan yang menjadi sumber pegangan seseorang dalam membuat peraturan lainnya – dengan kata lain, prinsip adalah pola atau model bagi peraturan. Sebagian orang menggunakan istilah "prinsip" dalam pengertian yang agak berbeda. Suatu "prinsip" berlaku sebagai standard, yakni peraturan yang digunakan seseorang untuk menilai kelayakan atau validitas peraturan yang lebih rendah. Pengertian lain lagi dari istilah "prinsip" adalah bahwa hal itu merupakan abstraksi induktif. Dalam pengertian ini, sebuah prinsip adalah peraturan umum yang luas cakupannya, yang menggabungkan banyak peraturan khusus yang lebih kecil.

Dalam kasus terkenal *Riggs v. Palmer*,[27] seorang remaja berusia enam belas tahun meracuni kakeknya hingga tewas. Pertanyaannya adalah apakah anak tersebut bisa mendapatkan warisan harta kakeknya. Pengadilan mengatakan ia tidak bisa mendapatkan warisan tersebut dengan mengacu

dan yang tidak sah dalam kehidupan sehari-hari – apa yang valid dan yang tidak. Sebagai contoh, sebuah pasangan memiliki surat nikah, mereka telah menjalani tes darah, dan mereka telah melaksanakan upacara pernikahan. Apakah mereka secara hukum telah menikah atau tidak? Tentu mereka telah menikah, karena tidak ada seorang pun yang akan menentang pernikahan itu, dan jika ada seseorang yang berani menentangnya, penentangannya akan gagal. Orang-orang perlu tahu secepat apa mereka bisa mengemudikan mobilnya di jalan. Sebuah batas kecepatan yang pasti akan lebih baik daripada sebuah tanda yang berbunyi "mengemudilah dengan kecepatan yang wajar." Orang-orang perlu tahu bahwa sebuah akte yang dibuat dengan cara tertentu akan secara valid mengalihkan kepemilikan sebuah rumah; seorang pembeli akan cukup yakin bahwa ia bisa pindah menempati rumah itu, menjual, atau menukarkan rumah itu tanpa ada kesulitan. Ekonomi tidak akan berlangsung seperti keadaan sekarang ini jika setiap tindakan kecil harus melewati lembaga dengan kekuasaan diskresioner. Suatu ekonomi pasar – ataupun suatu ekonomi sosialis – membebankan tuntutan akan kepastian yang besar kepada sistem hukum, bukan pada peraturan-peraturan abstrak yang diperdebatkan oleh para ahli hukum melainkan pada bagian-bagian hukum yang mengatur urusan mereka sehari-hari. Suatu masyarakat yang menjadikan pasar sebagai salah satu institusi utamanya memiliki satu "kebutuhan khusus untuk menciptakan dan memelihara suatu kerangka prakiraan yang didefinisikan dan dijamin dengan cukup wajar berkenaan dengan konsekuensi-konsekuensi resmi dan tidak resmi yang muncul dari keputusan dan usaha pribadi."[18] Ekonomi merupakan kasus yang paling mencolok mengenai kebutuhan akan kepastian semacam itu. Bagian-bagian lain dari sistem sosial, yang disentuh atau diatur oleh hukum, memiliki kadar tuntutan mereka sendiri akan kepastian – entah untuk maksud efisiensi atau untuk memenuhi kebutuhan sosiokultural.

Kasus mengenai kepastian ini nampak mencolok, namun para ahli hukum pada abad kesembilan belas banyak mengabaikan hal ini, dan pemikiran abad keduapuluh pun bereaksi terhadapnya. Pemikiran abad kesembilan belas, karena berbagai sebab, menekankan aspek-aspek formal, mekanis, dan deduktif yang ada pada hukum. Kaum realisme hukum, sejak sekitar tahun 1920 dan seterusnya, menertawakan kebutuhan akan kepastian ini. Salah seorang di antaranya, Jerome Frank menamakan sebagai "ilusi atau mitos" bila hukum dipandang "sebagai atau bisa bersifat stasioner dan pasti."[19] Menurut dia, para pengacara dan orang-orang

awam sesungguhnya tengah mencari sosok seorang ayah ("Ayah sebagaikan, sehingga hanya mereka yang paling terpaksa dan miskin saja yang Hakim bagi seorang anak") ketika mereka membimbikan cita-cita yang akan bersedia mengambil bantuan sosial tersebut." Papan petunjuk yang besar terpasang di proyek perumahan publik di Amerika Serikat. dan ketetapan menjadi satu, padahal keduanya adalah hal yang amat New York telah membuat aturan yang menghalangkan bahwa orang-orang berbeda. Betapa pun demikian, hasrat atas kepastian segera dan ketetapan yang berhak atas dana kesejahteraan sosial harus datang sendiri mengambil sama sekali tidak bersifat primitif — ini tidak berarti bahwa kepastian yang uangnya. Cara seperti ini mungkin cukup untuk menyurutkan niat ribuan sempurna bisa diangkau, khususnya dalam kasus-kasus yang sampai ke orang untuk mengambilnya.

pengadilan. Banyak faktor yang tidak bisa diprediksi dan semakin lama Di beberapa masyarakat, berurusan dengan hukum pun dan rinci persidangannya, semakin besar pula faktor tersebut. Hal ini merupakan hal yang memalukan. Sebagai contoh, orang-orang Korea bahkan lebih menguat lagi pada kasus-kasus banding. Bagaimanapun menegaskan hal ini:

> Kadang-kadang mereka tidak pergi ke kantor pengadilan sama sekali juga, dalam urusan sehari-hari dan dalam masalah-masalah rutin, kepasitu harus terjangkau. tian yang mudah dan pasti harus terjangkau. Sebuah sistem hukum yang itu merekajuga bangga akan hal itu. [Pergi ke kantor pengadilan] … dalam pandangan mereka — sama halnya dengan ditanya apakah mereka bersalah atas kejahatan tertentu. [Bagi] kebanyakan orang Korea, kantor pengadilan … melambangkan pemberian sanksi yang merendahkan bagi publik.[23]

Dengan demikian, waiau bagaimanapun sistem hukum harus menjaga agar peraturan-peraturan diskresioner berada pada batas-batas yang pantas. Peraturan-peraturan ini tidak secara langsung berlaku, mereka tidak menyediakan petunjuk gamblang mengenai perilaku yang dikehendaki. Ekonomi dan masyarakat bisa memandang sebagian dari peraturan ini sebagai barang mewah dan pada wilayah-wilayah di mana masyarakat kalaupun bukan stigma dan rasa malu. Gugatan pencemaran nama baik, pencemaran, dan perkara penetapan hak asuh bisa menghancurkan karir dan kehidupan. Memang pengadilan juga bisa digunakan untuk menimbulkan rasa malu secara publik dan terbuka. Namun demikian, pengadilan sipil merupakan hal yang melelahkan dan menyita pikiran, yang mungkin merupakan cek sampingnya yang paling serius. Karena alasan-alasan ini, orang cenderung menghindari gugatan hukum sipil bila mungkin, kecuali bila insentif uangnya amat banyak, seperti pada kasus kasus ganti rugi perorangan. Ringkasnya, stigma dan rasa malu seringkali merupakan sebuah sanksi dari mereka yang menggunakannya.

Dalam setiap kasus tersebut, publik akan menghemat uang mereka. Stigma dan rasa malu adalah cek sampingan dari proses pengadilan. Dampak stigma bergantung pada audiens. Fungsinya, seperti fungsi sanksi itu sendiri, adalah berlaku sebagai pencegah. Orang banyak menonton acara hukuman gantung publik. Bisa jadi mereka mengambil pelajaran tertentu dari penggantungan itu, dan semoga dari contohan publik. Di sekolah, ketika seorang anak disuruh berdiri di pojok kelas, ia tengah menjadi rasa malu, dan stigma memberikan pelajaran yang sama bagi para dan roda gigi di dalam mesin melakukan apa yang diperintahkan padanya. teman-teman sekelasnya.

Jelas bahwa kepastian pun mengandung biaya dan batas-batasnya. Sistem hukum bukan suatu mesin; hal itu dijalankan oleh manusia. Dalam pengertian tertentu, masyarakat umum memberikan perintah-perintah

semua teori itu berpadu atau tidak di dataran abstraksi yang tinggi, namun di bawah, di bumi, mereka amat berbeda. Apa yang membedakan mereka adalah bagaimana pendapat mereka mengenai reaksi umum terhadap tindakan-tindakan hukum; kapankah suatu tindakan hukum akan menghasilkan dampak dan sejauh mana, pada siapa, dan dalam bentuk apa. *Sebagian* perilaku akan lebih baik dijelaskan melalui satu teori daripada melalui teori lainnya, tetapi tidak satu pun teori yang memegang kuncinya secara eksklusif. Setidaknya itulah yang terlihat dari bukti-bukti yang ada.

Barangkali kita lebih mudah menunjukkan bagaimana sebuah sanksi bekerja daripada menunjukkan akibat yang dihasilkan oleh tekanan moral dan tekanan kelompok sebaya. William Chambliss telah memaparkan sebuah studi mengenai sanksi. Sebuah kampus memberlakukan peraturan parkir dengan amat longgar, mengenakan denda yang rendah. Kemudian pihak kampus menaikkan dendanya dan memperketat pemberlakuannya. Secara dramatis tingkat kepatuhan pun meningkat.[50] Di sebuah kota, jumlah polisi yang semakin banyak atau denda yang semakin tinggi, atau keduanya sekaligus, akan mengurangi jumlah parkir ilegal. Dengan program penderekan mobil, yang membuat pemilik repot dan mengeluarkan biaya untuk mendapatkan kembali mobilnya, akan muncul kepatuhan yang lebih besar lagi dari pihak publik.

Studi mengenai parkir tersebut menunjukkan apa yang sudah jelas dengan sendirinya: Imbalan dan hukuman mengandung efek tertentu terhadap perilaku hukum, namun demikian sanksi tidak menjadi penyebab *total* perubahan perilaku pengemudi. Bahkan ketika dendanya rendah dan tidak ada penegakan peraturan sama sekali, sebagian orang tetap patuh, atau terlihat patuh. Sebagian orang mematikan rokok mereka ketika melihat tanda "Dilarang Merokok", meskipun tidak ada orang di sekitarnya yang mengawasi pemberlakuan peraturan tersebut dan meskipun "pemberlakuan" tersebut hanya berupa teguran saja.

Studi mengenai parkir di atas mengandung pelajaran tertentu. Studi itu menunjukkan bahwa terkadang kita bisa memilah perilaku dan mengukur komponennya satu per satu. Perilaku parkir tidak ditentukan oleh imbalan dan hukuman semata-mata; untuk sebagiannya memang demikian, dan bagian itu bisa diukur. Diharapkan ilmu sosial akan mampu merancang dan menguji proposisi-proposisi mengenai faktor lainnya juga, kekuatan relatifnya, dan bagaimana semua itu berkombinasi atau berkonflik. Sebuah teori mengenai sanksi-sanksi tidak akan memecahkan *seluruh* misteri perilaku hukum. Teori tersebut akan menjelaskan *sebagian* perilaku

saja. Ini berarti bahwa unit imbalan dan hukuman yang lebih banyak akan memunculkan jenis-jenis perilaku tertentu. Tetapi sanksi-sanksi tidak menjelaskan apa yang menjadi landasan perubahan. Dalam studi mengenai parkir, teori mengandaikan (dan riset menegaskannya) bahwa denda yang lebih tinggi serta pemberlakuan yang lebih baik akan menurunkan pelanggaran. Namun studi tersebut tidak menyediakan sarana untuk memprediksi berapa banyak orang yang akan melanggar peraturan parkir di New York, London, Athena, atau Green Bay, pada musim panas atau musim dingin, atau pada jam 10 pagi, ketika dendanya $1 atau $10, dan dengan tingkat pemberlakuan yang rendah atau tinggi. Kita juga tidak tahu mengapa seseorang, sebuah kota, atau masyarakat cenderung untuk mematuhi hukum dibandingkan yang lainnya pada level pemberian sanksi yang sama. Sanksi mirip dengan harga. Harga yang lebih tinggi untuk bebek panggang memang akan menurunkan permintaan atas produk tersebut, tetapi kita tidak bisa mengatakan sejauh mana permintaannya akan turun kecuali kita mengetahui apa produk penggantinya dan siapa penggemar bebek panggang, dan mengapa, dan juga kedudukan bebek panggang dalam kultur.

Dengan demikian suatu teori perilaku hukum yang utuh harus mencakup lebih dari sekadar teori mengenai sanksi. Teori demikian juga harus mencakup, antara lain, teori mengenai perilaku normatif.[51] Dalam konteks hukum, ini berarti kesadaran nurani dan konsep mengenai legitimasi. Kita akan membahas hal ini lebih detail dalam Bab V. Dalam pengertian terluas, sebuah teori mengenai legitimasi berarti teori mengenai elemen-elemen – kultural atau psikologis – yang membuat orang tergerak mematuhi hukum atau, ketika tidak ada hukum, untuk tidak mematuhinya, terlepas dari motif untung rugi pribadi. Di sini kita bisa memaklumi bagaimana penelitian yang ada masih kekurangan. Sulit untuk menguji proposisi-proposisi demikian di lapangan. Dibandingkan dengan efek sebuah sanksi, efek sikap-sikap kelompok sebaya terhadap otoritas, ide-ide mengenai legitimasi, dan kekuatan kesadaran nurani lebih sukar ditangkap. Hal-hal ini lebih bergantung pada sejarah, konteks, dan tradisi yang (tanpa ada terobosan tertentu) saat ini kurang berpeluang bisa diungkap oleh pengujian kuantitatif. Tentu saja semua kekurangan ini tidak bisa dijadikan alasan untuk mengesampingkan faktor-faktor tersebut sebagai aspek perilaku hukum. []

CATATAN AKHIR:

[1] Versi awal dari bab ini terbit dalam *Zur Effectivitat des Rechts, Jahrbuch fur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1972), jil. 3.

[2] Lihat pembahasan umum oleh Harry Jones, *The Efficacy of Law* (1969).

[3] Banyak literatur yang membahas tentang dampak hukum. Di Amerika Serikat, kebanyakan di antaranya membahas tentang efektivitas keputusan-keputusan Mahkamah Agung Amerika Serikat. Untuk literatur semacam ini, lihat Stephen L. Wasby, *The Impact of the United States Supreme Court, Some Perspectives* (1970), khususnya Bab 2; Theodore L. Becker, ed., *The Impact of Supreme Court Decisions* (1969); James P. Levine, "Methodological Concerns in Studying Supreme Court Efficacy," 4 *Law and Society Rev.* 583 (1970); lihat juga Harrell R. Rodgers, Jr., "Law as an Instrument of Public Policy," 17 *Am. J. Pol. Sci.* 638 (1973). Penekanan pada tema "efektivitas" bukannya tidak mendapatkan kritikan. Lihat Donald J. Black, "The Boundaries of Legal Sociology", 81 *Yale L. J.* 1086 (1972).

[4] Juga, sulit untuk mengukur ketidakpatuhannya: Bagaimana anda akan mengukur kadar kepatuhan terhadap peraturan "engkau dilarang membunuh"?; Lihat Erhard Blankenburg, "Die Selektivitat Rechtlicher Sanktionen," 21 *Kolner Zeitschrift fur Soziologie und Sozialpsychologie* 805, 608 (1969).

[5] Lihat pembedaan Gusfield antara pelanggar "pelawan" dan pelanggar "penyesal", yang dibahas pada halaman 128-133.

[6] Johannes Feest, "Compliance with Legal Regulations: Observation of Stop Sign Behavior," 2 *Law and Society Rev.* 447 (1968).

[7] Tentu saja kadang-kadang pemberi perintah dan subjek memiliki cara pandang yang berbeda. Dalam hukum seringkali ada masalah komunikasi. Gemuruh mesin pesawat terbang bisa membuat perintah komandan tidak jelas terdengar oleh para prajurit tidak. Atau mereka mungkin salah mengerti. Subjek dan komandan bisa benar-benar berbeda dalam hal gambaran mental mereka mengenai seperti apa sebuah tindakan disebut sebagai pelanggaran.

[8] *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954). Pengadilan federal memerlukan waktu bertahun-tahun untuk memutuskan, kasus per kasus, apakah distrik ini atau itu telah melanggar ketentuan.

[9] Apa pun keputusan pengadilan atau lembaga tersebut, perilaku subjek, dalam pengertian kita, tetap saja tergolong menghindar bila hal itu sampai mendekati batas dan seperti yang dimaksudkannya, membuat frustrasi tujuan norma yang sudah jelas. Tentu saja tidak mudah untuk memutuskan apakah hal ini terjadi.

[10] Selama ini penelitian tentang dampak masih kurang dalam bidang-bidang hukum perdata (sipil), tetapi lihat, misalnya, M. B. Sussman, J. N. Cates, dan D. T. Smith, *The Family and Inheritance* (1970); Vincenzo Ferrari, *Successione per Testamento e Trasformazioni Sociali* (1972); Lawrence M. Friedman, *Contract Law in America* (1965); Stewart Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A

Preliminary Study," 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963); N. William Hines, "Personal Property Joint Tenancies: More Law, Fact, and Fancy," 54 *Minn. L. Rev.* 509 (1970).

[11] Lihat, misalnya, Karl Engisch, *Einfuhrung in das Juristische Denken*, (ed. 3., (1964), h. 63ff; Charles R. Curtis, "A Better Theory of Legal Interpretation," 3 *Vand. L. Rev.* 407 (1950); Francois Geny, *Methode d'Interpretation et Sources en Droit Prive Positif*. Terj. Jaro Mayda (1963).

[12] Guido Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970), h. 24-33.

[13] Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (1973), h. 262. Persoalan apakah peraturan-peraturan tersebut benar-benar menghasilkan seperti efek ini tentu saja merupakan persoalan lain.

[14] Mengenai pengertian umum fungsi, lihat Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure* (1968), h. 74-79. Mengenai konsekuensi tidak langsung dari tindakan-tindakan hukum, lihat juga James P. Levine, "Methodological Concerns in Studying Supreme Court Efficacy," 4 *Law and Society Rev.* 583, 586-588 (1970).

[15] Joseph Gusfield, "Moral Passage: The Symbolic Process in Public Designations of Deviance," 15 *Social Problems* 175 (1967); Gusfield membahas hukum minuman keras lebih mendetail dalam *Symbolic Crusade, Status Politics and the American Temperance Movement* (1963).

[16] Di kota-kota Amerika, kejahatan yang dilaporkan selalu lebih sedikit daripada yang terjadi; dari statistika polisi, banyak kejahatan, bahkan yang tergolong serius, yang tidak dilaporkan ke polisi. *Newsweek*, Apr. 29, 1974, h. 60.

[17] Erhard Blankenburg, "Die Selektivitat Rechtlicher Sanktionen," 21 *Kolner Zeitschrift fur Soziologie und Sozialpsychologie* 805, 608 (1969). Studi Amerika oleh Donna M. Gelfand, Donald P. Hartmann, Patrice Walker, dan Brent Page, "Who Reports Shoplifters? A Field-Experimental Study," 25 *J. Personality and Soc. Psychology* 276 (1973).

[18] Mengenai jenis peraturan ini, lihat Lawrence M. Friedman, "Legal Rules and the Process of Social Change," 19 *Stan. L. Rev.* 786 (1967).

[19] Martin Shapiro, "The Impact of the Supreme Court," 23 *J. Legal Ed.* 77, 80 (1970).

[20] Lihat Harry V. Ball dan Lawrence M. Friedman, "The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: A Sociological View," 17 *Stan. L. Rev.* 197, 220 (1965).

[21], misalnya, Leonard Berkowitz dan Nigel Walker, "Laws and Moral Judgments," 30 *Sociometry* 410 (1967).

[22] Lihat, misalnya, Richard D. Schwartz dan Sonya Orleans, "On Legal Sanctions," 34 *U. Chi. L. Rev.* 274 (1967), yang membahas tentang kepatuhan dan penghindaran pajak penghasilan. Dalam suatu eksperimen yang menarik mengenai bagaimana dan mengapa orang-orang membuat peraturan, sebuah kelompok kecil sengaja mengucilkan diri di kampus Berkeley dan meneliti norma-norma apa yang berkembang di antara mereka. Walter O. Weyrauch, "The Basic Law or

Constitution of a Small Group," 27 *J. Soc. Issues* no. 2, 49 (1971). Mengenai tema umumnya, lihat Hans Zeisel, "Reflections on Experimental Techniques in the Law," 2 *J. Legal Studies* 107 (1973).

[23] Rita J. Simon, "Murder, Juries, and the Press," 3 *Transaction* 40 (1966); Rita J. Simon, *The Jury and the Defense of Insanity* (1967); William L. Walker and John W. Thibaut, "An Experimental Examination of Pretrial Conference Techniques," 55 *Minn. L. Rev.* 1113 (1971).

[24] John Thibaut, Laurens Walker, dan E. Allan Lind, "Adversary Presentation and Bias in Legal Decisionmaking," 86 *Harv. L. Rev.* 386 (1972).

[25] Donald T. Campbell dan H. Laurence Ross, "The Connecticutt Crackdown on Speeding: Time-Series Data in Quasi-Experimental Analysis," 3 *Law and Society Rev.* 3 (1968); lihat juga Richard Lempert, "Strategies of Research Design in the Legal Impact Study," 1 *Law and Society Rev.* 111 (1966).

[26] H. Laurence Ross menerapkan teknik-teknik serupa untuk menguji hasil-hasil Undang-undang Keselamatan Jalan Inggris 1967. H. Laurence Ross, "Law, Science, and Accidents: the British Road Safety Act of 1967," 2 *J. Legal Studies* 1 (1973); lihat juga Gene V. Glass, George C. Tia dan Thomas O. Maguire, "The 1900 Revision of German Divorce Laws: Analysis of Data as a Time-Series Quasi-Experiment," 5 *Law and Society Rev.* 539 (1971); Leon S. Robertson, Robert F. Rich, dan H. Laurence Ross, "Jail Sentences for Driving While Intoxicated in Chicago: A Judicial Policy that Failed," 8 *Law and Society Rev.* 55 (1973).

[27] Dipaparkan dalam Martin A. Levin, "Policy Evaluation and Recidivism," 6 *Law and Society Rev.* 17, 32 (1971).

[28] "Banyak manfaat yang kita dapatkan ketika kita memecahkan problema-problema sosial dalam laboratorium-laboratorium terpisah di negara bagian yang berlainan," Brandeis kepada Mary E. McDowell, 8 Juli 1912 dalam Melvin I. Urofsky dan David W. Levy, ed., *Letters of Louis D. Brandeis* (1972), jil. II., h. 640.

[29] Jean Carbonnier, *Sociologie Juridique* (1972), h. 246. Lihat juga Richard G. Salem dan William J. Bowers, "Severity of Formal Sanctions as a Deterrent to Deviant Behavior," 5 *Law and Society Rev.* 21 (1970), yang membandingkan efek sanksi terhadap perilaku para mahasiswa di kampus yang berbeda.

[30] Lihat Andreas Heldrich, "Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung," 34 *Rabels Zeitschrift fur auslandisches und internationales Privatrecht* 427 (1970).

[31] Lihat, misalnya, Henry G. Manne, *Insider Trading and the Stock Market* (1966), h. 77-110, mengenai efek-efek regulasi sekuritas; Michael Levine, "Is Regulation Necessary? California Air Transportation and National Regulatory Policy," 74 *Yale L. J.* 1416 (1965).

[32] Lihat Richard Fagen, *Politics and Communication* (1966); Vilhelm Aubert, *Element of Sociology* (1967), h. 35-39.

[33] Daniel J. Gifford, "Communications of Legal Standards, Policy Development, an Effective Conduct Regulation," 56 *Cornell L. Rev.* 409, 410 (1971);

untuk contoh spesifik mengenai efek kegagalan komunikasi terhadap dampak, lihat John A. Robertson dan Phyllis Teitelbaum, "Optimizing Legal Impact: A Case Study in Search of a Theory," 1973 *Wis. L. Rev.* 665, 695-699, mengenai prosedur untuk menangani kasus penyalahgunaan obat-obatan di Massachusetts.

[34] Martin Shapiro, "Toward a Theory of Stare Decisis," 1 *J. Legal Studies* 125 13 (1972).

[35] 372 U. S. 335 (1963)

[36] L. Broom dan P. Selznick, *Sociology* (ed. 4, 1968), h. 120.

[37] Walau bagaimanapun, negara-negara yang menganut common law bisa memberikan nilai khusus kepada pesan lisan sebagai hal yang mengandung unsur keberimbangan dalam persidangan dan acara lainnya, dengan mengutamakan pesan lisan daripada pesan tertulis. "Pesan lisan bukan hanya lebih utama, melainkan juga merupakan bentuk hubungan langsung di antara berbagai pihak, penasihat hukum dan saksi-saksi di satu pihak, dan segenap lembaga pengadilan di pihak lainnya." Mauro Cappelletti, *Procedure Orale et Procedure Ecrite* (1971), h. 102.

* *Class action*, gugatan publik atau gugatan bersama. Gugatan hukum yang diajukan oleh satu atau lebih penggugat atasa nama mereka sendiri atau atas nama orang-orang lainnya yang memiliki kepentingan sama.

** Peraturan yang melarang penggabungan perusahaan-perusahaan besar; ditujukan untuk memelihara persaingan sehat.

[38] Howard L. Fromkin dan Timothy C. Brock, "Erotic Materials: A Commodity Theory Analysis of the Enhanced Desirability that May Accompany Their Unavailability," 3 *J. Applied Soc. Psychology* 219 (1973). Keduanya menambahkan bahwa "sebuah komunikasi akan meningkat efektivitasnya bila penerima merasa bahwa hanya ada sedikit penyampai komunikasi lain yang mungkin telah menyampaikan pesan yang sama," maksudnya, pesannya bersifat langka dan eksklusif. *Ibid.*, h. 222-223.

[39] Lihat Bab X h. 295-296.

[40] Vilhelm Aubert, "Some Social Functions of Legislation," 10 *Acta Sociologica* 98 (1967); juga dicetak ulang dalam Vilhelm Aubert, ed., *Sociology of Law* (1969), h. 116.

[41] Mengenai peran pengacara dalam jaringan komunikasi, lihat Victor Thompson, *The Regulatory Process in OPA Rationing* (1950), dengan bahasan mendalam mengenai tema tersebut. Dalam studi Herbert Jacob mengenai perkara kebangkrutan usaha di empat kota Wisconsin, para pengacara itulah yang menuntun para penghutang agar menyatakan bahwa mereka bangkrut. Herbert Jacob, *Debtors in Court, the Consumption of Government Services* (1969), h. 62. Dalam studi lain, Abraham Blumberg mendapati bahwa dalam kasus kriminal tertentu para pengacaralah yang pertama-tama menyarankan kepada para kliennya agar mereka mengaku bersalah, Abraham Blumberg, "The Practice of Law as *Rev.* no. 2, 15 (1967).

[42] Lihat, misalnya, Max Gluckman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence* (1965), h. 16-17.

[43] Neal Milner, "Comparative Analysis of Patterns of Compliance with Supreme Court Decisions," 5 *Law and Society Rev.* 119, 125-126 (1970).

[44] Penelitian di Eropa dituturkan oleh Adam Podgorecki, et. al., *Knowledge and Opinion about Law* (1973).

[45] Mengenai pembedaan antara versi hukum yang "resmi" dan yang "populer, lihat Daniel J. Gifford, "Communication of Legal Standards, Policy Development, and Effective Conduct Regulation," 56 *Cornell L. Rev.* 409, 410-418 (1971); bandingkan pembedaan yang dibuat oleh Adam Podgorecki antara "pengetahuan mengenai prinsip-prinsip hukum," – yakni, "hakikat hak-hak dan kewajiban dasar," dan "kategori umum mengenai apa yang boleh dan apa yang dilarang" –dengan pengetahuan mengenai "ketentuan-ketentuan hukum," yakni peraturan-peraturan teknis untuk merealisasikan prinsip-prinsip tersebut. Adam Podgorecki et. al., h. 71.

[46] Vilhelm Aubert, *Element of Sociology*, h. 38; lihat Herbert Kaufman, *Administrative Feedback* (1973).

[47] Keith S. Rosenn, "The Jeito, Brazil"s Institutional Bypass of the Formal Legal System and Its Developmental Implications," 19 *Am. J. Comp. L.* 514, 536 (1971).

[48] Michael Banton, *The Policeman in the Community* (1964), h. 2.

[49] Lihat Bab I, h. 6-7.

[50] William Chambliss, "Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions," 1967, *Wis. L. Rev.* 703.

[51] Dengan kata lain, teori sanksi yang utuh akan mempertimbangkan faktor-faktor normatif, dan suatu teori perilaku normatif yang utuh akan mempertimbangkan faktor sanksi.

BAB IV
KAPAN HUKUM EFEKTIF?

Bagian I

Bab ini akan membahas tentang perilaku hukum, yakni tindak-tanduk yang mengikuti dan secara kausal terkait dengan tindakan hukum (*legal act*). Secara khusus, hanya perilaku yang mutlak tidak terpaksa secara fisik yang bisa digolongkan sebagai perilaku hukum. Jika polisi menyeret seseorang ke dalam mobil polisi sementara orang tersebut menendang-nendang dan berteriak-teriak, maka perilaku orang tersebut tidak termasuk perilaku hukum. Perilaku polisilah yang termasuk perilaku hukum. Jika orang itu masuk ke dalam mobil tanpa diseret, meskipun ia melakukannya karena ia *tahu* polisi akan menyeretnya bila ia menolak, perilakunya untuk tujuan pembahasan kita tergolong perilaku sukarela, dan dengan demikian termasuk perilaku hukum.

Karena itu, walaupun istilah-istilah "dengan kekuatan" dan "dengan paksaan" bertebaran di dalam pembahasan perilaku hukum, terutama mengenai sanksi, pada umumnya hal itu dimaksudkan sebagai ancaman penggunaan kekuatan dan paksaan, bukan kekuatan dan paksaan itu sendiri. Sistem hukum jelas menggunakan kekuatan. Ia memenjarakan para pencuri dan pemerkosa. Banyak sistem yang melaksanakan hukuman mati. Namun sistem terutama menggerakkan orang-orang, atau berusaha menggerakkan, melalui *ancaman* paksaan. Kami mendefinisikan perilaku hukum sebagai perilaku sukarela, bahkan ketika ancaman paksaan diberlakukan atas subjek. Dan yang kita bahas di sini adalah elemen-elemen tindakan hukum yang memicu munculnya perilaku, yakni, yang menggerakkan motif-motif dan kehendak subjek. Pada umumnya, peraturan-peraturan

dalam bentuk abstrak tidak menghasilkan perilaku. Orang tidak memberikan reaksi secara otomatis atau dengan insting. Mereka bereaksi terhadap ancaman, janji-janji, dan mekanisme lainnya. Dengan begitu sebuah peraturan adalah pesan yang membawa janji atau ancaman; peraturan itu disampaikan kepada satu orang atau lebih, dan mereka bereaksi kepada janji atau ancaman atau elemen-elemen normatif peraturan, atau tidak kepada kedua-duanya, atau iya kepada kedua-duanya.

Perilaku hukum tidak muncul dari motivasi tunggal. Situasi yang berbeda memicu motif dan respon yang berbeda. Karena umumnya orang tidak ingin mati, kecuali karena sebab yang luar biasa dan jarang, tidak sulit bagi kita untuk menjelaskan mengapa kebanyakan orang patuh kepada polisi yang membawa senjata api. Meskipun demikian, opini orang bisa dan benar-benar berbeda mengenai di mana letak titik *dominan* sistem hukum. Apakah itu ada pada gudang janji dan ancaman, ataukah pada seruan kepada nurani atau norma yang ada di dalam diri. Di antara aliran historis dari abad kesembilan belas, yang menonjol adalah pemikiran ahli Jerman Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Ia menekankan elemen normatif dan adat kebiasaan dalam hukum.[1] Para penganut aliran historis di Amerika Serikat berpendapat bahwa legislasi tidak bisa mengubah adat kebiasaan yang kuat dan berakar dalam.[2] Hal-hal ini semata, bukan norma dan sanksi-sanksi, yang menjamin terwujudnya perilaku.

Bila diseret sampai ke titik ekstrim, gagasan ini akan menghilangkan hukum formal. Jika berakar pada adat kebiasaan, hukum akan memberlakukan dirinya sendiri; jika hukum tidak demikian dalam akarnya, ia tidak bisa berlaku sama sekali. Dengan kata lain, hukum formal menjadi tidak perlu. Barangkali tidak seorang pun yang menganut pandangan seekstrim itu. Adat kebiasaan belaka jelas tidak mampu menjamin ketertiban suatu masyarakat. Jika batasan-batasan hukum dihilangkan, jika penegakan hukum runtuh, kekerasan dan kekacauan akan meningkat walaupun ada adat kebiasaan. Begitu juga ketika para tiran menguasai suatu negara, adat kebiasaan tidak bisa mencegah munculnya teror dan penyiksaan masal.

Dalam faktanya, beberapa norma sosial memang tertanam begitu dalam sehingga semua itu berlaku dengan sendirinya tanpa bantuan hukum. Salah satunya adalah pandangan tabu mengenai tindakan kanibalisme. Dalam kebanyakan masyarakat, tindakan kanibalisme dipandang menjijikkan. Pelanggaran atas tabu tersebut jarang terjadi – hampir tidak dikenal. Ketika hal itu terjadi, orang-orang berasumsi nyaris secara otoma-

tis bahwa si pelanggar pasti tidak waras.[3] Dan memang ada masyarakat-masyarakat kanibal; dengan demikian tabu tersebut adalah persoalan kultur, bukan rasa jijik yang bersifat instingtif. Pembunuhan dan pemerkosaan dipandang sebagai pelanggaran bagi manusia pada umumnya; tetapi hal tersebut benar-benar terjadi dan harus dilawan. Tidak heran jika seandainya hukum pidana tiba-tiba dihapuskan karena alasan teknis tertentu, orang tidak serta-merta akan membantai musuh-musuhnya. Rantai moral yang kuat akan membuat orang-orang dalam keadaan terkontrol, paling tidak untuk sementara, namun tidak semua orang dan tidak dalam setiap keadaan. Kadangkala, hukum benar-benar libur – ketika polisi mogok, misalnya – dan apa yang terjadi akan menjelaskan persoalannya secara tidak langsung. Johannes Andenaes telah menceritakan episode semacam itu. Ketika Denmark diserbu tentara Jerman pada tahun 1944, orang-orang Jerman menahan seluruh angkatan kepolisian. Selama berlangsung pendudukan, tugas polisi digantikan satu pasukan tanpa senjata, tetapi mereka tidak bisa efektif. Perampokan meningkat luar biasa, naik dari sepuluh kasus per bulannya menjadi seratus. Kejahatan-kejahatan lainnya, seperti penggelapan dan penipuan tidak meningkat, namun ini adalah kejahatan "di mana penjahat biasanya baru ketahuan ketika kejahatannya terbongkar."[4]

Persoalannya akan lebih jelas terlihat pada peraturan-peraturan kecil yang mendetail dalam hukum modern yang tidak memiliki pijakan moral – batas waktu di meteran parkir, misalnya. Tidak adanya pemberlakuan akan mengarah pada pelanggaran besar-besaran. Jadi, teori-teori hukum yang menekankan peranan adat dan sejarah dalam pemberlakuan hukum lebih membuktikan tentang peraturan-peraturan "kuno" yang nyaris universal (seperti peraturan-peraturan mengenai pembunuhan) atau peraturan-peraturan yang banyak dimuati oleh adat kebiasaan, agama, atau kultur (seperti peraturan mengenai hubungan tabu). Suatu teori perilaku hukum yang lebih instrumental, yang menekankan kalkulasi rasional, akan mengambil bukti-bukti dan ilustrasinya dari hukum perparkiran alih-alih hukum pembunuhan.

Bagaimanapun juga, para ahli sepakat bahwa teori mengenai perilaku hukum harus bersifat majemuk; tindakan-tindakan hukum mempengaruhi pikiran para subjek dengan berbagai cara. Cara-cara ini, kami ulangi lagi, bisa dikelompokkan menjadi tiga kategori pokok. Pertama, ada *sanksi-sanksi* – ancaman dan janji-janji. Kedua, ada pengaruh positif dan negatif dari dunia sosial: *kelompok sebaya*. Ketiga, ada nilai-nilai batiniah: *kesadaran*

nurani dan sikap-sikap yang terkait, pemahaman mengenai apa yang sah dan yang tidak dan apa yang layak dan tidak pantas untuk dipatuhi. Masing-masing dari setiap faktor ini sendiri kompleks sifatnya. Kami akan membahasnya di bawah ini.

SANKSI-SANKSI

Kami awali dengan model perilaku hukum yang menekankan reaksi subjek terhadap sanksi. Dalam bentuk tertentu, gagasan ini merupakan hal mendasar bagi hukum. Orang-orang mematuhi peraturan atau menggunakan hukum untuk kepentingan mereka sendiri atau untuk menghindari hukuman, denda, dan rasa sakit. Semua ini tidak selalu berasal dari pemerintah. Salah satu motif terkuat bagi orang untuk mematuhi batas kecepatan adalah karena mereka khawatir mengalami kecelakaan. Ini adalah semata-mata kepentingan-diri, namun hal itu sama kuatnya dengan sanksi apa pun yang diberikan oleh negara.

Tentu saja kepentingan-diri tidak akan menjamin munculnya kepatuhan terhadap hukum. Ini tentu saja berlaku pada batas kecepatan. Pengemudi yang rasional sekalipun sering mau mengambil sedikit risiko kecelakaan agar tidak kehilangan kesempatan bisnis, ketinggalan pesawat, atau terlambat tiba di rumah untuk makan malam; seorang yang tidak patuh juga bisa memperoleh "tumpangan kendaraan gratis", kecuali sanksi diterapkan sehingga mengubah struktur untung-ruginya.[5]

Sanksi adalah cara-cara menerapkan suatu norma atau peraturan. Sanksi hukum adalah sanksi-sanksi yang digariskan atau diotorisasi oleh hukum. Setiap peraturan hukum mengandung atau menyiratkan sebuah statemen mengenai konsekuensi-konsekuensi hukum. Konsekuensi-konsekuensi ini adalah sanksi-sanksi—janji-janji atau ancaman. Kebanyakan dari energi sosial hukum dan kebanyakan dari investasi masyarakat dalam hukum mengacu pada dukungan kepada sistem sanksi yang menekan atau mengancam: para detektif, polisi, juru sita, penuntut, dan penjara (sisi kriminal); pengadilan hukum dan aparat pemerintah yang banyak (pada sisi sipil). Tetapi studi mengenai sanksi-sanksi hukum dan efeknya pada perilaku baru saja berkembang. Hanya dalam tahun-tahun belakangan ini mulai tumbuh banyak riset. Kebanyakan dari riset itu berfokus pada titik tertentu, mengenai persoalan apakah hukuman bisa berlaku sebagai pencegah. Hampir semua studi itu membahas tentang pencegahan kejahatan atau tindakan-tindakan tercela lainnya, seperti menyontek ketika

ujian.[6] Salah satu sub-persoalan yang banyak dibahas adalah tentang apakah hukuman mati banyak artinya sebagai sarana pencegahan. Orang-orang amat memperhatikan persoalan hukuman mati. Mereka ingin membuktikan bahwa hal hukuman mati tidak berfungsi. Sebagian bahkan meragukan bila hukuman bisa sama sekali mencegah tindak kejahatan.[7]

Betapa pun juga, teori *apa pun* mengenai sanksi harus bertolak dari penerimaan terhadap fakta bahwa ancaman hukuman cenderung untuk mencegah, persis seperti halnya imbalan cenderung untuk mendorong perilaku yang diimbali.[8] Sebagai satu patokan umum, orang-orang selalu menginginkan hal yang menyenangkan dan memuaskan, dan mereka menghindari apa yang merugikan, hukuman, dan sakit. Proposisi ini merupakan hal pokok bagi teori pembelajaran dan bagi studi mengenai perilaku manusia. Skeptisisme mengenai hukuman legal muncul dari fakta bahwa dalam keadaan *tertentu*, jenis sanksi *tertentu* nampaknya tidak menghasilkan banyak efek, namun demikian proposisi dasarnya tetap tidak terbantahkan.

Proposisi lainnya juga harus dipandang sebagai benar. Andaikan sebuah peraturan hukum mengancam perilaku X dengan sebuah sanksi. Jika kita meningkatkan sanksinya, perilaku X akan berkurang, sementara hal-hal lainnya berada dalam keadaan sama; dan ketika semua keadaan lainnya sama, jika hukum menjanjikan imbalan untuk perilaku X, maka peningkatan imbalan akan membawa peningkatan dalam X.[9] Ini bertolak dari proposisi pertama. Tidak seorang pun yang ragu bahwa seorang pedagang bisa menjual lebih banyak barangnya dengan cara menurunkan harganya dan lebih sedikit barang dengan harga yang lebih tinggi – dengan semua faktor dibuat konstan. Tingkat perubahannya tentu saja tidak bisa diprediksi. Sebagian jenis perilaku bersifat elastis, sebagian kaku. Tidak bisa dikatakan secara gampang dan gamblang bahwa lebih banyak hukuman 10 persen akan menghasilkan lebih banyak pencegahan 10 persen, satu ons hukuman akan menghasilkan satu ons pencegahan. Apa yang bisa kita katakan adalah bahwa semakin banyak satuan hukuman akan menyurutkan, bukannya mendorong, perilaku yang menjadi sasaran sanksi. Dengan mengambil contoh sederhana perilaku parkir di atas, jika denda untuk parkir ilegal tersebut naik, parkir ilegal akan turun, namun tidak sebaliknya. Proposisi dasarnya memiliki pijakan empiris; mereka selaras dengan pengalaman sehari-hari dan dengan teori dalam cabang-cabang ilmu sosial lainnya.

Adakah perkecualian bagi proposisi-proposisi dasar ini? Adakah kasus-kasus di mana, jika kita mengancam untuk menghukum perilaku, perilaku

tersebut justru akan lebih terdorong munculnya? Dalam situasi-situasi yang langka, sanksi mungkin memberikan makna simbolis tertentu pada perilaku sehingga meningkatkan nilai pentingnya. Kongres Amerika Serikat meloloskan sebuah hukum selama berlangsung perang Vietnam, yang menetapkan sebagai suatu kejahatan bila seseorang membakar kartu wajib militernya.[10] Hanya ada satu alasan mengapa seseorang membakar sebuah kartu wajib militer: sebagai simbol penolakan terhadap perang. Ketika Kongres meloloskan hukumnya hal itu meningkatkan nilai tindakan tersebut, dan orang-orang pun lebih tertarik untuk mengekspresikan rasa jijik mereka terhadap perang. Kemungkinan jumlah orang seperti ini melebihi mereka yang berhasil *dicegah* oleh hukum yang dibuat. Bayangkan, produk tertentu (kosmetik, misalnya) akan lebih banyak terjual pada harga yang lebih tinggi, karena konsumen mengira bahwa barang yang murah tidak bagus. Riset tertentu juga menguatkan gagasan mengenai "buah terlarang": Karena pornografi merupakan hal yang ilegal, langka, dan agak berisiko, maka pornografi justru menjadi semakin erotik dan diinginkan. Paling tidak *secara teoretis* kasus-kasus demikian bisa terjadi.[11]

Proposisi dasar demikian berpegang pada perilaku rasional atau untung-rugi. Hal itu tidak bertolak dari landasan bahwa orang-orang hanyalah mesin tanpa perasaan. Orang-orang memang adakalanya bertindak tanpa melihat kepentingan dirinya, adakalanya secara irasional, dalam pengertian terluas kata tersebut. Tetapi ilmu sosial membahas tentang perilaku kelompok atau massa – dengan berbagai kecenderungan yang umum dan lazim. Tidak menjadi soal bila ada beberapa orang yang membunuh, merampas, dan memperkosa, tanpa memandang hukumannya dan tanpa merespon ancaman yang ada. Sebagian orang ini akan dianggap tidak waras – secara legal tidak bertanggung jawab atas tindakan mereka. Kebanyakan *calon* pembunuh dan pemerkosa ada dalam jangkauan sanksi. Dan kita tidak bisa meloncat dari pembunuhan ke kejahatan-kejahatan yang tidak begitu "ekspresif" – kejahatan tanpa nafsu (kecuali nafsu terhadap uang), kejahatan ekonomi, kejahatan regulatoris, atau pelanggaran terhadap peraturan-peraturan kecil atau tata tertib – parkir melebihi batas waktu, berjalan di atas rumput, atau membuang sampah di jalan.

Efek pencegah (atau efek insentif) dari sanksi pertama-tama berarti *pencegahan umum*, yakni kecenderungan bahwa populasi atau sebagian populasi yang mendengar tentang sanksi atau melihat beroperasinya sanksi akan memodifikasi perilakunya sesuai hal itu. *Pencegahan umum* berbeda dari *pencegahan khusus* yang, dari segi hukuman, berarti "kecenderungan

[hukuman] untuk mengurangi atau menghilangkan tindak kejahatan pada waktu mendatang oleh orang yang tengah dihukum."[12] Ide pencegahan umum berarti, misalnya, bahwa hukum tentang perampokan bersenjata akan membuat takut orang-orang sehingga mereka akan berpikir dua kali untuk melakukan perampokan bersenjata karena takut ditangkap, didakwa, dan dipenjara; pencegahan khusus berarti bahwa seorang perampok yang telah dipenjarakan akan berpikir dua kali untuk merampok lagi.

Dalam setiap kasus tersebut, pencegahan terutama terletak dalam bentuk ancaman. Seorang pelaku perampokan bersenjata yang tengah berada di penjara tidak dapat merampok; itu sudah jelas sekali. Tentu saja ia tercegah dalam pengertian fisik, artinya, oleh tembok, jeruji, para penjaga, dan senapan.[13] Persoalan penting yang menarik di sini berkenaan dengan tindakan hukum verbal. Asumsinya adalah bahwa orang-orang bereaksi terhadap hal tersebut. Jika kita memberikan ancaman hukum dan memberlakukannya, bisa jadi tetap ada beberapa pelanggaran yang tersisa, namun para calon pelanggar lainnya akan tercegah.

Ringkasnya, proposisinya berasumsi pada teori perilaku yang serupa dengan yang ada dalam ilmu ekonomi. Para konsumen tindakan hukum memiliki pilihan-pilihan dan preferensi. Setiap potong perilaku hukum menjanjikan biaya dan imbalan. Perubahan tertentu dalam hal biaya atau harga akan menghasilkan perubahan perilaku keseluruhannya, namun kita tidak bisa memprediksi bagaimana orang tertentu akan bereaksi. Jika sebuah gedung opera tiba-tiba menurunkan harga tiketnya dari $10 menjadi $5, perusahaan jelas akan mampu menjual tiket lebih banyak lagi. Akan tetapi, sebagian orang tetap tidak akan pergi menonton, meskipun anda membayar mereka; yang lainnya terlalu sibuk untuk pergi, terlalu miskin, tinggal terlalu jauh, atau lebih memilih jenis hiburan lain dengan harga yang sama atau lebih murah. Akan ada lebih banyak pelanggar peraturan jika dendanya rendah daripada jika hal itu tinggi. Dengan kata lain, proposisinya adalah proposisi mengenai perilaku marginal. Semua itu tidak mengatakan bagaimana Pak Jones atau Ibu Smith akan bertindak; atau bahkan bagaimana banyak orang, secara persis, akan mengubah perilaku mereka sesuai naik turunnya denda.

PENCEGAHAN DAN HUKUMAN MATI

Jika kita mengasumsikan adanya efek pencegah pada hukuman, lalu apa pendapat kita mengenai literatur yang membahas hukuman mati, yang

menyangkal bahwa hukuman mati tidak memiliki efek pencegah apa pun? Kita tidak memperdebatkan argumen bahwa hukuman mati adalah hal yang tidak bermoral, dan jelas ada kemungkinan bahwa hukuman mati menghasilkan efek samping yang merugikan. Dan memang, kasus penentangan terhadap hukuman mati akan lebih kukuh bila dilandaskan pada pijakan moral daripada didasarkan pada pandangan, dengan menentang semua alasan, bahwa ancaman hukuman mati tidak mendatangkan efek apa pun terhadap perilaku. Dalam faktanya, hukuman mati akan merupakan hal yang amat mengerikan di tangan seorang tiran seperti Hitler. Membunuh seorang pembangkang adalah sarana "efektif yang mengerikan dan tragis"; hal itu memaksa "sebagian besar subjek ... untuk patuh."[14] Kekuatan argumen ini terletak pada penolakannya terhadap pemerintah atau para hakim, terhadap manusianya.

Bagaimanapun juga, banyak studi mengenai hukuman mati yang mengklaim berdasarkan atas data empiris. Pada generasi terkini, hukuman mati telah turun secara dramatis di Amerika Serikat. Namun demikian tingkat pembunuhan tetap stabil. Pada tahun 1951, tingkat pembunuhan adalah 4,8 per 100.000 populasi; pada tahun tersebut, 105 orang dihukum mati. Pada tahun 1960, tingkat pembunuhan adalah 5,1 per 100.000 dan ada lima puluh enam orang yang dieksekusi. Pada tahun 1964, tingkat pembunuhan adalah 4,8 per 100.000 (persis sama dengan pada tahun 1955), tetapi hanya 15 orang yang dihukum mati (bandingkan dengan jumlah 76 orang pada tahun 1955). Pada tahun 1966, tingkat pembunuhan adalah 5,6 per 100.000; hanya ada satu orang dieksekusi.[15]

Namun demikian, angka-angka ini tidak bisa dijadikan bukti. Jelas terlihat dari data bahwa hukuman mati telah menjadi hal usang di negeri ini. Hukuman mati telah menjadi bentuk hukuman yang langka – begitu langkanya sehingga hampir tidak ada bedanya risiko bagi seorang pemerkosa atau pembunuh. Pada tahun 1951, sekitar 7.500 orang dibunuh; namun hanya 105 orang dieksekusi – sekitar 1,4 persen.[16] Sejumlah negara bagian telah menghapuskan hukuman mati; sebagian belum; mereka yang mempertahankan hukuman mati terus memperdebatkannya, dengan demikian banyak sidang banding dan penundaan sehingga para terdakwa menghabiskan waktu puluhan atau atau lebih menunggu giliran hukuman mati mereka. Lebih jauh lagi hal ini menurunkan risikonya dan membuat para pelaku tersebut menjadi objek simpati – menjadi korban itu sendiri – dan bukannya objek kebencian. Perbedaan risikonya, seperti halnya perbedaan harga, bisa jadi begitu kecil sehingga hal itu tidak akan berarti.

Jika seorang penjual mobil sport menaikkan harga sebuah model dari $7.000 menjadi $7.000,20 kita tidak bisa memperkirakan bahwa penjualannya akan turun. Para penumpang pesawat tidak menunda perjalanan mereka jika peluang kecelakaan pesawat naik dari satu menjadi dua per sepuluh milyar. Hukuman mati menjadi sebuah risiko yang sedemikian langka dan jauh sehingga hal itu tidak menambah nilai pencegahan yang *berarti*. Calon pembunuh manapun akan menempuh risiko ditangkap, dituntut, dan menjalani hukuman yang lama. Sebuah penambahan risiko kematian yang benar-benar *kecil* kadarnya mungkin tidak akan banyak artinya. Pada akhir tahun 1960-an, orang memandang cukup aman untuk menghapuskan hukuman mati dengan pertimbangan mengenai nilai pencegahannya. Penghapusan hanya akan menghasilkan sedikit perbedaan saja, karena efek hukuman itu benar-benar nyaris sudah hilang.[17]

Perlu diulangi, pencegahan tidak bermakna bahwa orang-orang mematuhi hukum hanya karena mereka takut mendapat hukuman tertentu secara langsung. Yang bisa kita maknai hanyalah bahwa naiknya biaya, sanksi, dan hukuman *aktual* akan menghasilkan perilaku yang cenderung tidak melanggar dan lebih tercegah. Hukuman mati tidak perlu mencegah semua orang, hal itu sudah cukup bila sebagian orang tercegah; dan jika suatu peningkatan hukuman mendatangkan efek marginal tertentu, hal itu sudah memadai. Dengan demikian tidak akan ada artinya bila ada banyak orang, yang ditangkap dan dihukum, kemudian melakukan kejahatan sekali lagi. Tingginya tingkat kejahatan kambuhan tidak membuktikan bahwa pencegahan tidak berlaku atau bahwa para pelanggar hukum menjadi sedemikian kecanduan dengan kejahatan sehingga mereka tidak bisa dipisahkan dari kebiasaan mereka. Yang pertama-tama, seperti dikatakan oleh Herbert Packer, "kita tidak tahu akan setinggi apa lagi tingkat residivisme jika hukuman kriminal ditiadakan."[18] Yang kedua, masyarakat memperlakukan para penjahat dengan keras, membatasi peluang mereka untuk bergabung kembali dengan masyarakat. Mungkin merupakan hal yang "rasional" bagi seorang mantan narapidana untuk mencuri lagi daripada harus kelaparan. Para warga lainnya mungkin kehilangan lebih banyak hal daripada yang mereka dapatkan melalui kejahatan, namun tidak bagi mantan-narapidana.[19] Tingkat residivisme lebih menunjukkan tentang pencegahan khusus dan bukan pencegahan umum. Hukuman mati merupakan sarana sempurna sebagai pencegahan khusus: Orang yang sudah mati tidak bisa melakukan kejahatan lagi.

KURVA PENCEGAHAN

Sungguhpun demikian tidak ada hubungan linear yang sederhana antara sanksi dan perilaku yang dikenai sanksi. Misalkan kita menggambar grafik tingkat parkir yang melebihi batas waktu pada level denda tertentu. Ketika dendanya ditingkatkan, kita akan memperkirakan bahwa tingkat pelanggarannya akan turun, tetapi kita tidak berharap akan muncul garis atau grafik lurus yang sempurna. Dengan kata lain, menaikkan denda $5 dua kali lipat akan (dengan penegakan peraturan tetap konstan) meningkatkan kepatuhan, namun kepatuhan tersebut tidak selalu meningkat dua kali lipat kadarnya. Sebuah ancaman dua puluh tahun penjara mungkin tidak akan dua kali lipat efektivitasnya dibandingkan ancaman sepuluh tahun. Kami memperkirakan bahwa ada hubungan tertentu yang bila digambar dengan grafik akan berbentuk garis lengkung (*curvilinear*) yang menaik secara bertahap. Pada titik tertentu, input-input denda yang baru akan menghasilkan kepatuhan baru yang semakin kecil kadarnya, dan ada kemungkinan kita akan mencapai efek nol. Ini karena, seiring naiknya tingkat kepatuhan akan ada semakin sedikit orang yang terkena, dan yang sedikit itu adalah kasus-kasus yang paling sulit. Kita mendekati sebuah titik jenuh, sebuah titik balik yang semakin rendah. Inilah alasan lain mengapa hukuman mati nampaknya memiliki efek yang sedikit sekali di Amerika Serikat; pembunuh mendapat sanksi yang amat berat dari kelompok sebayanya, kesadaran nurani, dan negara-negara bagian di mana calon pembunuh berjumlah kecil. Juga seseorang atau sebuah kelompok bisa jadi demikian jenuhnya dengan stimuli hukuman sehingga tidak ada hal lain yang bisa bersifat lebih menghukum lagi. Seseorang yang hendak ditembak mati tidak menanggung risiko lain lagi; ia tidak akan kehilangan apa-apa. Para eksekutornya telah kehilangan kekuasaan untuk mencegah dia dengan tindakan atau ancaman tambahan lainnya. Masyarakat-masyarakat totaliter bisa mencapai titik ini. Taktik-taktik Gestapo, kamp-kamp konsentrasi, dan penembakan tanpa pengadilan bisa menghasilkan suasana tertentu di mana banyak orang merasa bahwa hidup tidak bisa ditenggang lagi, dan tidak ada hal yang lebih buruk dari itu. Dengan begitu, teror yang lebih parah tidak akan menghasilkan efek apa pun; hal itu hanya akan mendorong orang-orang untuk melakukan perlawanan. Bahkan jika orang yang tidak bersalah menghadapi teror yang berlangsung ngawur, maka revolusi hanya akan sedikit saja membuat mereka khawatir dibandingkan risiko kehidupan sehari-hari.

Yang mengherankan, ada contoh-contoh historis mengenai masyarakat-masyarakat teror seperti itu. Gresham Sykes telah mencontohkan hal demikian dalam kehidupan di penjara. Ia meneliti para narapidana di Penjara Negara New Jersey dan mendapati bagaimana mereka bertingkah laku amat buruk. Para penjaga "jauh dari status sebagai penguasa yang serba berpengaruh," mereka "dengan susah payah terus berusaha menjaga ketertiban"; dalam usaha itu mereka seringkali gagal. Salah satu alasannya adalah karena para petugas itu "mendekati titik tertentu di mana jatah hukuman yang sah sudah hampir sampai pada titik dasarnya dan ... sedikit hukuman yang tersisa pun telah kehilangan kekuatannya." Dalam penjara, menurut Sykes, kurvanya telah melandai sepenuhnya.[20]

Masing-masing tindakan hukum memiliki garis lengkung (kurva) pencegahannya sendiri. Barangkali tidak ada dua kurva yang persis sama. Artinya, intervensi apa pun yang diberikan oleh sistem hukum – peraturan atau perintah yang dikomunikasikan kepada subjek dan ditunjang dengan suatu sanksi, positif atau negatif – akan berpengaruh terhadap perilaku, bergantung pada level sanksi yang diancamkan atau dijanjikan. Banyak faktor yang mempengaruhi lereng dan bentuk kurva pencegahan ini. Berikut ini adalah sebagian dari faktor-faktornya yang pokok; kita akan membahas sebagian di antaranya nanti dengan lebih terperinci.

I. Karakteristik ancaman dan janji
   A. Hakikat sanksi. Apakah sanksinya berupa imbalan atau hukuman? Apakah sanksinya ringan atau berat?
   B. Persepsi mengenai risiko mendapatkan sanksi negatif atau mendapatkan sanksi positif.
   C. Kecepatan pemberian sanksi. Apakah sanksi diberikan segera atau jauh pada waktu yang akan datang?

II. Karakteristik orang yang menjadi subjek sanksi
   A. Berapa banyak orang yang menjadi subjek sanksi? Akan lebih mudah, misalnya, bila peraturan diberlakukan hanya bagi beberapa orang atau pihak yang menonjol saja.
   B. Tipe kepribadian para subjek, atau kultur tempat subjek itu tinggal.

III. Karakteristik perilaku yang hendak dikontrol
   A. Seberapa mudah atau sulit untuk mendeteksi dan menimpakan hukuman terhadap perilaku? Sebagai contoh, akan sangat sulit untuk mengontrol pikiran-pikiran yang berbahaya, dan jauh lebih mudah untuk membakar buku-buku yang berbahaya.

B. Bagaimana permintaan atas perilaku yang hendak dikontrol? Sebagian perilaku sulit dikontrol karena orang-orang merasa mereka sangat menginginkan hal itu sehingga tidak siap untuk meninggalkannya, atau hal itu begitu tidak menyenangkannya sehingga hukum tidak mudah menstimulasinya. Untuk perilaku tertentu, ada permintaan yang kuat dan relatif tidak lentur; sanksi-sanksi memiliki efek yang relatif kecil; perilaku lainnya amat lentur dan merespon sanksi dengan sigap.

KARAKTERISTIK ANCAMAN ATAU JANJI

Hakikat Sanksi

Lazimnya sanksi dibagi menjadi dua bagian, imbalan dan hukuman, yakni sanksi positif dan negatif. Gagasannya adalah bahwa orang-orang yang menjadi subjek hukum akan memilih satu dan menghindari yang lainnya. Para pembuat hukum berasumsi bahwa sanksi yang berlabel "hukuman" adalah yang bersifat menyakitkan dan "imbalan" adalah yang bersifat menyenangkan, sehingga konsekuensi perilaku yang dikehendaki akan mengikuti secara otomatis.

Bentuk-bentuk hukuman yang lazim dalam hukum pidana adalah denda dan kurungan. Hukuman fisik atau hukuman jasmaniah lainnya, pada masa lalu, sering digunakan dalam hukum. Hukuman cambuk merupakan sarana kontrol sosial yang normal di Amerika masa kolonial, khususnya bagi para budak dan khususnya untuk pelanggaran seksual. Para budak tidak memiliki uang untuk membayar denda, dan memasukkan mereka dalam penjara akan membuat majikan mereka tidak bisa menggunakan tenaga mereka.[21] Hukuman mati jarang digunakan pada masa kini namun pada masa lalu sering digunakan. Hukuman-hukuman lainnya termasuk teguran, penurunan pangkat, dan pencabutan hak istimewa – penghilangan hak pilih atau larangan mengemudikan mobil.

Masing-masing hukuman memiliki makna sosialnya sendiri-sendiri. Karena kekuatan sebuah sanksi bergantung pada bagaimana pendapat orang-orang, maka mungkin akan berbeda pengaruhnya bila "hukuman mati"-nya dilaksanakan dengan gantung, tembak, atau kursi listrik; dan "tiga tahun kurungan" bisa berarti berbeda bagi kelas-kelas orang yang berbeda. Hal itu juga bisa bergantung pada jenis kurungannya. Sejarah mencatat banyak sarana pencegahan yang telah usang dan punah:

pengasingan, tiang pencambukan, kebiri. Gagasan-gagasan mengenai moralitas hukuman telah berubah; gagasan-gagasan ini menambah atau mengurangi pilihan-pilihan yang tersedia bagi sistem hukum. Sepertinya trend umum di dunia modern adalah mengarah pada pelunakan. Amandemen Kedelapan Konstitusi Amerika Serikat melarang hukuman yang kejam dan tidak lazim. Klausa tersebut melarang penyiksaan dan hanya tinggal menyisakan sekelompok kecil pencegahan yang konvensional,[22] seperti denda dan kurungan. Hukuman badan telah menurun, paling tidak secara resmi,[23] dan lama hukuman penjara telah semakin singkat dari tahun ke tahun. Walau bagaimanapun, hukuman sulit untuk dibandingkan – apakah cambukan lebih berat atau lebih baik daripada satu bulan kurungan? Dan efeknya bisa jadi berbeda dari kultur dan masa yang satu dengan yang lainnya.

Hukum sipil (perdata) juga memiliki banyak jenis hukuman di gudangnya. Yang paling umum adalah ganti rugi uang; yang lainnya adalah penghilangan hak khusus. Sebuah perusahaan bisa kehilangan izinnya; pihak yang "salah" dalam sebuah kasus perceraian bisa kehilangan status pernikahannya, belum lagi mobil, anak-anak dan rumahnya. Pengadilan-pengadilan sipil bisa memberikan *injungsi*[*] yang mengikat salah satu pihak untuk bertindak seperti yang diperintahkan pengadilan. Jika pihak tersebut melanggar apa yang diperintahkan, ia bisa dipenjarakan. Setiap perintah pengadilan, yang berbentuk injungsi atau bukan, adalah pembatasan atas kebebasan, membuat subjek terpapar pada hukuman lebih lanjut (biasanya uang) bila ia tidak bisa memenuhinya.

Bentuk imbalan yang paling jelas adalah pembayaran uang tunai. Banyak negara bagian yang menawarkan hadiah untuk keberhasilan membunuh hewan pemangsa – Arizona, misalnya, akan membayar sampai $100 bila seseorang berhasil membunuh seekor singa gunung dan $3,50 untuk satu kepala serigala koyot.[24] Hukum-hukum pajak dipenuhi dengan insentif-insentif uang tunai. Pemerintah telah membayarkan uang jutaan sebagai subsidi – bagi para petani untuk menyokong harga, misalnya. Sanksi-sanksi positif juga bisa berupa gelar, penghargaan, medali, jabatan kekuasaan, senyum, jabat tangan, dan pujian. Segala hal yang bernilai bisa berlaku sebagai insentif; seorang narapidana yang tindak-tanduknya memuaskan dewan pengawas, bisa mendapatkan pembebasan lebih awal.

Secara umum dunia ilmu hukum kurang begitu memperhatikan masalah imbalan. Di permukaan, sistem hukum sepertinya lebih banyak menggunakan hukuman daripada imbalan. Dalam pengertian tertentu,

hukuman nampaknya lebih efisien. Ancaman hukuman belaka memiliki efek pencegah, sementara harapan akan imbalan merupakan insentif yang lemah. Sebuah subsidi bisa memancing lebih banyak ketidakpuasan dan bukannya tindakan, jika hanya satu dari tiga orang yang akhirnya benar-benar mendapatkannya. (Tentu saja adakalanya orang berharap pada peluang untuk mendapat imbalan tertentu, paling jelas dalam lotere yang diselenggarkan oleh negara.)

Sekalipun demikian, kita sulit menghitung dan membandingkan hukum formal dan imbalan formal untuk mengukur secara empiris penggunaan yang satu atau yang lainnya oleh hukum. Suatu perhitungan di atas kertas sulit untuk bisa menunjukkan teknik mana yang lebih banyak digunakan oleh "hukum." Lebih dari itu, istilah *imbalan dan hukuman* tidak menggambarkan dengan baik bagaimana peraturan di luar hukum pidana mempengaruhi perilaku. Sekali lagi, mari kita melihat hukum tentang wasiat sebagai contohnya. Setiap negara bagian di Amerika memiliki undang-undang tentang *intestasi* (ketiadaan wasiat, *intestacy*). Undang-undang ini mengatur prosedur pengalihan harta milik seseorang yang telah meninggal dunia, jika mendiang tidak meninggalkan wasiat. Di Pennsylvania, misalnya, janda yang ditinggalkan, jika ada, akan menerima paling sedikit sepertiga dari harta suaminya, dan lebih dari jumlah itu jika tidak ada anak. Anggota keluarga yang lainnya akan mendapat bagian tertentu dari peninggalan tersebut.[25] Hukum juga menetapkan peraturan-peraturan mengenai wasiat. Wasiat harus dalam bentuk tertulis, harus ditandatangani oleh pembuat wasiat, dan paling tidak harus ada dua saksi.[26] Sebuah wasiat yang memenuhi ketentuan ini dipandang valid. Wasiat yang tidak memenuhi syarat ini adalah selembar kertas yang tidak berharga.

Tentu saja kita bisa menjelaskan peraturan seperti ini dari kacamata imbalan dan hukuman. Bisa kita katakan bahwa seseorang yang tidak mengikuti peraturan – yang hanya menggunakan satu orang saksi, misalnya – berarti ia *mendapat hukuman*. Wasiatnya tidak berlaku, keinginan-keinginannya diabaikan, dan undang-undang intestasi akan mengambil alih. Juga bisa katakan dengan pasti bahwa seseorang yang mengikuti peraturan ia akan *mendapat imbalan*; ia bebas mengabaikan hukum intestasi dan menyalurkan harta peninggalannya sekehendak dia. Karena kita bisa menjelaskan persoalan ini dari kacamata imbalan atau hukuman, berarti kita juga berkesimpulan bahwa istilah-istilah tersebut tidak sesuai. Situasi antara ini, yang amat lazim dalam hukum, menggunakan teknik-teknik

penyaluran alih-alih hukuman atau imbalan langsung. Peraturan menghasilkan struktur tertentu yang membuatnya mudah digunakan orang. Peraturan tersebut mendorong munculnya kebiasaan dan rutinitas. Orang yang membuat surat wasiat menggunakan struktur yang telah diciptakan atau dibentuk oleh hukum tersebut. Kita namakan jenis perilaku hukum ini sebagai *penggunaan*; ketiadaannya disebut sebagai *pengabaian*.

Secara formal, *penggunaan* merupakan persoalan yang keputusan tentangnya diambil oleh para aktor itu sendiri. Hukum tidak "peduli" apakah kita membuat sebuah wasiat atau tidak. Tentu saja kita bisa bertanya *mengapa* hukum tidak "peduli." Dalam pengertian tertentu, hukum benar-benar peduli; hukum tidak sepenuhnya mengabaikan *intestasi* dan *testasi* (keberadaan wasiat, *testacy*). Dalam sistem sekarang, ada sejumlah wasiat valid yang dihasilkan setiap tahunnya. Dari sudut pandang sosial tertentu, bisa jadi itu adalah jumlah yang "tepat." Jika demikian, dan jika paksaan yang lebih besar akan membutuhkan ongkos yang lebih besar dibandingkan "kelayakan" perilaku yang benar, maka akan lebih disukai untuk meninggalkan persoalannya sebagaimana adanya. Kita bisa membuat perubahan-perubahan kecil dengan mengubah hukum atau prosedurnya. Bila kita menginginkan *lebih banyak* testasi, kita bisa berusaha agar surat wasiat lebih digemari orang, atau "menghukum" intestasi (barangkali dengan pajak), atau keduanya. Negara, misalnya, tidak memungut sewa dari para pemilik tanah. Pemilik tanah melakukan hal itu sendiri. Ia bisa menggunakan proses hukum jika para penyewa tanahnya tidak membayar. Seringkali ia bersedia untuk itu. Haknya untuk memungut sewa melalui proses hukum merupakan hak untuk mendapat imbalan dan menimpakan hukuman. Jika jumlah penggunaan oleh para pemilik tanah bisa diterima atau optimal, kita bisa membiarkan masalahnya begitu saja. Kita bisa menyesuaikan levelnya naik atau turun dengan menyesuaikan peraturan atau prosedurnya. Kita bisa mempersulit atau mempermudah para pemilik tanah untuk mengusir penyewa. Jika kita membuatnya lebih ekstrim, kita bisa menetapkan seseorang yang tidak membayar sewa sebagai pelaku tindak kejahatan. Hal ini akan memiringkan timbangannya lebih dalam lagi. Dengan demikian *rule of law* melalui struktur dan isinya mengarahkan perilaku dengan berbagai kadar keberhasilan. Imbalan dan hukuman merupakan alternatif metode dalam pengarahan ini.

Lebih jauh lagi: Istilah *imbalan* dan *hukuman* mengacu pada hasil-hasil yang dikehendaki dari tindakan hukum. Diasumsikan bahwa pesannya adalah sama menurut si pemberi dan penerima – bahwa keduanya me-

mandang hukuman sebagai hukuman, imbalan sebagai imbalan. Biasanya ini yang terjadi, namun tidak selalu. Sebagian orang, barangkali tanpa sadar, mungkin ingin dihukum dan memandang hukuman sebagai imbalan. Sebagian ahli psikonalisis mengatakan bahwa hukuman adalah "insentif bawah sadar yang paling berbahaya bagi kejahatan. Perbuatan-perbuatan terlarang berlaku sebagai pelega ... bagi rasa bersalah yang luar biasa besar. Kemungkinan untuk dihukum tidak mencegah penjahat, melainkan mendorong dia secara bawah sadar ke arah perbuatan yang dilarang."[27] Seorang pelaku revolusi mungkin ingin ditangkap agar perjuangannya terpublikasikan dan ia menjadi syahid. Dalam penuturan yang lebih prosais, seorang gelandangan yang mabuk pada malam hari yang dingin di bulan Desember mungkin ingin dimasukkan dalam penjara.

Jadi tidak ada bentuk sanksi yang memiliki efek universal, meskipun hukuman fisik mendekati hal itu, dan uang merupakan imbalan yang kuat dan berlaku umum. Bagaimana sebuah sanksi berefek merupakan persoalan empiris. Orang-orang memandang sanksi dengan cara berbeda. Mereka memiliki daya tenggang yang berbeda terhadap rasa sakit dan respon yang berbeda terhadap insentif uang. Status ekonomi bisa menentukan hal ini; denda seribu dollar adalah hal yang remeh bagi sebuah perusahaan besar, hal yang berat bagi seorang pekerja. Ancaman penjara konon lebih menakutkan bagi seorang pelaku kejahatan kerah-putih kelas menengah daripada bagi para pelanggar lainnya.[28] Bisa dipahami, ada subkultur-subkultur yang menganggap bahwa ditangkap dan dipenjarakan adalah tanda kejantanan, bukan hal yang memalukan. Sebaliknya, tidak semua orang menginginkan imbalan resmi; pujian selangit dari seorang guru mungkin membuat malu seorang anak di dalam kelas.

Dalam sebagian persidangan politik modern, para pembela bertindak "secara irasional," sehingga memicu pengadilan untuk memberikan hukuman. Hal ini terjadi di dalam persidangan atas "kelompok tujuh Chicago" pada tahun 1970 oleh Hakim Julius Hoffman.[29] Di sini penghukum dan terhukum memiliki tujuan dan pijakan yang berbeda. Para pembela berusaha memenangkan kasus mereka menghadapi sistem peradilan Amerika. Mereka ingin menunjukkan bahwa hakim berlaku keras dan penuh prasangka.[30] Bagaimanapun juga, hakim menghukum demi kontrol sosial, untuk pencegahan, untuk kepuasan sendiri, dan untuk menyenangkan audiensnya, para warga negara yang tak kelihatan di luar sana.

Imbalan vs. Hukuman

Apakah imbalan lebih efektif daripada hukuman? Misalkan saja pemerintah berniat memacu integrasi rasial di sebuah proyek perumahan. Apakah akan lebih baik hasilnya bila pemerintah membayar orang-orang kulit putih $10 sebulan untuk tinggal di sebuah proyek perumahan integrasi ataukah mendenda mereka $10 sebulan bila tinggal di tempat lain? Persoalan seperti ini tidak bisa dijawab dengan pasti. Studi-studi terhadap hewan dan anak-anak, berikut beberapa pengandaian, telah menuntun sebagian psikolog untuk sampai pada kesimpulan bahwa hukuman (stimulus yang menyakitkan) tidaklah sebaik imbalan (atau "penguatan positif") sebagai pemicu terjadinya pembelajaran atau perubahan perilaku. Tokoh Hermione dalam karya Shakespeare *The Winter's Tale* mengatakan, "bila engkau tepuk kudamu/ jarak seribu mil engkau bisa mengendarainya /bila engkau cambuk kudamu /satu mil saja jarak yang akan ditempuh olehnya/."[31]

Sekalipun demikian, tidak jelas apakah statemen-statemen ini juga berlaku bagi perilaku hukum.[32] Kebanyakan studi ini tidak membahas tentang perilaku manusia dewasa. Dalam studi-studi ini, imbalan dan hukuman biasanya langsung diberikan sesudah perilaku – satu sengatan listrik, satu potong makanan. Hukuman legal jarang yang bersifat pasti dan nyaris tidak diberikan secara langsung. Seseorang yang curang mengenai pajak penghasilannya tentu saja tidak akan tertangkap saat itu juga; persidangan, denda, dan hukumannya mungkin berlangsung beberapa tahun kemudian. Sementara itu banyak imbalan dan subsidi yang bersifat pasti dan nyaris langsung; karena itu sulit bagi kita untuk membandingkan efek keduanya. Akan lebih realistis bila perbandingan yang kita buat adalah bila satu dari sepuluh keluarga kulit putih akan mendapatkan klaim $10, yang bisa mereka cairkan beberapa waktu kemudian. Hukuman lebih mirip dengan lotere daripada dengan lembar saham yang memiliki jatuh tempo yang telah tertentukan.

Juga tidak ada alasan untuk percaya bahwa *semua* bentuk imbalan adalah lebih unggul dari *semua* bentuk hukuman terhadap *semua* tindakan.[33] Bagi kebanyakan orang dan bagi banyak tindakan, rasa takut masuk penjara bisa jadi merupakan sanksi yang lebih kuat daripada janji uang. Tidak pelak lagi generalisasi apa pun yang bersifat menyamaratakan akan terbukti keliru.

Selain itu, dalam bentuk apa satuan imbalan atau hukuman yang

hendak dipakai untuk tujuan perbandingan? Apakah denda $10 merupakan *satuan* sanksi yang sama dengan imbalan $10? Bagaimana anda membandingkan satuan kurungan atau cambukan dengan satuan uang? Berapa banyak pukulan dengan sebuah cambuk akan dipandang setara dengan sebuah medali kehormatan?

Persepsi mengenai Risiko

Sudah jelas bahwa untuk memperbesar daya cegah tidak berarti kita harus membuat hukumannya lebih keras – di atas kertas. Banyak orang yang berpendapat bahwa hukuman adalah sarana sia-sia seperti sia-sianya kata-kata yang tercantum dalam kitab hukum. Ini benar. Efek pencegah dari sanksi yang murni *formal*, seperti sudah diperkirakan, terbukti hanya sedikit saja.[34] Efek pencegah berasal dari kekuatan sebuah ancaman. Suatu sanksi yang tidak diberlakukan merupakan pencegahsuatu yang payah, karena ancamannya akan sedemikian lemah dan lembek. Hal itu bisa saja berfungsi, tetapi hanya jika orang-orang tidak tahu bahwa ancamannya kosong belaka.

Sudah sering dikatakan bahwa hal penting terkait dengan sebuah sanksi adalah kepastiannya.[35] Inilah yang membuat faktor pengawasan menjadi begitu kuat. Tidak seorang pun yang akan memarkir kendaraannya di wilayah "Dilarang Parkir" bila di situ ada polisi. Sepertinya akan lebih sedikit orang yang mengemudi sambil mabuk jika mereka yakin bahwa mereka akan tertangkap dan dipenjara setahun. Satu hukuman lima tahun bahkan akan lebih efektif lagi. Seberapa efektif, kita tidak bisa mengatakannya, namun andaikan bahwa hukumannya ditingkatkan menjadi lima tahun, peluang penangkapan dan dakwaan pun akan menurun menjadi satu dari lima kejadian. Kita tidak yakin apakah kita memang benar-benar tengah memperbesar hukumannya. Barangkali kita hanya mengubah bentuknya saja. Pencegahan bergantung pada persepsi seseorang mengenai risiko bahwa suatu sanksi akan benar-benar dijatuhkan. Dengan menaikkan level pemberlakuan, kita menghasilkan pencegahan yang lebih besar dari hukuman formal yang sama. Jika setiap pencuri ditangkap dan dipenjara dan fakta ini diketahui secara luas, denda yang kecil dan satu minggu di penjara mungkin bisa berlaku sebagai pencegah umum dan khusus yang sama kadarnya dengan hukuman yang lebih keras tetapi tidak begitu pasti. Pada abad kesembilan belas, hukum pidana menjadi semakin manusiawi, masa kurungan menjadi semakin singkat,

dan hukuman mati meredup menjadi bayang-bayang saja. Namun demikian teknik-teknik penegakan hukum nampak meningkat. Masyarakat dengan demikian bisa menimpakan hukuman yang ringan atas banyak orang yang tertangkap alih-alih memberikan hukuman kejam terhadap sedikit orang.[36]

Sekalipun demikian, yang menjadi pencegah bukanlah risiko riil atau objektif melainkan risiko sebagaimana yang ada dalam persepsi orang – risiko yang ada dalam pikiran calon pelanggar potensial. Fakta ini tentu saja menambah kerumitan lain. Jelas, hukuman bisa menciutkan nyali para pengutil toko; tetapi tidak semua pengutil tertangkap, tidak semua dituntut, tidak semua yang dituntut didakwa bersalah. Apa yang diketahui oleh para pengutil tersebut tentang peluang mereka? Tipe pengutil yang berbeda mungkin memiliki persepsi yang berbeda. Para pengutil profesional memiliki pandangan tertentu mengenai risiko, sementara para amatir (para ibu rumah tangga dan remaja) memiliki pandangan lain lagi. (Ibu rumah tangga mungkin lebih takut tertangkap daripada para profesional.)

Dengan begitu, untuk ringkasnya, agar pencegahan berhasil maka suatu sanksi harus riil atau nampak riil. Macan kertas tidak akan menggigit atau mencegah, kecuali kelemahannya dirahasiakan. Dalam sebuah studi, para mahasiswa di sebuah universitas Florida ditanya tentang hukuman atas kepemilikan mariyuana, apakah menurut mereka para pelanggar berkemungkinan untuk tertangkap, apakah mereka tahu tentang orang-orang yang telah tertangkap, dan apakah mereka sendiri adalah pelanggar. Mereka yang bukan pelanggar cenderung untuk menakar risikonya lebih besar daripada para pelanggar. Hal ini telah diperkirakan oleh teori pencegahan. Hasil-hasil lainnya dari studi tersebut kurang begitu jelas.[37] Secara umum kita hanya tahu sedikit tentang persepsi mengenai risiko. Ini tergolong bidang penelitian yang menjanjikan. Jonathan Casper yang mewawancarai para pencuri yang diputus bersalah di Connecticut mengutip perkataan seorang di antara mereka bahwa "kita bisa saja ... sering membobol rumah dan mencuri, dan akan sulit sekali menangkap kita pada suatu ketika." Menurut Casper, kebanyakan pencuri "menganggap bahwa dalam kegiatan itu mereka biasanya tidak akan tertangkap, walaupun dalam jangka panjang mereka akan tertangkap juga akhirnya."[38]

Kita juga tidak bisa memastikan bagaimana cara mempengaruhi persepsi mengenai risiko. Sebagian masyarakat dengan sengaja membuat mobil polisi mereka kelihatan mencolok. Gagasannya adalah untuk

membuat agar kehadiran polisi nampak sejelas mungkin, meningkatkan persepsi risiko pada para pengemudi yang ugal-ugalan. Kita juga bisa membuat argumen yang mendukung gagasan agar mobil polisi dibuat tidak mencolok; para pengemudi dengan demikian bisa membayangkan bahwa polisi tengah mematai-matai di setiap tempat dan mereka akan menakar risiko tertangkap yang lebih tinggi. Sebuah studi mengenai penambahan jumlah polisi kereta api di New York dan efeknya terhadap kejahatan membuktikan adanya "efek siluman" – "efek pencegahan yang disebabkan oleh kegiatan polisi yang sebenarnya tidak ada." Kejahatan di kereta api mengalami penurunan bahkan pada saat polisi tidak ada di sana, barangkali karena "adanya persepsi keliru terhadap ancaman berupa rasa takut."[39]

Kecepatan Penerapan

Kecepatan pemberian hukuman atau imbalan sama pentingnya dengan tingkat kepastian dan kerasnya hukuman. Sebuah hukuman atau imbalan langsung akan memiliki dampak yang lebih besar dibandingkan yang tertunda. Satu dolar di tangan akan bernilai satu dolar; hak atas satu dolar esok hari, atau minggu depan, atau tahun depan akan "terdiskon." Hal ini juga berlaku sama pada barang-barang dan jasa lainnya – di samping hukuman dan imbalan. Eksperimen menunjukkan bahwa "penundaan akan berefek pada berkurangnya tingkat kekerasan hukuman, dan manipulasi kekerasan hukuman akan menghasilkan efek kecil pada penundaan yang lama." Eksperimen-eksperimen laboratorium menyebut sebagai "penundaan" apabila hukuman muncul tiga puluh detik sesudah tindakan yang hendak dihukum. Kesenjangan waktu dalam sistem hukum bisa dalam hitungan tahun. Selain itu, agaknya logis juga bila "hukuman kurungan lima tahun yang dimulai satu tahun sesudah tindak kejahatan mungkin tidak akan sama efektifnya dengan hukuman kurungan enam bulan yang diberikan tanpa ada penundaan."[40]

Sebagian jenis tindakan ilegal "tanpa korban" ini[41] sulit dideteksi oleh polisi, karena "kejahatan-kejahatan" ini terjadi di balik layar. Tindakan homoseksual di antara dua orang dewasa yang dilakukan secara sukarela, misalnya, termasuk tanpa korban dan berlangsung secara pribadi.[42] Kejahatan-kejahatan ini sulit ditengarai, karena polisi harus melakukan sendiri semua pekerjaan ini. Biasanya polisi tidak bisa mengandalkan agar para korban melaporkan kejahatan-kejahatan ini.[43]

Juga sulit untuk menegakkan hukum yang menentang pembuangan limbah berminyak di laut. Lautan luas sekali dan terlalu mahal untuk diawasi oleh patroli; para kapten kapal memiliki privasi yang tidak terbatas untuk membuang limbah dari kapal mereka. Beberapa hukum sulit untuk diberlakukan dengan memuaskan, karena pelanggarannya, meskipun jarang, tetapi amat serius, dan pencegahannya tidak berguna kecuali bila mendekati 100 persen. Pembajakan pesawat dan pembunuhan politik adalah di antara contohnya. Sebaliknya, untuk tindakan tertentu ada banyak pelanggar potensial, dan mereka bisa melakukan pelanggaran di banyak tempat. Untuk menangkap orang-orang yang menyeberang jalan seenaknya, kita harus mengawasi seluruh jaringan jalan yang ada. Sebaliknya, hanya perusahaan-perusahaan tambang batubara saja yang bisa melanggar hukum keselamatan pertambangan dan itu pun hanya di pertambangan. Pertambangan batubara mudah dihitung jumlahnya, dan jumlah inspektor yang dibutuhkan bisa dikalkulasi dengan mudah.

Permintaan atas Perilaku yang Hendak Dikontrol

Norma-norma yang berusaha membatasi atau mengontrol perilaku selalu ditujukan pada perilaku yang dipandang sebagai hal yang diinginkan orang. Dengan kata lain, ada *permintaan* atas perilaku. Kita bisa berasumsi bahwa ada permintaan atas tindak pembunuhan, pelanggaran kontrak, parkir ilegal, pencampuran susu – setiap tindakan yang hendak dicoba raih oleh sanksi, namun demikian kurva permintaannya berbeda untuk perilaku yang berbeda.

Beberapa ahli telah mencoba mengklasifikasi tipe-tipe perilaku hukum sesuai dengan kurva permintaannya. Sebagian dari gagasan tersebut melatarbelakangi penggolongan kejahatan yang dibuat oleh William Chambliss, yang membedakan antara dua jenis kejahatan, yang ia sebut kejahatan "ekspresif" dan kejahatan "instrumental."[44] Suatu tindak kejahatan tergolong "ekspresif" jika hal itu menyenangkan dengan sendirinya – dengan kata lain, dilakukan demi hal itu belaka. Ia menyebutkan pemerkosaan dan kecanduan obat-obatan sebagai contohnya. Kejahatan instrumental –penggelapan, penghindaran pajak penghasilan – adalah sarana bagi tujuan tertentu. Menurut Chambliss, hukuman lebih bisa mencegah kejahatan instrumental daripada kejahatan ekspresif, akan tetapi hal ini tidak bisa dipandang sebagai ketentuan mutlak. Sebagian tindak kejahatan ekspresif terlihat cukup mudah untuk dicegah. Orang-orang berburu untuk

mendapatkan kesenangan, namun kita tidak bisa memastikan bahwa pemberlakuan aturan yang ketat akan kalah efektifnya dalam mengatasi perburuan rusa ilegal, dibandingkan untuk mengatasi parkir melebihi waktu, yang jelas-jelas instrumental. Andenaes mengatakan bahwa "rasa takut akan sanksi sosial yang lunak sekalipun seringkali mendorong ditekannya tindakan-tindakan ekspresif (sebagai contoh, menguap, mencungkil kotoran hidung, atau berteriak-teriak jengkel)."[45] Penggolongan yang lebih tepat lagi mungkin adalah antara tindakan yang terkontrol dan yang tidak terkontrol. Pecandu ganja harus mendapat ganja; kejahatan seks mungkin berasal dari dorongan yang tidak terkontrol. Jika demikian, pembedaan tersebut tidak terlalu banyak artinya dibandingkan hukuman yang hanya mencegah apa yang memang bisa dicegah – nyaris bukan merupakan pencapaian yang mengguncangkan dunia.[46]

Betapa pun juga, Chambliss benar dalam upayanya memilah tipe-tipe perilaku hukum dan ketika ia menyatakan, dengan sedikit kata-kata, bahwa tindakan yang berbeda memiliki kurva pencegahan yang berbeda. Kebanyakan orang akan mengakui bahwa hukuman memang bisa mencegah banyak tindakan instrumental. Tindakan-tindakan "ekspresif" dipandang sebagai perkecualian dari ketentuan tersebut, namun beberapa kejahatan bersifat ekspresif belaka. Pembunuhan biasanya tergolong ekspresif, menurut ketentuan Chambliss. Akan tetapi seorang pembunuh bayaran adalah seorang pembunuh instrumental; begitu juga seorang amatir yang membunuh pamannya untuk mendapatkan asuransinya, bahkan barangkali seseorang yang meracun istrinya untuk melancarkan jalan bersama gundiknya. Jika hukuman bisa mencegah terjadinya pembunuhan demi asuransi, maka hukuman tambahan seharusnya menghasilkan pencegahan yang lebih tinggi sampai ketika kurvanya memuncak, hanya tindakan-tindakan "ekspresif" kecil yang tersisa. Paling tidak kita bisa membayangkannya demikian, sampai ada bukti yang menunjukkan sebaliknya.

Apa pun problema yang ada pada penggolongan Chambliss, jelas terlihat bahwa permintaan atas perilaku melanggar (hasrat atau dorongan untuk melanggar) bisa kaku atau lentur, yakni, responsif atau tidak responsif terhadap sanksi. Ketika permintaannya lentur, peningkatan penegakan hukum atau teknologi penegakan hukum bisa menunjukkan hasil-hasil yang barangkali permanen. Jika permintaannya tidak lentur, investasi di bidang penegakan hukum akan membuahkan hasil yang buruk. "Permintaan" atas parkir ilegal nampaknya cukup lentur. Para pengemudi yang

sibuk amat tergoda untuk parkir secara ilegal. Selain itu, perilakunya juga sensitif terhadap naik turunnya penegakan aturan dan kerasnya hukuman. Sebaliknya, permintaan atas pemerkosaan nampaknya cukup kaku, setidaknya seperti yang ada sekarang ini.[47] Demikian pula nampaknya pada permintaan atas obat-obatan terlarang. Hukuman berat tidak "bekerja"; semua itu akan mengarah pada frustrasi. Hal tersebut seperti menampung air ke dalam ayakan. Jika polisi mencoba merazia para pelacur, para pelacur akan menaikkan harga mereka atau, lebih mungkin lagi, mencoba menyuap dan mengkorup. Razia obat-obatan terlarang akan mendorong harga obat-obatan tersebut lebih tinggi lagi. Pasokan menyusut dan risiko bagi para penjual meningkat. Ketika muncul ketetapan bahwa suatu komoditas adalah ilegal, orang-orang akan lebih sulit dan lebih enggan untuk masuk ke dalam bisnis tersebut. Hal ini memberikan keuntungan tersendiri "bagi pengusaha yang bersedia melanggar hukum." Keuntungan inilah yang dinamakan oleh Herbert L. Packer, dalam sebuah ungkapan yang menarik, sebagai "tarif kejahatan."[48] Serupa pula, kota-kota besar terkadang kesulitan menangani para pemilik pemukiman kumuh, yang melanggar peraturan perumahan. Episode seperti ini biasanya tidak efektif. Di banyak kota, jaringan peraturan begitu banyaknya sehingga muncul semacam tarif kejahatan juga di sini. Permintaannya relatif tidak lentur; orang-orang miskin perlu menempati tempat tertentu. Tarif tersebut membuat segan para pemilik tanah kecuali mereka yang bersedia melanggar hukum. Jika sebagai akibatnya muncul biaya yang semakin tinggi, orang-orang miskin juga yang akan menanggungnya.[49]

Bagaimanapun juga, kita tidak bisa menekankan secara berlebihan perbedaan antara perilaku yang terkontrol dan yang tidak terkontrol. Jelas lebih mudah menghentikan kebiasaan parkir melewati waktu daripada kecanduan alkohol. Walau demikian, sebagian orang yang mencoba-coba obat-obatan terlarang tetap bisa mengontrol kebiasaan mereka. Jika hukuman atas penggunaan atau pemilikan obat terlarang menjadi amat pasti dan keras (hukuman mati atau siksa badan), sebagian pecandu mungkin memaksa diri mereka untuk berhenti. Hukuman juga bisa memiliki efek kuat terhadap para *calon* pengguna obat-obatan terlarang. Setiap penambahan hukuman akan menggugurkan beberapa calon aktor lagi, seperti halnya para penawar dalam sebuah pelelangan yang berhenti menawar ketika harga tawaran naik. Sebagian orang memang begitu kaya dan begitu nekatnya sehingga mau membayar berapa pun harganya. Seorang pecandu akan menipu dan mencuri untuk mendapatkan uang guna

membeli obat terlarang. Ia nekat; ia bersedia menempuh risiko apa pun, namun di situ tidak masuk pertimbangan mengenai hukum pasokan dan permintaan. Obat terlarangnya bisa menjadi sedemikian mahal sehingga para pecandu akan secara harfiah tidak mampu mencuri cukup uang yang dibutuhkan. "Harga" hukuman juga bisa (dalam teori) mencapai titik yang amat tinggi sehingga hampir semua calon akan gugur kecuali beberapa gelintir di antaranya.

Tetap benar adanya bahwa jenis-jenis pelanggaran tertentu sulit untuk dicegah karena sudah mengakar dalam kebiasaan, tradisi, atau hasrat orang. Sulit untuk menghapuskan hubungan seksual yang ilegal. "Eksperimen mulia," berupa Pelarangan Minuman Keras, menunjukkan bahwa dorongan untuk minum, setidaknya di Amerika Serikat, nyaris merupakan hal yang tidak tertahankan. Betapa pun juga, istilah "mengakar dalam" hanyalah perkataan lain bagi ungkapan bahwa kita hanya bisa mencegah dengan cara membuat sanksi-sanksi yang bertegangan tinggi dan dengan harga pencegahan yang mahal. Barangkali setiap tindakan memiliki harganya sendiri; tetapi harga-harga itu bervariasi. Kejahatan "ekspresif"[50] yang disebut oleh Chambliss, seperti kecanduan obat terlarang atau pembunuhan karena nafsu, sulit untuk dicegah karena para pelakunya memiliki dorongan yang demikian kuat untuk melakukannya. Dengan demikian hukuman harus mengalahkan tawaran dari lawan yang luar biasa kuat tersebut. Pencegahan secara utuh akan luar biasa mahal harganya; bahkan penegakan hukum secara sedang-sedang saja pun akan memakan biaya yang amat tinggi.

Situasi ini tidak terbatas hanya pada tindak kejahatan "ekspresif." Para pegawai bank melakukan penggelapan karena uang menggoda. Risikonya pasti tinggi untuk mencegah kejahatan ini. Seperti kita lihat, untuk jenis pelanggaran tertentu permintaannya tergolong kuat dan tidak lentur. Kultur manapun, bila dipandang secara melintang, yakni dipotret diam pada satu titik waktu tertentu, akan berada pada keseimbangan tertentu. Memang akan nampak sulit untuk menaikkan level penegakan hukum terhadap kejahatan tertentu. Dalam jangka pendek, jika kita mencoba meningkatkan level ini, kebocoran dalam upaya penegakan hukum akan langsung mengacaukan upaya kita. Sistemnya mirip dengan selang taman yang berlobang. Jika kita meningkatkan tekanan air pada pangkal selang, mungkin akan lebih banyak air yang mengalir di ujung selang dan mungkin juga tidak, hal itu bergantung pada jumlah lubang dan sebesar apa tekanannya diberikan. Kebijakan Pelarangan adalah

selang dengan lobang bocor yang besar. Pemerintah federal dan negara bagian memang mencapai level penegakan hukum tertentu. Orang-orang ditangkap, diadili, dan dipenjara; pada tahun 1932, ada 70.242 kasus Pelarangan yang disidangkan di pengadilan federal. Tentu saja ini baru setetes air bila dibandingkan dengan seember air tingkat pelanggarannya. Namun demikian "mesin keadilan" yang ada, dalam kata-kata pihak yang berwenang, "tidak memadai untuk menangani jumlah urusan ini", mengisyaratkan adanya kegagalan upaya menegakkan peraturan. Razia periodik membuahkan hasil yang buruk. Para juri menolak mengadili orang-orang yang ditangkap karena minum; para penuntut terkadang mencari jalan penyelesaian lain; para hakim memberikan hukuman ringan atau membebaskan pelaku; badan-badan federal disuap atau korup.[51]

Orang-orang melanggar hukum pelarangan tersebut karena mereka ingin minum dan menggemari kultur minum; jutaan orang berpendapat bahwa hukum tersebut keliru dan mengganggu. Dewasa ini, hukum-hukum mariyuana – yang oleh John Kaplan disebut sebagai "pelarangan baru"[52] – juga tidak populer. Jumlah orang yang mengisap mariyuana meningkat dengan cepat; begitu juga jumlah orang yang ditangkap. Meski demikian hanya beberapa persen pelanggar yang ditangkap, dan hukumannya pun semakin ringan. Hal ini juga merupakan selang bocor.[53] Ketika perang Vietnam menjadi semakin tidak populer pada tahun 1960-an, penghindaran wajib militer kehilangan stigma buruknya di kalangan kampus. Terjadi peningkatan jumlah penghindaran wajib militer, dan meski semakin banyak orang yang ditangkap, hukumannya menurun.[54] Dalam kedua kasus ini, kultur masyarakat berada dalam konflik. Kegagalan konsensus menandakan bahwa masyarakat bahkan tidak cukup berusaha mengontrol mariyuana. Juga tidak ada kesepakatan mengenai metode mana yang digunakan; langkah-langkah keras tidak menghasilkan dukungan yang memadai. Ketentuan moral menjadi penghalang terlaksananya penegakan hukum yang "efisien." Ketika perilaku mengakar dalam kultur, atau sulit untuk dideteksi, atau karena sebab-sebab lain menjadi enggan merespon peningkatan bentuk-bentuk penegakan hukum yang lazim, hukum-hukum yang mengontrol perilaku itu pun kemungkinan tidak bisa diberlakukan – dengan sarana-sarana yang sah. Hukum-hukumnya mungkin diberlakukan, namun masyarakat tidak bersedia membayar harganya atau menggunakan metode-metode ketat yang diperlukan. *Rule of law* yang ada menunjukkan bagaimana suatu masyarakat terlalu malu atau segan untuk menggunakan pembunuhan atau siksaan –

atau penyadapan telepon, sabotase, dan fitnah – sebagai sarana penegakan bagi hukum yang "tidak bisa ditegakkan."

Dengan begitu selang yang bocor merupakan pertanda adanya keseimbangan. Suatu keseimbangan yang rentan merupakan hal yang alamiah, jika tindakan-tindakan hukum memiliki asal-usul sosialnya – yakni, jika kita bisa "menjelaskan" tentang hukum-hukum pada masa tertentu dari kacamata kekuatan-kekuatan sosial dan ekonomi dalam masyarakat. Kekuatan-kekuatan sosial menentukan "hukum," bukan berupa peraturan-peraturan belaka melainkan sistem dalam bentuk operasinya yang nyata. Seorang pengamat luar yang meneliti masyarakat Amerika mungkin akan keheranan karena hukum mariyuana amat berbeda dibandingkan yang ada di buku-buku. Dalam operasi nyatanya, hakim tersebut penuh dengan konflik, tidak konsisten, dan kacau, tetapi semua itu juga mencerminkan konflik, kekacauan, dan inkonsistensi pandangan masyarakat terhadap persoalan tersebut.

Tentu saja gagasan tentang keseimbangan (*ekuilibrium*) tidak bisa didorong terlalu jauh. Sistem-sistem hukum senantiasa mengalami pergerakan dan perubahan. Masing-masing bagian menjalankan fungsi tertentu, memiliki pijakan kultural tertentu, namun juga ada kelonggaran di dalam sistem, alternatif, ruang untuk reformasi praktis. Kita akan kembali pada pembahasan tentang perubahan hukum ini nanti dalam Bab X.

TEKNIK-TEKNIK PEMBERIAN SANKSI

Suatu sanksi hukum diberikan melalui penerapan aktual atau, lebih khusus lagi, melalui ancaman atau janji. Sarana-sarana penyampaian sanksi dan tingkat penyampaiannya mewujudkan sebuah proses yang disebut sebagai penegakan hukum. Perilaku bisa dimodifikasi dengan menegakkan hukum secara aktual, melalui ancaman atau janji (pencegahan), atau melalui sarana tidak langsung, misalnya dengan memodifikasi lingkungan sosial. Ada perbedaan antara ancaman untuk memenjarakan pemimpin geng remaja dan mendirikan sebuah rumah singgah di lingkungan mereka. Oaks dan Lehman menamakan cara-cara pengontrolan tersebut sebagai "pola penundukan perilaku individu." Salah satunya adalah "dengan menghilangkan keadaan (lain yang berseberangan dengan sistem nilai individu) yang menyebabkan munculnya perilaku."[55] Dengan demikian, kita bisa memerangi kejahatan dengan menghilangkan pemukiman kumuh atau dengan membangun masyarakat di mana kejahatan akan menghilang dengan sendirinya.

Tetapi teknik atau harapan ini dari segi tertentu sama sekali tidak tergolong sebagai metode "pengontrolan" perilaku. Mendirikan sebuah rumah singgah adalah seperti membuat ketentuan mengenai form surat wasiat. Peraturan hukum tertentu dan tindakan hukum lainnya memiliki tujuan tidak langsung untuk mengurangi kejahatan. Jika kita ingin menghilangkan pemukiman kumuh, kita bisa memberlakukan hukum yang memberikan keringanan pajak bagi para pengembang perumahan sangat sederhana. Kontrol kejahatan *mungkin* merupakan salah satu tujuan utamanya, namun hukum tidak lebih hanya mengarahkan perilaku para pengembang dan investor perumahan. Jadi, teknik Oaks dan Lehman ini bisa dipangkas menjadi teknik-teknik lain – pencegahan, insentif, dan berbagai jenis persuasi non-negara.

Kebanyakan pembahasan mengenai sanksi mengaburkan perbedaan antara sanksi-sanksi itu sendiri, cara sanksi dikomunikasikan, dan cara sanksi dijalankan. "Imbalan," "hukuman," "denda," "subsidi," dan istilah-istilah demikian mengacu pada keadaan akhirnya. Apa yang terjadi di antara sebuah keputusan mengenai hukuman atau imbalan dan pemberian sanksi itu amat penting. Prosesnya – sejak dari peraturan mengenai pembunuhan hingga tibanya si pembunuh di dalam penjara – melibatkan segenap sistem sosial, yang secara signifikan berbeda dari sistem dan proses tindakan hukum lainnya. Akan kurang alamiah bila kita mengabaikan setiap unsur dalam proses tersebut.

Banyak teknik pengontrolan perilaku dan pelaksanaan kebijakan yang berupa komunikasi-semu, penegakan hukum semu. Eugene Litwak dan Henry J. Meyer dalam sebuah esei yang menarik menyebutkan sebagian dari teknik-teknik ini, meskipun tidak secara khusus mengatakan tentang produk hukumnya.[56] Salah satu teknik adalah dengan menggunakan "ahli lepasan", profesional – seorang pekerja sosial atau pekerja geng jalanan – yang bergerak langsung di tengah-tengah para subjek, berusaha mengajak atau mendesak mereka untuk mengubah perilaku. Sebuah organisasi dapat menjangkau publiknya dengan menggalang para pemimpin opininya, menggunakan media massa, atau mendirikan daerah-daerah kantong seperti rumah-rumah singgah. Organisasi tersebut juga bisa menggunakan "penyampai pesan" yang bisa mengirimkan "pesan-pesan yang dimaksudkan agar mempengaruhi," melalui "seorang individu yang secara tetap menjadi anggota" dari kedua belah pihak, penguasa dan yang dikuasai.

Tidak satu pun dari teknik-teknik ini yang tergolong sanksi. Masing-masingnya merupakan sistem penyampaian – suatu cara berkomunikasi

dan sekaligus mengancam dan membujuk. Semua mengandung kelebihan dan kekurangan seperti yang ada pada cara-cara berkomunikasi. Pekerja lepasan, misalnya, bisa memancarkan sinyal yang kuat. Ia bekerja menghadapi orang per orang. Ia efektif tetapi mahal ongkosnya. Siaran umum menjangkau lebih banyak orang, namun dengan kurang persuasif dan lebih lemah. Kehadiran seorang polisi di bar yang ribut lebih efektif daripada seorang polisi yang berkeliling setiap jam sekali atau sebuah pesan yang disampaikan ke bar dari kantor polisi melalui pengeras suara. Untuk mengontrol perilaku di sebuah persimpangan jalan yang ramai, sebuah kota bisa memasang lampu perhentian atau menempatkan seorang petugas patroli. Kedua teknik itu membutuhkan biaya yang berbeda; mereka membuahkan hasil-hasil yang berbeda pula. Secara umum, peraturan-peraturan yang ditopang oleh *pengawasan* akan menghasilkan kepatuhan yang lebih besar daripada peraturan yang dikomunikasikan namun dibiarkan tanpa kontrol.[57] Pemberlakuan peraturan merupakan hal yang mungkin, tetapi norma juga perlu *dikomunikasikan* dengan lebih efektif.

Litwak dan Meyer berbicara tentang teknik-teknik tertentu; kita juga bisa mengelompokkan teknik-teknik serupa ke dalam mekanisme-mekanisme dasar. Semua itu menjadi pilihan fundamental bagi masyarakat dalam mengontrol, mengarahkan perilaku, dan menjalankan kebijakannya agar berhasil.

Pasar adalah salah satu dari mekanisme ini. Pasar adalah hal yang bersifat privat, namun negara menciptakan, membangun, atau mendorongnya. Sistem hukum pidana dengan berbagai penggunaan paksaan adalah mekanisme lainnya. Perizinan dan regulasi administratif merupakan mekanisme umum lainnya. Mekanisme lainnya adalah pemberian kesempatan atau anjuran untuk berunding dan melakukan tawar-menawar di antara pihak-pihak yang terlibat; yang lain lagi adalah pilihan melalui pemungutan suara secara bebas; lainnya lagi adalah pemilihan secara acak. Semua mekanisme ini tidak berdiri sendiri-sendiri. Setiap masyarakat modern yang besar menggunakan semuanya. Setiap aspek pemerintah atau hukum – kebijakan kartel, kontrol *fish and game* (perburuan satwa dan alam liar), hukum *Sunday blue* (larangan berdagang pada hari Ahad) – merupakan sistem dengan kombinasi metode persuasi atau kontrol yang unik.[58]

Bagaimanapun juga, masyarakat bisa diklasifikasikan menurut pilihan yang mereka ambil atas satu mekanisme atau yang lainnya: Inggris yang liberal pada abad kesembilan belas jelas mendorong pasar bebas, sementara China Maois tidak. Secara analitis mekanisme bisa dipecah menjadi

kelompok-kelompok peraturan; masing-masing peraturan mengandung ancaman atau janji dan menciptakan efeknya sendiri melalui sanksi-sanksi, kelompok sebaya, atau norma-norma yang tertanam dalam diri manusia. Dengan demikian, misalnya, peraturan-peraturan klasik mengenai hukum kontrak di Eropa dan Amerika Serikat merupakan peraturan yang dari segi *bentuknya* tidak berbeda dari peraturan lainnya, tetapi efek keseluruhannya mungkin dimaksudkan untuk memelihara dan memajukan pasar bebas. Peraturan-peraturan hukum pidana (mengenai pencurian misalnya) menguatkan peraturan-peraturan ini. Dari segi bentuknya, peraturan-peraturan demikian sedikit berbeda dari peraturan-peraturan mengenai kontrak dan pencurian di Uni Soviet dewasa ini yang bertujuan memajukan sosialisme negara.

NON-ENFORCEMENT HUKUM: KEPUTUSAN UNTUK BERINVESTASI DALAM EFEKTIVITAS HUKUM

Nonenforcement (pembiaran) merupakan hal yang lumrah dalam dunia hukum, barangkali sama lumrahnya dengan *enforcement* (pemberlakuan, penegakan). Dalam faktanya penegakan total sebuah peraturan memang hampir mustahil. Level penegakan hukum yang rendah mengimbangi hukuman yang berat di atas kertas. Ada contoh-contoh yang tidak ada habisnya. Di Inggris pada abad kedelapan belas, hukuman mati merupakan hukuman resmi untuk banyak tindak kejahatan termasuk pencurian, namun hanya sedikit pencuri yang hidupnya berakhir di tiang gantungan. Para hakim menolak menjatuhkan dakwaan, atau mereka membuat putusan yang memungkinkan si terdakwa tetap hidup.

Kasus sebaliknya juga bisa terjadi – orang-orang bisa membuat respon terhadap sanksi-sanksi yang tidak sah, yang tidak boleh diberlakukan, atau rekaan belaka. Sebuah rumah sakit mengancam akan menahan pasiennya kecuali ia membayar biaya pengobatan. Dalam kenyataannya, rumah sakit bukan sebuah penjara dan tidak berhak untuk menahan seseorang, akan tetapi para pasien mungkin tidak tahu akan hal ini. Yang diberlakukan di sini adalah non-hukum – yakni, sanksi-sanksi semu, dijatuhkan secara tidak sah namun atas nama hukum[59] yang ditimpakan pada para korban yang tidak berdaya, tidak tahu, atau tidak aman seperti para pasien di rumah sakit. Di kalangan orang-orang miskin, hak-hak mereka seringkali terabaikan; para pegawai negeri yang malas atau terlalu banyak beban lebih menyukai cara demikian.

Barangkali fakta pemberlakuan yang bersifat non-hukum lebih kecil kadarnya dibandingkan fakta pemberlakuan atau pembiaran hukum riil. Pembiaran (nonenforcement) ada di mana-mana dalam sistem hukum. Ada ratusan hukum di dalam buku yang jarang atau tidak pernah diberlakukan – hukum seks, misalnya. Pelarangan minuman keras adalah kasus terkenal mengenai pembiaran hukum secara parsial.[60] Pada tahun 1919, melalui amandemen konstitusi, penjualan minuman beralkohol tidak diperbolehkan di Amerika Serikat. Walaupun ada hukum demikian, jutaan orang tetap minum. Setiap orang tahu bahwa minuman keras tetap tersedia. Konsumsi alkohol per kapita justru naik selama Pelarangan. Banyak orang ditahan, namun dibandingkan dengan jumlah peminum, orang yang ditahan sedikit. Yang tertangkap pasti orang yang ceroboh atau sial. Fakta ini mengaburkan efek pencegahan dari tindak penahanan. Ketika semakin banyak orang minum, pemberlakuan hukum menjadi semakin lemah, karena uang dan upaya yang dibelanjakan untuk itu tidak berjalan seiring dengan kebiasaan minum publik. Hukum mariyuana nampaknya menghasilkan daur pelanggaran dan pembiaran yang sama.

Sebuah hukum yang dibiarkan, dengan diketahui orang banyak bahwa hal itu dibiarkan, mungkin tidak berarti menjadi sia-sia belaka. Sejauh hukum itu *ada*, ada sedikit peluang untuk bangkit kembali. Hukum bisa memiliki kekuatan simbolis, atau bisa berlaku sebagai rekening di bank kesadaran nurani. Sungguhpun begitu, fakta adanya pembiaran cenderung untuk memangkasnya sebagai sebuah peraturan; ia kehilangan legitimasi. Andaikan saja ada sebuah ruangan dengan pengumuman besar "Dilarang Merokok" yang tergantung di dinding. Seseorang memasuki ruangan itu dan melihat ada lusinan orang tengah merokok di dalamnya. Ia pun ikut merokok. Ia menangkap isyarat bahwa peraturan mengenai merokok tersebut tidak benar-benar ditegakkan. *Fakta* bahwa peraturan itu tidak ditegakkan mengisyaratkan lebih jauh tentang satu hal lagi: bahwa orang-orang yang memegang otoritas tidak memandang serius peraturan tersebut. Ketika sebuah peraturan tidak ditegakkan, ancaman dan legitimasi peraturan itu akan melemah.

Satu perubahan di atas kertas belaka tidak akan menambah atau mengurangi kekuatan normatif sebuah peraturan. Itu sudah jelas; tetapi satu lompatan besar atau hal lain mungkin bisa menyampaikan pesan pada orang banyak: Masyarakat memandang tindakan ini dengan serius (atau membuat mereka berubah pikiran dalam arah yang berlawanan). Jika hukum mengancam akan menggantung semua penyeberang jalan

yang melanggar rambu atau jika hukuman untuk tindak sodomi turun menjadi denda $1, dan jika para pelanggar mengetahui perubahan ini, perilakunya mungkin berubah karena dua alasan: perubahan dalam hal sanksi dan pendapat orang banyak mengenai perubahan itu. Andaikan hukum aborsi yang tidak ditegakkan kemudian dihapuskan; jumlah aborsi akan meningkat. Apakah perubahan di atas kertas itu yang membawa perubahan hasil ini – suatu sinyal bahwa masyarakat telah mengubah pikiran kolektif mereka, menuntun para individu untuk berpikir ulang mengenai persoalan itu? Yang membuat riset dan bahkan spekulasi menjadi begitu sulit adalah karena banyaknya faktor yang mungkin berperan. Sebuah kota menaikkan denda atas pelanggar rambu jalan. Ada propaganda dalam jumlah tertentu, kisah-kisah di surat kabar, dll., namun penegakkannya tetap saja lembek. Begitupun, tetap ada *sesuatu* yang bergerak maju, kalau tidak kota tersebut memang tidak hendak mengubah peraturan-peraturan formalnya. Akan ada seseorang atau kelompok tertentu yang tergerak; faktor-faktor baru akan muncul. Jika pelanggaran rambu sekarang menurun, kita tidak bisa memastikan apakah peraturan baru tersebut dalam segi tertentu yang menuntun pada perubahan sikap dan kemudian perubahan perilaku, atau apakah karena faktor sosial yang ada pada perubahan peraturan itu juga menuntun pada perubahan perilaku.

Studi-studi terkini mengenai hukum pidana telah memperlihatkan unsur realisme yang tepat mengenai tema penegakan hukum. Para aktor dalam sistem tidak bertindak sebagaimana ditentukan oleh peraturan resminya. Polisi tidak bisa dan tidak hendak menangkap semua orang yang melakukan kejahatan; mereka tidak berusaha untuk itu.[61] Mereka terus membuat pilihan-pilihan. Proses penegakan hukum merupakan sebuah saringan besar.[62] Di setiap tahapan, akan ada semakin banyak orang yang lepas dari jaring, bahkan orang tertentu yang jelas-jelas "bersalah" atas kejahatan. Karena satu atau lain alasan, mereka tidak ditangkap, atau tidak ditahan, atau tidak dituntut. Pembiaran ini diterima sebagai hal yang alamiah oleh hampir semua orang. Kelirukah kalau para pelanggar diperlakukan dengan lunak? Mengapa pula kita tidak membiarkan polisi yang bertugas bersikap memaafkan?

Pembiaran lainnya secara tidak adil atau sporadis menjadi perdebatan kontroversial. Satu literatur terkini yang terkenal mengkritik hal ini dengan tajam dan memandangnya sebagai kejahatan. Pemberlakuan hukum secara utuh adalah cita-cita yang harus dituju oleh sistem; apa yang tidak bisa diberlakukan sepenuhnya harus dibuang, label kriminal harus dicopot.

"Membuat dan menjalankan hukum pidana yang hanya bisa ditegakkan secara sporadis," tulis Herbert L. Packer, "bisa mengakibatkan kerugian besar." "Penghargaan terhadap hukum" cenderung untuk menyurut; para petugas penegak hukum akan tergoda "untuk menggunakan metode-metode yang tidak baik"; diskresi "cenderung untuk dijalankan secara semena-mena"; kesemena-menaan ini "akan berkontribusi pada munculnya rasa terasing di pihak mereka yang memandang diri mereka sebagai korban."[63]

Kritik ini lebih berdaya bila ditujukan pada hukum-hukum yang mengenai kejahatan "tanpa korban" – perzinahan, perilaku homoseksual di antara dua orang dewasa – yang ditegakkan secara sporadis alih-alih, katakanlah, pada hukum mengenai pembunuhan. Dikatakan bahwa kejahatan-kejahatan di atas tidak merugikan seorang pun, dan hukum yang memandang hal-hal itu sebagai kejahatan harus dihapuskan. Penegakan hukum secara parsial juga terlihat sebagai penindasan. Kelas menengah lolos dari akibat kejahatannya; kelas bawah, khususnya kalangan berkulit hitam, menjadi korban penangkapan. Kejahatan kerah-putih mendapat hukuman yang lebih lunak daripada kejahatan kelas pekerja.[64] Ini yang menjadi argumennya. Secara moral hal ini amat persuasif; namun demikian sebagian kesimpulannya – mengenai hilangnya keyakinan pada hukum – tetap harus dibuktikan.

Tentu saja penegakan hukum bergantung pada *sumber-sumber daya* yang ada padanya. Sepuluh orang polisi di jalanan yang sibuk bisa menangkap lebih banyak pengebut daripada lima orang polisi. Dengan begitu penegakan hukum mencerminkan sebuah keputusan dua-tahap: Pertama, sejauh mana masyarakat umum bersedia berinvestasi dalam penegakan hukum; dan kedua, ketika keputusan itu telah dibuat, bagaimana cara penyaluran dananya? Dari sepuluh orang polisi, berapa banyak yang akan ditugaskan di persimpangan jalan? Berapa banyak yang akan berpatroli di malam hari? Berapa banyak yang akan membawa orang sakit ke rumah sakit? Berapa banyak yang akan merazia perjudian dan tindak kejahatan lainnya? Mereka yang membuat keputusan-keputusan ini bukan hanya akan membandingkan masalah lalu lintas dengan masalah pencurian, mereka juga akan menimbang masalah kontrol lalu lintas di Main Street dibandingkan masalah kontrol lalu lintas di Oak Street; tindak kejahatan di lingkungan orang kulit putih dibandingkan di kalangan orang berkulit hitam, dan seterusnya.[65] Keputusan dua tahap juga berlangsung di bagian sipil: berapa banyak pengadilan, dari jenis apa, berapa banyak subsidi

untuk para penggugat yang miskin, sejauh mana investasi untuk sidang perceraian, sejauh mana desentralisasi keadaan, dll.

Kualitas dan hakikat keadilan bergantung pada keputusan-keputusan ini. Sebagian masyarakat menghabiskan lebih banyak biaya untuk penegakan hukum, sebagian lainnya lebih banyak pada investigasi (barang-kali untuk memastikan agar orang yang tidak bersalah tidak dirugikan) atau lebih banyak pada polisi yang menjalankan kontrol sosial yang lebih tinggi. Jumlah yang diinvestasikan dalam sistem hukum merupakan petunjuk umum untuk mengetahui apa yang diharapkan oleh masyarakat dari sistem dan fungsi apa yang dinilai paling penting. Investasi tidak mudah diukur. Dalam sebuah esei yang menarik, Bordua dan Haurek menunjukkan bahwa kenaikan jumlah uang yang dibelanjakan untuk polisi antara tahun 1902 dan 1960 – yang di permukaan tergolong kenaikan spektakuler – ternyata menjadi tidak ada artinya bila kita melihat perubahan faktor lainnya seperti ledakan pertumbuhan jumlah mobil.[66]

Investasi dalam penegakan hukum bisa mengambil berbagai macam bentuk. Untuk memecahkan masalah parkir ilegal, sebuah kota bisa menaikkan denda atau mempertahankan biaya denda yang sama namun menugaskan lebih banyak polisi. Rancangan kedua lebih mahal untuk diterapkan tetapi mungkin meningkatkan kepatuhan, atau tertutup biaya-nya oleh bertambahnya jumlah denda yang terkumpul, atau keduanya. Kota tersebut juga bisa mengusahakan teknik-teknik baru – mempercepat proses pengadilan, memperlambatnya, memaksa orang-orang untuk datang ke pengadilan alih-alih membayar denda lewat transfer uang.[67] Kota tersebut bisa mencari cara tertentu untuk memperbaiki teknik-teknik deteksi pelanggaran. Di sini bisa dicoba metode-metode pendidikan atau propaganda. Untuk memberantas pencurian, sebuah kota bisa menugas-kan lebih banyak polisi, membeli lebih banyak peralatan, memperbaiki lampu jalan, atau membentuk kelompok-kelompok pemuda.

Masing-masing teknik memiliki biaya dan tingkat pengembaliannya sendiri. Sulit untuk menggeneralisasi keputusan investasi. Bisa kita katakan bahwa keputusan-keputusan tersebut merupakan pilihan mengenai nilai. Polisi memiliki zona diskresi dan nilai-nilai mereka sendiri; begitu juga masyarakat umum. Kepala polisi bisa menugaskan anggotanya bila ia memandang tepat hal itu, tentu saja dengan dibatasi oleh risiko protes dari publik tertentu. Seorang kepala polisi juga bisa berusaha mencoba memberlakukan peraturan yang lebih ketat atau menggalang dana agar bisa menugaskan lebih banyak polisi. (Di permukaan, peraturan yang

ketat nampaknya jauh lebih murah daripada penugasan lebih banyak anggota.) Keputusan-keputusannya dan keputusan lembaga-lembaga lain mengenai investasi demikian merupakan tindakan hukum yang harus dijelaskan menurut pijakan yang sama dengan tindakan hukum lainnya, sebagaimana halnya "hukum-hukum" itu sendiri.

Seringkali, ketika sebuah hukum ditegakkan tidak dengan sempurna, sebabnya ada pada riwayat hukum tersebut dan, di samping itu, ada pada kekuatan sosial luar yang berlaku dalam masyarakat. Sudah biasa bila sebuah hukum yang terlahir cacat akan dijalankan dan berakhir dengan pembiaran. Ketika terjadi hal seperti ini, kita menduga ada semacam persekongkolan di balik layar yang mengakhiri pergulatan tersebut. Mereka yang menginginkan hukum akan mendapatkan hukum itu namun dalam bentuk efek simbolis yang tak bertaring atau dalam versi tak bermodal. Peraturan mengenai perumahan di kota-kota Amerika bisa menjadi contoh. Seringkali peraturan tersebut menyatakan tentang mekanisme "kesepakatan damai" atau "mediasi", tetapi tidak ada sarana pemberlakuannya. Apa yang sebenarnya terjadi? Kekuatan-kekuatan dari kedua belah pihak sama-sama bersikukuh. Kalangan kulit hitam dan rekan-rekannya barangkali cukup kuat untuk mendesak agar peraturannya diloloskan, namun tidak sampai pada penegakannya — bahkan ancaman pemberlakuannya pun hanya di atas kertas. Dalam perkiraan kita, inilah salah satu sebab mengapa begitu banyak hukum di buku-buku perundangan yang hanya tinggal menjadi simbol. Bukan karena kelompok-kelompok kepentingan begitu haus akan simbol, melainkan karena simbol-simbol itulah yang harus mereka atasi.[68]

Sherman Antitrust Act (1890) adalah jenis kompromi lainnya.[69] Hukum yang terkenal ini menggunakan kata-kata yang amat kabur. Peraturan ini menyatakan bahwa monopoli dan kontrak-kontrak yang "menghalangi perdagangan" adalah hal yang ilegal. Undang-undang tersebut tidak mendefinisikan istilah-istilah ini atau menggariskan mekanisme untuk memberlakukannya. Kekurangan ini bukan hal kebetulan. Hal ini dilatarbelakangi oleh pergulatan politik besar. Para pengusaha kecil dan warga biasa dan kelas menengah menuntut adanya aksi terhadap *trust*; perusahaan-perusahaan besar yang kuat menolak. Sherman Act menjadi sebuah kompromi. Kongres memang telah bertindak berkenaan dengan adanya *trust*: Kongres menetapkan bahwa *trust* melanggar hukum, di atas kertas. Namun hukum tersebut kabur dan tidak tentu. Keputusan-keputusan riil mengenai pemberlakuannya masih harus dibuat lagi; semua itu tertunda

selama beberapa waktu untuk didelegasikan pada Departemen Kehakiman dan pengadilan-pengadilan.

Sejarah hukuman mati Amerika Serikat juga bisa menjadi contoh. Pada tahun-tahun belakangan ini, opini publik mengalami fluktuasi yang radikal. Sekitar tahun 1960-an orang-orang yang vokal banyak yang menentang hukuman mati, tetapi para pembelanya juga kukuh.[70] Hukuman mati tercantum dalam kitab-kitab hukum namun jarang dilaksanakan. Ada banyak pengadilan banding, petisi, penundaan dan penangguhan sehingga seseorang bisa duduk menunggu giliran hukuman matinya selama sepuluh atau lima belas tahun. Ini merupakan bentuk "kompromi." Tentu saja, penangguhan akan memperkuat tuduhan dari mereka yang memandang bahwa hukuman itu kejam dan tidak adil. Hal itu menjadikan para terdakwa sebagai korban dan melemahkan dukungan publik. Ini mendorong munculnya intervensi Mahkamah Agung, yang mencondongkan timbangannya dengan membuat ketetapan tertentu mengenai hukuman mati.

Banyak kompromi dari jenis ini yang terlihat jelas di permukaan. Yang lainnya tidak; mereka tergolong dalam persoalan pemberlakuan hukum. Sudah menjadi hal yang amat lazim dalam hukum bila terjadi perdebatan internal tanpa henti yang membahas persoalan alokasi uang dan petugas.

TEKNOLOGI PENEGAKAN HUKUM

Salah satu cara untuk mengubah level penegakan hukum adalah melalui teknologi. Pada akhirnya seseorang bisa menemukan sebuah selang anti-bocor. Masyarakat secara keseluruhan mungkin tidak ingin menginvestasikan lebih banyak uang lagi di bidang penegakan hukum, tetapi satu terobosan tertentu bisa jadi akan membuahkan hasil yang lebih baik, persis seperti halnya alat dan bibit yang lebih baik bisa menumbuhkan jagung yang lebih baik dari sebidang tanah pertanian yang sama.

Sidik jari, ilmu balistik, "analisis nafas", radar untuk memantau pengebut – semua ini bermanfaat bagi penegakan hukum selain sarana yang tidak kelihatan seperti penyadapan telepon. Teknologi juga bisa membantu dalam kasus-kasus sipil – melalui fotografi, kedokteran forensik, golongan darah untuk gugatan penentuan orang tua, dll. Banyak kemajuan teknis yang bersifat netral, artinya semuanya membuat prosesnya lebih cepat atau lebih akurat namun tidak mencondongkan timbangannya ke sisi tertentu. Bagaimanapun juga, dampak ilmu pengetahuan terhadap hukum

pidana masih sedikit dan jauh jangkauannya. Cara-cara baru untuk mendeteksi kejahatan dan menangkap orang yang bersalah akan berakibat pada semakin sedikitnya kasus-kasus meragukan yang perlu dibawa ke depan hakim. Hakim menimbang bukti-bukti hanya untuk persoalan-persoalan yang jauh lebih individual dan diskresioner.

Dengan demikian ilmu kepolisian menciptakan revolusi dalam hukum pidana. Persidangan tidak menjadi hal yang asing dalam daur hidup hukum pidana, dibandingkan keadaannya seabad yang lalu. Kebanyakan dari mereka yang dituduh diputuskan bersalah; kebanyakan yang pergi ke persidangan akan menjadi terdakwa. Pada tahun 1850, misalnya, pembelaan tidak begitu umum, dan hakim pun lebih cenderung untuk membebaskan daripada sekarang.[71] Hanya sedikit kota yang memiliki polisi; sidik jari dan uji balistik tidak dikenal. Pembasmi kejahatan zaman modern menangkap lebih banyak penjahat; demikian juga, pada masa lalu mereka yang tidak bersalah tidak tersaring secara efektif *sebelum* sampai ke pengadilan. Teknologi telah menggeser timbangannya dari para hakim kepada para profesional dan polisi.[72]

Tentu saja investasi sosial dalam penegakan hukum tidak statis atau tanpa perubahan; justru keprihatinan yang tinggi terhadap kejahatan di kota-kota besar telah memicu anggaran yang besar bagi polisi dan teknologi kepolisian. Ini penting karena kemajuan teknis bukan hal yang bersifat kebetulan; hal itu berasal dari investasi di bidang penelitian. Tak pelak lagi kejahatan tertentu akan menyebabkan penemuan teknologi baru seperti halnya penyakit tertentu akan memajukan penemuan kedokteran modern. Sebagai contoh, kita perhatikan betapa sulitnya mendeteksi dan mengontrol kejahatan pencemaran laut. Tetapi satelit bisa melakukan pengawasan atas jalur-jalur transportasi laut. General Electric telah mengembangkan sebuah teknik untuk "melabeli" kargo-kargo tanker minyak dengan debu magnetik; kapal-kapal yang mencemari lautan akan meninggalkan jejak kimiawi yang jelas.[73] Teknologi juga bisa mengurangi atau menghilangkan efek samping dari sanksi tertentu, misalnya menghasilkan mesin yang bebas dari pencemaran. Para narapidana yang sudah selesai masa hukumannya, misalnya, meninggalkan penjara dengan rasa khawatir dan tidak nyaman. Untuk itu beberapa orang mengusulkan agar narapidana dibiarkan bebas tidak dikurung, diawasi dengan mata elektronik; orang-orang akan hidup dalam penjara tanpa tembok atau stigma. Gagasan ini memunculkan persoalan moral dan teknis, namun layak untuk dieksplorasi.[74]

Secara umum kita memandang bahwa memerangi kejahatan dengan semakin efisien adalah hal yang bagus, semakin banyak kontrolnya semakin baik. Hal ini mungkin benar untuk masalah pembunuhan dan perkosaan. Akan tetapi perubahan teknologi juga mengakibatkan konsekuensi-konsekuensi non teknologis. Hal itu bisa menggoyahkan keseimbangan yang rentan antara para subjek dan otoritas. Orang tidak selalu *menginginkan* efektivitas yang lebih besar. Mereka tidak menyukai digunakannya radar untuk memantau batas kecepatan. Secara umum mereka senang dengan adanya batas kecepatan dan dengan kata lain mendukung pemberlakuan pada level tertentu. Radar berisiko mengganggu keseimbangan ini. Begitu pula banyak orang yang merasa terusik ketika membayangkan bahwa isian formulir pajak mereka mungkin akan dicek oleh komputer. Mereka tidak keberatan terhadap pemberlakuan hukum, namun cukup seperti yang sudah ada.

CATATAN MENGENAI STIGMA DAN RASA MALU

Kebanyakan imbalan dan hukuman yang dibahas sejauh ini bersifat terbuka, resmi dan langsung. Ada cara lain yang tidak resmi dalam pemberian hukuman dan imbalan ini; sebagian disengaja, sebagian laten atau tidak disengaja. Rasa malu dan penurunan martabat merupakan bentuk-bentuk hukuman. Penangkapan dan persidangan menimbulkan tekanan besar, bahkan bagi mereka yang pada akhirnya dibebaskan. Merupakan hukuman bila seseorang menunggu persidangan dengan tinggal di sel yang kotor, cemas, malu, sendirian, terpapar pada sikap keras dan ketidakpedulian, makan makanan yang tidak enak, menghirup udara pengap, terpisah dari keluarga dan teman-teman, dan cemas akan masa depan mereka. Banyak majikan yang memecat pekerjanya yang ditangkap. Rasa malu, kehilangan status, kebencian para tetangga dan teman, dan keresahan pribadi adalah hukuman-hukuman yang umumnya melebihi hukuman-hukuman resmi. Negara bisa dengan sengaja memanfaatkan efek samping ini. Harold Garfinkel dalam satu tulisan menyebut persidangan penjahat sebagai sebuah "upacara penurunan status."[75] Upacara demikian mempersiapkan seseorang untuk turun memasuki neraka eksistensi yang rendah dan tidak terhormat. Hal itu melucuti kehormatannya. Dalam militer, sesudah seorang prajurit diputus bersalah, tanda-tanda pangkatnya dilepas dari seragamnya di depan publik. Persidangan sebagai drama dan ritual menuntun terdakwa secara seremonial menuju status yang rendah.

Stigma adalah label merendahkan yang menempel pada seseorang atau sebuah kelompok.[76] Rasa malu adalah keadaan batin orang yang terstigmatisasi.[77] Sistem legal dan semu-legal seringkali berusaha menimpakan rasa malu sebagai sebuah sanksi. Teguran adalah hukuman yang berlaku umum. Hal itu berhasil karena menstigmatisasi (mempengaruhi para penonton) atau mengakibatkan penyesalan melalui rasa malu yang ditimbulkannya. Uniform Code of Military Justice menyebutkan "nasihat atau teguran" sebagai salah satu bentuk sanksi;[78] para hakim di seluruh penjuru dunia menggunakannya sebagai ganti atau sebagai bentuk hukuman tertinggi. Maureen Mileski yang meneliti tentang pengadilan kriminal tingkat rendah mencatat bahwa para hakim menggunakan "sanksi-sanksi situasional" – mencela, mengingatkan, dan menceramahi – dalam beberapa kasus tertentu.[79]

Stigma dan sanksi-sanksi sampingan semacamnya merupakan senjata yang berbahaya – karena hal-hal itu menggoda bagi negara. Sanksi-sanksi biasa memerlukan uang. Walau bagaimanapun, penurunan derajat membutuhkan opini publik, karena di sini sanksi yang kuat dibuat dengan *biaya langsung* yang sedikit. Ada godaan serupa untuk membuat penjara tidak menyenangkan. Tentu saja, semakin kerasnya aspek-aspek penjara, pada masa kini dan masa lalu, memiliki banyak penjelasan.[80] Para legislator tidak bersedia menganggarkan uang untuk penjara; orang tidak mau "memanjakan" para penjahat, dan sebuah tempat yang tidak menyenangkan sepertinya jauh lebih berpeluang untuk mencegah tindak kejahatan.

Sebelum tahun 1800, penjara tidak begitu dominan sebagai sarana penghukuman seperti sekarang. Penggunaan penjara meningkat untuk sebagian sebagai respon atas menurunnya sarana-sarana pemberian stigma yang lainnya. Masyarakat-masyarakat kolonial menggunakan cambukan, cap, dan pukulan untuk menghukum para pelanggar. Semua ini tentu saja menyakitkan, tetapi hal itu juga membuat para pelanggar terhina di depan para tetangganya. Pihak kolonial berpendapat atau berharap bahwa skandal publik akan menggiring si pelaku pada jalur yang benar. Mereka juga berharap untuk bisa memberikan *rasa malu* yang bersifat menyembuhkan. Untuk kejahatan yang tidak bisa dibetulkan, ada hukuman buang atau hukuman mati.[81]

Stigma juga ada dalam hukum sipil (perdata). Di sini hal demikian juga mengandung nada lain secara sosial dan ekonomi. Hukum kesejahteraan sosial adalah contohnya yang mencolok. Para pemimpin politik merasa perlu agar bantuan kesejahteraan membuat malu dan menyakit-

kan, sehingga hanya mereka yang paling terpaksa dan miskin saja yang akan bersedia mengambil bantuan sosial tersebut.[82] Papan petunjuk yang besar terpasang di proyek-proyek perumahan publik di Amerika Serikat. New York telah memulai aturan yang mengharuskan bahwa orang-orang yang berhak atas dana kesejahteraan sosial harus datang sendiri mengambil uangnya. Cara seperti ini mungkin cukup untuk menyurutkan niat ribuan orang untuk mengambilnya.

Di beberapa masyarakat, bahkan berurusan dengan hukum pun merupakan hal yang memalukan. Sebagai contoh, orang-orang Korea menegaskan hal ini:

> Kebanyakan orang ... tidak pernah pergi ke kantor pengadilan. Selain itu mereka juga bangga akan hal itu. [Pergi ke kantor pengadilan] ... dalam pandangan mereka ... sama halnya dengan ditanya apakah mereka bersalah atas kejahatan tertentu .... [Bagi] kebanyakan orang Korea, kantor pengadilan ... melambangkan pemberian sanksi yang merendahkan bagi publik.[83]

Bahkan di Amerika Serikat, di mana pengurusan perkara adalah hal biasa, perceraian dan kebangkrutan mengakibatkan perasaan gagal kalaupun bukan stigma dan rasa malu. Gugatan pencemaran nama baik, perceraian, dan perkara penetapan hak asuh bisa menghancurkan karir dan kehidupan. Memang pengadilan juga bisa digunakan untuk memulihkan nama baik secara publik dan terbuka. Namun demikian, pengadilan sipil merupakan hal yang melelahkan dan menyita pikiran, yang mungkin merupakan efek sampingnya yang paling serius. Karena alasan-alasan ini, orang cenderung menghindari gugatan hukum sebisa mungkin, kecuali bila insentif uangnya amat banyak, seperti pada kasus-kasus ganti rugi perorangan. Ringkasnya, stigma dan rasa malu seringkali menambah kekuatan sebuah sanksi dan menyurutkan penggunaan hukum. Dalam setiap kasus tersebut, publik akan menghemat uang mereka.

Stigma dan rasa malu adalah efek samping dari proses pengadilan. Dampak stigma bergantung pada audiens. Fungsinya, seperti fungsi sanksi itu sendiri, adalah berlaku sebagai pencegah. Orang banyak menonton acara hukum gantung publik. Bisa jadi mereka mengambil pelajaran tertentu dari penggantungan itu, dari cemoohan dan tontonan publik. Di sekolah, ketika seorang anak disuruh berdiri di pojok kelas, ia tengah diajari rasa malu, dan stigma memberikan pelajaran yang sama bagi para teman-teman sekelasnya.

Salah satu masalah yang ada pada stigma ini adalah bahwa kadar hukumannya bisa berlebihan; sebagai sebuah sanksi, hal itu sulit dikontrol. Hal itu juga tidak memiliki awal, tengah, dan akhir seperti yang ada pada masa kurungan. Schwartz dan Skolnick, dalam sebuah studi yang menarik mengenai stigma, mendapati bahwa para mantan narapidana mengalami kesulitan dalam mendapatkan pekerjaan. Para majikan tidak ingin menerima mereka. Di sisi lain, gugatan malpraktik tidak mengganggu karir para dokter; para dokter yang kalah dalam kasus mereka tidak dirugikan dalam praktik mereka. Ini karena "lingkungan institusional" bersifat "melindungi." Dokter-dokter lain membelanya; perkumpulan medis setempat mendukung kasus-kasus mereka; dalam sebuah kasus, seorang dokter bahkan mengatakan bahwa dokter-dokter lain mengirimkan surat dukungan sebagai bentuk simpati.[84] Karena stigma merupakan reaksi masyarakat, maka nilainya berbeda pada masyarakat yang berbeda. Penjara mengakibatkan stigma, tetapi bagi kelompok liberal wilayah utara, yang didakwa atas aktivitas hak-hak sipil mereka di wilayah Selatan, mereka tidak kehilangan status di kalangan kelompok sebaya mereka. Putusan-putusan mengenai penghindaran wajib militer selama perang Vietnam mungkin menimbulkan stigma yang lebih kecil daripada akibat putusan serupa selama Perang Dunia II.

Stigma memiliki kemampuan terbatas, dan hal itu bisa merugikan karena sifatnya yang berlebihan.[85] Jika seseorang yang berlabel "maling" terasing dari masyarakat normal, ia mungkin akan terdesak sampai titik tertentu di mana ia harus mencuri lagi kalau tidak mau kelaparan. Stigma membutuhkan publik. Korban atau kelompoknya harus sepakat bahwa perilaku tersebut memalukan, bahwa hukuman akan menurunkan martabat. Dengan begitu stigma akan tumpul dayanya bagi orang-orang yang masuk penjara karena prinsip yang mereka pegang atau ketika kelompok sebayanya tidak turut menimpakan label resmi tersebut pada mereka. Bagi mereka yang memandang penjara sebagai tanda kejantanan, riwayat masuk penjara tidak akan menjadi sumber stigma atau rasa malu. Juga jika semua orang masuk penjara, penjara tidak akan menghasilkan stigma dan rasa malu. Dengan demikian, dari satu segi, stigma dan rasa malu dengan sendirinya bersifat terbatas. Akhirnya, stigma dan rasa malu bukan sanksi yang bekerja "murni sendirian." Stigma merupakan perpaduan dari sanksi resmi dan faktor-faktor sosial; rasa malu adalah perpaduan dari sanksi resmi dan suara batin. □

CATATAN AKHIR

[1] Mengenai asal-usul aliran pemikiran ini dan hubungan antara ide-idenya dengan aliran hukum alam, lihat Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzess* 217-252; Roscoe Pound, *Interpretations of Legal History* (1923), h. 9-20.

[2] Gagasan bahwa legislasi tidak bisa mengubah adat kebiasaan berasal dari William Sumner. Pandangannya seringkali berlebihan; lihat Harry V. Ball et. al., "Law in Change: Sumner Reconsidered," 67 *Am. J. Sociology* 532 (1962). Di Amerika Serikat James C. Carter menggunakan gagasan aliran historis untuk mengkritisi common law. Lihat tulisannya *Law, Its Origin, Growth and Function* (1907).

[3] Kecuali seperti peristiwa kecelakaan pesawat yang memuat para atlet dan jatuh di pegunungan Andes; satu-satunya makanan yang tersedia bagi penumpang yang selamat adalah bangkai mayat rekannya, tanpa itu mereka akan kelaparan.

[4] Johannes Andenaes, "The General Preventive Effects of Punishment," 114 *U. Pa. L. Rev.* 949, 962 (1966).

[5] Lihat Malcolm Feeley, "Coercion and Compliance, a New Look at an Old Problem," 4 *Law and Society Rev.* 505 (1970).

[6] Satu tinjauan terbaru dan cemerlang mengenai persoalan pencegahan ini ditulis oleh Franklin E. Zimring dan Gordon J. Hawkins, Deterrence, *The Legal Threat in Crime Control* (1973); tinjauan sebelumnya yang lebih singkat adalah Franklin E. Zimring, *Perspectives on Deterrence* (1971); esei fundamental lainnya adalah Johannes Andenaes, "The General Preventive Effects of Punishment," 114 *U. Pa. L. Rev.* 949 (1966); yang terbaru, adalah tulisannya "Deterrence and Specific Offenses," 38 *U. Chi. L. Rev.* 537 (1971). Banyak studi terkini yang mencoba untuk membuktikan, mementahkan atau mengukur efek pencegahan ini. Maynard L. Erickson dan Jack P. Gibbs, "The Deterrence Question: Some Alternative Methods of Analysis," 54 *Soc. Sci. Q.* 277 (1971); Theodore D. Bean dan Robert G. Cushing, "Criminal Homicide, Punishment, and Deterrence: Methodological and Substantive Reconsiderations," 52 *Soc. Sci. Q.* 277 (1971); Theodore G. Chiricos and Gordon P. Waldo, "Punishment and Crime: An Examination of Some Empirical Evidence," 18 *Social Problems* 200 (1970); Chagles R. Tittle, "Crime Rates and Legal Sanctions," 16 *Social Problems* 409 (1969); Jack P. Gibbs, "Crime, Punishment and Deterrence," 48 *Southwestern Soc. Sci. Q.* 515 (1968); Frank Brooker, "The Deterrent Effects of Punishment: the Canadian Case," 14 *Canadian J. Criminology and Corrections*, no. 1, 68 (1972); Richard G. Salem dan William J. Bowers, "Severity of Formal Sanctions as a Deterrent to Deviant Behavior," 5 *Law and Society Rev.* 21 (1970); Roger C. Cramton, "Driver Behavior and the Legal Sanctions: A Study of Deterrence," 67 *Mich. L. Rev.* 421 (1969); lihat juga mengenai kemungkinan penerapan teknik-teknik modifikasi perilaku di bidang hukum, James P. Levine, "Implementing Legal Policies through Operant Conditioning: The Case of Police Practices," 6 *Law and Society Rev.* 195 (1971).

[7] Tesis bahwa hukuman merupakan hal yang tidak efisien, yang suatu ketika pernah didukung oleh studi-studi yang sebagian besar meneliti tikus, sekarang

telah ditinggalkan oleh para psikolog. Barry F. Singer, "Psychological Studies of Punishment," 58 *Calif. L. Rev.* 405, 413-4 (1970).

[8] Isaac Ehrlich, "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement," 1 *J. Legal Studies* 259, 261 (1972); lihat juga C. Ray Jeffrey, "Social Change and Criminal Law," 13 *Am. Behav. Scientist* 523 (1970); C. J. M. Schuyt, *Rechtssociologie, een Terreinverkenning* (1971), h. 142-151.

[9] Tentu saja kita tidak boleh mengacaukan antara "sikap" dengan "perilaku." Proposisi-proposisi ini sendiri tidak bisa menjelaskan tentang efek-efek sanksi terhadap sikap. Dalam sebuah eksperimen terkenal, Leon Festinger dan James C. Carlsmith menugaskan para mahasiswa untuk mengosongkan dan mengisi kembali beberapa nampan. Pekerjaan ini membosankan dan membuat frustrasi. Kemudian para mahasiswa disuruh untuk berbohong kepada subjek-subjek lainnya bahwa pekerjaan itu amat menyenangkan. Sebagian mahasiswa dibayar $1 untuk mengatakan kebohongan ini; yang lainnya, $20. Ternyata kemudian bahwa para mahasiswa yang dibayar $1 cenderung untuk meyakini perkataan mereka sendiri lebih dari mahasiswa yang dibayar $20. Ringkasnya, uang yang lebih banyak tidak berarti menghasilkan lebih banyak perubahan sikap; malah sebaliknya. Akan tetapi perlu diperhatikan bahwa kekuatan uang tambahan untuk mengubah perilaku mungkin bisa membantu menjelaskan efek ini; lebih sedikit keperluan untuk menjustifikasi kebohongan tersebut secara batin, "Cognitive Consequences of Forced Compliance," 58 *J. Abnormal & Soc. Psychology* 203 (1959); lihat juga Alan C. Elms, ed., *Role Playing, Reward, and Attitude Change* (1969).

[10] Lihat *U. S. v. O'Brien* 391 U. S. 367 (1968); U. S. C. A. 462 (b) (3).

[11] Lihat Howard L. Fromkin dan Timothy C. Brock, "Erotic Materials: A Commodity Theory Analysis of the Enhanced Desirability that May Accompany Their Unavailability," 3 *J. Applied Soc. Psychology* 219 (1973). Para penulis, misalnya, berpendapat bahwa syarat "bagi calon penerima materi-materi erotis ... untuk menyetujui statemen bahwa ia berumur lebih dari 21 tahun," justru bisa "membuat materi-materi tersebut lebih menarik daripada bila materi-materi tersebut tidak mensyaratkan statemen demikian" (*ibid.*, h. 229). Yang tidak mereka perhatikan adalah kemungkinan efek pencegah lainnya yang lebih berat bobotnya – rasa malu dan repot – karena harus menandatangani persyaratan itu.

[12] Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanctions* (1968), h. 45.

[13] Bahkan di sini pun yang sebenarnya berlaku sebagai pencegah adalah ancaman. Tembok-tembok itu sendiri sepenuhnya pasif. Seorang narapidana tetap berdiam di tempatnya karena ia khawatir jika mencoba melarikan diri ia akan tertangkap, mendapat hukuman yang lebih lama atau akan ditembak oleh penjaga.

[14] Leopold Pospisil, *Anthropology of Law, A Comparative Theory* (1971), h. 91.

[15] William Chambliss, "Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions," 1967 *Wis. L. Rev.* 703, 705; lihat juga Thorstein Sellin, *The Death Penalty* (1859).

[16] Tentu saja peristiwa pembunuhannya terjadi sebelum tahun 1951; demi kemudahan, kami akan berasumsi bahwa tingkat eksekusi kurang lebih sama dengan tahun ketika pembunuhan itu terjadi.

[17] Dukungan publik terhadap hukuman mati juga sudah menyurut; jajak pendapat menunjukkan bahwa, pada tahun 1966, kebanyakan orang menentang hukuman mati, bahkan untuk para terdakwa pembunuh sekalipun. Di kemudian hari ada peningkatan yang tajam, ketika tema "hukum dan ketertiban" menjadi persoalan hangat. Hazet Erskine, "The Polls: Capital Punishment," 34 *Public Opinion Q.* 290 (1970); *New York Times*, Nov. 23, 1972, h. 18 kol. 4; *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972). Semenjak itu banyak negara bagian yang melembagakan kembali hukuman mati dalam bentuk yang terbatas dan dengan cara sedemikian rupa untuk menghindari problema konstitusional seperti pada kasus *Furman*.

[18] Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), h. 46.

[19] Isaac Ehrlich, "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement," 1 *J. Legal Studies* 259, 264-265 (1972). Bandingkan dengan kesimpulan Daniel Glaser dalam *The Effectiveness of a Prison and Parole System*, Edisi Ringkas (1969), h. 337, yang menyatakan bahwa upaya rehabilitasi berhasil paling baik dalam "memperbaiki" seseorang bila hal itu "meningkatkan peluang narapidana untuk mengusahakan penghasilan sah" dan juga "memperbaiki konsepsi dirinya ketika ia berbaur dengan orang-orang yang antikriminal." Untuk konfirmasi tangan pertama, lihat Harry King, seperti dituturkan kepada William J. Chambliss, *Box Man, a Professional Thief's Journey* (1972), h. 144-145; Lihat juga Robert A. Stebbins, *Commitment to Deviance, The Nonprofessional Criminal in the Community* (1971), h. 93-109.

[20] Gresham Sykes, *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison* (1958), h. 42-51. Sykes juga mengatakan bahwa "sisi imbalan dari gambaran yang ada telah lenyap." Penjara telah memberikan semua privilese yang dimilikinya sejak awal – kesempatan untuk berperilaku baik, misalnya, sudah diambil dari narapidana sejak mereka masuk penjara. Dengan demikian narapidana merasa "tidak ada artinya bila mereka bersikap patuh."

[21] Lihat Edwin Powers, *Crime and Punishment in Early Massachusetts, 1620-1692, a Documentary History* (1966), h. 164-177.

[22] Seperti yang banyak diketahui, Mahkamah Agung Amerika Serikat telah menetapkan bahwa hukuman mati dalam bentuk terkini merupakan pelanggaran terhadap Amandemen Kedelapan. *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972).

[23] Bagaimanapun juga, statemen ini tidak selalu berlaku pada negara-negara totaliter.

* Surat atau dokumen yang dikeluarkan oleh pengadilan yang memerintahkan seseorang melakukan sesuatu atau melarangnya melakukan sesuatu; semacam surat perintah.

[24] Ariz. Rev. Stat. 24-821 (1956).

[25] Pa. Stat. Ann. Title 20 1.2, 1.3.

[26] Di beberapa negara bagian, dipersyaratkan tiga orang saksi. Di sejumlah negara bagian di wilayah Barat dan Selatan, seorang pembuat wasiat bisa menulis wasiat tanpa harus ada saksi, tetapi hanya jika ia menulis wasiatnya dengan tulisan tangan dan menandatanganinya. Ini disebut dengan wasiat holografik, Cal. Prob. Code 53.

[27] Theodor Reik, *The Compulsion to Confess. On the Psychoanalysis of Crime and Punishment* (1959), h. 295. Asosiasi Psikiater Amerika melayangkan risalah singkat *amicus curiae* ke hadapan Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam sebuah kasus hukuman mati, mengklaim bahwa ada orang "yang menurut mereka hukuman mati berlaku sebagai rangsangan untuk membunuh alih-alih sebagai pencegah," dikutip dalam Michael Meltsner, "Litigating against the Death Penalty: The Strategy behind Furman," 82 *Yale L. J.* 1111, 1137 (1972).

[28] Dalam kasus alat-alat listrik yang terkenal tahun 1961, para pengusaha terkemuka didakwa atas pelanggaran berat *antitrust*. Melihat bagaimana mereka berteriak-teriak, bayangan masuk penjara nampaknya mengerikan bagi para eksekutif yang dituduh atas kejahatan ini. Lihat Gilbert Geis, "The Heavy Electrical Equipment Antitrust Cases of 1961," dalam Gilbert Geis, ed., *White Collar Criminal* (1968), h. 103; Alan M. Dershowitz, "Increasing Community Control over Corporate Crime: A Problem in the Law of Sanctions," 71 *Yale L. J.* 280 (1961).

[29] Lihat pembahasan dalam Harry Kalven, Jr., "Please Morris, Don"t Make Trouble": Two Lessons in Courtroom Confrontation," 27 *J. Soc. Issues*, no. 2, 219 (1971).

[30] Mereka mungkin juga merasa bahwa mereka akan kalah dan berusaha untuk mengajukan banding.

[31] *The Winter's Tale*, Act I, scene 2.

[32] Lihat Barry F. Singer, "Psychological Studies of Punishment," 58 *Calif. L. Rev.* 405, 411 ff. (1970).

[33] Sudah ada beberapa penelitian laboratorium mengenai efek komparatif dari hukuman yang berlainan. Lihat Joseph C. LaVoie, "Type of Punishment as a Determinant of Resistance to Deviation," 10 *Developmental Psychology* 181 (1974); Jeffrey L. Rubin dan Roy J. Lewicki, "A Three Factor Experimental Analysis of Promises and Threats," 3 *J. Applied Social Psychology* 240 (1973). Kemungkinan penerapannya terhadap fenomena hukum masih dipertanyakan.

[34] Richard G. Salem dan William J. Bowers, "Severity of Formal Sanctions as a Deterrent to Deviant Behavior," 5 *Law and Society Rev.* 21 (1970).

[35] Lihat studi-studi yang dikutip dalam catatan 6, dan khususnya George Antunes dan A. Lee Hunt, "The Impact of Certainty and Severity of Punishment on Levels of Crime in American States: An Extended Analysis," 64 *J. Crim. L. and Criminology* 486 (1973).

[36] J. Tobias, *Crime and Industrial Society in the Nineteenth Century* (1972), h. 289.

[37] Gordon P. Waldo dan Theodore G. Chiricos, "Perceived Penal Sanction and Self-Reported Criminality: A Neglected Approach to Deterrence Research," 19 *Social Problems* 522 (1972). Studi tersebut juga mengajukan pertanyaan-pertanyaan mengenai pencurian kecil-kecilan. Hasil-hasilnya lebih sulit untuk dijelaskan – barangkali karena konsep "mencuri" lebih kabur dalam benak orang-orang daripada konsep "menggunakan mariyuana," Lihat juga Daniel S. Claster, "Comparison of Risk Perception between Delinquents and Nondelinquents," 58 *J. Crim L. C. & P. S.* 80 (1967).

[38] Jonathan D. Casper, *American Criminal Justice, the Defendant"s Perspective* (1972), h. 159. Ini juga merupakan filosofi para pengisap rokok dalam menghadapi risiko terkena kanker.

[39] Jan M. Chaiken, Michael W. Lawless, Keith A. Stevenson, *The Impact of Police Activity on Crime: Robberies on the New York City Subway System* (1974), h. 23.

[40] Barry F. Singer, "Psychological Studies of Punishment," 58 *Calif. L. Rev.* 405, 421 (1970).

[41] Lihat Edwon M. Schur, *Crimes without Victims* (1965).

[42] Troy Duster, *The Legislation of Morality: Laws, Drugs, and Moral Judgment* (1970), h. 26, membedakan antara kejahatan tanpa korban yang bersifat "publik" dan yang "pribadi." Yang pertama dilakukan di "arena publik," misalnya prostitusi atau penjualan minuman keras selama berlakunya Masa Pelarangan Minuman Keras. Tipe-tipe "publik" ini sulit dikontrol tanpa melalui penyamaran, jebakan, dan sarana lain, namun demikian tindakan-tindakan "pribadi" jauh lebih sulit lagi.

[43] Kecuali tentu saja dengan informan dan agen-agen rahasia yang tugasnya memerlukan biaya.

[44] William J. Chambliss, "Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions," 1967 *Wis. L. Rev.* 703.

[45] Johannes Andenaes, "Deterrence and Specific Offenses," 38 *U. Chi. L. Rev.* 537, 538 (1971).

[46] Chambliss juga membedakan antara para aktor yang memiliki "komitmen tinggi" terhadap kejahatan dan mereka yang memiliki komitmen rendah – maksudnya, para profesional dan amatir. Yang amatir kemungkinan lebih mudah dicegah. Hal ini cukup jelas terlihat untuk jenis-jenis kejahatan tertentu – sebagai contoh, pengutilan. Meski demikian, untuk kejahatan-kejahatan lainnya, hal itu kurang begitu jelas – sebagai contoh, pembunuhan "amatir." Lagipula, garis batas antara amatir dan profesional tidak selalu jelas.

[47] Kita harus menyediakan kemungkinan bahwa "permintaan"-nya besar namun dengan mudah dicegah oleh ancaman hukuman; walhasil kurvanya pun menaik.

[48] Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), h. 277-282.

[49] Lawrence M. Friedman, *Government and Slum Housing: A Century of Frustration* (1968), h. 39-44.

[50] Lihat h. 87-88.

[51] Pemerintah Presiden Hoover pada akhirnya berusaha memberlakukan Pelarangan secara ketat dan serius. Upaya itu jelas gagal; dan memang, sudah diperkirakan bahwa upaya inilah yang akan mengakhiri "eksperimen mulia" tersebut. Andrew Sinclair, *Prohibition: The Era of Excess* (1962). Lihat juga Paul E. Isaac, *Prohibition and Politics: Turbulent Decades in Tennessee 1885-1920* (1965), khususnya bab 12 dan 14 mengenai pemberlakuan hukum-hukum pelarangan Tennessee.

[52] John Kaplan, *Marijuana, the New Prohibition* (1970)

[53] Tigapuluh persen dari mereka yang didakwa di California pada tahun 1960 atas pelanggaran hukum mariyuana, yang tidak memiliki catatan pelanggaran obat-obatan sebelumnya, mendapat hukuman percobaan. Pada tahun 1967, persentasenya meningkat menjadi 53 persen; dan bahkan 20 persen di antaranya dengan catatan pernah mendapat hukuman percobaan "serius" sebelumnya, dibandingkan 6 persen pada tahun 1960. Stanley E. Grupp dan Warren C. Lucas, "The Marihuana Muddle as Reflected in California Arrest Statistics and Disposition," 5 *Law and Society Rev.* 251, 262 (1970).

[54] Lihat data untuk California utara, dalam Jeffrey A. Schafer, "Prosecution for Selective Service Offenses: A Field Study," 22 *Stan. L. Rev.* 356 (1970).

[55] Dallin Oaks dan Warren Lehman, *A Criminal Justice System and the Indigent* (1968), h. 188.

[56] Eugene Litwak dan Henry J. Meyer, "A Balance Theory of Coordination between Bureaucratic Organizations and Community Primary Groups," 11 *Admin. Sci. Q.* 31 (1966).

[57] Mengenai peraturan dan pengawasan, lihat William A. Rushing, "Organizational Rules and Surveillance: Propositions in Comparative Organizational Analysis," 10 *Admin. Sci. Q.* 423 (1966). Tulisannya bisa membuat kita heran karena membedakan antara "pengawasan" dengan "peraturan", seolah-olah keduanya teknik yang berbeda. Seorang pengawas harus memberlakukan peraturan – dan tidak selalu peraturan yang informal. Peraturan-peraturan tidak pernah berlaku dengan sendirinya; harus ada pengawasan atau pemantauan tertentu.

[58] Lihat Robert A. Dahl dan Charles E. Lindblom, *Politics, Economics, and Welfare* (1953), untuk pembahasan menarik mengenai mekanisme-mekanisme ini.

[59] Hal ini berbeda dari sanksi-sanksi privat atau ilegal yang juga seringkali ditimpakan pada mereka yang tidak berdaya, tetapi diketahui oleh setiap orang bahwa hal itu tidak sah – sebagai contoh, mengasingkan orang-orang berkulit hitam dari masyarakat dengan paksaan dan intimidasi.

[60] Lihat Andrew Sinclair, *Prohibition: The Era of Excess* (1962); Herbert Asbury, *The Great Illusion* (1950).

[61] Lihat, Wayne R. LaFave, *Arrest: The Decision to Take a Suspect into Custody* (1965); Johannes Feest dan Erhard Blankenburg, Die Definitionsmacht der Polizei (1972).

[62] Lihat Dallin Oaks dan Warren Lehman, *A Criminal Justice System and the Indigent* (1968).

[63] Herbert L. Packer, *The Limits of Criminal Sanction* (1968), h. 287.

[64] Edwin Sutherland, *White Collar Crime* (1949); Steven Box dan Julienne Ford, "The Facts Don"t Fit: On the Relationship between Social Class and Criminal Behaviour," 19 *Soc. Rev.* 31 (1971).

[65] Mengenai cara penyebaran petugas yang sesungguhnya, lihat James Q. Wilson, *Varieties of Police Behavior* (1968).

[66] David J. Bordua dan Edward W. Haurek, "The Police Budget"s Lot," 13 *Am. Behav. Scientist* 667 (1970).

[67] Kota tentu saja juga bisa membuat lahan-lahan parkir baru, memperbaiki transportasi umum, atau mengalihkan jalan untuk tempat parkir.

[68] Lihat h. 50-51; mengenai undang-undang perumahan, lihat Davis McEntire, *Residence and Race* (1960), h. 278-280; pembahasan cemerlang mengenai undang-undang hak sipil yang berlaku sebagai kompromi (di Massachusetts) adalah tulisan Leon Mayhew, *Law and Equal Opportunity* (1968), bab 4.

[69] Mengenai latar belakangnya, lihat William Letwin, *Law and Economic Policy in America, the Evolution of the Sherman Antitrust Act* (1965).

[70] Sepertinya minoritasnya sekarang telah menjadi mayoritas lagi.

[71] Mengenai hal ini, lhat Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (1973), h. 252. Bukti-bukti yang ada tidak lengkap.

[72] Yang cukup menarik, perubahan-perubahan ini bisa terjadi tanpa mengubah peraturan-peraturan formalnya dengan segera.

[73] *New York Times*, Nov. 13 1972, h. 73, kol. 4.

[74] Lihat Ralph K. Schitzgebel, "Issues in the Use of an Electronic Rehabilitation System with Chronic Recidivists," 3 *Law and Society Rev.* 597 (1969).

[75] Harold Garfinkel, "Conditions of Successful Degradation Ceremonies," 81 *Am. J. Sociology*, 420 (1956).

[76] Untuk pembahasan gamblangnya, lihat Erving Goffman, *Stigma, Notes on the Management of Spoiled Identity* (1963).

[77] Diperkirakan bahwa rasa malu berpengaruh lebih kecil pada kalangan bawah daripada pada kelas menengah, seperti halnya penjahat kerah-putih konon amat takut kalau dimasukkan penjara. Apakah kenyataannya demikian atau tidak masih harus diteliti. Sebuah studi mengenai kaum gelandangan dan pemabuk di Seattle membuktikan secara mengejutkan bahwa orang-orang ini amat sensitif terhadap "penurunan status." Sebagian dari mereka ketika ditanya tentang hal apa "yang terburuk ketika harus hadir di pengadilan karena tuduhan mabuk," menjawab: "rasa terhina di depan banyak orang." Tinggal beberapa hari di "sel untuk pemabuk" membuat seseorang nampak "tidak terurus", "tidak waras dan kumuh." "Tampil di hadapan banyak orang dalam keadaan seperti itu sungguh

memalukan." "Kita jadi kelihatan benar sebagai gelandangan." James P. Spradley, *You Owe Yourself a Drunk* (1970), h. 190-19.

[78] Lihat 50 U. S. C. A. 571 (2).

[79] Maureen Mileski, "Courtroom Encounters: An Observation Study of a Lower Criminal Court," 5 *Law and Society Rev.* 473, 521-531 (1971).

[80] Penjara dalam bentuk *penitentiary*, sebuah penemuan Amerika pada awal abad kesembilan belas, menekankan kesunyian dan kesendirian bagi para narapidana, namun hal ini mengandung satu maksud. Teorinya adalah bahwa jenis pengaturan semacam ini akan menyembuhkan para penjahat dari kecenderungan jahat mereka. Lihat David Rothman, *The Discovery of the Asylum, Social Order and Disorder in the New Republic* (1971); Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (1973), h. 259-261, 519-524; W. David Lewis, *From Newgate to Dannemora, the Rise of the Penitentiary in New York, 1796-1848* (1965).

[81] Di Massachusetts Bay Colony, di bawah undang-undang tahun 1648, pencuri yang melanggar untuk pertama kalinya akan mendapat "cap huruf (B) di keningnya." Pelanggaran kedua kali akan mendapat cambukan dan satu cap lagi; pelanggar ketiga kalinya akan "dihukum mati, karena dipandang tindakannya tidak bisa diperbaiki lagi." *Laws and Liberties of Massachusetts, 1648* (ed. Max Farrad, 1929), h. 4. Menghindari rasa malu adalah alasan lain mengapa orang-orang tidak parkir melebihi batas waktu ketika ada polisi di dekatnya. Tentu saja, hukuman – surat tilang – sudah pasti; namun di samping itu, menghadapi polisi pun bisa dan akan memberikan pelanggar rasa malu.

[82] Kadar stigma dan efeknya terhadap perilaku menjadi bahan perdebatan. Lihat Joel F. Handler dan Ellen J. Hollingsworth, *The "Deserving Poor," A Study of Welfare Administration* (1971), h. 164-178.

[83] Pyong-Choon Hahm, "The Decision Process in Korea," dalam G. Schubert dan D. Danelski, ed., *Comparative Judicial Behavior* (1969), h. 19, 22.

[84] Richard D. Schwartz dan Jerome H. Skolnick, "Two Studies of Legal Stigma," 10 *Social Problems*, 133 (1962). Untuk kajian terkini yang dilakukan oleh para kriminolog Jerman dalam rangka mendalami konsep penurunan status secara empiris dalam pengadilan lalu lintas, lihat Karl F. Schumann dan Gerd Winter, "Zur Analyse des Strafverfahrens," 3 *Kriminologisches Journal* 136 (1971).

[85] Mereka yang disebut sebagai "teoretisi pelabelan" mengatakan bahwa pada intinya pelanggaran "bukan merupakan kualitas dari sebuah tindakan yang diperbuat seseorang melainkan konsekuensi dari penerapan peraturan dan sanksi oleh pihak lain terhadap si pelanggar." Howard S. Becker, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance* (1963), h. 9; lihat Edwin M. Schur, *Labeling Deviant Behavior, Its Sociological Implications* (1971); Bernard A. Thorsell dan Lloyd W. Klemke, "The Labelling Process: Reinforcement and Deterrent?" 6 *Law and Society Rev.* 393 (1972). Mereka menekankan pentingnya stigma. Pelabelan mengubah orang-orang menjadi "pihak luar"; hal ini membuat orang lebih cenderung untuk melanggar hukum lagi atau bahwa orang lain akan cenderung memperlakukan mereka seakan-akan

mereka sedang melanggar hukum. Proses pelabelan – penggunaan stigma – seringkali kontraproduktif; stigma justru memicu perilaku yang menghasilkan stigma alih-alih menguranginya. Para terdakwa bukannya "sembuh" oleh penjara dan kehidupan pasca penjara melainkan bisa menjadi "penjahat kambuhan." Salah satu sebabnya adalah karena masyarakat melabeli mereka sebagai penjahat dan tidak memberi jalan keluar bagi mereka.

BAB V

KAPAN HUKUM EFEKTIF?

Bagian II

DAMPAK HUKUM: KELOMPOK SEBAYA DAN SUBKULTUR

Dalam pembahasan kita mengenai sanksi, kita membayangkan situasi yang cukup sederhana: Satu aktor hukum yang memegang otoritas memberikan perintah kepada satu subjek atau menggariskan peraturan untuk dituruti. Tentu saja bagus bila pembahasan diawali dengan gambaran yang sederhana seperti itu. Subjek membuat perhitungan untung rugi secara pribadi dan memutuskan bagaimana ia hendak merespon. Jika kita menaikkan faktor rugi atau biaya, dan mengubah faktor untung atau manfaatnya, subjek tersebut akan memindahkan perilakunya dari satu lokasi ke lokasi lainnya seperti di atas papan catur.

Tetapi kita tahu bahwa kehidupan jarang yang sesederhana itu. Pertama, "hukum" bukan satu-satunya sumber bagi munculnya hukuman dan imbalan. Subjek hidup dan bekerja di dalam masyarakat. Ia memiliki keluarga, teman-teman, rekan-rekan kerja; ia anggota dari sebuah gereja, klub, klan, atau geng. Semua kelompok ini juga merupakan sumber-sumber imbalan dan hukuman. Kedua, ia bukan mesin melainkan makhluk moral yang memiliki ide-ide dan nilainya sendiri. Perintah-perintah berjalan melalui saringan moralnya. Ketiga, kita tidak bisa berasumsi bahwa subjek sepenuhnya mandeg. Seseorang yang dihentikan oleh polisi, ia bisa mengemukakan alasan-alasan atau menawarkan suap. Aktivitas-aktivitas ini tidak tergolong sebagai kepatuhan atau ketidakpatuhan. Melainkan, hal itu merupakan upaya untuk mengarahkan sanksi ke arah tertentu. Kita bisa menamakan perilaku ini sebagai *tawar-menawar* atau *interaksi*.

Begitu juga, seorang pengemudi bisa melewatkan kesempatan untuk melakukan tawar-menawar dan langsung mengambil surat tilang, membayar denda, namun kemudian ia menyampaikan keluhan kepada wali kota dan kepala polisi. Jika ia merasa cukup kuat, ia bisa berusaha mengubah hukum yang berlaku; dalam kasus-kasus yang ekstrim, ia bisa menggalang sebuah revolusi. Kita namakan reaksi-reaksi ini sebagai *umpan balik*. Atau bisa saja ia mengubah perilakunya melalui jalan lain, menurut jenis perilakunya –, misalnya, karena dilarang mencuri, orang bisa melakukan pembakaran. Hal-hal ini kita sebut sebagai *efek samping*.

Kita mulai dengan membahas kerumitan yang muncul dari fakta bahwa orang-orang yang dituju oleh peraturan bukanlah makhluk yang terisolir melainkan tinggal dalam masyarakat. Mereka menerima pengaruh-pengaruh dari masyarakat. Untuk mudahnya, kita bisa menamakan semua pengaruh ini sebagai pengaruh kelompok sebaya (*peer group*). Istilah ini sebenarnya kurang akurat karena keluarga hampir tidak bisa dikatakan sebagai kelompok sebaya. Dalam semua masyarakat, ada dialek-dialek kultur. Di sebuah negara yang besar ada banyak kultur, yakni banyak adat dan norma yang berbeda. Masing-masing subkultur mengandung imbalan dan hukuman atas perilaku, dan masing-masing subkultur tidak selalu sejalan dengan subkultur lainnya atau dengan kultur yang resmi. Sering sekali sebuah kultur resmi atau kultur dominan berusaha menghukum perilaku tertentu, sementara pada saat yang sama perilaku tersebut mendapat imbalan atau didukung oleh subkultur; atau bisa jadi ia memberi imbalan atas perilaku yang dikenai hukuman oleh subkultur. Ada banyak sekali contoh. Kaum Mormon mempraktikkan poligami; pemerintah melarangnya tanpa ampun.[1] Setiap gerilyawan adalah pahlawan bagi seseorang dan sekaligus musuh bagi yang lainnya. Pluralisme kultural adalah hal yang amat lazim dan menjadi sebab klasik bagi tidak bisa diberlakukannya hukum. Peningkatan hukuman atau imbalan riil semestinya akan membawa perubahan perilaku. Namun demikian, ketika kultur lain menaikkan sanksinya *sendiri*, hal itu akan mengalahkan apa yang dihasilkan kultur resmi, efeknya akan hilang. Sebuah pemerintahan yang memerangi gerilyawan menawarkan uang bagi para informan, mengirim pasukan, dan menghukum mereka yang memberikan makanan bagi para pemberontak. Tetapi para pemberontak itu sendiri mungkin meningkatkan aksinya – melakukan pemerasan, membunuh para informan, dan seterusnya. Begitu juga, pemerintah merazia para penjual obat terlarang, menangkap para pengedar, dan memotong jalur pasokan. Permintaannya

tidak lentur, dan kultur obat terlarang menawarkan lebih banyak uang untuk mendapatkannya. Imbalan yang naik pun bisa mengalahkan risiko hukuman yang lebih tinggi dari negara. Dalam masyarakat-masyarakat plural, nyaris mustahil memberlakukan hukum yang ditentang kuat oleh sebuah subkultur yang kompak. Pemerintah Soviet mengetahui hal ini ketika mereka gagal mengubah status perempuan Muslim dalam masyarakat-masyarakat tradisional di Asia tengah.[2]

Tidak harus ada subkultur untuk menemukan hasil-hasil semacam itu. Kelompok sebaya merupakan kekuatan yang luar biasa bahkan di negeri-negeri yang homogen. Selalu ada kelompok-kelompok dan klik: komunitas dokter gigi, keluarga, anak-anak di sekolah, persatuan-persatuan. Ada kalanya masing-masing menjadi sumber imbalan dan hukuman yang sama kuatnya dengan negara. Yang terutama menarik dan penting adalah tekanan di kalangan anak-anak muda untuk melakukan hal-hal yang membuat mereka dilabeli "nakal,"[3] atau tekanan komunitas penjara, "masyarakat kurungan," yang dengan banyak cara lebih kuat tekanannya atas para narapidana dibandingkan tekanan dari para sipir, penjaga, atau dunia luar.[4] Terutama pada kelompok tatap muka, di sana ada sumber-sumber kekuatan yang penting. Kelompok tersebut mungkin tidak memonopoli kekuasaan, namun kelompok semacam ini bisa menyampaikan imbalan dan hukumannya dengan cepat, efektif, dan tanpa tatacara yang rumit.

Semua imbalan dan hukuman jenis ini, dipandang secara abstrak, tidak berbeda dari segi efeknya terhadap perilaku dibandingkan imbalan dan hukuman yang diberikan oleh negara. Aturan mainnya tetap sama. Semakin besar hukuman kelompok sebaya, dengan hal-hal lain tetap setara, akan semakin berkurang perilaku yang dikenai hukuman. Ketidakpastian dan penangguhan sanksi memiliki efek yang sama seperti yang ada pada sanksi negara. Masyarakat sekitar bisa diibaratkan dengan suatu pemerintah kecil, dan efek-efek tindakan "hukum"-nya pun membentuk grafik tertentu. Perilaku dan kelompok yang berbeda juga akan menghasilkan kurva yang berbeda pada grafiknya. Dalam grafik, hubungan yang berbentuk garis lurus (linear) tidak lazim; kebanyakan kurvanya akan menaik menurut garis lengkung. Ulasan-ulasan yang ada pada bab terdahulu bisa diulang dengan beberapa keterangan. Sekali lagi, apa yang terpenting bukan pada reaksi kelompok sebaya itu sendiri melainkan pada persepsi seseorang mengenainya – apa yang ia takuti dan apa yang ia harapkan. Dan sanksi aktualnya tidak begitu penting dibandingkan janji atau ancamannya.[5]

Kekuasaan kelompok merupakan bidang yang umum dikaji oleh ilmu

sosial; setiap peneliti hukum akan menyebutkannya dengan cara tertentu, tetapi sulit untuk menemukan pembahasan yang sistematis mengenai tema tersebut. Ini mungkin karena perilaku kelompok berbeda dari kultur satu ke kultur lainnya. Bukan tugas yang mudah untuk melakukan generalisasi. Sebagian subkultur nyaris mengalahkan pemerintah, memberikan imbalan dan hukum riil yang amat mirip dengan negara. Sebaliknya, geng-geng kecil dan klik tidak memiliki banyak sarana seperti yang dimiliki oleh pengadilan resmi. Sebagai contoh, biasanya kelompok-kelompok tidak akan memberi imbalan uang atau memungut denda. Kekuatan kelompok sebaya terkadang hanya berupa rasa takut belaka: "Apa kata para tetangga?" Bagaimanapun juga, ini bisa menjadi sanksi yang kuat dan menimpakan rasa sakit yang amat sangat; pengasingan adalah salah satu hukuman paling keras yang pernah dikenal.

Seperti telah disebutkan sebelumnya, rasa malu bergantung pada apakah orang yang menerima label tersebut memandangnya sebagai hal yang memalukan. Selain itu, dalam masyarakat yang plural, ikatan kelompok dan agama, misalnya, lebih lemah daripada dalam masyarakat tradisional; dan mereka yang tidak terpegang oleh kekuasaannya bisa keluar. Seorang penganut Katolik Roma, Mormon, atau Yahudi bisa keluar dari gerejanya di Amerika Serikat. Namun orang tidak begitu mudah untuk keluar dari keanggotaan sebuah negara. Dalam masyarakat-masyarakat tradisional yang ada dalam negara, kita barangkali bisa meloloskan diri dari negara dengan lebih mudah daripada klan, suku, atau kelompok. Pertanyaannya adalah, siapa yang menjalankan tekanan kuat setiap harinya pada seseorang? Kekuatan kelompok, seperti kekuatan negara, untuk sebagian bergantung pada kemampuannya untuk mengincar perilaku melanggar. Kelompok tidak harus lebih baik daripada polisi dalam hal mendeteksi pelanggaran hubungan tabu dan menegakkan peraturan itu.

Kelompok sebaya adalah sumber bagi pemodelan atau inspirasi dan sekaligus sanksi. Jika seseorang ingin berlaku patuh, perilaku si model akan amat mempengaruhi perilakunya, bahkan ketika para model itu sendiri tidak memberi hukuman atau imbalan. Begitu juga, seperti telah kami sebutkan sebelumnya, orang-orang mengambil isyarat dari orang-orang di sekitar mereka mengenai apakah mereka hendak menjalankan norma-norma resmi secara serius. Orang yang masuk ke dalam ruangan yang penuh orang-orang yang tengah merokok, yang mengabaikan sepenuhnya tanda "Dilarang Merokok", bisa jadi terpengaruh, meski para perokok itu adalah orang-orang asing dan tidak memperhatikan dia.

Ada kecenderungan tertentu dalam literatur hukum untuk memandang kultur sebagai faktor negatif. Dikatakan bahwa orang-orang memiliki kebiasaan, adat, dan tradisi dan bahwa negara kesulitan untuk membongkar kebiasaan kelompok yang kuat. Dengan demikian, kultur bersifat konservatif dan menjadi penghalang bagi modernisasi. Benar bahwa sebuah hukum yang bertentangan dengan pembawaan orang-orang, dari sudut pandang kultural, akan sulit untuk diberlakukan dan bisa jadi tidak efektif. Pelarangan minuman keras adalah contohnya yang mencolok. Tetapi hal sebaliknya juga bisa berlaku. Hukum yang menggunakan kultur dan mengambil kekuatan kultur sebagai sumbernya akan amat efektif. Ketika sebuah sistem hukum disusun menurut pembawaan manusianya, kekuatannya akan berlipat ganda. Paksaan aktual – bahkan ancaman paksaan – merupakan hal yang mahal; jika orang-orang mematuhi batas kecepatan karena rasa hormat atau karena tradisi membuta, masyarakat bisa menghemat biaya penugasan polisi. Sebuah hukum yang bisa mengambil sumbernya dari kemauan atau kekuatan kultur akan menghemat setiap dolar yang mestinya dibelanjakan untuk penegakan hukum dan persuasinya.

Menggunakan kultur sebagai sumber tidak berarti mengatakan pada orang-orang untuk melakukan apa saja yang mereka inginkan, seperti berlibur pada hari Natal, atau melarang tindakan yang mereka pandang menjijikkan, seperti kanibalisme. Ini lebih berarti meminta mereka melakukan hal-hal baru dengan cara yang nyaman atau mudah. Sistem hukum melakukan hal ini secara teratur dan dengan kurang disadari. Sebagai contoh, sistem hukum menggunakan imbalan uang dalam zaman ekonomi uang ini. Secara legal hari istirahat adalah hari Minggu sesuai dengan tradisi agama. Ketika tradisi ini runtuh, begitu pula hukum hari Minggu. Mereka yang berpendapat bahwa pajak penghasilan negatif harus menggantikan pajak bantuan sosial saat ini berarti tengah mengharapkan tumpangan gratis agar terbebas dari hukum dan institusi pajak yang dirasa familiar dan nyaman dewasa ini.[6] Setiap hukum dengan cara tertentu menggunakan kebiasaan, institusi, atau simbol-simbol yang familiar. Dengan menjalankan hal itu, sistem hukum berusaha untuk memanfaatkan instrumen-instrumen yang telah terbukti berhasil, menghemat sumber daya yang langka dengan cara ini.

Apa kekuatan pengaruh kelompok sebaya terhadap perilaku hukum? Dalam sebuah studi, para peneliti memberikan proposisi tertentu ke hadapan para mahasiswa di Inggris, contohnya: "Seseorang yang minum alko-

hol di tempat umum berarti melakukan perbuatan imoral walaupun tidak sampai mabuk." Para mahasiswa kemudian ditanya apakah mereka setuju atau tidak setuju dengan pernyataan itu. Kemudian, pertanyaan yang sama diajukan, namun kali ini sebagian mahasiswa diberi "informasi" baru. Mereka diberitahu bahwa sebuah jajak pendapat menunjukkan bahwa para mahasiswa lainnya bereaksi "keras" terhadap proposisi tertentu. Kelompok lainnya diberitahu bahwa perilaku tertentu yang disebutkan dalam proposisi merupakan tindak pelanggaran hukum. Terbukti kemudian para mahasiswa cenderung untuk menggeser opininya menyesuaikan diri dengan hukum dan dengan para rekan sebayanya. Pergeseran ke arah kelompok sebaya lebih mencolok.[7]

Tentu saja ini adalah sebuah studi mengenai perubahan sikap; perilaku tidak dipersoalkan. Para mahasiswa tersebut berusia hampir sebaya, semuanya orang Inggris, dan semuanya memiliki latar belakang sosial yang kurang lebih sama. Akankah para ibu rumah tangga paruh-baya, orang-orang Eskimo, atau para pekerja pabrik baja bereaksi dengan cara ini juga? Kita juga bertanya-tanya, mengapa terjadi pergeseran ke arah kelompok sebaya. Apakah para mahasiswa memikirkan ulang premis-premis mereka dengan adanya informasi baru tersebut? Apakah mereka hanya ingin mengikuti saja? Lagipula, seberapa umumkah proposisinya dan mengenai hal apa? "Informasi" dalam tes ulangnya harus berarti – informasinya harus segar dan terpercaya karena kalau tidak tes yang dilakukan tidak akan berhasil. Untuk itu para peneliti harus memilih proposisi yang oleh para mahasiswa itu tidak *diketahui* sebagai hal yang legal atau ilegal, populer atau tidak populer bagi kelompok sebaya mereka. Kita tidak bisa mengajukan pertanyaan seperti "Apakah perbuatan seseorang yang membunuh ibunya dengan sebilah kapak di tempat umum termasuk perbuatan yang imoral." Jelas tidak akan ada satu pun mahasiswa yang berubah pikiran pada tes ulangnya, terlepas dari informasi apa pun yang disampaikan padanya; kedua, para mahasiswa tahu bahwa membunuh adalah hal yang ilegal. Mereka tidak bisa diyakinkan bahwa hal itu legal, juga tidak bisa dikatakan pada mereka bahwa sebuah jajak pendapat terhadap para mahasiswa menunjukkan bahwa 80 persen sepakat dengan tindakan tersebut. Dengan demikian para peneliti harus merancang proposisi yang cukup marginal – atau hampir bisa dikatakan remeh. Semua proposisi itu tidak banyak dipikirkan orang, yang mengenainya tidak seorang pun memiliki opini yang kuat dan pasti. Walhasil, proposisi-proposisi dalam studi di atas tidak tergolong sampel yang seimbang, acak,

atau representatif dari suatu semesta proposisi moral. Mereka merepresentasikan suatu kelompok khusus. Studi tersebut mempelopori tumbuhnya studi-studi lain mengenai bagaimana kelompok sebaya mempengaruhi pergeseran opini, namun banyak persoalan yang masih harus dijawab.

Ada juga beberapa studi mengenai perilaku. Dalam sebuah eksperimen dilakukan pengamatan terhadap para pejalan kaki di Kota New York. Banyak yang menyeberang jalan dengan melanggar tanda "Dilarang Menyeberang." Ketika seorang model ditugasi oleh para peneliti untuk berdiri di pinggir jalan dan mematuhi peraturan tersebut, tingkat pelanggaran pun menurun secara signifikan. Jika si model melanggar peraturan, ada kecenderungan tingkat pelanggaran naik pula. Karena dalam setiap kejadian peluang sanksi formalnya mendekati nol, nampaknya model itulah yang menyebabkan perubahan-perubahan ini. Seperti apa mekanisme mentalnya masih belum jelas. Si model adalah seorang asing dan dengan demikian *secara harfiah* tidak termasuk salah satu kelompok sebaya mereka.[8]

Hal terakhir mengenai kelompok sebaya. Kita telah membahas tentang peranan kelompok sebaya sebagai pesaing bagi negara; mereka menyampaikan pesan-pesan sanksinya sendiri kepada orang-orang yang juga menjadi subjek bagi peraturan resmi. Namun kelompok juga bisa menyampaikan pesan-pesan kepada pemerintah. Sebagai contoh, kelompok bisa memainkan peranan dalam *mencetuskan* pemberlakuan resmi. Banyak hukum yang bergantung dan mensyaratkan adanya para informan. Ada banyak kejahatan di mana polisi hanya melakukan penangkapan ketika ada keluhan dari seseorang. Kasus-kasus kriminal, seperti dikatakan oleh Donald Black, seringkali "melewati saringan moral yang ada di tengah warga sebelum negara menjalankan perannya sebagai penegak hukum." Polisi "digerakkan ... oleh suatu proses reaktif." Dengan begitu hukum pidana tidak begitu berbeda dari kontrak dan hukum ganti rugi yang aturan-aturannya tetap tinggal tidur sampai ketika seorang warga secara pribadi membangunkannya. Fungsi pencegahan seringkali bergantung pada "kesediaan warga untuk menggerakkan hukum pidana." Tanpa hal itu, tidak ada pemberlakuan hukum, dan tidak ada sanksi riil yang bisa diterapkan.[9]

KEKUATAN KETIGA: DAMPAK SUARA BATIN

Kekuatan pokok ketiga yang berpengaruh pada kepatuhan adalah suara batin – kesadaran nurani, perasaan moral, hasrat untuk mematuhi, rasa

kebenaran. Tidak seorang pun yang menyangkal pentingnya faktor-faktor ini. Orang-orang tidak selalu mengerjakan apa yang dikatakan oleh suara batin mereka, tetapi orang-orang merespon kekuatan ini, setidaknya kadang-kadang. Di sini literatur juga lebih banyak membahas tentang spekulasi dan kurang dalam hal penerapan dan tindakannya.[10]

Kita berbicara tentang kesadaran nurani, rasa kebenaran, dan konsep-konsep yang berkaitan dengan amat longgar. "Melakukan apa yang benar" bisa mengacu pada sejumlah motif yang berbeda-beda meskipun berkaitan. Salah satu di antaranya bisa kita sebut sebagai *civic-mindedness* (kesadaran akan kepentingan umum). Ini adalah pemahaman bahwa kita semestinya mematuhi sebuah peraturan, walaupun tidak ada kepentingan *pribadi* kita di sana, karena hal itu baik untuk orang lain atau bagi orang-orang secara keseluruhan. Yang dinamakan sebagai *moralitas* adalah kehendak untuk mengikuti norma-norma, karena semua itu adalah kehendak Tuhan, atau etika yang baik, atau kewajiban agama alih-alih karena hal itu berguna bagi kita atau bagi yang lainnya. Motif yang lainnya lagi adalah *rasa keadilan* (*fairness*), gagasan bahwa suatu peraturan atau perilaku layak untuk dipatuhi, didukung, atau dipegang karena adanya kualitas formal tertentu –, misalnya, bahwa peraturan atau perilaku mengikat semua orang secara setara. Terlepas dari apa pendapat saya mengenai peraturan "Dilarang Berjalan di Atas Rumput", jika saya merasa bahwa hal itu berlaku bagi saya dan orang-orang lainnya yang ada dalam kategori yang sama, dan *mereka* mematuhinya, atau telah mematuhinya, atau nampaknya mematuhinya, saya bisa memutuskan agar diri saya sendiri mematuhinya entah peraturan itu sesuai dengan kesenangan saya atau tidak, karena jika saya mengecualikan diri saya maka hal itu akan terasa "tidak adil."[11] Dengan demikian jika saya sengaja tidak menggunakan kesempatan untuk berjalan di atas rumput, saya tergerak oleh suatu rasa keadilan hanya jika saya berpikir bahwa akan salah bila saya berjalan di atasnya karena orang-orang lain tidak melakukan hal itu, terlepas dari pendapat saya apakah peraturan itu masuk akal atau tidak. Rasa keadilan juga bisa mempengaruhi persepsi saya tentang sebuah institusi – apakah menurut saya pengadilan berlaku "secara adil" akan berefek pada opini saya mengenai pengadilan itu sendiri[12] dan barangkali pada kesediaan saya untuk menuruti apa yang mereka sampaikan.

Hingga di sini kita telah membahas tentang motif-motif yang tidak bergantung pada keyakinan umum kepada hukum atau kepada otoritas. Keyakinan itu sendiri bisa jadi merupakan suatu motif. *Kepercayaan* (*trust*)

adalah ide bahwa orang-orang yang memegang otoritas pasti tahu apa yang mereka kerjakan, pasti para ahli, pasti bijaksana dan memiliki informasi dan kebijakan yang baik. Presiden memobilisasi tentara; ia pasti tahu mengenai situasi yang kita tidak pahami. Food and Drug Administration memerintahkan agar sebuah bahan kimia tertentu dihilangkan dari makanan kita. Badan tersebut pasti telah mengujinya dan mendapati bahwa hal itu berbahaya. Sebuah kota mengubah sebuah jalan dua jalur menjadi jalan satu jalur. Kota tersebut pasti telah berkonsultasi dengan insinyur lalu lintas.

Yang amat berbeda dari hal tersebut adalah keyakinan atau kepercayaan kepada struktur atau prosedur. Inilah yang kita sebut sebagai *legitimasi* (kesahan). Dalam pemikiran hukum dan politik, konsep ini diambil dari gagasan Max Weber. Menurut Weber, sebuah peraturan, adat, perintah, atau sistem tergolong "*legitimate*" (sah) bila di sana "terkandung keistimewaan sebagai teladan dan mendorong munculnya kepatuhan."[13] Dalam ungkapan yang lebih sederhana, namun melalui negasi, ketika orang-orang mematuhi sebuah peraturan bukan karena kepentingan diri, kepercayaan, atau keyakinan kepada nilai *substantif* hukum, berarti peraturan tersebut memiliki legitimasi. Legitimasi mengacu pada suatu sikap umum kepada hukum, peraturan, atau sistem. Ini bukan sikap mengenai isi peraturan, juga bukan mengenai kebenaran atau kesalahannya dalam pengertian etis. Penilaian mengenai legitimasi adalah penilaian mengenai bentuk, prosedur, atau sumber—mengenai bagaimana caranya peraturan dibuat atau mengenai para pembuat-hukum dan otoritasnya. Legitimasi berbeda dari *kepercayaan* (*trust*), karena kepercayaan bersandar pada keyakinan terhadap fakta-fakta. Bahkan seseorang yang amat percaya pun mengakui bahwa bisa jadi ia keliru. Kita bisa mempengaruhi dia, misalnya, bahwa FDA atau presiden berbuat kekeliruan. Tetapi legitimasi tidak bersandar pada fakta-fakta dan dalam kasus individu tidak bisa disangkal. Sebagai contoh, sebuah hukum adalah sah (*legitimate*), karena hal itu ditetapkan di atas kertas, dengan cara legal. Sebuah putusan dalam sebuah pengadilan adalah sah, karena hakim mengikuti peraturan-peraturan yang ada dan memberikan kesempatan kepada pembela dalam persidangan, seperti digariskan oleh hukum.[14] Seorang penganut Katolik Roma yang taat memandang sah peraturan gereja yang melarang penggunaan pil pengendali kelahiran. Peraturan itu berasal dari Paus, dan Paus diyakini olehnya sebagai wakil Kristus. Jadi peraturan ini bersifat *moral* dan sekaligus sah baginya; di sini kedua kategori tersebut bertumpang tindih.

Komponen yang membentuk faktor ketiga adalah sikap atau perasaan yang berlaku sebagai motif yang mendorong orang untuk patuh. Dengan demikian masing-masing memiliki sisi negatifnya – sikap atau perasaan yang berlaku sebagai *motif* untuk tidak patuh atau, dalam kasus yang lebih besar, untuk menolak sebuah norma. Sebagai contoh, kita berasumsi bahwa sebagian orang mungkin sadar kalau mereka tidak boleh berjalan di atas rumput, karena akan dirasa tidak "adil" bila mereka tidak mematuhinya. Sikap ini bergantung pada keadilan *norma*; jika normanya dirasa tidak adil, bisa jadi ada kecenderungan untuk tidak patuh atau untuk berhenti menggunakan norma tersebut. Sama halnya, kita mungkin merasa cenderung untuk tidak patuh karena sadar akan kepentingan-umum atau secara moral hal yang harus dilakukan adalah *tidak* patuh (atau menginkari) barangkali karena norma yang dipersoalkan itu sendiri mengabaikan kepentingan umum atau bersifat imoral. Kebalikan dari kepercayaan (*trust*) adalah ketidakpercayaan (distrust); dan kebalikan dari sah (*legitimate*) adalah tidak sah (*illegitimate*). Norma-norma yang tidak sah akan memunculkan motivasi-motivasi yang amat berbeda dibandingkan motivasi yang dimunculkan oleh norma yang sah.

LEGITIMASI DAN KULTUR

Elemen faktor ketiga adalah sikap batin, dan hal itu berbeda dari kultur satu ke kultur lainnya. Sebagai contoh, kadar penghargaan terhadap hukum berbeda di antara negara-negara. Dalam sebuah jajak pendapat, 66 persen sampel di Jerman sepakat dengan statemen "Kita harus mematuhi hukum, bahkan jika dalam pendapat kita hukum tersebut tidak adil." Di Belanda, hanya 47% dan di Polandia, hanya 45% yang sepakat dengan statemen yang sama.[15] Pertanyaan-pertanyaan mengenai institusi spesifik, seperti pengadilan, kemungkinan juga akan mengungkap variasi kultural seperti ini. Adam Podgorecki dalam sebuah studi mengenai sikap-sikap orang Polandia terhadap hukum, mendapati bahwa kaum perempuan, orang-orang tua, orang-orang yang berpendidikan tinggi, dan para pekerja kerah putih sepakat bila norma-norma hukum layak "dihormati" sebagai "hukum yang ... valid" karena alasan-alasan yang bukan bersifat instrumental, dibandingkan kaum pria, orang muda, orang-orang yang kurang berpendidikan, dan para pekerja tidak terampil.[16]

Beberapa penelitian telah dilakukan di Amerika mengenai sikap-sikap terhadap Mahkamah Agung Amerika Serikat, dan yang menarik, bagaimana

keputusan-keputusan tertentu dari Mahkamah *mempengaruhi* sikap-sikap ini. Hasil-hasilnya sepertinya tidak meyakinkan.[17] Beberapa penelitian memperlihatkan bahwa "sikap kepatuhan umum sedikit korelasinya dengan sikap kepatuhan khusus," maksudnya, mereka yang dengan semangat mengatakan kepada pewawancara bahwa orang harus selalu mematuhi hukum atau bahwa hukum selalu adil akan melanggar prinsip mereka sendiri ketika disodorkan kepada mereka dilema hukum atau etika spesifik.[18]

Max Weber membedakan antara tiga "prinsip tertinggi" legitimasi, yakni, tiga tipe otoritas yang valid; prinsip-prinsip ini mencerminkan perbedaan dalam kultur. Otoritas *tradisional*, misalnya, adalah otoritas seorang ayah. Tipe otoritas kedua adalah karismatik; ini merupakan "penyerahan diri kepada apa yang luar biasa" – otoritas yang mengalir dari "keyakinan pada *karisma*, yakni, wahyu atau berkat yang ada pada ... seseorang sebagai juru selamat, nabi, atau seorang tokoh."[19] Karisma adalah otoritas seorang Musa, seorang Kristus. Ada elemen-elemen karismatik dalam jabatan presiden, kalaupun bukan pada presidennya sendiri, dan pada para kepala negara pada umumnya, khususnya di negara-negara non-parlementer. Tetapi seperti pengertian Weber, karisma merepresentasikan suatu keajaiban personal yang dramatis dan memvalidasi tindakan hukum tanpa bersandar pada tradisi atau manfaat tertentu. Selama ini keajaiban demikian merupakan hal yang jarang terjadi.

Kategori otoritas ketiga Weber adalah otoritas *rasional*. Kita mematuhi norma-norma karena semua itu merupakan "hukum." Masyarakat membuat peraturan mengenai peraturan. Peraturan-peraturan yang dibuat menggunakan peraturan memiliki otoritas rasional. Prosesnya "rasional" dalam pengertian biasa bahwa hal itu masuk akal; hal itu jelas dilakukan dengan kesadaran dan dengan pertimbangan. Ketika yang berlaku adalah legitimasi *rasional*, kepatuhannya "ditujukan pada norma-norma alih-alih pada orang." Tidak ada hal yang bersifat mistik terkait dengan kepatuhan ini. Hal ini muncul dari rasa hormat terhadap proses yang mendasarinya. Orang-orang mematuhi hukum "karena hal itu adalah hukum." Ini berarti mereka memberikan penghargaan terhadap prosedur dan sistemnya. Mereka merasa, dengan alasan tertentu, bahwa mereka harus patuh ketika Kongres meloloskan sebuah undang-undang, ketika seorang hakim membuat sebuah keputusan, ketika dewan kota meloloskan sebuah ordinansi. Jika mereka didesak untuk menjelaskan sebabnya, mereka mungkin menunjuk pada konsep tertentu mengenai demokrasi, atau ketentuan hukum, atau teori populer tertentu mengenai pengelolaan sistem politik.[20]

Kebanyakan orang tentu saja tidak memikirkan secara mendalam tema tersebut. Mereka menerima penilaian ini dan tanda-tanda legitimasi prosedural dengan yakin. Dalam masyarakat modern, keadilan dan legitimasi juga cenderung untuk tidak dipahami dengan jelas pada pengadilan dan institusi-institusi yang serupa pengadilan. "Proses hukum yang benar" adalah hal yang adil dan sah. Penerimaan hukum secara awam memiliki batas-batasnya, khususnya jika rasa penerimaannya tersebut agak dangkal. Perubahan-perubahan kultural mempengaruhi teori-teori legitimasi: Pergeseran dari otoritas tradisional menuju yang rasional adalah salah satu tonggak hukum modern. Begitu pula dalam sebuah kultur sikap-sikap terhadap hukum dipengaruhi oleh kejadian-kejadian dan perubahan sosial ekonomi. Pada tahun 1975, peristiwa-peristiwa politik di Amerika Serikat mengerucut pada judul "Skandal Watergate" dan disusul tahun berikutnya dengan sebuah perang yang tidak populer, hal-hal ini sepertinya telah merusak legitimasi dan juga kepercayaan.

LEGITIMASI DAN KEPATUHAN

Apa hubungan antara perilaku hukum dan *sikap* yang menentukan sehingga norma atau proses tertentu menjadi sah (*legitimate*) atau tidak, adil atau tidak, bermoral atau tidak? Kita bisa memperkirakan bahwa ketika orang-orang *sepakat* dengan peraturan, sebagai hal yang dibuat secara valid, mereka akan lebih cenderung untuk mematuhinya daripada jika mereka berpikir sebaliknya. Dengan kata lain, legitimasi cenderung untuk menuntun orang, melalui kesepakatan mereka, menuju kepatuhan. Studi oleh Berkowitz dan Walker yang tersebut di muka menunjukkan hal ini. Para mahasiswa cenderung untuk berubah pikiran mengenai proposisi-proposisi moral tertentu ketika mereka diberitahu tentang apa kata "hukum" mengenai hal itu.[21] Sebuah studi lainnya mengenai para dokter Amerika menemukan adanya perubahan substansial dalam sikap mereka terhadap program bantuan kesehatan sosial *setelah* rancangan itu menjadi hukum; para dokter yang menentangnya sekarang merasa lebih bisa menerimanya.[22] Studi lainnya lagi mendapati bahwa para mahasiswa menilai sebuah tindakan dengan lebih keras jika sebelumnya dikatakan kepada mereka bahwa hal itu bertentangan dengan hukum dan juga melanggar norma-norma sosial. Sebagai contoh, mereka lebih cenderung mencela seseorang yang lewat namun tidak mau menyelamatkan orang lain yang tengah tenggelam, ketika mereka diberitahu bahwa hukum menekankan kewajiban untuk menolong.[23]

Studi-studi ini membahas legitimasi tidak dengan banyak kata-kata, tetapi istilah "bertentangan dengan hukum" berarti dilarang oleh peraturan-peraturan yang dijalankan secara valid, yakni peraturan-peraturan yang sah.

Studi-studi ini paling tidak menunjukkan bagaimana legitimasi *prosedural* pada akhirnya akan menuntun pada kesepakatan *substantif* mengenai peraturan atau apa yang kita sebut sebagai kepercayaan (*trust*). Tentu saja statemen semacam ini harus dijelaskan secara seksama. Jelas bahwa publik mengandalkan para ahli – dengan mempercayai mereka – dalam bidang-bidang kehidupan tertentu namun tidak dalam bidang-bidang lainnya. Banyak orang yang bersedia menerima kata-kata dokter ahli bedah bahwa rokok merugikan kesehatan mereka. (Mereka mungkin akan bertindak atas dasar keyakinan mereka tersebut atau tidak.) Bagaimanapun juga, orang-orang ini mungkin menolak opini "para ahli" bahwa pornografi merugikan. Perbedaan antara dua reaksi ini pasti bergantung pada keadaan pikiran sebelumnya. Orang-orang Amerika tidak *ingin* meyakini apa yang dikatakan oleh para ahli mengenai pornografi. Mereka juga membuat perbedaan antara dokter, ekonom, psikiater, dan sosiolog.

Sebagaimana kepercayaan, legitimasi juga bisa bervariasi. Legitimasi bisa dikatakan sebagai kekuatan sosial yang kukuh. Orang-orang menerima "hukum." Mereka menuruti peraturan dan perintah-perintah, sepanjang mereka memahaminya, ketika otoritas telah dibentuk atau dipilih dan ketika otoritas itu sendiri mengikuti bentuk atau format yang tepat. Banyak orang yang akan mengeluhkan hasil-hasilnya tetapi pada saat yang sama juga berpendapat bahwa masyarakat harus meyakini institusi-institusi demi stabilitas. Namun sebagian institusi lebih dihormati daripada yang lainnya. Orang-orang cukup yakin bahwa Kongres itu terhormat, sementara dewan kota adalah sarang maling.

Kami telah mendefinisikan legitimasi sebagai hal yang pada hakikatnya bersifat prosedural – artinya, sebagai suatu keyakinan pada proses dan institusi, yang terlepas dari bagaimana prosesnya berlangsung atau apa yang dilakukan oleh institusi tersebut. Namun bagaimana halnya jika hasil-hasilnya terus bertentangan dengan kepentingan pemahaman moral seseorang? Apa yang akan terbayang dalam benak seorang Puritan yang loyal dan patuh pada hukum, bila kasus demi kasus hukum membolehkan orang untuk tampil telanjang di bar-bar dan di buku-buku cabul? Apa pendapat seorang penganut supremasi kulit putih, ketika Mahkamah Agung secara konsisten membuat keputusan-keputusan yang menguatkan hak-hak orang kulit hitam?[24]

Dengan kata lain, kita bertanya-tanya sejauh mana legitimasi itu berlaku. Sejauh mana perbedaan antara legitimasi dari kepercayaan (*trust*)? Apakah orang-orang yakin pada hukum karena mereka merasa bahwa pemerintah melakukan hal yang benar? Betapa pun halnya, tidak seorang pun yang memiliki waktu, energi, atau kecenderungan untuk meneliti setiap tema. Seseorang harus lebih mengandalkan orang-orang lainnya. Seorang penebang kayu mengerjakan sendiri pekerjaannya tetapi ia juga menggunakan jasa dokter, pengacara, dan tukang kayu bila ia membutuhkannya. Begitu pula halnya dalam urusan politik: Orang-orang tertarik dengan program umum dari sebuah partai; ketika mereka terjun, mereka mungkin mengikuti segenap jalur kebijakan partai itu, barangkali untuk memperoleh manfaat tertentu, tetapi juga mungkin karena bertolak dari keyakinan. Mereka menyukai aspek-aspek tertentu dari program tersebut, dan mereka berasumsi bahwa keseluruhan program itu pasti juga bagus.

Juga ada banyak alasan mengapa orang-orang yang mematuhi hukum merasa bahwa mereka harus melakukan hal demikian. Legitimasi prosedural bisa jadi tidak lebih dari sebuah cara pengakuan bahwa hukum *secara keseluruhan* adalah benar. Alasan-alasan riilnya bisa jadi tidak prosedural sama sekali melainkan substantif. Artinya, kita harus patuh karena hukum secara keseluruhan adalah masuk akal, atau karena jika kita tidak patuh maka kekerasan dan anarki akan terjadi. Atau orang-orang mungkin merasa bahwa *secara keseluruhan* hukum akan memenuhi kepentingan mereka atau kepentingan kelompok mereka; karena demikian itulah orang-orang harus mendukung hukum, meskipun ada saatnya hukum ternyata tidak menyenangkan bagi mereka.

Jika benar, pengandaian ini tergolong agak subversif. Ini berarti ada unsur mementingkan diri yang tersamar yang menggerus unsur "tidak mementingkan diri." Kaum liberal percaya pada kebebasan berbicara – "termasuk bagi orang yang ide-idenya tidak mereka sukai" – namun, dalam kenyataannya mereka beharap agar pandangan *liberal* itulah yang yang berlaku dalam suasana kebebasan berbicara. Mereka menduga bahwa suatu rezim yang suka mengekang akan mengawali tindakannya dengan mengekang mereka. Jika mereka benar-benar yakin bahwa negara akan mengekang kaum fasis dan rasis saja, akankah mereka secara bawah sadar mempertanyakan kembali premis-premis mereka? Banyak kaum liberal yang merasa bahwa sensor adalah sesuatu yang bisa diterima, sepanjang hal itu dikenakan pada unsur-unsur "cabul" saja. Dan memang banyak orang yang memiliki pandangan selektif terhadap hak-hak sipil.

Mereka yakin padanya secara abstrak, tetapi mereka akan berupaya sekuat mungkin untuk membuat perkecualian pada undang-undang yang merugikan atau berbahaya.[25] Dengan begitu, ada kemungkinan bahwa apa yang melandasi legitimasi (apa pun pendapat orang) adalah keyakinan samar bahwa institusi-institusi yang sah adalah benar; semua itu mendukung kepentingan *kita*. Jika institusi-institusi tersebut terus-terusan salah, maka legitimasi pun akan goyah.

Tentu saja, orang-orang yang berpikiran canggih akan memberikan alasan-alasan yang canggih pula untuk menjelaskan mengapa mereka mematuhi hukum; mereka tidak bertolak dari kepentingan personal semata. Riset terhadap sosialisasi di kalangan anak-anak menunjukkan bahwa kecanggihan demikian berkembang secara bertahap. Ketika bertambah dewasa, anak-anak memiliki alasan-alasan yang semakin kompleks untuk mematuhi hukum.[26] Tetapi alasan-alasan di permukaan ini mungkin cuma menampakkan sebagian kenyataannya. Bagaimana halnya dengan orang-orang yang mengalami kontak aktual dengan hukum? Sebuah studi kecil mengenai perkara hukum antara pemilik tanah dan penyewamua dilaksanakan di tiga kota di Jerman. Mereka yang menang dan yang kalah diwawancarai; sikap-sikap mereka diukur. Seperti yang mungkin kita perkirakan, sebagian besar pemenang (78 persen) merasa puas sekali dengan cara penyelesaian kasus mereka; 82 persen dari mereka yang kalah merasa tidak puas sama sekali. Para pewawancara menanyakan kepada para pihak yang berperkara tersebut apakah pengalaman personal tersebut membuat "keyakinan mereka menguat atau melemah" kepada sistem peradilan; tidak satu pun dari pihak yang kalah berpendapat bahwa keyakinan mereka menguat; 67 persen merasa keyakinan mereka melemah; sisanya merasa tidak ada bedanya.[27]

Semua itu jelas artinya, meskipun mungkin terlihat remeh; namun bagaimana hal itu sejalan dengan pandangan umum mengenai kekuatan ide legitimasi – menang atau kalah? Sikap-sikap terhadap otoritas yang sah bisa jadi amat lemah. Orang-orang yang merasa dirugikan oleh sistem tidak yakin lagi pada institusi-institusi yang menyalahi mereka – terlepas dari pendapat mereka sebelumnya. Yang cukup ganjil, studi di Jerman tersebut mendapati bahwa kebalikannya tidak terjadi secara signifikan: Keyakinan para pemenang tidak menguat dalam kadar yang setara dengan melemahnya keyakinan orang-orang yang kalah.[28] Barangkali sebabnya karena kita memiliki harapan untuk menang, sementara kekalahan akan membuat kita terguncang.

Sejauh mana kita bisa menggeneralisir studi-studi ini? Apa akibatnya bagi perilaku, bila seseorang merasa bahwa sebuah hukum tidak adil atau bahwa tindakan hukum tertentu tidak sah? Atau bahwa aktor hukum tertentu tidak pantas ia percayai? Kita mungkin memperkirakan yang akan terjadi adalah penurunan tingkat kepatuhan terhadap penegakan hukumnya. Dengan kata lain, para pemegang otoritas, sesudah merosotnya kepercayaan atau legitimasi, harus mengintensifkan pemberian sanksi jika mereka ingin mendapatkan kadar kepatuhan yang sama seperti sebelumnya.

Bagaimanapun juga ada satu persoalan serius pada apa yang bisa kita sebut sebagai efek "limpahan." Jika seseorang melihat ada ketidakadilan, ilegitimasi (ketidaksahan, *illegitimacy*), atau ketidaklayakan untuk ia percayai dalam satu segi, hingga sejauh mana ketidakyakinannya itu akan berlaku? Sejauh mana sikapnya akan melimpah ke bidang-bidang lainnya dan ke dalam perilaku aktualnya? Konon hipokrisi dan ketidakadilan dalam episode Pelarangan minuman keras membuat seluruh sistem hukum yang ada merosot reputasinya. Para ahli hukum mengklaim bahwa hukum mariyuana "mempercepat runtuhnya penghormatan orang terhadap hukum."[29] Tetapi sejauh mana "keruntuhan penghormatan itu"? Dan di mana? Dan apa konsekuensinya? Kepatuhan itu sendiri bersifat selektif; seperti telah dikatakan oleh Harry Jones, "ada perampok-perampok bank yang mematuhi hukum-hukum lalu lintas dan para pencuri yang membayar hutang-hutang mereka."[30] Seseorang yang merasa muak terhadap brutalitas polisi atau terhadap penegakan hukum obat terlarang secara pilih-pilih, tidak dengan sendirinya akan menentang Mahkamah Agung atau Dewan Angkasa Sipil. Apakah kemuakannya itu akan membuat ia lebih cenderung untuk melakukan penggelapan, pemerkosaan, atau kecurangan dalam pajak penghasilannya?

Persepsi-persepsi mengenai keadilan merupakan bahasan yang amat penting bagi para peneliti. Harry Ball dalam sebuah studi mengenai kontrol sewa tanah di Hawaii mendapati bahwa para pemilik tanah yang memungut biaya terlalu tinggi kepada para penyewanya ternyata juga berpendapat bahwa hukum-hukum kontrol sewa tanah itu tidak adil.[31] Bisa jadi hukum sewa tanahnya memang tidak adil, dan hal ini tentu akan berpengaruh; persepsi bahwa polisi brutal dan tidak adil mungkin mencerminkan fakta bahwa para polisi itu *mungkin* memang brutal dan tidak adil. Tentu saja bagaimana persisnya sikap-sikap ini diterjemahkan ke dalam perilaku merupakan pertanyaan yang masih terbuka, dan pertalian sebab akibatnya

pun tidak pasti. Sebagai contoh, dalam studi Ball, apakah para pemilik tanah itu sebelumnya telah berpendapat bahwa hukum sewa tidak adil dan karenanya mereka melanggar hukum; atau apakah para pemilik tanah yang melanggar hukum itu melakukan pembenaran dengan berpendapat bahwa hukumnya tidak adil?

Kepercayaan dan legitimasi barangkali memiliki kekuatan besar dalam masyarakat tradisional yang tidak didapati dalam masyarakat modern. Dalam masyarakat tradisional, anggapan-anggapan tentang legitimasi terukir dalam jiwa sejauh adanya sosialisasi; mungkin diperlukan banyak bukti dan penjelasan untuk mengatasi hal ini. Dalam banyak masyarakat modern, lebih banyak orang yang skeptis, mereka lebih "rasional"; walhasil kepercayaan dan legitimasi pun mungkin lebih rentan, lebih bergantung pada hasil-hasil yang aktual.

Gambaran legitimasi dalam masyarakat kita mungkin paling kuat melekatnya dalam bidang-bidang hukum yang terkait dengan kemanfaatan atau kepentingan pribadi atau setidaknya yang paling kecil peluang merugikannya. Legitimasi menuntun orang-orang untuk menyepakati apa yang dilakukan oleh sistem. Dalam bahasa para ahli teori sistem, legitimasi merupakan "dukungan," terutama dukungan yang tersebar, "sikap-sikap atau kemauan baik yang ditunjukkan oleh para anggota sebuah sistem tanpa terkait dengan hasil-hasil spesifik."[32] Perhatikan bahwa "dukungan" tidak mengacu pada kepatuhan kepada peraturan-peraturan melainkan sejenis kemauan baik mengenai peraturan-peraturan pada umumnya atau peraturan-peraturan yang tertuju pada orang lain. Dalam pendapat kami, "dukungan" ini merupakan sesuatu yang rapuh. Pemikiran yang benar dan bijaksana akan terhuyung-huyung bila terus mendapat pukulan dari kasus-kasus permisif. Orang bisa menenggang beberapa "kesalahan," namun jika hasil-hasilnya terus muncul dalam bentuk yang "salah," mereka harus memutuskan apakah mereka layak memberikan "dukungan" seterusnya kepada sebuah sistem yang meragukan seperti itu – mereka mungkin bahkan akan mempertanyakan kepatuhan itu sendiri. Bagi mereka yang kecewa, persoalannya akan amat bergantung pada apakah, *pada pokoknya*, hukum akan atau terbukti berlaku dengan benar. "Biarlah keadilan berlaku, walaupun langit akan runtuh karenanya." Tetapi benarkah kita menyetujuinya? Jika langit mulai ambruk, jika dinding mulai retak, piring-piring pecah, tembok berguncang, kita mungkin akan bertanya-tanya apakah cukup layak untuk memperjuangkan keadilan dengan harga semahal itu.

FAKTOR-FAKTOR YANG SELARAS, FAKTOR-FAKTOR YANG BERKONFLIK

Mudah kita lihat bahwa ketika norma yang resmi dan subkultur sama-sama memberikan imbalan atau menjanjikan imbalan atau memberikan hukuman atau mengancam akan mengukum perilaku secara sama, keduanya dengan kukuh akan saling menguatkan satu sama lain. Keadaan bahkan semakin kuat ketika ada faktor moral yang menuntun ke arah yang sama. Tidak sulit untuk membayangkan contoh-contohnya. Negara, geng, keluarga, orang-orang yang tengah bekerja, setiap kelompok etnik dan kultur, dan hampir setiap kesadaran nurani individu akan mengatakan hal yang sama bila ditanya pendapat mereka tentang seseorang yang membunuh ibunya. Sebuah peraturan yang mendapat dukungan begitu universal akan memiliki tingkat penyangkalan yang kecil. Jika semua faktornya netral kecuali yang satu, yang satu itulah yang kemungkinan menjadi penentu. Dengan demikian, jika masyarakat di sekeliling kita dan kesadaran nurani kita tidak mengatakan apa-apa mengenai pelanggaran batas kecepatan, perilaku tersebut pun akan amat sensitif terhadap naik turunnya sanksi.

Pertanyaan menariknya adalah, faktor mana yang terkuat? Dan mana yang berperan bila terjadi konflik? Tidak satu pun literatur yang memberikan jawaban yang memuaskan. Kemungkinan tidak akan ada satu jawaban *umum*. Sebagian besar bergantung pada subjek individual dan perilaku khusus tertentu. Selain itu, dalam kebanyakan kasus sulit untuk membandingkan sanksi negara dengan sanksi non negara. Kota Dodge menawarkan imbalan $1.000 bagi siapa saja yang bisa memberikan informasi yang mengarah pada penangkapan seorang pencuri. Namun orang-orang kota itu akan mengucilkan orang yang bertindak sebagai informan. Kita tidak bisa memprediksi mana dari keduanya yang akan terbukti lebih kuat pada semua orang secara umum. Jika kita tahu bahwa imbalan $1.000 akan menghasilkan sejumlah informasi tertentu, kita berasumsi bahwa $ 2.000 mungkin akan menghasilkan lebih banyak lagi informasi. Tetapi kita tidak bisa tahu apakah tambahan uang tersebut bisa mengimbangi bertambahnya kadar ancaman dari warga kota itu.

Richard Schwartz dan Sonya Orleans dalam sebuah studi yang terkenal berusaha mengungkap apakah ancaman pemberian hukuman atau kesadaran nurani akan meningkatkan kadar kepatuhan terhadap hukum-hukum pajak penghasilan.[33] Mereka berkesimpulan bahwa secara umum

kesadaran nurani nampaknya membawa hasil yang lebih besar. Walau bagaimanapun, kesimpulan ini berpijak pada landasan statistik yang agak rapuh.[34] Juga tidak jelas sejauh mana kita bisa menggeneralisir hasil-hasilnya. Para subjeknya adalah orang-orang kelas menengah Amerika. Bagi mereka hukum-hukum pajak mungkin atau mungkin tidak membuahkan fungsi pencegah dan kurva kesadaran nurani tertentu. Hampir bisa dipastikan bahwa riset selanjutnya *tidak* akan menunjukkan bahwa kesadaran nurani selalu lebih kuat daripada ancaman sanksi tanpa memandang waktu, tempat dan subjeknya.

Schwartz dan Orleans tidak memperbandingkan kedua faktor itu satu dengan lainnya. Persoalan konflik antara faktor-faktor bahkan lebih tidak dikenali lagi. Apakah sebuah norma akan dipatuhi jika dukungannya berasal dari kesadaran nurani dan negara, namun bukan dari kelompok sebaya? Negara pasti akan kesulitan menegakkan sebuah norma yang ditentang oleh kesadaran nurani *dan* kelompok sebaya. Lebih dari ini, sulit kita perkirakan.

Selain itu, akan terlalu menggampangkan bila kita berbicara tentang *tiga* faktor. Dalam faktanya masing-masing faktor pun terbentuk dari subfaktor-subfaktor; dan subfaktor-subfaktor itu juga mungkin berkonflik. Seseorang yang tinggal di Birmingham, Alabama, mungkin merasa terdorong ke satu arah oleh ordinansi kota, dan terdorong ke arah yang amat berbeda oleh hukum-hukum federal. Keluarganya mungkin mendukung satu norma; rekan-rekan kerjanya norma lainnya. Para anggota gerejanya, teman-temannya, tetangga-tetangganya semuanya mendukung sekumpulan norma-norma yang sama sekali tidak sama. Sebagian kelompok mungkin menyepakati norma-norma resmi tertentu; tidak semuanya akan menimpakan sanksi-sanksi. Dalam gugusan faktor ketiga kita menandai adanya kesadaran akan kepentingan-umum (*civic-mindedness*), moralitas, legitimasi, dan kepercayaan. Semua ini mungkin juga berkonflik. Moralitas, legitimasi, dan kepercayaan tidak selalu dan seringkali tidak mengekspresikan tuntutan yang sama.

Pertanyaan lainnya adalah, dalam situasi kehidupan riil yang ditangani oleh hukum, perilaku apa yang dijelaskan oleh masing-masing faktor dan subfaktornya? Ambillah contoh sebuah perintah sederhana: seorang kepala pasukan memerintahkan para prajurit untuk berjalan kaki menempuh jalan yang berdebu berjarak satu mil. Pasukan bisa mematuhinya dengan sigap dan patuh. Di ujung jalan ada aula makan, dan orang-orang itu dalam keadaan lapar. Mereka yang tidak patuh tahu bahwa

mereka bisa menghadapi pengadilan militer. Ketika sebagian orang itu mulai berjalan, yang lainnya akan merasa bodoh jika mereka tidak melaksanakannya. Lagipula perintah tersebut nampak cukup wajar; dan orang-orang itu telah terlatih melakukan apa yang diperintahkan oleh kepala pasukan.

Dalam kasus ini, semua motifnya menguatkan satu sama lainnya: Orang-orang itu pun berjalan kaki hal itu berlangsung lancar. Ketika setiap faktor hadir dan bekerja selaras dengan yang lainnya, mesin kontrol sosial bekerja lancar dan efisien. Ketika masing-masing faktor rusak atau cacat, akan lebih sulit untuk menyuruh orang-orang itu bergerak. Jika orang-orang itu tidak mempedulikan perintah (aktivitas berjalan kaki bukan hal yang berbahaya atau susah, tetapi mereka mempertanyakan apa manfaatnya) dan jika mereka tidak suka mematuhi perintah, jika hal itu terlambat dilaksanakan, dan mereka lelah, dan jika mereka tidak kenal dengan kepala pasukannya, dan mereka merasa bahwa perintah tersebut sepenuhnya tidak tepat – maka si kepala pasukan kemungkinan masih bisa berhasil, namun hanya jika ia mengancam mereka. Ia mungkin harus menugaskan seorang letnan untuk mengawasi pemberlakuan perintahnya; atau ia mungkin harus menghukum satu atau dua orang pelanggar. Tak pelak lagi ini berarti bahwa kegiatan berjalan kaki tersebut membutuhkan biaya sumber-sumber daya riil yang lebih banyak. Akhirnya, orang-orang itu juga bisa benar-benar memberontak. Mereka tahu bahwa jalan yang ditempuh penuh dengan ranjau; karena alasan tertentu perintah tersebut menurut mereka benar-benar tidak sah; mereka benci kehidupan tentara; dalam diri mereka telah tertanam ide-ide subversif yang berasal dari obrolan di sebuah warung kopi dekat pangkalan, dan siapa yang patuh pada komandan akan dicap sebagai pengkhianat oleh kawan-kawannya. Di sini hanya sumber daya yang besar saja yang bisa mendorong orang-orang itu untuk bergerak – dalam kasus yang paling ekstrim dengan kekerasan, atau dengan menyeret mereka satu per satu agar berjalan. Ini bukan saja akan luar biasa mahal biayanya, tetapi "kepatuhan" paksaan seperti itu juga tidak ada artinya.

Contoh tersebut tergolong ekstrim, namun intinya jelas. Kepatuhan secara sukarela, yakni, penunaian hukum yang didukung oleh kultur dan kekuatan ketiga, adalah hal yang fundamental bagi hukum seperti yang telah kita ketahui. Jenis kepatuhan ini jelas efisien dari sudut pandang mereka yang memberikan perintah. Secara umum penggunaan paksaan merupakan hal yang boros. Jika setiap orang berlaku curang dalam hal

pajak penghasilannya atau kebanyakan orang tidak mengirimkan kembali formulir pajaknya, pemerintah mungkin memang harus berhenti memungut pajak. Ini pula yang agaknya terjadi di beberapa negara. Pelarangan minuman keras, seperti telah kita amati, merupakan contoh klasik terjadinya ketidakpatuhan massal. Contoh-contoh lainnya bisa dengan mudah disebutkan.

Bagaimanapun juga, pengamatan umum ini sulit untuk diubah menjadi proposisi yang teruji. Karena satu hal, perilaku tidak berbentuk lajur-lajur kecil yang terpisah-pisah, yang bisa kita labeli sebagai paksaan, kelompok sebaya, kesadaran nurani, dan semacamnya. Jarang ada informasi pasti mengenai berupa kadar kontribusi yang diberikan oleh masing-masing faktor. Seorang sosiolog Polandia menanyakan kepada orang-orang apakah mereka menerobos lampu merah ketika tidak ada mobil lain. Empat puluh persen mengatakan bahwa mereka tidak pernah melakukan hal itu; 32 persen mengatakan bahwa mereka melakukan hal itu kadang-kadang. Pengamatan terhadap perilaku sebenarnya di persimpangan jalan menguatkan apa yang disampaikan oleh orang-orang itu: Proposisi-proposisi ini benar adanya. Si sosiolog kemudian menanyakan kepada orang-orang itu *mengapa* mereka mematuhi peraturan: 16,3 persen mengatakan mereka takut kena denda; 36,5 persen mengatakan mereka menyukai "ketertiban"; 19,6 persen berpendapat bahwa hal itu sudah menjadi kebiasaan – mereka "terbiasa" mematuhi lampu lalu lintas.[35] Jika statemen-statemen ini bisa dipercaya, maka dalam kasus ini kita memperoleh satu petunjuk mengenai bagaimana perpaduan antara sanksi, legitimasi, dan kebiasaan (apa pun pengertian dari kebiasaan) menyebabkan jenis perilaku hukum tertentu.

Sungguhpun demikian, perpaduan itu akan berbeda dari hukum satu ke hukum lainnya. Hukum "kuno" yang lazim (misalnya hukum yang melarang pembunuhan) dipelihara oleh kultur, oleh asal-usulnya yang sah, oleh moralitas, dan oleh kedudukanya dalam kesadaran nurani individu. Ancaman paksaan hanyalah anjing penjaga yang tak pelak lagi akan membuat sebagian pelanggar ciut nyalinya. Hukum-hukum "baru," hukum-hukum regulatoris, hukum-hukum yang tidak berakar pada sejarah, memiliki dinamika perilaku yang berbeda. Untuk mereka, dikendurkannya pemberlakuan secara total *bisa* mengarah pada ketidakpatuhan massal. Ini yang pasti akan terjadi jika sebuah kota berhenti memberlakukan hukum-hukum parkir. Para pengemudi mobil sebagai sebuah kelompok mungkin berpendapat bahwa peraturan-peraturan parkir adalah hal yang

sah; selain itu, mereka mungkin sepakat bahwa peraturan-peraturan itu masuk akal, karena tanpa peraturan maka lalu lintas dan situasi perparkiran akan kacau. Tetapi elemen moralnya tidak ada atau lemah. Nikmatnya parkir melebihi batas waktu atau mudahnya parkir di trotoar akan dengan mudah melampaui klaim-klaim legitimasi dan kesadaran nurani dalam pertimbangan pribadi banyak orang. Di sini hanya ancaman pemberian sanksi yang riil saja yang bisa mengubah kecondongan timbangannya.

Dengan kata lain, keyakinan moral yang dalam akan menghasilkan kepatuhan yang lebih efektif daripada sekadar legitimasi tanpa dukungan faktor-faktor lainnya. Moralitas merupakan pengawal yang jauh lebih baik dalam menghalangi pembunuhan daripada hukum yang mengatur tentang pembunuhan itu sendiri; jika moralitas dan legitimasi berkonflik, hukum yang sah (*legitimate*) harus menyisih. Tentu saja kebanyakan hukum tidak berpijak di atas landasan moralitas. Mereka sah, namun tidak ada tiang-tiang kultural yang menyangga setiap keping norma. Moralitas dan adat-istiadat tidak menyatakan bahwa batas kecepatan di Jalan Elm adalah 35 mil per jam atau bahwa jumlah lemak di dalam es krim tidak kurang dari sekian persen. Ada ratusan dan ribuan peraturan di negara modern dewasa ini. Legitimasi dan kepercayaan (*trust*) memberikan dukungan yang penting bagi semua itu, tetapi tidak bagi setiap rinciannya, dan hanya ketika normanya tidak berlawanan dengan kebutuhan pribadi yang vital. Biasanya orang tidak akan parkir di zona larangan parkir karena takut mendapat tilang. Jika terdesak oleh urusan darurat, orang-orang ini bisa melanggarnya dalam kadar dua kali lipat. Namun legitimasi, kesadaran akan kepentingan-umum, dan kepercayaan menopang peraturan-peraturan ini, dan kelompok sebaya agaknya tidak mempedulikan hal itu. Untuk peraturan-peraturan ini, pelanggarannya bersifat lentur, dan sedikit peningkatan dalam pemberlakuan riilnya akan menghasilkan perbedaan yang besar.

Paksaan, opini, dan kesadaran nurani tidak bertempat di wilayah perilaku yang terpisah-pisah. Semuanya terus-menerus berinteraksi. Kita telah mengamati contoh tentang seseorang yang melihat orang-orang yang tengah merokok di sebuah ruangan bertanda "Dilarang Merokok." Ia melihat bahwa tidak seorang pun yang memberlakukan peraturan dan siapa pun yang mungkin memberlakukannya tidak menjalankannya dengan serius. Pada titik ini, legitimasi peraturan mulai terkikis. Jadi jelas orang-orang yang merokok itu bisa mempengaruhi sikap, dan pada akhirnya perilaku, orang baru yang memasuki ruangan. Jika tidak seorang

pun menegakkan hukum, maka barangkali "mereka" memang tidak "sungguh-sungguh"; hukum itu bukan "hukum yang riil", "tidak seorang pun yang mentaatinya." Terutama pada sebuah masyarakat yang berpegang pada ide peraturan mayoritas, peraturan yang tidak diberlakukan bisa mengakibatkan legitimasi dan nyawa peraturan itu menjadi hilang.

HUKUM SEBAGAI PROSES PEMBELAJARAN

Legitimasi adalah sebuah istilah yang tertuju pada suatu sikap; idenya adalah bahwa sikap ini, dengan hal-hal lain dalam keadaan sama, mempengaruhi perilaku orang. Orang mematuhi hukum yang sah. Demikianlah, salah satu model menggambarkan cara kerja hukum di mana hukum itu menghasilkan sebuah sikap – legitimasi – dan sikap itu pada gilirannya menghasilkan perilaku baru.[36] Akan tetapi jelas, legitimasi bukan merupakan bawaan, dan pendapat mengenai pemerintah dan hukum tidak muncul dari awang-awang begitu saja. Sebuah rezim memiliki legitimasi setelah orang-orang mendapat "pengalaman dalam waktu lama" bersama rezim itu, dididik olehnya dan mendapat "imbalan simbolis darinya."[37] Ringkasnya, legitimasi harus diusahakan dan dipelajari; legitimasi merupakan sesuatu yang dicoba raih oleh sistem-sistem hukum. *Proses* pengajaran dan pembelajaran legitimasi – bagaimana hal itu digagas, dikomunikasikan, diperkuat, terhapus, dan rusak – perlu diteliti.

Salah satu cara mempelajari legitimasi adalah melalui perilaku. Hukum-hukum yang disokong oleh ancaman paksaan akan memicu tindakan; ketika tindakan diulang-ulang dengan cukup sering, menjadi cukup familiar, hal itu berubah menjadi kebiasaan, dan sejenis terumbu karang sikap pun terbentuk. Dengan demikian kita bisa mengatakan tentang suatu "arus antargenerasi yang mengarah ke semakin meningkatnya justifikasi moral dari perilaku yang dikehendaki."[38] Kebanyakan hukum modern yang bagi kita merupakan hal alamiah seperti halnya udara yang kita hirup, pada saatnya dulu adalah hal baru yang kontroversial. Hukum pajak penghasilan tahun 1894 memicu gelombang protes dari kalangan pengusaha dan orang-orang kaya; kasus pertama pun dibawa ke pengadilan, dan Mahkamah Agung membatalkan hukum tersebut.[39] Tingkat pajak tertinggi dalam undang-undang ini hanya 2 persen. Dewasa ini orang-orang kaya dan bisnis-bisnis besar – bahkan sebagian besar publik – menanggung tingkat pajak yang tidak terbayangkan orang pada tahun 1890-an. Secara bertahap tingkat pajak mengalami kenaikan. Hukum-

hukum dan petugas menggerakkan prosesnya, dan mendorong perilaku yang kemudian menjadi kebiasaan, dan (pada akhirnya) menghasilkan kerangka pikiran yang berbeda.[40] Pada masa sekarang orang-orang masih mengeluh tentang pajak dan detail-detail hukum pajak, namun mereka menerima pajak itu sendiri tanpa menggerutu. Jika pemerintah meloloskan sebuah hukum yang mengharuskan orang Amerika untuk membawa sebuah kartu identitas, akan ada gelombang protes berkaitan dengan privasi individu. Tetapi surat izin mengemudi, kartu wajib militer, dan kartu jaminan sosial telah berlaku sebagai pengganti kartu identitas (bahkan mungkin membuat kartu identitas menjadi tidak diperlukan lagi). Institusi-institusi hukum bertindak seperti para ahli teori pembelajaran, namun nyaris tanpa mengetahuinya. Mereka mendorong terjadinya reaksi-reaksi seperti refleks-refleks berkondisi. Selain itu juga ada faktor lain yang didapat dari pengamatan atas perilaku orang lain, yang menghasilkan apa yang disebut sebagai "pembelajaran melalui pengamatan."[41]

Proses kebalikan dari pembelajaran juga bisa terjadi ketika hukum tidak diberlakukan. Seseorang bisa "keluar dari kebiasaannya" mematuhi hukum, akan tetapi apa yang mendorong ia menempuh jalan ketidakpatuhan? Sebagai contoh konkret, ambilah kasus tentang seorang pengemudi yang mengemudi lebih cepat dari batas kecepatan. Kebanyakan orang tidak tergolong sebagai tukang ngebut, namun di banyak kota ada tempat-tempat di mana menurut orang batas kecepatannya terlalu lambat, dan semua orang pun mengemudi dengan kecepatan 40 mil per jam alih-alih 25 per jam. Mudah bagi kita untuk melihat perilaku ini, tetapi bagaimana hal itu bermula? Bagaimana hal itu menyebar? Apakah hal itu murni hasil meniru orang lain? Bagaimana orang-orang menjustifikasi perilaku mereka itu? Apakah sikap dan perilaku mereka mempengaruhi pendapat mereka mengenai legitimasi batas kecepatan itu, atau batas kecepatan pada umumnya, atau hukum pada umumnya?

FAKTOR KETIGA DAN NEGARA

Nilai-nilai yang tertanam dalam diri biasanya dikatakan berasal dari wujud tak berbentuk, masyarakat, namun demikian *negara* pun bisa menjadi sumbernya. Para petugas bisa dan benar-benar berusaha menaikkan atau menurunkan level kesadaran nurani, ide-ide mengenai legitimasi, kepercayaan, dan seterusnya. Negara modern membelanjakan banyak uang untuk pendidikan atau, lebih tepat lagi, untuk propaganda. Negara ber-

usaha membangkitkan rasa keharusan untuk patuh, menggunakan opini publik untuk mendukung kepatuhan kepada hukum. Dengan cara ini, negara bisa membeli kepatuhan yang lebih besar dibandingkan bila ia hanya menggunakan sanksi saja. Walhasil, dalam perilaku hukum, garis batas antara pengaruh yang berasal dari sumber negara dan sumber non-negara tidak sejalan persis dengan garis batas antara sanksi-sanksi dan kekuatan-kekuatan "sosial."

Ada banyak alasan di samping faktor biaya yang membuat otoritas memilih memanipulasi opini publik alih-alih berinvestasi lebih banyak di bidang penegakan hukum. Hukum menetapkan batasan tertentu bagi tindakan pemerintah, batas-batas yang tidak berlaku bagi para warga pribadi. Ketika Perang Dingin tengah berada di puncaknya, Senator Joseph McCarthy dari Wisconsin dan para pengikutnya dari kalangan dalam dan luar pemerintahan melontarkan tuduhan-tuduhan subversif kepada lawan-lawan politiknya. Untuk sebagian, gagasan dasarnya adalah agar mendorong publik tidak memilih lawan-lawannya ini, untuk mengecam dan menghindari mereka – dengan kata lain, untuk menghukum mereka – ketika mereka menghalangi jalan McCarthy. Lebih mudah dan aman menggunakan metode pintu belakang ini daripada berusaha meloloskan hukum represif yang mungkin dikesampingkan oleh pengadilan.[42] Amerika Serikat mungkin amat rentan terhadap penggunaan muslihat jenis ini. Konstitusi tertulis yang secara bertele-tele ditafsirkan oleh pengadilan federal, memberikan banyak batasan pada pemerintah. Pada 1970, setelah para teroris dari Quebec menculik seorang petugas pemerintah dan seorang terpandang lainnya, pemerintah Kanada membatalkan hak-hak sipil dan mengambil tindakan keras, barangkali terlalu keras. Langkah-langkah darurat semacam ini tidak mungkin dijalankan secara legal di Amerika. Pemerintah tidak dan tidak bisa menetapkan keadaan darurat. Semua ini memang baik, tetapi sebuah pemerintahan yang licik selalu bisa mencari cara lain untuk menundukkan pembangkangan dan menekan pelanggaran. Ini berupa cara-cara rahasia; cara tersebut mungkin tergolong jahat dan tidak mudah terungkap oleh tatapan tajam opini publik.

PELANGGARAN DAN INTERAKSI

Seperti sudah kita lihat, orang-orang yang dituju oleh peraturan tidak selalu pasif. Mereka mungkin mematuhi atau tidak mematuhi karena sejumlah alasan, dan mereka mungkin juga secara aktif berinteraksi atau

berkomunikasi dengan otoritas. Dalam contoh, seseorang bisa saja mencoba mengubah peraturan; kami menamakan hal demikian sebagai umpan balik. Atau ia bisa melakukan tawar-menawar dengan cara tertentu dengan para pembuat peraturan atau para pelaksana peraturan. Suap dan korupsi adalah bentuk-bentuk tawar-menawar ini; begitu pula permohonan ampunan. Para warga secara pribadi melakukan tawar-menawar satu dengan lainnya mengenai sebuah perkara hukum ketika mereka menyelesaikan kasusnya di luar pengadilan. Penegakan hukum atau ancaman bisa mendorong orang ketiga untuk mengambil tindakan atau mendorong munculnya perilaku jenis tertentu (yang berbeda dari kepatuhan, penghindaran, ketidakpatuhan, tawar-menawar dan interaksi) dari pihak orang yang dituju oleh peraturan. Kami namakan hal-hal ini sebagai *efek samping*. Jika orang-orang yang tidak mendapatkan minuman keras selama masa Pelarangan beralih ke permen karet, minuman ringan, atau kejahatan terorganisir, semua ini merupakan bentuk efek samping.

Masing-masing dari fenomena ini adalah tema yang penting. Persoalan mengenai efek samping, misalnya, tidak bisa dipisahkan dari persoalan mengenai dampak hukum kecuali dalam pengertian tersempit dari istilah dampak itu. Imbalan dan hukuman memiliki banyak konsekuensi tidak langsung. Ketika seorang pencuri dipenjarakan, ia tidak bisa membobol rumah; memenjarakan dia akan menjadi pelajaran bagi para calon pencuri lainnya. Di sisi lain, seseorang di dalam penjara harus diberi makan atas biaya publik; masyarakat kehilangan seorang pekerja, keluarganya mungkin kehilangan pencari nafkah; anak-anaknya, yang sekarang tidak berayah, bisa terseret ke dalam kenakalan remaja.

Imbalan juga bisa memiliki efek samping yang serius: subsidi harga untuk kacang dan kapas mengganggu pasar, membuat harga makanan tinggi, merusak keseimbangan perdagangan – meskipun sistemnya "efektif" dalam membeli perilaku para petani. Ketika tertib hukum berusaha melarang atau mencegah perilaku yang dirasa menyenangkan atau menguntungkan oleh orang-orang, kita bisa memperkirakan akan adanya pergerakan balik tertentu. Dalam rangka menghindari kelebihan produksi bahan makanan pokok, negara membayar para petani untuk membiarkan sebagian tanah mereka untuk tidak berproduksi. Namun para petani memilih lahan terburuk mereka untuk dibiarkan dan berusaha meningkatkan panennya di lahan lainnya.

Ini mencontohkan salah satu tipe efek samping yang penting: tujuan dari sebuah peraturan menjadi terkacaukan karena orang yang "patuh"

menemukan saluran perilaku alternatif. Razia sebuah obat terlarang akan menaikkan risiko dan harga obat itu, dan menggiring para pencandu untuk menelusuri pasar mencari obat lainnya. Seringkali, berangkat dari pengalaman kita bisa memprediksi efek samping tertentu. Ketika permintaan terhadap sebuah tindak pelanggaran tinggi atau tindak pelanggaran tersebut membuahkan imbalan yang besar dan penggantinya mudah didapat, orang akan beralih ke penggantinya seperti halnya ketika harga daging sapi naik terlalu tinggi maka orang-orang beralih ke daging babi atau domba.

Tentu saja efek samping tidak selalu buruk. Literatur yang ada kebanyakan menekankan pada efek samping negatif dalam hukum pidana. Penjara merusak kehidupan narapidana dan mengacaukan keluarganya, tetapi juga membawa kepuasan pada korban dan keluarganya dan rasa aman (yang mungkin semu) bagi orang-orang yang berkemungkinan menjadi korban. Secara jujur dan ilmiah, semua ini harus turut diperhitungkan. Dan memang masalah utama dalam perdebatan mengenai hukuman mati terkait dengan efek sampingnya. Pada banyak tindakan hukum – penghapusan diskriminasi ras, redistribusi penghasilan, kebersihan udara dan air, pembuatan tempat-tempat parkir baru – harapan terwujudnya samping positif itulah yang berada di jantung kebijakan.

Tawar-menawar dan *interaksi* di samping memiliki efek samping positif dan negatif juga bisa mengambil bentuk-bentuk yang sah (legitimate) dan tidak sah (illegitimate). Interaksi bisa bersifat melanggar atau tidak melanggar, maksudnya, ilegal atau legal. Seseorang yang ditangkap karena melakukan pemukulan bisa meminta ampunan – atau menawarkan suap. Kondisi apa yang memungkinkan terjadinya interaksi yang bersifat melanggar? Kondisi apa yang memungkinkan terjadinya tawar-menawar yang berhasil? Diperlukan dua pihak untuk menghasilkan tawar-menawar yang berhasil; pihak petugas harus bersedia melunak. Terkadang hal ini terkait dengan korupsi. Kultur hukum tertentu lebih rentan dibandingkan yang lainnya: namun demikian ketika terjadi korupsi seringkali kita menemukan adanya sindrom "selang bocor" – ketika timbul tekanan terhadap sistem untuk menegakkan peraturan melawan perilaku yang menguntungkan, menyenangkan, atau tak terhindarkan. Interaksi juga seringkali mencerminkan fakta bahwa pihak yang mengatur dan yang diatur karena alasan tertentu saling bergantung satu sama lain, barangkali karena kurangnya sumberdaya penegak hukum. Tawar-menawar dalam persidangan kriminal merupakan semacam interaksi yang antara lain muncul karena

sistem hukum pidana tidak mampu menyidangkan setiap kasus secara penuh. Hukum pidana pun menjadi "sekumpulan hubungan dagang antarorganisasi"[43] di mana polisi, penuntut, dan hakim semuanya turut berperan, di samping tertuduh itu sendiri. Dalam studinya mengenai sebuah penjara di New Jersey, Gresham Sykes menunjukkan bagaimana para penjaga melakukan tawar menawar dan berinteraksi dengan para narapidana, memaafkan pelanggaran tertentu, mengabaikan yang lainnya, dan memberikan keringanan. Jumlah narapidana melebihi penjaga; para penjaga amat membutuhkan kerjasama para narapidana; kalau tidak, disiplin akan menjadi hal yang mustahil.[44]

Sudah banyak tulisan mengenai apa yang disebut sebagai "penyetiran" atas badan-badan pengawas oleh industri-industri yang justru seharusnya diatur oleh badan-badan tersebut.[45] Ini adalah di antara contoh interaksi demikian. ICC mengawasi bidang perkeretaapian, FCC mengawasi jaringan komunikasi, CAB mengawasi jalur angkutan udara, dan seterusnya. Dari segi tertentu, apa yang terjadi mirip sekali dengan situasi dalam penjara seperti yang digambarkan oleh Sykes di atas. Badan-badan itu harus hidup dan bekerja bersama industri tersebut setiap saat. Jika industri tidak bekerja sama, badan dimaksud akan kesulitan mengerjakan tugasnya. Para petugas tingkat tinggi di badan tersebut memiliki batasan tertentu dalam pekerjaannya; mereka berharap bisa bekerja dengan hasil bagus bersama para subjeknya. Jika regulasinya terlalu keras, perusahaan-perusahaan tersebut bisa mengadu ke Kongres atau pers. Bentuk umpan balik semacam ini bisa menyusahkan kehidupan badan terkait. Dengan demikian tawar-menawar menjadi cara mencegah terjadinya umpan balik yang merugikan.[46]

Joseph Gusfield mengklasifikasikan label-label yang dilekatkan pada tindak pelanggaran dengan cara tertentu yang membantu kita memahami interaksi yang melanggar ini.[47] Gusfield mengamati bahwa sikap masyarakat terhadap para pelanggar bergantung pada sikap para pelanggar itu sendiri dalam memandang norma yang mereka langgar. Pelanggar *penyesal* adalah orang yang menerima norma. "Pengendara motor yang ugal-ugalan,", misalnya, "mengakui legitimasi hukum lalu lintas"; ia mungkin bahkan menyesal ketika telah melanggar aturan. Pelanggarannya adalah suatu kekhilafan moral, suatu kejatuhan martabat. Ada "konsensus di antara penegak hukum dan pelanggar." Label kedua adalah pelanggar yang *sakit*. Para pecandu alkohol dan anggota minoritas seksual, yang menerima label ini, mirip dengan pelanggar penyesal dalam satu hal:

Mereka tidak mengancam atau melawan norma yang mereka langgar. "Tindakan yang bisa kita anggap sebagai tindakan orang-orang sakit tidak relevan dengan norma; mereka tidak menyerang dan juga tidak membelanya." Seorang pencuri profesional adalah contoh dari tipe ketiga, pelanggar *pengolok* (*cynical deviant*). Ia tidak menyerang norma tetapi ia melanggarnya tanpa rasa penyesalan. Akhirnya, pelanggar *pelawan* adalah mereka yang tidak menerima label pelanggar sama sekali. Ia "tidak menyesal dan juga tidak sakit." Sebaliknya, ia berpatokan pada "norma yang berlawanan. Ia memandang perilakunya sebagai hal yang tepat dan mengecam norma publik sebagai hal yang tidak sah."

Label-label tidak statis melainkan mengalami perubahan selama periode-periode "peralihan moral." Homoseksualitas pernah dicap sebagai kejahatan keji; kemudian secara umum orang mulai memandang bahwa kaum homoseksual adalah orang-orang yang "sakit." Bagaimanapun juga, dalam tahun-tahun belakangan ini banyak orang homoseksual yang menolak label ini, mereka membentuk pergerakan dan melakukan lobi-lobi untuk mengubah hukum. Mereka sekarang adalah pelanggar pelawan, dari sudut pandang norma.

Tipe label akan berpengaruh pada teknik tawar-menawar dan interaksi. Meminta ampunan atau mengaku salah adalah bentuk-bentuk interaksi pelanggar *penyesal*. Semua itu bisa efektif sekali. Para hakim menyukai mereka yang mengakui kebenaran norma walaupun, atau terutama karena, mereka adalah pelanggar penyesal. Secara individual, pelanggar pesnyesal adalah antisosial, namun mereka tidak mengancam tatanan normatif. Penyesalan bersifat konservatif dan individual, bukan sosial dan reformis. Dari sudut pandang orang-orang yang ada level atas, para pelanggar pengolok dan pelanggar pelawan adalah ancaman yang lebih serius bagi masyarakat. Tetapi pelanggar pengolok hanya melanggar peraturan, dan ia tidak menjadi bagian dari suatu pergerakan sosial. Perilakunya secara normal menjadi ancaman hanya jika ada terlalu banyak orang seperti dia. Satu orang pencuri saja, atau bahkan seribu orang pencuri, tidak akan meruntuhkan sebuah negara. Betapa pun juga, pelanggar pelawan adalah seorang pemberontak dan berbahaya paling tidak bagi norma-norma.

Dalam segi tertentu, peristilahan Gusfield kurang ideal. Istilah "pengolok" (*cynical*) menyiratkan sosok seorang profesional kambuhan; pelanggar pelawan menyiratkan seseorang yang revolusioner. Mungkin akan lebih realistis bila kita menyebutnya dengan kategori-kategori yang sedikit

berbeda. Sebagian orang menolak validitas *umum* dari sebuah norma; sebagian orang menolaknya hanya karena hal itu berlaku untuk *mereka*. Sebagian orang menyimpan ide-ide tersebut hanya untuk diri mereka; yang lain menyebarluaskannya, membentuk atau bergabung dengan pergerakan-pergerakan untuk merusak atau mengubah norma-norma. Orang-orang yang menggunakan kontrasepsi di Massachusetts ketika kontrasepsi saat itu dipandang ilegal termasuk golongan "para pelanggar." Kebanyakan orang ini melanggar hukum dengan diam-diam dan tidak melakukan selainnya, meskipun mereka mungkin sangat tidak setuju dengan hukum yang berlaku. "Lawan" yang sebenarnya adalah mereka yang aktif bekerja merusak peraturan. Dengan kata lain, sebagian pelanggar tidak berinteraksi satu sama lain atau dengan otoritas atau berinteraksi secara personal dan individual saja; atau jika mereka membentuk sebuah kelompok, mereka melakukannya dengan cara yang sebisa mungkin diam-diam dan rahasia.[48] Namun demikian, kegiatan memblokir jalan di wilayah Selatan adalah sebuah *pergerakan*. Ketika para anggota pergerakan itu melawan polisi, mereka terlibat dalam sebuah interaksi. Pada saat yang sama, mereka bergerak melewati otoritas lokal; mereka berjuang mengubah hukum melalui pengadilan; mereka melobi; mereka melangsungkan kampanye-kampanye –kesemuanya itu merupakan umpan balik.

Dengan begitu pelanggaran yang dilakukan oleh pelanggar pelawan merupakan pelanggaran dari tipe yang disebut *umpan balik* atau *interaksi* yang diusung oleh pergerakan atau subkultur tertentu. Dalam sejarah kita melihat berbagai contoh terjadinya "peralihan moral" (istilah Gusfield) di kalangan para pemberi label; apa yang suatu ketika mereka pandang sebagai tindak kejahatan, kemudian mereka pandang sebagai keadaan sakit. Pada saat yang sama, peralihan moral di kalangan mereka yang diberi label sama juga pentingnya. Orang-orang ini mengubah konsep-diri dan perilaku mereka. Mereka yang menyesal atau yang sakit kehilangan keyakinan pada norma, pertama di dalam diri, kemudian secara aktif sebagai bagian dari sebuah kelompok. Mereka pun menjadi pelanggar pelawan.

Apa yang memicu terjadinya rangkaian peristiwa-peristiwa ini? Sebagian pelanggar pelawan termasuk dalam kelompok-kelompok mapan yang memiliki norma sendiri yang bertentangan dengan norma negara – kaum Mormon yang taat pada ajaran mereka pada akhir abad kesembilan belas, misalnya, terperangkap di persimpangan masalah poligami. Dengan demikian persoalan para pelanggar pelawan seringkali berupa kasus konflik

antara norma-norma resmi dan yang tidak resmi. Orang yang ada di tengah persimpangan akan menjadi seorang pelanggar dari sudut pandang satu atau lain pihak. Yang mana akan bergantung pada sanksi siapa yang lebih kuat dan norma mana yang tertanam lebih kuat di dalam hatinya.

Gereja Mormon tergolong kuat dan terstruktur dengan baik. Akan lebih menarik bila kita melihat sebuah pergerakan yang muncul dari materi-materi yang kurang menjanjikan, contohnya, minoritas seksual yang tidak terorganisir dan tertekan. Informasi memainkan peranan yang esensial. Para pelanggar yang terisolasi tidak bisa berubah menjadi komunitas pelanggar – sebuah subkultur – jika mereka tidak sadar akan norma-norma kelompok mereka. Karena itu penyebaran informasi belaka bisa memiliki efek yang penting dalam jangka-panjang. Ketika laporan Kinsey mengungkapkan perilaku seksual orang-orang Amerika, orang-orang mendapati, barangkali dengan rasa terkejut, bahwa ternyata kejahatan diam-diam yang mereka lakukan bukan merupakan hal yang langka atau spesial. Mereka mendapat kesan bahwa mereka tidak sendirian; sebagian mungkin mulai bertanya-tanya jangan-jangan peraturan yang melabeli mereka sebagai penjahat atau orang sakit adalah peraturan yang tidak adil.[49]

Jelas bahwa perwujudan primitif ini hanyalah bagian dari rintisan jalan menuju pelanggaran pelawan. Harus ada sesuatu yang memicu munculnya kerangka pikir yang baru, sesuatu yang membentuk sebuah organisasi. Namun pertama-tama perlu ada informasi. Kaum intelektual abad kesembilan belas yang membantu menghidupkan kembali bahasa dan kultur kalangan orang-orang yang terpinggirkan seperti kaum Czech atau Basque, bertindak sebagai pemicu revolusi entah mereka bermaksud untuk itu atau tidak. Orang-orang ini tinggal di wilayah-wilayah padat di kota-kota dan di desa-desa. Diperlukan jalur informasi dan opini yang sedikit berbeda agar seorang homoseksual bergabung dengan sebuah pergerakan pembebasan, untuk mendorong para pendeta dan suster agar menentang uskup mereka, atau untuk mengubah rasa jengkel para narapidana menjadi kerusuhan dan pemberontakan.

Dalam dunia modern, melemahnya keyakinan pada otoritas agaknya menyediakan lahan subur bagi munculnya pemberontakan semacam itu. Arus informasi – pesan-pesan dari pihak lain atau tentang pihak lain – juga semakin lancar dan cepat. Tetapi sebuah subkelompok harus menyediakan imbalan dan hukuman bagi para anggotanya; atau hal itu bergantung pada kekuatan opini kelompok; atau pada kadar pemahaman legiti-

masi para penganutnya. Tanpa elemen-elemen ini, pergerakan apa pun akan lenyap.

Dengan berbagai cara, masyarakat merespon serangan-serangan yang ditujukan pada norma-normanya. Serangan-serangan tersebut tidak sama kadar ancamannya. Sistem-sistem modern menerima gagasan bahwa kekuatan peraturan bisa mengalami naik turun. Mereka sadar akan perubahan dan bersiap untuk itu. Dengan kata lain mereka menenggang serangan terhadap norma-norma tertentu. Siapa pun yang melawan sebuah norma adalah lawan bagi norma, dalam pengertian tertentu; namun ia bukan pelanggar *pelawan* kecuali jika ia juga melanggarnya. Setiap orang berhak memberikan tekanan dalam rangka mereformasi hukum meskipun bukan untuk melanggarnya. Namun demikian, pelanggaran merupakan hal yang amat lazim terutama ketika norma dimaksud tengah sekarat. Ketika norma telah kehilangan normativitasnya, banyak orang yang tidak memiliki alasan untuk tetap berpegang padanya. Pada masa Perang Dunia II, para penghindar wajib militer akan merasa malu bila dilabeli demikian; akan tetapi selama perang Vietnam, terutama menjelang berakhirnya, orang-orang secara terbuka memperlihatkan pelanggaran ini dan merasa bangga karenanya.

Dalam pengertian tertentu, setiap norma yang ada merupakan bagian dari status quo. Namun para pemegang kekuasaan, sebagian norma lebih berarti daripada norma lainnya. Bagian tertentu dari *status quo* lebih lembek daripada bagian lainnya. Ada banyak kelonggaran, alternatif, dan kelenturan dalam sistem. Ketika Mahkamah Agung menghapuskan pemisahan (*segregasi*) rasial di sekolah-sekolah, wilayah Selatan bagian pedalaman menolak dengan keras; tetapi negara-negara bagian perbatasan, di mana pemisahan tidak terlalu mengakar, pada umumnya menerima dengan lebih tenang. Ketika para mahasiswa bangkit memberontak melawan universitas, mereka menuntut asrama campuran, lebih banyak kebebasan dalam kehidupan pribadi, dan hak pilih dalam pengelolaan fakultas. Universitas-universitas dengan mudah dan sigap menyanggupi tuntutan mengenai persoalan pribadi yang kecil artinya bagi mereka, namun dengan sengit mereka menolak menyerahkan kontrol fakultas. Tidak selalu mudah untuk mengatakan bagian mana yang kendor. Seringkali diperlukan pertempuran yang sesungguhnya untuk mengetahui pos penjagaan mana yang dipertahankan sekadarnya, dan mana yang merupakan perbentengannya.

Secara umum, para elite bisa berkonsentrasi menangani para pelanggar pelawan daripada para pelanggar jenis lainnya. Masyarakat bisa me-

nenggang sejumlah pengemudi yang mengebut; kebanyakan pengebut tergolong dalam apa yang disebut oleh Gusfield sebagai pelanggar penyesal.[50] Mengebut ilegal adalah hal yang umum; dalam kenyataan sesungguhnya ada jutaan pelanggaran setiap harinya. Mengebut adalah tindakan berbahaya dan mahal, tetapi secara keseluruhan kita hidup dengannya. Di sisi lain, pelanggar pelawan harus dihalangi dan ditekan, kalau tidak norma-norma akan berubah. Reaksi sosial terhadap pelanggar pelawan cenderung lebih kuat dibandingkan reaksi terhadap pelanggar lainnya, bahkan ketika perilaku para pelanggar itu nampak sama seriusnya. Masyarakat tidak memberi toleransi pada pembunuhan; pembunuhan mengancam tatanan sosial, terlepas dari apa pendapat si pembunuh mengenai validitas hukum pidana. Namun demikian masyarakat memiliki ambang batas toleransi yang lebih rendah terhadap pembunuhan politik dan revolusi.

Kebanyakan orang berpandangan bahwa pelanggaran adalah kejahatan-kejahatan absolut yang harus ditanggulangi, seperti kemiskinan atau penyakit. Sungguhpun demikian, pelanggaran sendiri sebenarnya merupakan hal yang tak bisa dihindari. Masyarakat atau kelompok sosial manapun memiliki peraturan-peraturan atau norma-norma. Kebanyakan orang mematuhinya dengan cara yang lazim. Perilaku terdistribusi di sepanjang kurva berbentuk lonceng. Dengan begitu, apa pun peraturannya, sebagian orang tidak akan mematuhi standar-standar yang ada, sementara sebagian lainnya akan mematuhinya dengan ekstrim, dibandingkan kebanyakan orang. Ini sama sekali tidak bergantung pada apakah masyarakat tersebut jahat atau tidak. Sebuah biara yang berisi para perempuan suci akan memandang tindakan-tindakan tertentu, yang remeh menurut standar keduniaan, sebagai pelanggaran. Para suster tertentu akan melanggar peraturan-peraturan ini, dan kurvanya yang berbentuk lonceng bisa terlihat mirip sekali dengan kurva perilaku hukum di luar tembok biara. Dari alur argumen ini, yang bersumber dari pemikiran sosiologi Emile Durkheim, bisa dikatakan bahwa tidak ada masyarakat yang bisa menghapus pelanggaran. Pelanggaran akan terus tinggal sebagai konstanta – pada tingkat yang barangkali tetap.[51] Pelanggaran juga memiliki fungsi sebagai pemilah: Ia merumuskan batas-batas sebuah kelompok. Dalam kata-kata Kai Erikson, "Moralitas dan imoralitas bertemu di tiang penyangga publik, dan selama ada pertemuan inilah garis batas di antara keduanya terbentuk."[52]

Apakah tingkat pelanggaran dalam masyarakat manapun cenderung berupa konstanta? Gagasan menarik ini mungkin menuntun kita pada

pengujian empiris. Namun begitu, tesisnya tidak bisa berlaku untuk semua jenis pelanggaran. Pelanggaran pelawan tidak akan mengikuti alur distribusi normal. Alurnya tidak tentu, merupakan elemen yang tidak bisa diprediksi, mesin perubahan sosial. Tidak ada alasan bagi kita untuk meyakini bahwa tingkat pelanggaran pelawan adalah sama di semua masyarakat. Sebuah biara barangkali dan kemungkinan terbebas sepenuhnya dari pelanggaran jenis itu. Rusia pada tahun 1917 bergolak oleh adanya pemberontakan; Denmark pada tahun 1974 tidak. Teori memprediksi bagaimana perilaku pelanggaran terjadi di setiap kapal (dan kapal negara). Namun pemberontakan hanya terjadi di kapal Bounty, dan hanya ketika kapal itu dinahkodai oleh Kapten Bligh.

CATATAN MENGENAI SISI HUKUM SIPIL

Pembahasan dalam dua bab terakhir ini mengambil banyak contoh dari hukum pidana. Tetapi teori perilaku hukum manapun semestinya juga berlaku pada perilaku hukum yang bersangkutan dengan urusan-urusan sipil (perdata). Ketika kita bertanya siapa yang akan menggunakan peraturan tertentu dan kapan, jawaban umumnya semestinya akan mirip dengan jawaban atas pertanyaan mengenai kapan dan atas siapa hukuman akan berlaku sebagai pencegah, dan semacamnya. Pada dasarnya, meningkatnya persepsi mengenai manfaat atau laba akan menghasilkan lebih banyak penggunaan hukum hingga ke batasnya. Subsidi pertanian yang lebih tinggi akan menghasilkan lebih banyak panen namun tidak akan mengubah setiap orang menjadi petani. Urusan perceraian yang mudah dan murah tidak akan merusak sebuah pernikahan yang bahagia. Dalam sistem kesehatan Inggris, kunjungan ke dokter "gratis" ongkosnya, tetapi orang tidak berbondong-bondong pergi kantor dokter. Untuk pergi ke dokter orang tetap perlu waktu dan repot, dan orang tetap ragu untuk menyita waktu si dokter. Bagaimanapun juga, perubahan dalam hal untung dan rugi akan benar-benar mengubah batas penggunaan hukum.

Tentu saja, dalam banyak hal penggunaan peraturan-peraturannya berbeda dari peraturan-peraturan hukum pidana. Karena alasan tertentu, negara berpandangan bahwa penegakan hukum memakan biaya yang banyak. Publik membayar pajak untuk membiayai polisi, detektif, juri, dan penjara. Biaya-biaya hukum sipil dibebankan pada individu. Hal ini paling kentara dalam gugatan pribadi. Masalah biaya pengadilan dan gaji pengacara hampir tidak masuk dalam keputusan pengacara distrik

ketika ia membawa satu lagi perampok bersenjata ke dalam ruang sidang. (Tentu saja ia harus memikirkan anggaran dan stafnya.) Bagi penggugat biasa – individu atau bisnis – investasi waktu dan uang, menang atau kalah, bisa amat berarti untuk satu kasus. Publik membayar gaji hakim dan persidangan; sisanya harus ditanggung pribadi. Di Amerika Serikat, pihak yang menang dan yang kalah masing-masing membayar pengacaranya sendiri. Di Inggris dan negara-negara lainnya, pihak yang kalah membayar semuanya.[53] Di kedua negara, dalam kasus komersial, ganti rugi, atau kasus pertanahan, manfaat atau keuntungan potensialnya harus melampaui biaya dan risiko kalah dalam kasus tersebut.[54]

Biaya merupakan penghalang besar untuk akses menuju pengadilan. Perkara, terlepas dari dolar yang dikeluarkan, bisa sangat membebani. Macaulay telah menunjukkan bagaimana para pengusaha menjauhi perkara hukum dengan alasan yang tepat. Gugatan hukum terasa amat mengganggu. Para manajer dan insinyur mungkin harus menyisihkan waktu dari pekerjaan normal mereka untuk datang ke pengadilan. Ketika dua perusahaan yang bersengketa memiliki hubungan bisnis jangka panjang, mereka lebih memilih untuk tidak berperkara melainkan berkompromi dan meneruskan bisnis mereka.[55] Para warga biasa juga punya alasan kuat untuk menghindari pengadilan. Pengadilan terasa menyusahkan dan menyita waktu, selain mahal.

Dengan demikian pengadilan-pengadilan Amerika bukan merupakan institusi-institusi populer yang terbuka pintunya di mana orang pergi ke sana dengan membawa masalah dan sengketa. Pengadilan di negeri-negeri Barat modern lainnya memiliki keterbatasan serupa. Seolah-olah masyarakat telah menetapkan bahwa perkara hukum adalah hal yang tidak sehat sehingga harus dihindari, dan karena itu harganya harus tinggi.[56]

Namun demikian, di banyak masyarakat yang sederhana, pengadilan merupakan tempat yang populer, ramai, dan terbuka bagi semua orang. Pengadilan-pengadilan suku cenderung bebas atau gratis. Pertama, banyak di antaranya yang tidak memungut biaya apa pun. (Para hakimnya bukan profesional, dan tidak ada staf gajian.) Kedua, tidak ada rasa malu bila orang pergi ke pengadilan. Lloyd Fallers ketika membahas tentang suku Soga di Uganda menyebut hukum mereka "populer" dan "mudah dijangkau." Populer dalam pengertian bahwa "pengetahuan mengenai subkultur hukum ... diketahui secara luas .... Bahasa hukumnya adalah bahasa sehari-hari." "Mudah diakses" karena pengadilannya "murah – biayanya paling-paling beberapa shilling" selain juga "mudah pelaksanaannya."[57]

Pengadilan-pengadilan dusun di penjuru dunia bersifat populer dan mudah terjangkau. Mereka memang harus seperti itu, agar bisa melaksanakan fungsinya, sebagai penyelesai sengketa dan memulihkan kembali keselarasan sosial yang terancam rusak oleh pelaku kejahatan.

Pengadilan-pengadilan ini memusatkan diri pada upaya "menghasilkan keseimbangan." Istilah itu berasal dari Laura Nader. Ia menggunakannya untuk menjelaskan metode hukum kaum Zapotex di Oaxaca, Meksiko.[58] Istilah "menghasilkan keseimbangan" hampir tidak akan digunakan oleh kita dalam menjelaskan tentang perkara hukum di Amerika. Pengadilan-pengadilan Amerika menjalankan banyak fungsi, namun fungsi memulihkan keselarasan sosial di antara dua tetangga atau kerabat yang bertengkar hampir-hampir bukan termasuk di antara fungsi tersebut. Seorang polisi yang tengah bertugas di kota besar mungkin lebih banyak kesamaannya dengan pengadilan hukum Zapotec daripada pengadilan lokal, negara bagian atau federal – atau bahkan pengadilan yang mengurusi klaim-klaim kecil di kota-kota kecil.

Ringkasnya, masyarakat-masyarakat Barat melalui keputusan-keputusan mengenai struktur dan institusi mendorong penggunaan peraturan legal tertentu dan mencegah yang lainnya.[59] Halangan berupa biaya yang mahal secara selektif merupakan pencegah. Yang jelas, pengadilan-pengadilan itu mahal. Hakim nikah menikahkan orang-orang dengan mendapatkan sejumlah kecil uang; biaya mendaftarkan akte relatif murah; pengajuan dana pensiun veteran tidak dipungut biaya. Tentu saja jumlah penggunaan sebuah peraturan atau institusi akan naik bila biaya penggunaannya turun. Biaya pengadilan dan ongkos pengacara tergolong tinggi dan tidak banyak berubah. Namun biaya juga berfungsi sebagai peluang untuk memenangkan kasus. Jika peluang untuk menang lebih besar atau jika potensi perolehannya bertambah (misalnya ketika hukum menetapkan ganti rugi tambahan), orang terdorong untuk menggunakan pengadilan. Ini juga terjadi ketika suatu pengadilan menetapkan doktrin yang menjanjikan keuntungan tambahan bagi kelompok tertentu yang berperkara.

Karena biaya perkara amat mahal, hukum Amerika pun merancang banyak sarana untuk mengurangi biaya ini, di mana perkara hukum didukung secara sosial atau didorong secara publik. Rancangan bantuan hukum di banyak negara bagian menyediakan bantuan tertentu untuk pihak-pihak yang sangat miskin. *Contingent fee* (biaya tak tentu) yang digunakan dalam kasus-kasus kecelakaan di Amerika Serikat memindahkan risiko dari pihak yang berperkara ke pengacaranya, yang menyebarkannya pada

klien-klien lainnya. *Contingent fee* adalah biaya yang "dibayarkan hanya jika pengacara mampu memberikan manfaat spesifik bagi kliennya."[60] Banyak korban kecelakaan yang tidak mampu membiayai gugatannya jika mereka harus membayarnya sendiri, menang atau kalah.[61]

Perubahan sebuah peraturan hukum akan mengubah keseimbangan untung-rugi dalam pandangan mereka yang menjadi subjek peraturan, jika hal itu berdampak pada mereka. Peraturan-peraturan hukum melarang aktivitas tertentu, membatasi yang lainnya, menimpakan konsekuensi berat bagi yang lainnya. Jarang hukum menghalangi sebuah tindakan dalam pengertian fisik.[62] Pada umumnya hukum menggariskan sanksi-sanksi dengan mengikuti fakta. Hukum yang "melarang" pembunuhan tidak bertolak dari anggapan bahwa pembunuhan adalah tindakan yang mustahil; hukum hanya berusaha menetapkan harga yang amat mahal untuk tindak pembunuhan. Seseorang mungkin membayar harganya dan melakukan pembunuhan, meskipun ada hukum.

Analisis ini mengaburkan perbedaan antara hukum pidana dan hukum sipil. Pelanggaran kontrak bukan merupakan kejahatan, juga bukan dosa, akan tetapi hal itu membuat seseorang terpapar pada gugatan ganti rugi. Secara teoretis, risiko sebuah gugatan hukum menaikkan harga pelanggaran kontrak dan membuat pelanggaran menjadi kurang bernilai. Peraturan-peraturan hukum sipil pun mengandaikan model perilaku untung-rugi atau biaya-manfaat persis seperti pada hukum pidana, kalau bukan lebih. Hal yang sama berlaku pada peraturan-peraturan yang mengarahkan perilaku orang tanpa mengatakan apa yang harus mereka kerjakan. Kami telah menggunakan hukum tentang surat wasiat sebagai salah satu contohnya.[63] Perubahan dalam peraturan bisa mengubah timbangan untung-ruginya dan kadar atau cara penggunaannya.

Tentu saja hukum sipil tidak bertumpu pada sanksi-sanksi saja, maksudnya pada timbangan untung-rugi atau biaya-manfaat saja. Hukum sipil juga bertumpu pada pemahaman batin dan sentimen publik mengenai kemampuan hukum tersebut. Sebuah peraturan hukum sipil akan "berhasil" jika ia menyediakan insentif yang memadai untuk bisa mendorong orang agar menggunakannya. Insentif dan disinsentif tidak selalu berasal dari negara. Contohnya yang familiar: Banyak istri yang tidak bahagia namun menghindari perceraian karena keberatan religius atau karena ia malu. Kultur hukum juga berlaku di sini.

Pada pokoknya, dalam segi tertentu hukum sipil tidak kalah dari hukum pidana. Bahkan hukum ganti rugi, yang tidak seperti hukum

kontrak (yang terkadang memungkinkan ganti rugi sebagai hukuman dan pereda derita atau kerugian emosional), merupakan urusan yang relatif lugas. Kebanyakan kasusnya berkenaan dengan uang, bukan moralitas atau perasaan. Tetapi seperti kita lihat, tidak setiap kejahatan melanggar perasaan moral tertentu. Hukum pidana tidak memonopoli persoalan kerugian moral, begitu juga halnya dengan semua tindak "kejahatan" yang membuat darah mendidih. Hukum pidana termasuk hukum yang terbuka pemberlakuannya oleh negara dan publik; hukum sipil adalah hukum yang sebagian besarnya diserahkan pada prakarsa pribadi. Banyak "kejahatan" berupa pelanggaran hukum regulatoris yang tidak akan bisa diurus oleh sektor perdata secara efisien. Jika sebuah toko buah menjual sepuluh keranjang buah stroberi busuk, tidak satu orang pembeli pun atau apalagi sepuluh orang pembeli yang merasa perlu mengajukan gugatan hukum. Hukum-hukum mengenai makanan mungkin jauh lebih efektif bila diberlakukan secara publik, terlepas dari apa pendapat kita mengenai moralitas penjualan buah dengan kualitas di bawah standar.[64]

Ada sebagian unsur hukum sipil – perceraian dan kebangkrutan – yang memang menghasilkan stigma dan rasa malu. Namun pada umumnya stigma dan rasa malu tidak begitu menonjol dalam perkara-perkara sipil. Fakta ini bisa memunculkan konsekuensi tersendiri. Denda $1.000 dan denda $1.000 untuk ganti rugi dalam perkara sipil merupakan hal yang *tidak* sama. Bila hal-hal lainnya dalam keadaan sama, hukuman kriminal akan lebih kuat pengaruhnya bagi sebagian besar kelompok dan individu, karena penerapannya akan disertai oleh hukuman yang tidak resmi. Namun demikian garis batasnya tidak jelas dan tegas.

CATATAN AKHIR

[1] Gustive O. Larson, *The Americanization of Utah for Statehood* (1971).

[2] Gregory J. Massell, "Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu, The Case of Soviet Central Asia," 2 *Law and Society Rev.* 179 (1968).

[3] Lihat, misalnya, Richard Cloward dan Lloyd Ohlin, *Delinquency and Opportunity* (1960).

[4] Lihat Gresham Sykes, The Society of Captives (1958); Stanton Wheeler, "Socialization in Correctional Communities," 26 *Am. Soc. Rev.* 697 (1961).

[5] Lihat terutama Richard D. Schwartz dan Jerome H. Skolnick, "Two Studies of Legal Stigma," 10 *Social Problems* 133 (1962).

[6] Lihat Christopher Green, *Negative Taxes and the Poverty Problem* (1967).

[7] Studi tersebut dilakukan oleh Leonard Berkowitz dan Nigel Walker, "Laws and Moral Judgments," 30 *Sociometry* 410 (1967). Studi tersebut meneliti apakah pergeseran pandangan itu berkorelasi dengan tes kepribadian para mahasiswa. Hasil-hasilnya penting artinya. Sebagai contoh, para mahasiswa yang "amat otoriter" ternyata "mudah terpengaruh oleh pengaruh kelompok sebaya" tetapi "tidak terlalu terpengaruh oleh pengetahuan mereka mengenai hukum." *Ibid*, 422.

[8] Lionel I. Dannick, "Influence of an Anonymous Stranger on a Routine Decision to Act or Not to Act: An Experiment in Conformity," 14 *Sociological Q.* 127 (1973); A. M. Barch, D. Trumbo, dan J. Nangle, "Social Setting and Conformity to a Legal Requirement," 55 *J. Abnormal and Soc. Psychology* 396 (1957); M. Lefkowitz, R. R. Blake, dan J. S. Mouton, "Status Factors in Pedestrian Violation of Traffic Signals," 51 *J. Abnormal and Soc. Psychology* 704 (1955). Lihat juga Stanley Milgram, "Liberating Effects of Group Pressure," 1 *J. Personality and Soc. Psychology* 127 (1965); Johannes Feest, "Compliance with Legal Regulations," 2 *Law and Society Rev.* 447 (453 (1968), mencatat bahwa para pengemudi yang dibarengi oleh orang lain dalam mobilnya cenderung untuk lebih memperhatikan peraturan-peraturan rambu perhentian daripada mereka yang mengemudi sendirian."

[9] Donald J. Black, "The Social Organization of Arrest," 23 *Stan. L. Rev.* 1087, 1104-05 (1971).

[10] Tetapi lihat studi oleh Leonard Berkowitz dan Nigel Walker, "Laws and Moral Judgments," 30 *Sociometry* 410 (1967) sudah membahas hal itu, dan Richard D. Schwartz dan Sonya Orleans, "On Legal Sanctions," 34 *U. Chi. L. Rev.* 274 (1967).

[11] Konsep "keadilan" tentu saja kompleks. June L. Tapp dan Felice J. Levine menanyakan pada anak-anak, "Apa itu peraturan yang adil?" Anak-anak pada umumnya memberikan tiga jawaban: Sebuah peraturan adalah adil bila berlaku untuk semua orang secara sama, ketika peraturan itu rasional atau wajar, dan ketika ada kesepakatan atau peran bersama dalam pembuatannya. Tapp dan Levine, "Persuasian to Virtue, A Preliminary Statement," 4 *Law and Society Rev.* 565 (1970). Dalam pandangan kami, yang pertama dari ketiga hal itu adalah "keadilan"; yang kedua bisa berarti hanya bahwa peraturan itu pada dasarnya masuk akal; yang ketiga adalah "legitimasi."

[12] Lihat Richard L. Engstrom dan Michael W. Giles, "Expectations and Images: A Note on Diffuse Support for Legal Institutions," 6 *Law and Society Rev.* 631 (1972).

[13] Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society* (1954), h. 4; lihat juga Michael J. Petrick, "The Supreme Court and Authority Acceptance," 21 *Western Pol. Q.* 5 (1968); Ted Robert Gurr, *Why Men Rebel* (1970), h. 183-192.

[14] Niklas Luhmann, dalam bukunya yang menarik, *Legitimation durch Verfahren* (1969) mendefinisikan legitimasi sebagai "kesediaan umum untuk menerima keputusan-keputusan yang isinya belum tertentukan, dalam batas-batas toleransi tertentu" (h. 28). Definisi ini amat sejalan dengan pernyataan yang ada dalam

teks; legitimasi adalah sikap terhadap norma-norma yang muncul dari prosedur tertentu.

[15] Wolfgang Kaupen, "Public Opinion of the Law in a Democratic Society," dalam Adam Podgorecki et. al., *Knowledge and Opinion about Law* (1973), h. 43, 46.

[16] Adam Podgorecki, "Public Opinion on Law," *ibid.*, h. 65, 83.

[17] Kebanyakan penelitian ini mengkaji dampak dari apa yang disebut sebagai kasus-kasus doa sekolah pada tahun 1960-an, ketika Mahkamah menetapkan bahwa praktik membaca Bibel dan mengucapkan doa di sekolah-sekolah negeri tidak sesuai dengan hukum. *Engel v. Vitale*, 370 U. S. 421 (1962); *Abbington School District v. Schempp*, 374 U. S. 203 (1963); lihat Kenneth M. Dolbeare dan Phillip E. Hammond, *The School Prayer Decisions, from Court Policy to Local Practice* (1971); Donald R. Reich, "School-House Religion and the Supreme Court: A Report on Attitudes of Teachers and Principals and on School Practices in Wisconsin and Ohio," 23 *J. Legal Ed.* 123 (1971); William K. Muir, Jr., Prayer in the Public Schools: Law and Attitude Change (1967); Richard M. Johnson, The Dynamics of Compliance (1967); H. Frank Way, Jr., "Survey Research on Judicial Decisions: The Prayer and Bible Reading Cases," 21 *Western Pol. Q.* 189 (1968); William M. Beaney dan Edward N. Beiser, "Prayer and Politics: The Impact of Engel and Schempp on the Political Process," 13 *J. Pub. L.* 475 (1964).

[18] Harrell R. Rodgers, Jr., and Edward B. Lewis, "Political Support and Compliance Attitudes: A Study of Adolescents," 2 *Am. Pol. Q.* 61 (1974).

[19] Max Rheinstein, ed., *Max Weber*, h. 336. Istilah "karisma" telah sedemikian populernya sehingga menjadi kabur artinya; di kolom-kolom surat kabar istilah ini misalnya lebih berarti apakah seorang kandidat sebuah jabatan tampil dengan bagus di televisi.

[20] Dasar bagi legitimasi yudisial mungkin akan memunculkan lebih banyak masalah bagi orang kebanyakan dibandingkan dasar bagi legitimasi undang-undang yang diloloskan oleh badan legislatif. Banyak orang memandang "hukum" sebagai kumpulan norma yang objektif, impersonal, masuk akal, dan adil. Para hakim dilatih untuk menyajikan norma-norma ini dari dalam undang-undang, mengikuti prosedur-prosedur yang adil dan sesuai ketentuan.

[21] Leonard Berkowitz dan Nigel Walker, "Laws and Moral Judgments," 30 *Sociometry* 410 (1967); lihat h. 111.

[22] John Colombotos, "Physicians and Medicare: A Before-After Study of the Effects of Legislation on Attitudes," 34 *Am. Soc. Rev.* 318 (1969).

[23] Harry Kaufman, "Legality and Harmfulness of a Bystander"s Failure to Intervene as Determinants of Moral Judgment," dalam J. Macaulay dan L. Berkowitz, eds., *Altruism and Helping Behavior* (1970), h. 77.

[24] Dalam jajak pendapat di California, lebih banyak kaum liberal dibandingkan kaum moderat dan konservatif yang berpendapat bahwa Mahkamah Agung melakukan tugasnya dengan "baik" dan "gemilang" – 40 persen banding 25 persen. *San Francisco*, Dec. 14, 1971, h. 16 kol. 1.

[25] Lihat Samuel A. Stouffer, *Communism, Conformity, and Civil Liberties* (1955). Begitu pula, sebuah studi mengenai kaum remaja membuktikan bahwa walaupun mayoritas dari mereka menyatakan bahwa orang harus selalu mematuhi hukum, dan bahwa semua hukum adalah adil, namun sikap-sikap mereka terhadap situasi spesifik berbeda sekali. Harrell R. Rodgers, Jr. dan Edward B. Lewis, "Political Support and Compliance Attitudes: A Study of Adolescents," 2 *Am. Pol. Q.* 61 (1974).

[26] Lihat June L. Tapp dan Lawrence Kohlberg, "Developing Senses of Law and Legal Justice," 27 *J. Soc. Issues*, no. 2 65 (1971).

[27] Hartmut Koch dan Gisela Zenz, "Erfahrungen und Einstellungen von Klagern in Mietprozessen," dalam Manfred Rehbinder dan Helmut Schelsky, ed., *Zur Effectivitat des Rechts*, vol. 3, Jahrbuch fur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (1972), h. 509, 527-528.

[28] Herbert Jacob, dalam sebuah studi mengenai pendapat orang-orang kulit hitam dan putih di Milwaukee mengenai polisi, menyatakan temuan yang serupa: "Pengalaman-pengalaman yang memuaskan tidak meningkatkan penilaian mengenai polisi. Sebaliknya, pengalaman-pengalaman buruk sepertinya akan menurunkan penilaian secara mencolok." Herbert Jacob, "Black and White Perceptions of Justice in the City," 6 *Law and Society Rev.* 69, 78 (1971).

[29] Herbert Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), h. 340; John Kaplan, *Marijuana, The New Prohibition* (1970), h. 30.

[30] Harry Jones, *The Efficacy of Law* (1969), h. 81.

[31] Harry Ball, "Social Structure and Rent-Control Violations," 65 *Am. J. Sociology* 598 (1960); lihat juga N. Friedland, J. Thibaut dan L. Walker, "Some Determinants of the Violation of Rules," 3 J. *Applied Soc. Psychology* 103 (1973).

[32] Sheldon Goldman dan Thomas P. Jahnige, "Eastonian Systems Analysis and Legal Research", 2 *Rutgers Camden L. J.* 285, 291 (1970); David Easton, *A Systems Analysis of Political Life* (1965), h. 273; mengenai upaya untuk menilai dukungan, lihat John E. Conklin, "Criminal Environment and Support for the Law," 6 *Law and Society Rev.* 247 (1971); lihat juga Richard L. Engstrom dan Michael W. Giles, "Expectations and Images: A Note on Diffuse Support for Legal Institutions," 6 *Law and Society Rev.* 631 (1972); Harrell R. Rodgers Jr., *Community Conflict, Public Opinion and the Law: The Amish Dispute in Iowa* (1969), h. 111-118.

[33] Richard D. Schwartz dan Sonya Orleans, "On Legal Sanctions," 34 *U. Chi. L. Rev.* 274 (1967).

[34] Lihat pernyataan oleh Stewart Macaulay dalam Lawrence M. Friedman dan Stewart Macaulay, *Law and the Behavioral Sciences* (1969), h. 262-267.

[35] Jerzy Kwasniewski, "Motivation of Declared Conformity to a Legal Norm," *Polish Soc. Bull*, 1, 74 (1969).

[36] Lihat William K. Muir, Jr., *Prayer in the Public Schools, Law and Attitude Change* (1967), bab 8.

[37] Richard M. Merelman, "Learning and Legitimacy," 60 *Am. Pol. Sci. Rev.* 548, 552 (1966).

[38] Harry V. Ball dan Lawrence M. Friedman, "The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: A Sociological View," 17 *Stan. L. Rev.* 197, 221 (1965).

[39] Lihat Arnold M. Paul, *Conservative Crisis and the Rule of Law* (1969), h. 185ff.

[40] Tentu saja ada banyak kompleksitas di balik statemen ini. "Hukum" itu sendiri tidak mengubah sikap atau perilaku. Hukum harus dikomunikasikan. Komunikasi sudah tersirat pada institusi-institusi dan perilaku, dan semua ini adalah aspek "hukum" yang secara aktual mempengaruhi perilaku.

[41] Richard Schwartz, "A Learning Theory of Law," 41 *So. Cal. L. Rev.* 548, 578 (1968).

[42] Komisi-komisi kongres terus menggunakan metode-metode semacam itu. Lihat Ted Finman dan Stewart Macaulay, "Freedom to Dissent: The Vietnam Protests and the Words of Public Officials," 1966 *Wis. L. Rev.* 632.

[43] George F. Cole, "The Decision to Prosecute," 4 *Law and Society Rev.* 331, 332 (1970).

[44] *The Society of Captives* (1958), h. 55-58. Para penjaga juga sadar akan ketergantungan timbal balik ini. Jika pecah kerusuhan, para penjaga bisa jatuh ke tangan para narapidana yang memberontak. Akan ada saat pembalasan yang mengerikan bagi para penjaga yang bengis.

[45] Marver H. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commission* (1955); Samuel P. Huntington, "The Marasmus of the ICC: The Commission, The Railroads and the Public Interest," 61 *Yale L. J.* 467 (1952).

[46] Situasi ini tentu saja diperumit dengan adanya intervensi aktif oleh para reformer dan pengacara publik seperti Ralph Nader.

[47] Joseph R. Gusfield, "Moral Passage: The Symbolic Process in Public Designation of Deviance," 15 *Social Problems* 175 (1967).

[48] Lihat Howard S. Becker, *Outsiders, Studies in the Sociology of Deviance* (1963), h. 67-69.

[49] Revolusi seksual yang terjadi bukan terutama disebabkan oleh laporan Kinsey dan penyampaian semacamnya, walaupun kita perkirakan bahwa hal-hal itu juga turut berperan. Dalam segi ini akan menarik bila kita memperhatikan studi yang dipaparkan oleh D. G. Myers, F. B. Schreiber, dan J. Viel, "Effects of Discussion on Opinions Concerning Illegal Behavior," 92 *J. Soc. Psychology* 77 (1974). Para subjek ditanya mengenai sikap mereka terhadap "dilema antara hukum dan etika,", misalnya, apakah seseorang yang miskin dengan keluarga yang kelaparan boleh mengambil uang yang ia temukan di jalan. Setelah dilakukan diskusi kelompok, sikap-sikap peserta bergeser ke arah yang lebih cenderung pada tindakan yang bertentangan dengan hukum (ilegal).

[50] Beberapa di antaranya mungkin pelanggar sakit dan sebagiannya mungkin menentang norma dengan mengolok-olok atau secara pasif.

[51] Lihat Kai Erikson, *Wayward Puritans* (1966), h. 13; Edwin H. Schur, *Labeling Deviant Behavior, Its Sociological Implications* (1971), h. 147.

[52] Erikson, h. 12.

* Kisah terkenal tentang pemberontakan yang terjadi di atas kapal Inggris HMS Bounty yang dinahkodai Kapten Bligh.

[53] Lihat Albert A. Ehrenzweig, "Reimbursement of Counsel Fees and the Great Society," dalam Jacobus tenBroek, ed., *The Law of the Poor* (1966), h. 468.

[54] Sistem Inggris cenderung menghimbau orang untuk tidak melakukan gugatan yang berisiko tinggi namun mendorong para penggugat yang berkemungkinan besar untuk menang – contohnya kasus-kasus pembayaran hutang.

[55] Stewart Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study," 28 *American Soc. Rev.* 55 (1963).

[56] Lihat Lawrence M. Friedman, "Legal Rules and the Process of Social Change," 19 *Stan. L. Rev.* 786, 798, 798-810 (1967). Sebagian masyarakat bahkan memiliki rasa tidak suka yang lebih kuat lagi terhadap perkara hukum – Korea misalnya – walaupun untuk sebab yang berbeda.

[57] Lloyd A. Fallers, *Law Without Precedent* (1969), h. 313.

[58] Laura Nader, "An Analysis of Zapotec Law Cases," 3 *Ethnology* 404 (1964).

[59] Biaya pengadilan dan ongkos pengacara barangkali merupakan penghalang di Amerika Serikat dan Inggris dibandingkan di Eropa kontinental lainnya, tetapi di sanapun pengadilan-pengadilan jauh dari "populer" dalam pengertian seperti yang ada pada pengadilan suku Soga.

[60] F. B. MacKinnon, *Contingent Fees for Legal Services* (1964), h. 18.

[61] Dalam kasus-kasus ganti rugi, kedua pihak biasanya tidak saling mengenal, dan bertemu hanya ketika kendaraan mereka bertabrakan. Dengan demikian tidak ada biaya-gangguan yang umum ditemukan dalam kasus-kasus bisnis.

[62] Tidak terkecuali *injungsi* (surat perintah) pengadilan; injungsi berlaku mencegah hanya dalam pengertian bahwa risiko menjadi bertambah: Mereka yang tidak patuh bisa dipenjarakan.

[63] Lihat h. 48.

[64] Lihat Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (1973), h. 258.

BAB VI

ASAL-USUL HUKUM DAN PERUNDANGAN

Bab-bab sebelumnya membahas tentang kondisi-kondisi di mana hukum berlaku efektif. Bab ini membahas pertanyaan yang dari segi tertentu sebenarnya muncul lebih awal. Dari mana hukum berasal? Kekuatan-kekuatan sosial apa yang menghasilkan hukum, perundangan, sistem hukum, dan perubahan hukum?

Kita bisa menjawab pertanyaan ini secara umum saja. Pihak legislatif, pengadilan, dan lembaga-lembaga administratif memproduksi peraturan-peraturan baru setiap harinya. Setiap tindakan hukum, setiap fragmen perilaku hukum, memiliki sejarahnya sendiri. Masing-masing unik, seperti sidik jari. Namun begitu, tindakan-tindakan hukum (*legal acts*) bisa digolongkan menurut tipenya, pola-pola umumnya, dan kita bisa membuat generalisasi mengenainya.

Ada dua persoalan berbeda di sini. Pertama, persoalan mengenai asal-usul hukum secara umum dalam masyarakat atau sistem manapun. Namun demikian, dalam semua masyarakat modern dan berbagai subsistemnya sudah ada sistem-sistem hukum. Bagi mereka, persoalan kedua yang lebih penting: Kekuatan-kekuatan apa yang menghasilkan atau merintangi perubahan hukum? Apa yang memicu tindakan hukum baru atau apa yang membuat peraturan-peraturan dan institusi lama tetap hidup?

Ada banyak teori mengenai asal-usul hukum, tetapi semuanya mengerucut dalam beberapa tipe dasar. Sebagian di antaranya tinggal sedikit penganutnya dewasa ini. Tidak banyak orang di Barat yang yakin bahwa Tuhan, melalui wahyu dan ilham, adalah sumber langsung dari hukum mereka. Teori-teori hukum semacam itu suatu ketika berjaya dan masih

signifikan, misalnya, di negara-negara Muslim tradisional. Dalam sejarah Eropa juga ada berbagai macam teori hukum alam. Ide dasar mereka sama yakni bahwa ada sekumpulan hukum yang berdiri di luar proses sosial atau historis apa pun. Mereka mengidentifikasi hukum sebagai akal murni atau sebagai ide-ide bawaan yang ditanamkan oleh Tuhan atau wujud luhur tertentu. Banyak dari jejak keyakinan ini yang masih tersisa dalam pemikiran hukum modern. Bagaimanapun juga, secara umum teori-teori hukum modern berawal dan berakhir pada makhluk manusia; para filosof mungkin menggunakan konsep-konsep yang *meta-human* (mengatasi manusia) ketika membahas hukum namun tidak demikian ketika mereka membahas asal-usul hukum-hukum itu sendiri. Opini yang dominan menyatakan bahwa hukum adalah, dan selalu, buatan-manusia.

Sebenarnya tidak perlu bakat khusus untuk bisa melihat bagaimana masyarakat bekerja menghasilkan hukum. Isu-isu apa pun yang ada di surat kabar harian penuh dengan contoh-contohnya, khususnya mengenai hukum perundangan. Persoalannya adalah, sejauh mana kisahnya disebabkan oleh kekuatan sosial. Ada kecenderungan kuat di kalangan para ahli hukum untuk meremehkan arti penting kekuatan-kekuatan luar dan untuk menjelaskan perkembangan hukum secara internal, mengacu pada konsep-konsep hukum dan kebiasaan pemikiran hukum. Hal-hal tersebut dalam pengertian tertentu dipandang kebal terhadap tekanan sosial, independen dari kekuatan sosial eksternal. Mereka yang berpendapat seperti ini berasumsi bahwa hukum, seperti bahasa, memiliki kehidupannya sendiri; fenomena hukum, seperti fenomena yang dipelajari dalam ilmu kimia atau geologi, memiliki realitas eksternal dan bisa dijadikan sebagai pokok bahasan "ilmu pengetahuan atau sains."[1] Jika hukum adalah sains, kita bisa mempelajari proposisi-proposisinya terpisah dari konteks sosial apa pun, dan generasi-generasi baru akan membuat "penemuan-penemuan" baru seiring perjalanan waktu.[2]

Kami telah mengemukakan sikap skeptis kami terhadap ide sains hukum ini.[3] Walau bagaimanapun, sebagian versinya amat kukuh dalam pemikiran abad kesembilan belas, khususnya di Eropa. Teori-teori tersebut masih tetap kuat dewasa ini. Dalam bentuk yang tidak terlalu ketat "teori-teori" ini tersirat dalam pemikiran, tulisan, dan pembicaraan sehari-hari mengenai hukum. Sudah menjadi bagian dari penuturan orang banyak, bahkan dalam kultur modern, bahwa hukum dalam pengertian tertentu melampaui kultur dan sudah semestinya mengatasi pasang surut opini publik. Para pengacara dan hakim cenderung untuk berpikir atau me-

ngatakan bahwa "hukum" melampaui ruang dan waktu. Bagaimanapun juga, gagasan ini juga bisa meninggikan kedudukan mereka dan kedudukan hukum. Dengan gagasan demikian mereka lebih cenderung sebagai para ahli dan profesional daripada sebagai pedagang, politisi, atau boneka sejarah. Barangkali jenis teori ini penting artinya untuk mendatangkan penghargaan publik kepada hukum. Sebuah institusi yang adil, idealistik, mapan dan berdiri terpisah dari egoisme politik dan pasar, jelas menimbulkan rasa hormat yang besar. Rasa hormat bisa berarti legitimasi; dan walaupun kami menyuarakan skeptisisme tertentu dalam bab terdahulu mengenai sejauh mana legitimasi bisa tetap bertahan bila tidak ada manfaat yang dihasilkannya, ketika legitimasi masih berdiri maka ia akan menjadi penyangga yang kokoh bagi tatanan sosial.

Sungguhpun demikian, pada umumnya tulisan hukum berpegang pada teori umum yang kedua: independensi hukum dari politik dan kultur. Kita melihat jejak-jejak pandangan ini setiap kali seorang penulis berpendapat bahwa keahlian (atau kelihaian) hukum itulah yang menyebabkan perbedaan besar dan permanen, yang membuat sebuah dampak pada masyarakat melalui kekuatan aslinya sendiri. Sebagai contoh, kita bisa mengutip apa yang disebut sebagai "teori konspirasi" pada Amandemen Keempatbelas (1868) atas Konstitusi Amerika Serikat. Amandemen yang diberlakukan setelah berakhirnya Perang Saudara tersebut menyatakan bahwa negara bagian dilarang mengambil "kehidupan, kebebasan, atau kepemilikan" dari "siapa pun" tanpa "proses hukum yang benar." Amandemen itu adalah bagian dari satu paket yang bertujuan untuk menjamin hak-hak mantan budak. Walau begitu, satu generasi berikutnya, Mahkamah Agung dan beberapa pengadilan negara bagian membangun sebuah benteng doktrin dari kata-kata "proses hukum yang benar tersebut." Frase tersebut misalnya digunakan untuk melindungi perusahaan-perusahaan dari regulasi yang tidak bersahabat. Dalam Kasus Tarif Minnesota (1890), Mahkamah Agung memutuskan bahwa hukum Minnesota, yang mendelegasikan wewenang kepada sebuah komisi untuk menetapkan tarif angkutan tanpa judicial melalui uji materi, dipandang telah mengambil "kepemilikan" dari perusahaan-perusahaan angkutan kereta api tanpa "proses hukum yang benar."[4] Pada 1905, Mahkamah Agung memutuskan bahwa undang-undang yang menetapkan jam kerja maksimum bagi para pemanggang roti sebagai undang-undang yang tidak konstitusional.[5]

Bagaimana transformasi yang ganjil ini sampai terjadi? "Teori konspirasi" mengisyaratkan bahwa Amandemen Keempatbelas dimaksudkan

untuk melindungi kalangan bisnis. Perkataan "siapa pun" alih-alih "warga negara" dimasukkan ke dalam teks kemungkinan karena perkataan itu cukup luas artinya agar bisa mencakup perusahaan besar. Perkataan itu seperti sebuah benih tertidur yang menunggu saat yang tepat untuk tumbuh.

Banyak orang yang memperdebatkan apakah teori konspirasi bisa menjelaskan peristiwa 1868.[6] Merupakan persoalan yang lain lagi bila kita membahas apakah pemikiran dan harapan pada tahun 1868 bisa menentukan hasil-hasil kasus yang diajukan pada tahun 1890 atau 1905. Perdebatan yang ada mengasumsikan bahwa "maksud" para perancang peraturan tersebut pada tahun 1868 menjadi faktor penentu bagi kasus tahun 1890 atau 1905, bahwa klausa proses hukum yang benar berlaku sebagai semacam sarana "tumpangan" bagi keputusan-keputusan terkemudian, dan bahwa hasil-hasil dari kasus-kasus terkemudian ini sudah tersembunyi atau terkandung di dalam teks. Asumsi demikian sesungguhnya meremehkan atau mengabaikan kekuatan-kekuatan ekonomi sosial konkret, yang turut muncul menekan pengadilan, bukan pada tahun 1868 melainkan pada tahun 1890 dan 1905. Sebuah teori sosial yang membahas tentang perubahan hukum tidak akan terlalu memperhatikan teks melainkan lebih memperhatikan kekuatan-kekuatan sosial. Teori seperti ini akan bertolak dari asumsi bahwa kekuatan-kekuatan yang bekerja pada saat itu, tahun 1890, menjadi penentu utama tindakan-tindakan hukum pada tahun 1890 dan kekuatan-kekuatan inilah yang memasukkan upaya perlindungan perusahaan ke dalam Amandemen Keempatbelas, entah perlindungan itu "benar-benar" ada dalam bentuk kata-kata atau tidak.[7]

"Teori konspirasi" tergolong teori cangkokan. Pada pokoknya teori ini mengandaikan bahwa sebuah kekuatan sosial (bisnis besar) berhasil dalam membentuk hukum, yakni merancang Amandemen Keempatbelas dengan cara yang lihai. Bagaimanapun juga, ketika *kata-kata* rancangan itu sudah tercantum di kertas, kata-kata itu memiliki kehidupannya sendiri. Kebanyakan "teori" mengenai hukum yang populer tergolong jenis cangkokan ini, maksudnya agak tidak konsisten. Seorang Marxis ortodoks pada prinsipnya menganut sebuah teori sosial mengenai hukum yang ketat, namun kaum kiri yang tidak begitu ketat memiliki pandangan yang tidak terlalu ketat pula. Kita mendengar bahwa "hukum" itu lamban, tidak adil, kaku, reaksioner, dan tidak responsif; hukum bahkan tidak responsif bagi masyarakat dan hanya berguna bagi para pengacara yang menyuarakannya. Mereka yang sepakat dengan pendapat ini akan menolak teori sosial mengenai hukum.

Teori umum mengenai hukum mengandung konsekuensi-konsekuensi politik. Teori-teori itu sendiri tidak "progresif" atau "reaksioner," melainkan konsekuensi mereka mungkin bergantung pada ruang dan waktu. Sebagian pengacara Soviet dewasa ini berpendapat bahwa hukum *scharusnya* bersifat impersonal dan independen dari pemerintah. Mereka memandang hukum sebagai sarana untuk mengimbangi negara yang terlalu berkuasa.[8] Di sisi lain, kaum liberal Amerika pada tahun 1930-an menyuarakan teori sosial mengenai hukum; mereka ingin membebaskan hukum dari para hakim konservatif yang pura-pura netral tetapi sebenarnya menentang reformasi sosial yang progresif.

Teori sosial dan hukum sesungguhnya merupakan payung konseptual yang besar. Kumpulan pemikir yang berbeda-beda berkelompok di bawahnya. Ilmu sosial modern dalam membahas hukum menerima begitu saja teori sosial dalam bentuknya yang telah tertentu. Ini terjadi dalam pembahasan mengenai dampak kelompok penekan terhadap pembuatan peraturan. Hal ini juga terjadi dalam studi behavioral mengenai pengadilan. Diawali dengan semangat tinggi pada tahun 1960-an,[9] sekelompok ilmuwan politik telah mencoba menyibak misteri mengenai bagaimana dan mengapa para hakim memutuskan kasus-kasus mereka.[10] Mereka terutama meneliti kinerja Mahkamah Agung Amerika Serikat. Teknik-teknik mereka tergolong canggih untuk studi-studi hukum, berkisar dari riset survei hingga ke analisis skalogram dan teori permainan.

Meskipun studi-studi ini beragam, pada umumnya mereka menolak ide bahwa para hakim memutuskan kasusnya menurut "hukum" – menurut ketentuan doktrin-doktrin dan kasus-kasus terdahulu. Para peneliti itu mencari kunci perilaku yudisial dari latar belakang hakim, sikap-sikap atau konsepsinya mengenai peranan mereka. Hanya sedikit cendekiawan modern yang benar-benar berpandangan bahwa kekuatan-kekuatan sosial menentukan setiap tindakan hukum. Mereka berpandangan bahwa pendidikan, pemikiran, dan konsep-konsep hukum itulah yang menjelaskan apa yang terjadi. Hukum itu sendiri, yang terbuang dari panggung teori-teori mereka, menyusup kembali diam-diam, dengan nama sandi "peranan yudisial." Artinya, mereka berpendapat bahwa para hakim adalah "pemain peran" dan bahwa "peran" yang mereka mainkan seringkali menuntut mereka untuk mengikuti "hukum." Begitupun, secara keseluruhan teori sosial mendominasi kinerja mereka.

Penjelasan sosial juga berlaku dalam teori-teori hukum Marxis. Dalam pemikiran Marxis, hukum adalah "kumpulan peraturan mengenai peri-

laku ... yang mengekspresikan kehendak kelas yang dominan"; hukum dijamin oleh "kekuatan negara yang bersifat memaksa" dan dioperasikan "dengan tujuan untuk mengawal, mengamankan, dan mengembangkan hubungan sosial dan tatanan yang sesuai dan menguntungkan bagi kelas yang dominan."[11] Sudut pandang sosial juga umum berlaku di kalangan yang lebih borjuis. Hal ini menjadi salah satu faktor dalam aliran yurisprudensi historis yang dibentuk oleh ahli hukum Jerman Savigny, pada awal abad kesembilan belas. Savigny berpendirian bahwa hukum yang sejati berakar dalam sejarah dan pada kebijakan orang-orang.[12] Padanan untuk aliran ini di Amerika, yang ditokohi William Graham Sumner dan James C. Carter, mencontohkan gaya konservatif Viktoria masa akhir.[13] Seperti yang akan kita lihat, popularitas teori-teori sosial pasca tahun 1800 merupakan perkembangan yang wajar dan sudah diperkirakan.[14]

Para teoretisi yang menekankan kekuatan sosial juga berbeda pendapat mengenai kekuatan sosial mana yang mempengaruhi hukum dan dalam kadar berapa. Kaum Marxis menekankan ekonomi. Para pemilik sarana produksi membuat hukum untuk melindungi kepentingan mereka. Sistem ekonomi menjadi dasar bagi masyarakat; hukum adalah bagian dari "superstruktur." Bahkan kaum non-Marxis pun akan sulit menyangkal adanya daya tarik yang kuat dari ekonomi terhadap hukum.

Sepertinya juga tidak bisa dibantah bahwa kultur pun, dalam pengertian luas, adalah pembentuk hukum. Studi hukum oleh para antropolog menunjukkan adanya keragaman jenis hukum yang cukup mencengangkan, masing-masing kultur yang khas nampaknya memunculkan satu sistem hukum dalam citranya sendiri, yang sesuai dengan gaya dan kebutuhannya sendiri seperti sebuah produk yang dibuat sesuai pesanan pelanggan. Gerak hati dan hukum-hukum psikologis, yang lazim bagi manusia pada umumnya, juga merupakan sumber penjelasan lainnya.[15]

Barangkali kedua teori hukum tersebut sama-sama mengandung kebenaran. Namun apakah kadar kebenaran pada keduanya setara? Jika kita harus memilih satu teori hukum general, teori itu akan berupa sebuah teori *sosial*. Jelas bahwa hukum, dalam kurun waktu yang lama, adalah produk kultur dan masyarakat; dalam kurun waktu yang pendek, hukum selalu memperlihatkan adanya jejak-jejak kekuatan sosial terkini, pergulatan terkini. Nilai-nilai dan konsep-konsep hukum juga muncul dari masyarakat; terutama nilai-nilai dan konsep dari kalangan yang berkuasa dan berpengaruh. Jika tidak demikian halnya, jika sistem hukum mencerminkan nilai-nilai yang berbeda dari nilai-nilai kalangan yang meme-

gang kontrol atas sistem-sistem politik, sosial, dan ekonomi, maka sistem hukum akan terus membuahkan hasil-hasil yang "salah" – maksudnya salah dari sudut pandang pihak yang berkuasa. (Jika sistem hukum secara konsisten membuahkan hasil yang "benar," kita bisa mengasumsikan adanya hubungan tertentu antara kekuatan-kekuatan sosial dan hasil-hasil sistem hukum.) Hasil-hasil yang "salah" mungkin bisa ditoleransi untuk sementara waktu dan dalam kasus-kasus tertentu atau dalam urusan-urusan kecil, sepanjang institusi-institusi hukum penghasil "kesalahan" ini memiliki cadangan kehendak atau legitimasi sebagai tempat bersandar. Akan tetapi dalam kurun waktu yang lama jenis kehendak seperti ini sulit memelihara sistemnya agar tetap berjalan.

Pengertian mengenai hal ini sudah dibahas atau tersirat dalam bab di muka, mengenai hubungan antara legitimasi dan hasil-hasilnya. Dalam pendapat kami, hubungan ini amat kuat dalam hukum modern. Hukum modern pada dasarnya bersifat utilitarian atau instrumental. Hukum adalah benar karena hal itu berguna. Sekalipun demikian, apakah para penguasa, pemegang kekuasaan, dan mereka yang berpengaruh akan tetap mengacu pada hukum, jika hukum itu senantiasa "salah"? Seorang diktator bisa mengubah hukum sesuai dengan keinginannya. Begitu pula sekumpulan orang terpilih. Begitu juga halnya para hakim. Para pemegang kekuasaan mungkin mempertahankan hukum karena alasan tertentu – untuk menghindari masalah, agar terlihat bijak, untuk menekankan bahwa pemerintahan mereka tertib dan adil. Namun beban pembuktiannya ditanggung oleh mereka yang merasa bahwa pihak yang berkuasa tidak mengedepankan kepentingan mereka, seperti yang mereka lihat. Jika mereka mengklaim bahwa konsep-konsep hukum mengabaikan kepentingan-diri mereka, seperti yang mereka lihat, mereka menanggung beban pembuktian yang berat.

Dengan demikian, *sebagian* teori sosial semestinya menduduki tempat yang sentral dalam teori hukum. Hal ini sudah disepakati secara umum. Yang diperselisihkan adalah detailnya. Sebagai contoh, bagaimana kita akan menjelaskan tentang perkembangan hukum ganti-rugi pada abad kesembilan belas? Roscoe Pound dengan gigih menyerang "interpretasi ekonomi. Menurut dia, yang menjelaskan keputusan *tertentu* adalah "tradisi hukum yang telah tertanam", alih-alih kepentingan kelas. Tetapi Pound mengakui bahwa dalam jangka panjang, ekonomi menjadi penentu: "Kita bisa mencapai kata sepakat berkenaan dengan interpretasi ekonomi untuk menjelaskan trend umum ... sejarah hukum."[16] Dan memang, kita harus

menerima ketergantungan hukum secara mendasar kepada masyarakat. Hukum Romawi sesuai untuk masyarakat Romawi, hukum abad pertengahan berciri zaman pertengahan, hukum Islam bersifat Islami; hukum Selatan adalah hukum para pemilik budak; hukum Soviet dibentuk sesuai model masyarakat mereka. Kita bisa sepakat dengan Pound bahwa "tradisi hukum" bisa menjelaskan dengan baik beberapa keputusan *tertentu*, namun bukan sebagai trend umum.

Dalam Bab I kita melihat bagaimana berbagai teori hukum memiliki atau menyiratkan pandangan mereka sendiri mengenai apa yang membentuk hukum, seluas apa wilayahnya. Teori-teori sosial mengenai hukum paling sesuai untuk sistem hukum secara keseluruhan dan untuk rentang waktu yang lama. Inilah yang hendak dikemukakan oleh Pound. Teori-teori sosial juga cukup sesuai untuk perundangan, regulasi, dan hukum administrasi. Persoalannya menjadi lebih rumit pada hukum pengacara doktrin yudisial. Peristiwa-peristiwa dan ide-ide yang seluruhnya ada di dalam sistem hukum bisa dijelaskan dengan baik, dan sebaliknya bila terkait dengan tindakan-tindakan hukum tertentu yang minor dan berjangka pendek. Bagaimanapun juga, faktanya bisa jadi berbeda dari yang kita bayangkan. Diperkirakan ada banyak unsur perubahan hukum yang *nampak* "legal" di permukaannya tetapi berbeda dalam fakta sebenarnya.

ASAL-USUL: MENGENAI HUKUM SECARA UMUM

Setiap masyarakat atau setiap kelompok membutuhkan cara tertentu untuk menyelesaikan sengketa dan menegakkan norma-norma yang esensial; kemungkinan setiap masyarakat membutuhkan mekanisme tertentu untuk mengubah norma-norma dan menerapkannya pada situasi-situasi baru. Dalam pengertian ini bisa dikatakan bahwa setiap kelompok atau masyarakat memiliki hukum. Di sisi lain, banyak masyarakat sederhana yang tidak memiliki pengadilan, hakim, dan pengacara, begitu pula halnya kebanyakan sekolah, perusahaan, keluarga, dan klub-klub. Mereka tidak memiliki "sistem hukum," yang berwujud *institusi-institusi* yang berspesialisasi dalam peraturan-peraturan, menyelesaikan sengketa, dan kontrol sosial. Pada tahapan mana dalam kehidupan sebuah kelompok hal-hal ini muncul? Sepanjang kontrol *informal* bekerja dengan lancar, masyarakat bisa berjalan tanpa perlu kontrol *formal*. Ketika kehidupan sosial menjadi semakin kompleks, publik tidak lagi bisa menegakkan norma-norma hanya melalui tekanan informal dan norma-norma yang terinternalisasi. Pada

titik ini, kelompok tersebut mungkin merasakan kebutuhan akan adanya struktur formal.

Pada kebanyakan komunitas, asal-usul "hukum" dalam pengertian ini sudah tenggelam dalam kaburnya masa lalu. Betapa pun juga, dalam sebuah studi yang cemerlang, Richard Schwartz menunjukkan kepada kita sekilas mengenai proses formalisasi tersebut.[17] Schwartz membandingkan dua pemukiman kaum Israel, yang satu *moshav* (komunitas kooperatif) dan yang satunya lagi *kvutza* (komunitas kolektif). *Moshav* memiliki struktur hukum yang formal; *kvutza* tidak. Dalam *kvutza* anak-anak dibesarkan secara komunal, makanan dihidangkan di sebuah aula untuk dimakan bersama. Sebaliknya, *moshav* tidak terlalu ideologis. Para anggotanya tinggal dan makan bersama keluarga mereka sendiri dalam pondok-pondok kecil yang dibatasi oleh pagar tanaman dan pohon-pohon buah.

Moshav memiliki komisi pengadilan yang menangani sengketa di antara anggotanya. *Kvutza* tidak memiliki lembaga semacam itu. Penegakan norma berlangsung melalui opini publik – kontrol informal. Dalam *moshav*, kontrol informal terbukti tidak "efektif"; para anggotanya merasa memerlukan "kontrol hukum." Kontrol-kontrol inilah yang menurut Schwartz berkembang "di mana perilaku yang mengganggu" tidak bisa "cukup dikontrol secara informal" tanpa "bantuan" hukum.

Implikasi studi ini cukup jelas. Komunitas tatap muka yang kecil seringkali mampu berlangsung tanpa ada hukum formal. Dalam komunitas-komunitas ini, orang-orang pada umumnya menyepakati norma-norma. Mereka secara bersama-sama mentaati aturan perilaku, mematuhi apa yang disebut oleh H. L. A. Hart sebagai "peraturan-peraturan dasar mengenai kewajiban primer."[18] Sekecil apa pun komunitasnya, kontrol sosial informal itu tidak akan bekerja tanpa adanya konsensus mengenai norma-norma. Jika konsensus gagal, opini publik (kelompok sebaya) tidak mampu menegakkan peraturan dan menghukum anggota yang menyimpang dari kawanan. Sebuah masyarakat tanpa hukum formal, tanpa peraturan apa pun kecuali peraturan-peraturan pokok mengenai kewajiban primer akan memerlukan konsensus, karena peraturan-peraturan demikian, menurut Hart, bersifat *statis* (semua itu berlangsung namun tidak bisa berubah dengan cepat), *tidak pasti* (tidak ada mekanisme pasti mengenai lingkup atau pelaksanaan peraturan), dan *tidak efisien* (semua itu tidak mengandung metode untuk mengakhiri sengketa sekali dan selamanya).[19] Jika konsensus mengenai peraturan tidak ada, konsensus mengenai para pembuat peraturan dan otoritas – singkatnya, legitimasi – bisa mengganti-

kannya. Sebuah keluarga tidak membutuhkan hukum formal jika para anggotanya sepakat mengenai peraturan-peraturannya atau jika ada kesepakatan mutlak mengenai otoritas –, misalnya, jika anak-anak menerima kata-kata ayah dan ibu sebagai hukum.[20]

Dengan begitu sistem-sistem informal tidak bisa bekerja dalam masyarakat yang terpecah-belah. (Memang ada pertanyaan mengenai sejauh mana sistem *formal* bisa bekerja dengan baik di sana.) Semua sistem tersebut tidak bisa bekerja di tengah "pergulatan antarkelompok" atau kelompok-kelompok etnik yang bertengkar sengit. Mereka tidak bekerja pada komunitas-komunitas yang populasinya tengah mengalami peralihan, di mana opini publik tidak berdaya, dan orang-orang yang pada saat ini diberi peringatan, ancaman, atau "pendidikan" besok harinya berpindah digantikan oleh populasi baru yang mentah dan belum diberi peringatan. Polisi di Massachusetts yang memiliki populasi kecil 6.000 orang konon tidak perlu memberikan surat tilang; mereka cukup memberikan nasihat kepada pelanggar dan mengancam mengambil surat izin mengemudi mereka jika mengulangi pelanggaran.[21] Namun di sebuah kota besar yang penuh dengan orang-orang tidak dikenal, taktik ini tidak akan berhasil.

Konflik dan kompetisi tidak berarti fatal akibatnya bagi kontrol sosial informal. Masyarakat bisa menampung dan mengontrol konflik dan kompetisinya sendiri, sepanjang orang-orang secara umum sepakat mengenai tujuan dan sarananya – hal-hal apa yang bisa dijadikan kompetisi dan konflik dan bagaimana caranya. Pasar bebas yang digagas para ahli ekonomi, misalnya, berpegang pada asumsi adanya kompetisi ketat. Ini bisa berlangsung tanpa ada terlalu banyak regulasi formal, sepanjang para pelaku bisnis sepakat mengenai aturan mainnya dan mengenai cara penanganan pelanggar peraturan. Dalam kata-kata Vilhelm Aubert, kompetisi adalah "konflik kepentingan."[22], misalnya, ada dua orang pengusaha sama-sama ingin memenangkan sebuah kontrak untuk memasok baja bagi sebuah perusahaan pembangun jembatan. Mereka berkompetisi tetapi sepakat mengenai peraturan kompetisinya. Penawaran harga yang lebih rendah diperkenankan; beriklan diperbolehkan; menjelek-jelekkan dan menyuap (biasanya) tidak diperbolehkan; mengebom pabrik pesaing juga tidak diperbolehkan, barangkali karena alasan-alasan moral dan juga karena takut akan sanksi kriminal. Keduanya juga sepakat atau berasumsi bahwa pelelangan harga merupakan cara yang bisa diterima untuk memenangkan kontrak. Mereka menerima permainan tersebut secara keseluruhan dan sub-permainannya beserta institusi-institusi pendukungnya.

Persoalan apakah sistem-sistem informal bisa "bekerja" tentu saja tidak bisa dipastikan. Sanksi-sanksi informal memiliki efek tertentu bahkan pada masyarakat-masyarakat kompleks yang penuh dengan konflik. Dan memang, seperti telah kami tunjukkan, sebuah sistem hukum sulit untuk bekerja tanpa adanya dukungan tertentu dari kelompok-kelompok sosial. Pertanyaannya adalah, akankah dukungan kelompok tersebut bekerja dengan begitu baiknya sehingga tidak lagi dibutuhkan sanksi-sanksi? Maksudnya, akankah tekanan-tekanan informal menghasilkan penegakan hukum sampai level tertentu yang dipandang cukup baik oleh *masyarakat* untuk memenuhi kebutuhan mereka?

Pengamatan Schwartz amat sejalan dengan pengamatan yang dibuat oleh Joseph Gusfield. Gusfield meneliti hukum pengawasan minuman keras dan obat-obatan Amerika. Hukum-hukum ini adalah produk dari "perang suci moral"; semua itu memicu tumbuhnya "gerakan-gerakan perlawanan yang kuat." Para "pelanggar" melakukan perlawanan balik; mereka mengancam legitimasi norma-norma tersebut. Peperangan berlaku sebagai "pemacu" bagi mereka yang "membutuhkan adanya statemen ulang simbolis" mengenai norma yang dipertentangkan "melalui ketentuan-ketentuan hukum." Ketika pergulatan menjadi semakin sengit, semakin banyak peraturan pelarangan minuman keras yang diloloskan sebagai reaksi atas ancaman mereka. Aktivitas hukum ini tidak menunjukkan "konsensus dalam masyarakat." Sebaliknya, norma-norma hukum tersebut mengungkapkan adanya keretakan pada tembok pelindung sosial; "ketika konsensusnya amat sulit dicapai, saat itulah muncul tekanan paling besar untuk menetapkan norma-norma hukum."[23]

Pembahasan Gusfield memperlihatkan sebuah proses yang penting. Kita bisa melihat hal itu, misalnya, dalam sejarah hukum sekolah. Sekolah-sekolah Amerika pada umumnya beroperasi dengan sedikit peraturan-peraturan formal. Mereka tidak memerlukan banyak peraturan, sepanjang para siswa dan guru menyepakati nilai-nilai dasarnya – atau menyepakati siapa yang menjadi pemimpinnya. Sedikit sekolah yang memiliki ketentuan formal mengenai cara berpakaian. Namun kemudian murid-murid mulai berambut gondrong dan mengenakan pakaian "gembel." Sebagian guru tidak bisa menerima hal itu. Para murid juga mulai terlihat kurang menghormati guru. Pada titik ini sekolah-sekolah dan dewan sekolah merasa bahwa mereka perlu menetapkan peraturan-peraturan yang ketat. Pada titik ini pula, perkara hukum dimulai, dan rambut gondrong di sekolah menjadi persoalan hukum di pengadilan.[24] Sekolah-sekolah tidak pernah berpikir tentang prosedur semacam itu sebelumnya –dengar pendapat, peraturan-peraturan, dan para hakim. Disiplin adalah disiplin, dan para

guru dan kepala sekolah menjalankan tugas mereka. Bagaimanapun juga, ketika rasa hormat murid runtuh, sekolah-sekolah itu, sebagian karena tekanan, harus mencari format dan formalitas mereka.[25] Sekali lagi di sini kita melihat hukum formal dan institusi-institusi hukum mengusahakan sebuah titik keseimbangan di antara dua "keadaan alamiah" – kelompok primer yang dikontrol oleh sarana-sarana formal dan masyarakat anarki revolusioner di mana semua orang berbuat semau sendiri. Bagi masyarakat secara umum, tidak satu pun dari kedua kutub pendirian itu yang dipandang lazim. Akan tetapi ada kelompok-kelompok kecil dan subsistem-subsistem yang berpegang pada tipe-tipe ideal ini.Peraturan-peraturan sistem hukum modern pada intinya bukan merupakan "norma-norma bersama." Ini bisa dipandang dari dua segi yang berlainan. Yang pertama, ada perbenturan kultur dalam setiap masyarakat modern. Setiap negara memiliki minoritas etnik atau setidaknya kelas, kelompok kepentingan, dan strata. Sebagian hukum – mengenai pembunuhan, perzinahan, poligami, dan pemerkosaan – memang berpijak pada "norma-norma bersama," namun hal ini pun hampir tidak berlaku universal. Poligami pernah menjadi isu panas di Amerika Serikat; hal itu juga masih menjadi isu di negeri-negeri Afrika yang dengan minoritas Muslim. Opini mengenai perzinahan juga jauh dari kesepakatan. Kelompok tertentu memandang pembunuhan balasan bukan sebagai pembunuhan.

Selain itu, secara harfiah ribuan peraturan di sebuah negara modern mengandung isi yang murni bersifat teknis. Di bawah regulasi-regulasi federal Amerika Serikat, sebuah produk bisa disebut sebagai "es krim" hanya jika di dalamnya terkandung 10 persen atau lebih lemak susu.[26] Persentase ini nyaris bukan merupakan "norma-norma bersama." Bahkan tidak ada "norma bersama" yang menyatakan bahwa es krim harus berlemak, lezat, dan penuh kolesterol. Mereka yang merumuskannya mendasarkan keputusan mereka pada kriteria yang lazim. Kriteria ini kemungkinan besar disepakati orang. Tidak pelak lagi orang-orang secara umum berpendapat bahwa makanan harus sehat dan aman, bahwa para pembuat makanan tidak boleh membohongi publik, bahwa pemerintah wajib atau berhak untuk menjaga agar industri makanan bertindak jujur, dan bahwa pemerintah harus menggunakan metode ilmiah dalam mengatur makanan. Pada saat yang sama, norma-norma ini tidak cukup mendetail, pasti, atau konkret untuk bisa memecahkan masalah tertentu. Tidak seorang pun yang bisa menafsirkan prinsip-prinsip di atas untuk menghasilkan

pernyataan mengenai persentase lemak susu yang tepat. Persentase demikian bahkan tidak bisa dihasilkan dari penafsiran atas norma-norma *ilmiah*.

Ungkapan "norma-norma bersama" agaknya mengacu pada sejenis prinsip moral yang mengandung legitimasi substantif. Berbicara secara realistis, kebanyakan peraturan tidak – atau tidak cukup – memiliki kualitas ini, atau tidak cukup pasti untuk memberikan dukungan pada hal-hal yang diandaikan ada pada sebuah "norma bersama." Orang-orang yakin bahwa makanan harus sehat, dan mereka sepakat bahwa siklamat harus dilarang penggunaannya pada soda makan, tetapi hanya jika bahan kimia ini benar-benar berbahaya bagi kesehatan. Orang-orang akan mendukung atau menyetujui peraturan itu jika mereka yakin pada orang-orang yang membuat peraturan dan cara membuat peraturan itu, sejauh yang diketahui oleh mereka. Apa yang dikatakan oleh peraturan sama sekali tidak bersifat universal atau "bersama." Justru sebaliknya: Peraturan-peraturan seringkali kemudian menjadi bahan perdebatan – atau sebenarnya peraturan-peraturan itu diciptakan melalui perdebatan, yakni peraturan-peraturan yang muncul dari iklim konflik, seperti halnya peraturan mengenai minuman keras.

Hukum formal berpegang pada adanya iklim konflik tersebut; masyarakat-masyarakat modern dengan mudah memenuhi kriteria ini. Dalam masyarakat-masyarakat modern tidak ada keraguan bahwa ada "hukum" dalam pengertian formalnya; dan memang, hal itu merupakan fakta sosial yang sudah jamak. Dengan demikian, untuk masyarakat-masyarakat ini kita bisa beralih dari persoalan umumnya menuju ke persoalan khususnya – menuju sumber-sumber tindakan hukum.

ASAL-USUL: MENGENAI HUKUM SECARA KHUSUS

Semua bentuk teori sosial mengenai hukum menyajikan satu prinsip fundamental: hukum yang hidup, yang ketika dilihat di sembarang titik waktu akan menunjukkan jejak-jejak kekuatan sosial yang telah tertera pada sistem hukum. Setiap tindakan hukum (*legal act*) berasal dari dan mencerminkan kekuatan-kekuatan sosial yang telah berusaha menghasilkan, menghalangi, atau mengubah tindakan hukum itu. Ketika keseimbangan kekuatan bergeser ke arah perubahan, perubahan pun akan terjadi. Ketika tidak, keadaan sistem pun tetap tinggal sebagaimana sebelumnya. Secara umum, sebuah pengamatan terhadap hukum sebagai satu keseluruhan atau bagian-bagiannya yang penting akan mirip dengan sebuah irisan

lapisan tanah; lapisan bebatuan dan fosil menunjukkan kekuatan-kekuatan yang telah membentuk daratan pada masanya.

Jika kita memecah perilaku tertentu, misalnya sebuah undang-undang besar, menjadi unsur-unsurnya, kita bisa menangkap maksud undang-undang tersebut dengan lebih jelas. Sebuah undang-undang yang panjang bisa dipecah menjadi ketetapan-ketetapan yang lebih kecil, masing-masing mengarah pada keputusan ya-tidak. Ketetapan-ketetapan kecil yang tidak bisa dipecah lagi itu merupakan keputusan pilihan ini-atau-itu. Ada pilihan: satu pihak menang, yang lain kalah. Sungguhpun demikian, dalam kehidupan nyata kepingan-kepingan tersebut tidak tinggal terpisah-pisah; kepingan-kepingan terhubung satu dengan lainnya. Ketetapan-ketetapan satuan menjadi bagian dari rangkaian beberapa ketetapan; tukar-menukar dan kompromi selalu dimungkinkan. Sebuah undang-undang yang tebal, dengan banyak halaman, bisa dipecah-pecah oleh badan legislatif menjadi unit-unit yang lebih kecil, masing-masing unit ditetapkan melalui suara mayoritas. Ketika tiba saatnya pemungutan suara yang terakhir, rancangan undang-undang itu akan tersaji sebagai sesuatu yang utuh, namun minoritas yang kuat pun bisa menimpakan jejaknya pada rancangan itu dalam bentuk amandemen-amandemen, perubahan, dan syarat-syarat tambahan. Walhasil undang-undang dalam bentuk finalnya bukan *hanya* akan mencerminkan kelompok sosial yang dominan; undang-undang tersebut juga memperlihatkan pengaruh pihak yang kalah, sejauh mereka memiliki kekuatan dan benar-benar mengerahkan kekuatan itu. Hasil akhirnya akan menunjukkan siapa yang turut bermain dalam permainan itu, sekuat apa para pemainnya, dan bagaimana persebarannya dalam tim-tim. Sebagai contoh, ketika rancangan asuransi kesehatan untuk kalangan usia lanjut diberlakukan di Amerika Serikat pada tahun 1965, para dokter nampak sebagai pihak yang kalah.[27] Tetapi mereka meninggalkan jejak mereka pada hukum itu dengan berbagai cara – rencana itu dibatasi bagi kaum lanjut usia, misalnya, dan para dokter dibebaskan untuk memungut ongkos sebanyak yang mereka kehendaki.

Namun demikian ada satu hal yang perlu ditekankan berkaitan dengan penjelasan sosial mengenai hukum. Kekuatan-kekuatan sosial tidak secara abstrak membentuk hukum. Mereka harus benar-benar diterakan pada sistem melalui pengajuan tuntutan. Seseorang yang meneliti struktur sosial sebuah masyarakat tidak bisa melihat terbentuknya sistem hukum dari struktur ini. Di tengah-tengah struktur sosial, kekuatan-kekuatan sosial,

dan hukum, terjadi intervensi variabel kultural yang kompleks. Untuk ringkasnya, kita namakan variabel itu sebagai *tuntutan*.

Dengan kata lain, kekuatan dan kepentingan belaka tidak menciptakan hukum; apa yang menciptakan hukum adalah kekuatan dan kepentingan yang terekspresi dalam bentuk *tuntutan*. Sebuah kelompok bisa jadi memiliki kekuatan tetapi memilih untuk tidak menggunakannya; kelompok itu melewatkan kesempatan untuk mewujudkan kepentingan mereka yang "sebenarnya," seperti yang mungkin dilihat oleh pihak lain. Sejauh terkait dengan hukum, kekuasaan dan kepentingan (objektif) merupakan hal yang tidak relevan, kecuali dan sampai hal itu berubah menjadi tuntutan.

Di sini ideologi menghasilkan dampak penentu terhadap hukum. Kelas pekerja memiliki hak pilih di Amerika Serikat pada abad kesembilan belas. Mereka bisa saja berperan dalam kekuasaan dan mendistribusikan ulang hasilnya untuk diri mereka sendiri. Bisa jadi ini merupakan kepentingan terbesar mereka. Tentu saja ada banyak alasan mengapa revolusi semacam itu tidak terjadi, namun salah satu alasannya adalah kemungkinan bahwa kelas pekerja saat itu turut menganut pandangan yang dominan pada masanya: banyak orang yang yakin bahwa suatu ekonomi perusahaan saja yang bisa membawa kemakmuran yang langgeng. Ada gagasan-gagasan kuat yang mempengaruhi batasan-batasan praktis dan moral dalam terbentuknya sebuah tuntutan. Semua gagasan tersebut memiliki efek langsung yang kuat terhadap pola-pola tuntutan.

Gagasan dan cita-cita menggerakkan orang. Hal tersebut membentuk cara pandang orang mengenai kepentingannya dan pada akhirnya bisa mengubah struktur pemerintah dan hukum, melahirkan pola-pola yang sesuai dengan konsepsi kepentingan mereka. Orang-orang percaya bahwa mereka harus mengikuti cita-cita mereka; mereka juga yakin bahwa mereka sebaiknya membungkus kepentingan mereka dengan kemasan idealistik. Mereka berbicara tentang hak-hak negara, desentralisasi, kontrol masyarakat terhadap sekolah, penghapusan juri, perluasan peran juri, dll., sebagai pembenaran kepentingan belaka. Apa yang mereka inginkan adalah hasil-hasil spesifik, tetapi mereka tidak selalu dengan terbuka mengakui hal ini. Para politisi berbicara tentang hak-hak negara ketika mereka bermaksud agar orang-orang berkulit hitam tetap berada di tempatnya. Audiens memahami hal itu. Namun demikian, melontarkan perdebatan dengan cara tersebut *bisa* mempengaruhi sebagian orang, khususnya orang-orang yang belum cenderung ke manapun. Akhirnya, gagasan dan cita-cita memiliki kekuatan, karena hal itu terselip di antara kepen-

tingan objektif dan tuntutan aktual. Seseorang bisa jadi mampu mendesak maju namun mengurungkan niatnya karena tidak ada gagasan dan cita-cita. Jika seorang pengusaha bisa dipengaruhi oleh sebuah pendapat yang mengatakan bahwa melakukan lobi adalah hal imoral dan korup, atau bahwa hal tersebut akan merugikan diri atau negara, ia mungkin akhirnya memutuskan untuk tidak memperjuangkan suatu tindakan hukum yang sebenarnya bermanfaat.

Penjelasan sosial mengenai hukum mengasumsikan adanya *kepentingan* yang diubah menjadi *tuntutan* dan kemudian menghasilkan respon-respon dalam sistem hukum. Adalah kultur hukum yang menuntun terjadinya pengubahan kepentingan menjadi tuntutan. Respon sistem ak bergantung pada struktur sistem hukum itu sendiri (ini kita namakan sebagai "variable struktural") dan akan bergantung pada struktur di luar masyarakat, yakni distribusi kekuasaan dan pengaruh. Kultur hukum akan dibahas dalam Bab VIII. Sekarang kita akan membahas secara singkat tentang *kepentingan* dan *variabel struktural*. Dalam Bab VII kita akan membahas tentang kekuasaan, pengaruh, dan hubungan antara hukum dan struktur kelas.

JENIS-JENIS KEPENTINGAN

Kami telah membahas secara longgar mengenai "kepentingan" tanpa menjelaskan apa yang dimaksud dengan kepentingan tersebut. Kepentingan muncul dalam beberapa tipe dan bentuk.[28] Pertama, ada kepentingan langsung yang terutama bersifat ekonomi. Seseorang memiliki kepentingan langsung terhadap usulan tindakan hukum tertentu yang akan menghasilkan uang baginya atau mengurangi uangnya. Jika Kongres mengusulkan 1 persen peningkatan pajak untuk disalurkan kepada para pensiun veteran perang, seorang veteran akan memiliki kepentingan langsung (negatif) karena beban pajaknya akan bertambah dan satu kepentingan langsung (positif) karena dana pensiunnya bertambah. Kepentingan langsung positifnya mungkin akan beberapa kali lebih tinggi daripada kepentingan negatifnya. Semakin besar kepentingan langsung, semakin besar kecenderungan seseorang untuk mengerahkan kekuatan sosial terhadap sebuah usulan tindakan hukum, mendukung atau menentangnya.

Ada kepentingan-kepentingan langsung yang tidak terlalu bersifat ekonomi. Para individu dan kelompok akan mendukung kebijakan yang memperbesar kekuatan, prestise, atau kenyamanan mereka; ini adalah kepentingan institusional, birokratis, atau kelompok status. Orang-orang

Yahudi, para pengusaha, orang-orang kulit hitam, para aktor – atau sembarang kelompok – cenderung untuk mendukung langkah-langkah yang dipandang baik bagi orang-orang Yahudi lainnya, para pengusaha, orang-orang kulit hitam, atau para aktor, bahkan ketika mereka sendiri tidak mendapatkan manfaatnya.

Kepentingan lainnya cenderung bersifat *tidak langsung*. Tidak ada garis batas tegas yang memisahkan antara kepentingan langsung dari kepentingan tidak langsung. Sebuah kota besar memiliki skema rehabilitasi tata kota; seorang kontraktor bangunan memiliki kepentingan langsung untuk memenangkan kontrak pembangunan apartemen. Ia memiliki kepentingan tidak langsung dalam skema reahibilitasi tersebut karena hal itu akan membantu para kontraktor, menggairahkan bisnis, dan menghidupkan kotanya. Mungkin tidak ada jaminan baginya bahwa proyek tersebut akan sampai *padanya*. Bahkan sebuah kalkulator canggih pun akan kesulitan menghitung kepentingan tidak langsung ini. Kepentingan tidak langsung sulit untuk dikenali. Kontraktor tahu bahwa ia harus membayar pajak untuk membiayai proyek reahibilatasi tersebut. Ini adalah kepentingan langsung, dan hal itu jelas berseberangan dengan keinginannya. Manfaatnya tersembunyi dan jauh. Bagaimana cara kita mengetahui perimbangan antara satu kepentingan dengan kepentingan lainnya?

Kepentingan lainnya kita sebut sebagai kepentingan *reformasi*. Seorang reformer adalah seseorang yang mencurahkan energinya untuk sebuah persoalan yang ia sendiri secara pribadi tidak berkepentingan – tidak ada kepentingan, langsung atau tidak langsung. Dalam masyarakat modern, kepentingan reformasi merupakan hal yang lazim dan penting. Meski demikian, sebagai ketentuan umum bagi umat manusia dan berlaku untuk sebagian besar persoalan, kami berpandangan bahwa kepentingan *langsung* lebih kuat daya tariknya daripada kepentingan tidak langsung; kepentingan reformasi lebih lemah dari kepentingan langsung dan kepentingan tidak langsung juga. Bahkan para reformer hanya bisa mencurahkan diri mereka pada satu atau dua bidang reformasi saja; di bidang-bidang lainnya, kepentingan-kepentingan langsung tetap berperan. Untuk pengelolaan urusan manusia sehari-hari, reformasi adalah barang mewah yang hanya bisa ditekuni oleh sedikit orang: "Pengalaman menunjukkan bahwa sebuah rancangan undang-undang penghapusan toko munuman keras akan ditentang oleh orang-orang yang memiliki toko minuman. Jika dibuat usulan pembangunan jalan raya delapan jalur melalui Manhattan, para pemilik toko akan menentang rencana itu karena mereka bisa kehilangan tokonya,

meskipun dalam jangka panjang jalan raya tersebut bagus untuk iklim bisnis. Di sebuah tambang tembaga, seorang pekerja yang secara ideologis menentang perang mungkin akan mendukung kebijakan peningkatan produksi tembaga "demi alasan pertahanan," jika hal itu berarti bahwa pekerjaannya tetap terjamin."[29] Semua pengamatan ini berlaku sebagai ketentuan umum.

Kepentingan tidak selalu kentara. Orang bisa saja dan seringkali tidak menyadari kepentingan-diri mereka. Orang kadang menebak-nebak kepentingan mereka, dan mereka seringkali keliru. Dalam banyak persoalan hanya ada sedikit minoritas yang memiliki kepentingan langsung. Apakah negara bagian California akan menetapkan peraturan sertifikasi bagi para tukang listrik? Apakah sebuah taman nasional akan dibuat di Minnesota utara? Apakah Amerika Serikat akan beralih ke sistem pengukuran metrik? Dalam masing-masing kasus tersebut hanya sedikit orang yang memiliki kepentingan langsung pada setiap seginya – para tukang listrik di California, para pemilik tanah di Minnesota utara, para penerbit buku pelajaran aritmetika. Kepentingan pihak-pihak lainnya memang riil namun amat sedikit kadarnya. Taman nasional hanya akan memakan biaya sedikit dari pajak yang ada; banyak orang yang bisa berkunjung dan bersenang-senang di sana. Jika California menetapkan sertifikasi bagi tukang listrik, biaya perbaikan jaringan listrik mungkin akan naik. Sistem metrik akan mengubah kebiasaan yang sudah berlangsung lama, tetapi dalam jangka panjang perubahan itu akan lebih memudahkan urusan, di samping hal itu bagus untuk perdagangan internasional.

Dalam kehidupan riil, orang-orang dengan sedikit kepentingan atau tidak berkepentingan pada usulan-usulan demikian tidak akan memperhatikan. Seorang anggota kongres dari Florida memiliki hak – atau bahkan kewajiban – untuk memberikan suaranya mengenai pembuatan taman nasional di Minnesota. Ia mungkin mengikuti kebijakan partainya, atau bertukar kesepakatan dengan delegasi Minnesota, atau memilih cara lain lagi, sebagai cadangan langkah untuk masa mendatang. Orang-orang yang amat menginginkan taman itu adalah minoritas; agar menang mereka harus melakukan tawar-menawar dan bertukar kesepakatan dengan koalisi mayoritas. Hal yang sama juga berlaku bagi para penentangnya.

Ketika sebuah persoalan *secara langsung* mempengaruhi kalangan minoritas yang kecil, para pendukung dan reformer bisa mengambil peran dan kesempatan tertentu. Mereka bisa berusaha membujuk orang-orang yang netral – mereka yang memiliki kekuasaan dan pengaruh yang tidak

digunakan – untuk berpihak. Sebagian dari orang-orang yang netral itu menyadari bahwa peraturan itu akan berpengaruh pada mereka, namun mereka tidak yakin apakah efeknya akan baik atau buruk. Yang lainnya tidak melihat keterkaitan urusan itu dengan mereka. Para pendukung dan reformer berusaha agar kelompok pertama di atas mau berpihak dan agar kelompok kedua bisa tergugah. Mereka mungkin akan menggunakan perpaduan argumen moral dan ekonomi. Mereka mencoba menunjukkan apa arti peraturan itu bagi mereka. Juru bicara para tukang listrik akan mengatakan bahwa publik bisa mendapatkan kualitas sarana listrik yang lebih baik, jika hukum sertifikasi diberlakukan. Para pendukung pelestarian alam berbicara mengenai perlunya margasatwa, kebutuhan akan ruang terbuka dan taman nasional. Di sisi lain, kita mungkin akan mendengar tentang para penebang kayu yang kehilangan pekerjaan. Serikat-serikat pekerja mungkin akan bangkit sebagai ungkapan solidaritas mereka kepada masa depan para pekerja perkayuan. Secara umum argumen-argumen yang diajukan berusaha untuk membangunkan raksasa yang tengah tidur – persepsi-persepsi kepentingan yang masih laten.

Upaya-upaya ini terus berlangsung tanpa henti. Semuanya merupakan bagian dari daur hidup kebanyakan peraturan. Akan tetapi pemberlakuan peraturan baru merupakan awalnya saja. Dinamika hukum terus berlanjut walaupun tinta di kertas telah mengering. Para reformer dan pendukung membangkitkan harapan dan kepentingan, namun banyak dari hal itu yang kabur dan tidak stabil. Argumen mereka merupakan tebakan yang dilebih-lebihkan. Hukum yang berlaku seringkali amat berbeda dari janji-janji yang berkilau dan kemasan yang berwarna-warni. Realitas menyodorkan lahan pertempuran baru. Orang-orang menuntut kontrol upah pekerja untuk menekan inflasi. Peraturan diloloskan, tetapi barang yang beredar berkurang dan pasar gelap pun berkembang. Kemudian orang-orang menginginkan amandemen atau pencabutan peraturan. Banyak orang yang mengira bahwa Pelarangan minuman keras adalah gagasan yang cemerlang; dalam praktiknya hal itu menjadi monster. Terkadang hukum mengecewakan harapan orang karena cara pemberlakuannya. Interstate Commerce Commission yang dibentuk pada tahun 1877 dimaksudkan untuk mengendalikan perusahaan angkutan kereta api yang besar dan berkinerja buruk. Setidaknya para petani dan penumpang berharap demikian. Tetapi kemudian mereka melihat bahwa lembaga itu menjadi boneka dari perusahaan kereta api, selalu melakukan apa yang mereka perintahkan.[30]

Orang juga bisa berubah pikiran mengenai ke arah mana condongnya kepentingan mereka. Di Amerika Serikat, program rehabilitasi kota memperoleh dukungan politik dari kalangan kelas-menengah yang berpendapat bahwa rencana semacam itu akan membawa kehidupan baru bagi komunitas mereka.[31] Jalan-jalan akan lebih aman dilewati, wilayah-wilayah kota yang mati akan hidup, tempat-tempat kumuh akan menghilang. Namun ketika ternyata bahwa lingkungan mereka sendiri akan dibongkar, banyak orang yang sebelumnya mendukung rencana itu beralih menentangnya.[32] Sebaliknya, banyak program yang sebelum pemberlakuannya ditentang dengan sengit, langsung reda penolakannya begitu diberlakukan hanya karena langit tidak runtuh. Regulasinya ternyata tidak membebani; hal-hal baru tumbuh menjadi kebiasaan. Dalam sebuah referendum tahun 1955 di Swedia, 82,9 persen pemilih menolak perubahan kemudi mobil dari sebelah kiri ke sebelah kanan. Setelah berlangsung perdebatan bertahun-tahun, negara itu membuat perubahan. Begitu dilaksanakan, hal itu menjadi *fait accompli*; omelan pun mereda. Seiring berjalannya waktu, semakin sedikit omongan mengenai cara mengemudi yang lama.[33]

Selain itu, "kekuatan sosial" yang membentuk hukum itu sendiri amat goyah. Dalam masyarakat manapun, ada sejumlah besar energi sosial yang tinggal diam; namun energi ini bisa digerakkan dalam batas-batas tertentu oleh gebrakan para reformer atau dinyalakan oleh skandal atau insiden tertentu. Novel Upton Sinclair *The Jungle* (1906) membuat publik merasa jijik karena penggambarannya mengenai suasana kotor di pabrik pengemasan daging; novel itu membukakan jalan bagi pembentukan hukum makanan dan obat-obatan yang baru.[34] Kekerasan dan kejahatan yang mengerikan memicu munculnya tuntutan dibentuknya hukum yang lebih ketat.[35] Ketika kebisingan mereda, dinamika yang berbeda pun mengambil alih.

Dengan demikian, karena banyak alasan, alur perkembangan hukum tidak berjalan mulus. Ada beberapa garis lurus, sedikit kurva-kurva menikung. Perkembangan yang tidak rata tidak berarti bahwa institusi-institusi hukum "tidak responsif" terhadap kekuatan-kekuatan sosial. Sebaliknya, mereka luar biasa responsif, amat sensitif. Sifat responsif inilah yang membuat perkembangan itu berlangsung melalui jalur berbelok-belok, mencerminkan kompleksitas dan perubahan terus-menerus dalam kehidupan sosial, politik, dan ekonomi.

VARIABEL STRUKTURAL

Bila dikatakan bahwa kekuatan-kekuatan sosial "membentuk" hukum, hal itu tidak berarti bahwa hukum secara harfiah adalah produk atau hasil dari kekuatan sosial semata-mata. Selalau ada kemungkinan dan pilihan yang bekerja dalam batas-batas tertentu yang muncul dari kekuatan sosial.

Teori-teori sosial cenderung mencari jawaban yang memuaskan pada trend-trend jangka panjang dan tindakan-tindakan hukum yang memiliki dampak sosial terbesar. Peristiwa-peristiwa minor dan jangka pendek mungkin membutuhkan penjelasan minor dan jangka pendek pula. Sebagian dari peristiwa ini bersifat struktural; bahkan unsur kebetulan pun bisa berperan. Jika ditanyakan mengapa Kongres tidak memberlakukan undang-undang kesehatan nasional *kemarin*, jawaban yang cukup benar bisa saja karena kemarin adalah hari Minggu, dan Kongres tidak masuk kerja. Tidak perlu sampai pada pembahasan tentang perusahaan-perusahaan besar, kelompok-kelompok dokter, atau bahkan doktrin hukum.[36] Dalam rentang waktu yang singkat, bentuk dan struktur sistem hukum, variabel strukturalnya, menerakan jejaknya pada peristiwa-peristiwa. Hanya dalam jangka panjang hal-hal tersebut luntur dan tidak lagi menjadi faktor penyebab. Dengan begitu *waktu* menjadi variabel penting dalam teori mengenai hukum dan masyarakat.

William F. Ogburn yang menulis pada tahun 1920-an mengatakan bahwa seringkali ketika "satu unsur kultur berubah" (misalnya karena teknologi baru), unsur lain dari kultur tersebut tidak serta-merta mengikuti; ada periode "penundaan" atau "penyesuaian." Ogburn mendapati bahwa, misalnya, ada "kesenjangan" selama lima puluh tahun antara saat munculnya problema kecelakaan industri dan saat ketika rancangan kompensasi pekerja diberlakukan di Amerika Serikat. Selama periode ini, "kultur yang lama ... dalam keadaan menggantung setelah kondisi-kondisi materialnya mengalami perubahan."[37] Banyak orang, di dalam dan di luar kalangan hukum, yang sepakat bahwa hukum atau bagian-bagiannya bisa "ketinggalan masa," usang, tak terjangkau. Dengan demikian muncul pemahaman bahwa struktur hukum benar-benar berperan penting, terutama dalam memperlambat terjadinya perubahan.

Bagaimanapun juga, jika kerangka fundamental teori sosial benar, kita akan meragukan hipotesis mengenai "kesenjangan kultur" dalam hukum. Bukan berarti bahwa kesenjangan kultur merupakan gagasan yang sia-sia belaka. Hal tersebut mengekspresikan suatu sudut pandang

moral. Di sana terlihat adanya penundaan dan penghambatan yang mencegah tercapainya solusi yang, dalam pandangan kami, lebih berimbang atau lebih adil. Apa yang keliru pada konsep itu bukanlah segi moralnya, melainkan asumsinya bahwa sesuatu dalam *sistem hukum*, sesuatu yang bersifat struktural, sekrup yang longgar dalam konsep atau mesin hukum itulah yang membuat sistem tersebut "tidak responsif" atau lambat bergerak, membuat sistemnya tidak sejalan dengan tuntutan-tuntutan sosial. Mengatakan hal ini sama dengan membentuk sebuah gambaran mengenai sistem hukum sebagai semacam hambatan, seorang yang amat gemuk yang ambruk di tengah-tengah jalan dan membuat macet lalu lintas, dan terlalu berat untuk dipindahkan. Ada unsur kebenaran dalam gagasan di atas, tetapi hanya satu unsur saja. Apa yang membuat hukum kuno tetap hidup (hukum aborsi, hukum obat-obatan), apa yang menghalangi pemberlakuan kontrol ketat terhadap rokok dan suara bising, apa yang memelihara struktur kelas, dan apa yang memelihara sistem penjara yang brutal bukanlah sistem hukumnya sendiri, bukan strukturnya, bukan jaringan konsep-konsep hukumnya, melainkan kekuatan-kekuatan riil, orang-orang riil – penentangan konkret dari kelompok-kelompok kepentingan yang terekspresi *melalui* atau *di dalam* sistem hukum.

Teori sosial manapun yang membahas tentang hukum akan sangat hati-hati sebelum melekatkan kata "tidak responsif" pada sistem hukum atau sebagian unsurnya. Mudah untuk melihat bagaimana sistem hukum amat sigap dan responsif, ketika tidak ada seorang pun yang menghalangi jalannya. Kongres seringkali digambarkan sebagai lembaga yang lambat dan mandek dari segi strukturnya. Namun pada bulan Desember 1941, ketika Jepang menyerang Pearl Harbor, majelis-majelis di Kongres langsung menyatakan perang dengan kesigapan luar biasa – bukan dalam hitungan tahun, bulan, atau hari, melainkan dalam hitungan jam saja.

Kesigapan ini menunjukkan bahwa struktur bisa bergerak cepat dalam keadaan ideal, dan "hambatan" atas sistem hukum, penolakan atas perubahan sosial, pun bisa meleleh seperti mentega. Apa saja syarat-syaratnya? Pada dasarnya, bila tidak ada oposisi atau penentangan. Ketika *semua* kekuatan terarah pada tujuannya, struktur pun ambruk; atau lebih tepatnya, semua bekerja ke arah tujuan tersebut. Sebuah konsensus di antara pihak-pihak yang berkuasa tidak bisa dihentikan. Struktur tidak dan tidak bisa mencampuri.

Jadi, peran apa yang dimainkan oleh struktur sistem hukum? Sebagai gambaran kasarnya kita bisa mengibaratkannya sebagai seutas tali dalam

permainan tarik tambang. Bayangkan dua tim menarik tali tersebut, masing-masing memegang satu ujung. Tim yang lebih kuat menarik tim lainnya ke depan berlawanan dengan kehendak mereka. Talinya tidak "menyebabkan" gerakan ini. Tali itu hanyalah sebuah instrumen, sebuah sarana. Tentu saja, permainan itu tidak akan berlangsung *tanpa* ada tali; tali adalah sarana dijalankannya kekuatan. Sistem hukum adalah sarana semacam itu.

Teori-teori sosial pun terdorong untuk memandang sistem hukum sebagai sebuah saluran, sebuah sarana, sejenis selaput yang bisa ditembus. Tuntutan-tuntutan sosial mengalir masuk dari satu ujung, tindakan-tindakan hukum muncul keluar dari ujung lainnya, menghasilkan perilaku hukum. Sarananya tidak mempengaruhi hasil atau pesan yang dimunculkan.

Pemikiran hukum klasik cenderung untuk melebih-lebihkan peranan hukum sebagai sebuah variabel independen setidaknya dalam dua segi: pertama, sebagai sebuah sistem yang menekankan nilai-nilai dan formatnya sendiri pada dunia luar; kedua, sebagai sebuah struktur yang mengarahkan dan menyetir energi yang mengalir melaluinya. Tidak seorang yang menyangkal adanya kekuatan tersendiri pada struktur; dalam jangka pendek dan menengah, *variabel struktural* pasti turut berpengaruh. Bahkan tali dalam pengibaratan kita mengenai tarik tambang di atas pun memiliki fungsi tertentu, dan sifat-sifat fisiknya –keras lembutnya, besar kecilnya, jenis bahannya – akan mempengaruhi peran para pemainnya. Almond dan Powell berbicara tentang "agregasi kepentingan" – yakni "fungsi pengubahan tuntutan menjadi alternatif-alternatif kebijakan umum." Seperti yang mereka jelaskan, suatu "konvensi partai politik, ketika menerima keluhan dan tuntutan dari serikat pekerja dan organisasi-organisasi bisnis, melakukan tawar-menawar dan kompromi atas kepentingan-kepentingan yang berkonflik ini sehingga menjadi semacam statemen kebijakan tertentu, berarti di sana tengah berlangsung agregasi kepentingan."[38] Seperti inilah kiranya peranan seutas tali, peranan sistem hukum. Hal itu memungkinkan sebuah struktur untuk meng-agregasi kepentingan-kepentingan, mengekspresikan tuntutan, mengubah tuntutan-tuntutan menjadi peraturan dan keputusan. Dari satu segi, hal ini seperti semacam prisma terbalik. Ia menerima berbagai alur cahaya, warna-warna pelangi, dan mengubahnya menjadi satu sinar putih.

Walau bagaimanapun, semua ini hanyalah pengibaratan. Struktur hukum semata berperan penting; persisnya seberapa banyak, kita tidak tahu. Jika kita mengamati dua masyarakat, yang tuntutan sosialnya atas

sistem hukum serupa tetapi yang strukturnya berbeda, dan jika kita mendapati hasil dan dampak yang berbeda, kita bisa mengatakan bahwa penyebab perbedaannya adalah pada strukturnya. Bagaimanapun juga, masyarakat-masyarakat seperti itu tidak ada. Struktur itu sendiri muncul dari sejarah, kultur, dan tradisi, yakni dari kekatan-kekuatan sosial masa lalu dan masa kini. Ketika tuntutan sosialnya sama, strukturnya pun pasti secara bertahap akan mencair menjadi bentuk-bentuk yang serupa. Ringkasnya, perubahan struktur mengikuti masyarakat, terus-menerus berinteraksi dengan kekuatan-kekuatan lain, institusi-institusi lain.[39]

Selain kepentingan, orang juga memiliki nilai-nilai. Struktur yang ada bisa jadi memungkinkan tersedianya jalur bebas hambatan bagi orang-orang yang menduduki tempat-tempat strategis dalam jangka singkat dan menengah. Seorang anggota kongres memberikan suara untuk sebuah rancangan undang-undang berangkat dari kesadarannya akan kepentingan-umum, meskipun jabatannya melarang hal itu. Anggota kongres ini bukan hanya menjadi corong suara. Jika kita melihat dengan cukup cermat latar belakangnya, kita mungkin menemukan bahwa nilai-nilainya adalah endapan dari kepentingan dan tekanan lama yang tersembunyi atau tersumbat. Sungguhpun begitu, yang menjadi pertanyaan adalah sesering apa para anggota kongres bertindak "menurut kepentingan publik" atau menurut kesadaran nuraninya, alih-alih sebagai makhluk politik semata yang tatapan matanya tertuju pada pemilihan umum mendatang. Dalam jangka panjang, mereka yang menjadi corong suara yang baik akan terpilih kembali. Mereka yang terlalu berani akan kehilangan kursi, tetapi struktur memungkinkan banyak alternatif jangka pendek.

Dengan begitu studi mengenai variabel struktural merupakan bagian penting dari studi perilaku hukum. Dalam bentuk yang satu atau lainnya, pertanyaan yang dikemukakan di sepanjang literatur adalah: Perbedaan apa yang diakibatkan oleh bentuk federalisme? Apa dampak dari adanya pengadilan yang bersifat aktivis? Apa dampak sebuah badan legislatif yang memiliki satu majelis alih-alih dua? Apa dampak sebuah lembaga sipil yang didominasi oleh para pengacara?[40] Para hakim yang memutuskan melalui keputusan bersama alih-alih keputusan tunggal? Sulit untuk membahas hal ini lebih dari sebagai spekulasi saja. Eksperimennya jarang dan sulit. Ada banyak faktor yang masuk, yang terus menghalangi kemungkinan dibuatnya prediksi. Walaupun demikian tetap ada beberapa karya yang mengkajinya. Maurice Rosenberg, yang meneliti nilai konferensi-konferensi praperadilan dalam kasus kecelakaan pribadi, mempelajari

serangkaian kasus di New Jersey, sebagian dengan dan sebagian tanpa konferensi demikian.[41] Harry Kalven dan Hans Zeisel mempublikasikan sebuah studi massal mengenai juri kriminal (pidana) di mana pertanyaan yang mereka ajukan bersifat struktural: Apakah kasus-kasus yang diputuskan oleh juri berbeda dari kasus-kasus yang diputuskan oleh seorang hakim?[42] Sebuah tim di University of North Carolina membandingkan antara sistem *adversary* (pengadilan atas dua pihak yang berkonflik) dengan sistem "*inquisitorial*" (pengadilan atas satu pihak secara investigatif) menggunakan persidangan pura-pura.[43]

Kebanyakan dari studi ini hanya membahas tentang satu keping atau elemen dari struktur hukum. Sistem hukum di sebuah negara terbentuk dari elemen-elemen struktur yang tak terhitung banyaknya. Federalisme, misalnya, merupakan kumpulan dari beberapa struktur; begitu pula misalnya sistem hukum Perancis dibandingkan atau dibedakan dari sistem hukum Inggris atau Jepang. Diperlukan satu buku utuh untuk membahas variabel-variabel struktur semacam federalisme demikian. Ada satu hal sederhan yang bisa kita katakan: Sebuah struktur seperti federalisme merupakan sebab dan sekaligus akibat. Ia jelas merupakan efek dari kultur, khususnya sepanjang federalisme itu adalah *organisme hidup*.[44] Namun demikian, federalisme juga bisa merupakan fakta; gagasan dan bentuknya menjadi bagian dari keyakinan dan harapan umum. Orang-orang menerima sistem federal dan bertindak sesuai dengannya, karena tidak terbayang oleh mereka akan hal lainnya. Singkatnya, struktur menjadi adat atau kebiasaan. Ini berarti ambang batas skeptisisme atau pemberontakan amat tinggi kadarnya. Kita menganggap bahwa federalisme hidup dan berpengaruh terhadap kehidupan di Amerika Serikat. Namun seperti apa hal itu berlangsung? Dan sejauh apa?

Dalam sistem hukum manapun, institusi-institusi dan struktur yang hidup memiliki sejarah dan makna tertentu bagi para manusianya. Makna tersebut berubah dengan amat lambat, dengan perkecualian traumatis tertentu. Mahkamah Agung Amerika Serikat adalah sebuah fakta struktural, suatu institusi dengan lembaga dan bentuk tertentu; ia memiliki batas-batas sosial dan psikologis, dan dalam kurun waktu yang pendek ia jelas tidak lentur tanpa batas. Ini karena makna sosial mengelilingi setiap struktur. Mahkamah bisa mengandung makna berupa keluhuran hukum, John Marshall, tiang-tiang marmer, jubah, prestise, *Brown v. Board of Education*, suatu konsep, sebuah citra. Struktur memiliki batas-batas sosial-psikologis dan kultural. Karena alasan ini, bisa jadi ada konsekuensi terten-

tu, dalam kurun singkat, ketika sebuah tugas dialihkan dari satu institusi ke institusi lainnya – ketika kasus-kasus mengenai tarif angkutan dialihkan dari pengadilan kepada Interstate Commerce Commission. Sebuah "pengadilan" tidak memiliki sifat bawaan untuk mengerjakan tugas ini. Para petugas komisi tahu lebih banyak mengenai pengangkutan kereta api daripada para hakim, tetapi para hakim juga bisa mempelajari pengangkutan kereta api, jika mereka berusaha atau diajari. Perbedaannya ada pada makna-makna sosial yang melekat pada institusi-institusi itu. "Pengadilan" memiliki sebuah definisi sosial yang, dalam kurun waktu singkat, tidak bisa dan tidak akan lepas dari mereka. Ini lebih dari sekadar persoalan pelabelan; ini adalah persoalan kultur, yang dihadapi oleh para hakim dan pengacara dan yang juga mempengaruhi perilaku mereka. Ketika masyarakat mengalihkan tugas X ke institusi Z, mereka biasanya *bermaksud* agar ada perbedaan hasil; salah satu cara yang digunakan oleh kekuatan-kekuatan sosial untuk mempengaruhi hukum adalah dengan mempertukarkan berbagai fungsi dari pengadilan ke lembaga negara lainnya, ke polisi, ke presiden, dan kembali ke pengadilan lagi.

TEORI SOSIAL MENGENAI HUKUM: BEBERAPA PERTANYAAN DAN JAWABAN

Bila pengibaratan tali di atas bisa menggambarkan dengan tepat peranan sistem hukum dan bila konsep "kesenjangan kultur" tidak sesuai, mengapa pendapat yang sebaliknya begitu banyak dianut orang? Salah satu sebabnya adalah karena problema lama mengenai makna dari perkataan "hukum" atau istilah "sistem hukum." Orang berbicara tentang "hukum" atau "sistem hukum" ketika yang mereka maksud bukan keseluruhannya melainkan bagian tertentu saja. Kekuatan-kekuatan sosial bisa menghasilkan efek yang berbeda pada tindakan hukum yang berbeda – undang-undang, hukum kasus, perilaku administratif. Sistem hukum *sebagai satu keseluruhan* akan mencerminkan secara akurat bagaimana kekuasaan sosial terdistribusi, namun setiap bagian dari sistem hukum tidak selalu menjadi cermin kecil yang mencerminkan keadaan masyarakat itu sendiri. Bagian-bagiannya seperti bidak-bidak di atas papan catur; mereka melangkah dengan cara yang berbeda dan memainkan peran yang berbeda di dalam permainan. Karena hal ini, mereka pun patuh pada atasan yang berbeda. Polisi memiliki konstituen mereka sendiri; begitu pula Mahkamah Agung, Kongres, dan presiden. Yang menarik sebuah konstituen bukanlah

strukturnya, melainkan outputnya. Di Amerika Serikat, orang-orang kulit hitam berpendapat bahwa Mahkamah Agung lebih adil daripada, misalnya, dewan-dewan kota di wilayah Selatan. Di sana kaum penganut supremasi kulit putih diutamakan. Kedua institusi itu menciptakan tindakan-tindakan hukum. Sebuah gambaran sistem hukum yang utuh – gambaran yang akurat – akan mencakup keduanya. Bagaimanapun juga, para ahli hukum lebih tertarik kepada "hukumnya para pengacara" – di negara-negara *common law*, kepada pengadilan; di Benua Eropa, kepada *code* (kode) dan penjelasan-penjelasannya. Kebiasaan ini merupakan hasil alamiah dari pendidikan yang mereka dapat, tetapi hal itu juga menulari para ahli lainnya, yang memperoleh wawasan hukum dari tangan kedua melalui buku-buku yang ditulis oleh para ahli hukum itu. Sebuah pandangan yang sempit terhadap "hukum" akan mengaburkan gambaran tentang hubungan antara hukum dan masyarakat.

Hal kedua yang perlu diingatkan adalah bahwa "sistem hukum" harus mengacu pada sistem hukum yang riil, bukan sistem yang ada di atas kertas. Bisa jadi ada "kesenjangan" dalam sistem hukum di atas kertas. Dalam banyak sistem hukum, kita mudah menemukan sisa-sisa masa lalu yang tidak berguna. Namun mengapa demikian? Sebuah risalah terkemuka di Amerika mengenai hukum properti menyatakan dengan jelas adanya bentuk *fee tail* kuno yang masih berlaku di Maine, Massachusetts, dan Delaware.[45] Pertanyaannya, "ada" dengan cara bagaimana? Para dokter atau petani di dan sekitar Wilmington, Portland, atau Plymouth tidak mewariskan atau menghibahkan tanah kepada ahli waris mereka sebagai *fee tail*. "Sisa-sisa" peraturan ini masih ada tetapi sudah tidak bernyawa. Secara behavioral, hal itu mutlak sudah mati, namun karena satu atau lain sebab, tidak seorang pun yang hendak bersusah payah menghilangkan mayat peraturan itu dari kitab hukum. *Common law* dikenal tidak tertib dalam hal ini; tidak seperti sistem-sistem yang terkodifikasi, *common law,* lamban dalam menguburkan mayatnya.[46]

Sisa-sisa ini memunculkan kisah-kisah bagus dan menunjukkan segi tertentu mengenai kultur hukum. Barangkali pendidikan di sekolah-sekolah *common law* terlalu menekankan sisa-sisa tersebut. Sisa-sisa tersebut cenderung untuk mengelompok dalam bidang-bidang hukum tertentu – misalnya hukum properti – yang memiliki bahasa paling kuno dan paling jarang disentuh oleh perundangan. Sebaliknya, perundangan kontinental nampak rasional. Mereka pada dasarnya adalah karya dari para ahli hukum untuk para ahli hukum. Mereka menekankan kejelasan, keelokan,

dan sistem. Akan tetapi kita tidak bisa menjabarkan bagaimana sebenarnya hukum bekerja dari perundangan itu – juga tidak dari penjelasan tentangnya yang diberikan oleh pengadilan. Dalam setiap sistem Barat yang matang, hukum yang hidup berbeda dari hukum yang ada di buku-buku; keduanya merupakan fakta sosial, namun yang hendak dicoba jelaskan oleh teori sosial adalah hukum yang hidup itu.

Satu hal lain juga perlu diperhatikan. Teori umum mengenai hukum manapun, yang menekankan kelompok-kelompok kepentingan dan kekuatan-kekuatan sosial, harus menyediakan ruang bagi para pengacara dan hakim sebagai sebuah kelompok kepentingan tersendiri. Profesi tersebut memiliki nilai-nilai, tradisi, kebiasaan, kekuatan politik dan kepentingan ekonomi yang kuat. Pada umumnya para pengacara merupakan kalangan yang sejahtera, lantang, dan berpengaruh. Di Amerika Serikat, banyak dari mereka yang menduduki jabatan legislatif.[47] Adanya "kekunoan" atau "kesenjangan" dalam hukum tidak lain adalah hasil dari perilaku kelompok kepentingan ortodoks yang menjabat. Kelompok yang gaduh dan banyak jumlahnya ini kukuh mempertahankan kepentingan ekonomi mereka, berjuang melawan pemberian asuransi pekerja dan telah melakukan peperangan serupa untuk melindungi uang mereka pada masa lalu. Pemerintah dalam masyarakat modern dengan jutaan orang pegawai juga merupakan kelompok kepentingan yang kuat; birokrasi berjuang mempertahankan kepentingan mereka sama rakusnya dengan kelompok dagang manapun.

APAKAH TEORI-TEORI SOSIAL MERUPAKAN TAUTOLOGI?

Dari sudut pandang tertentu, teori-teori sosial besar mengenai hukum tidak bisa dibuktikan, karena mereka mengemukakan argumen yang berputar-putar (tautologi). Kita sulit untuk membuktikan bahwa Social Security Act, seperti yang diberlakukan pada tahun 1930-an, mencerminkan secara persis kekuatan-kekuatan sosial yang menarik dan mendorongnya di Kongres, mendukung dan menentangnya, persis pada saat itu. Betapa pun juga, jika kita berpegang pada asumsi seperti ini, kita bisa menggunakan format atau bentuk dan cakupan hukum untuk menunjukkan seperti apa kekuatan itu. Peraturan yang diloloskan pada tahun 1935[48] tidak membolehkan para pensiunan untuk mencari nafkah dengan upah tertentu setelah usia pensiun. Tidak masalah bila mereka memiliki pendapatan dari saham, obligasi, sewa atau pemberian dari anak-anak, tetapi bukan

penghasilan dari pekerjaan. Dalam periode ini terjadi banyak sekali pengangguran. Para pekerja ingin agar para pekerja yang tua keluar dari pasar kerja, walhasil ketentuannya mencerminkan kekuasaan dan kepentingan kaum pekerja yang terorganisir.

Tentu saja penalaran ini memutar. Namun teori tersebut bukan hendak membuktikan melainkan hendak mengajukan hipotesis-hipotesis dan mengungkap strategi-strategi penelitian. Andaikan ada pertanyaan, Mengapa peraturan hukum tertentu mengambil bentuk demikian? Bagaimana cara kita meneliti persoalan ini? Ke mana kita akan mencari tahu? Apa hipotesis awalnya? Jika tekanan-tekanan sosial menghasilkan perubahan hukum, maka inilah titik di mana kita bisa mulai – bukan dengan konsep-konsep hukum, bukan dengan pemikiran hukum formal, bukan dengan analisis logis mengenai keadaan hukum sebelumnya, bukan dengan struktur, bukan dengan sejarah, dalam pengertian doktrinal. Gagasannya adalah bahwa untuk menemukan hasil-hasil terbaik yang paling masuk akal kita perlu mencari penjelasannya di masyarakat. Dengan demikian "teori-teori" sosial menjadi kerangka konseptual yang berguna untuk mempelajari fenomena hukum. "Teori sosial mengenai hukum" tidak dengan sendirinya menjelaskan perilaku hukum. Ia bahkan mungkin tidak layak untuk dinamakan sebagai "teori" sama sekali.[49] Bagaimanapun juga, cara-cara lain untuk meneliti hukum memiliki kelemahan yang lebih parah dan tidak memberikan hasil yang memuaskan. Teori sosial adalah suatu sikap, pendekatan, kerangka konseptual, sebuah titik awal menuju terbentuknya penjelasan mengenai tindakan-tindakan hukum dan perilaku hukum. Kita tidak perlu mengabaikan doktrin-doktrin, kerangka, atau teori lain sepenuhnya. Fakta-fakta yang ada mungkin mendukung semua itu dengan begitu kukuhnya sehingga kita tidak bisa menyangkalnya. Akan tetapi hal itu akan muncul kemudian, kalaupun memang ada.

Sebuah teori hukum yang komplet akan berwujud sebuah teori sosial, dengan mencakup struktur sosial dan nilai-nilai yang dianut oleh para aktor hukumnya. Pada akhirnya, kultur membentuk nilai-nilai ini, yang dipilih oleh orang atau yang ditanamkan pada diri mereka oleh orang tua atau guru mereka. Nilai-nilai dan cita-cita mirip dengan pakaian yang terpajang di rak toko. Orang-orang memilih apa yang mereka sukai sesuai ukuran mereka; toko dan pabrik merumuskan pilihan-pilihan jangka pendek; pelanggan merasakan efek jangka panjang. Begitu pula, struktur pun pada hakikatnya adalah produk kultur. Struktur merupakan pola-pola perilaku yang bertahan dari waktu ke waktu – wadah atau bejana

yang pelan-pelan dibentuk oleh kultur. Dalam jangka panjang, struktur dan nilai-nilai serta kekuatan sosial berpadu menjadi satu. Namun ungkapan "jangka panjang" tidak terlalu tepat. Sebagai persoalan praktis sehari-hari, ketiga konsep itu – struktur, nilai dan kekuatan sosial – bisa dan mungkin perlu tetap dibedakan.

HUKUM DAN OPINI PUBLIK

Kita biasa mendengar bahwa hukum "mencerminkan (atau tidak mencerminkan) opini publik." Ungkapan "opini publik" bisa agak membingungkan. Hukum tidak dihasilkan oleh opini mayoritas seperti halnya ketika seorang presiden dihasilkan oleh suara mayoritas. Naif kiranya kalau kita membayangkan bahwa opini mayoritas dari orang-orang kebanyakan otomatis menjadi hukum. Negara-negara otoritarian bahkan tidak mendekati gambaran ini sama sekali. Juga ada banyak perbedaan di antara sistem-sistem parlementer, walaupun sama-sama terselenggara pemilihan umum. Sistem hukum dengan tepat mencerminkan ketidaksetaraan kekayaan, kekuasaan, dan prestise ini. Lebih dari itu, orang-orang memiliki keahlian dan intensitas perasaan yang berbeda. Mereka mungkin memilih untuk mengarahkan pengaruh mereka pada tema tertentu tetapi bukan pada tema lainnya. Opini publik yang diukur oleh jajak pendapat Gallup tidak selalu menggambarkan pengaruh *kekuatan sosial yang sebenarnya* terhadap hukum, bahkan dalam sebuah iklim demokrasi sempurna dengan orang-orang yang berpendapatan setara.

Studi-studi mengenai hukum dan opini publik tidak banyak dilakukan orang. Salah satu studi yang terkenal dibuat oleh Julius Cohen, Reginald A. Robson dan Alan P. Bates.[50] Mereka tertarik meneliti tentang "pemahaman moral masyarakat." Mereka mewawancarai para penduduk Nebraska. Mereka mengajukan pertanyaan-pertanyaan tentang hak dan kewajiban orang tua dan anak dan di sana didiskusikan situasi-situasi pengandaian. Sebagai contoh, mereka bertanya apakah menurut mereka orang tua harus mengontrol agama anak-anak mereka, dan apakah orang tua bisa tidak memberi warisan pada anak-anak mereka. Mereka menghitung dan memilah jawaban yang diberikan dan mencocokkannya dengan keadaan hukum yang sebenarnya. Mereka mengklaim bahwa mereka menemukan kesenjangan besar antara "opini publik" seperti yang mereka amati dan hukum seperti yang mereka pahami. Sebagai contoh, hukum Nebraska, seperti hukum Amerika pada umumnya, membolehkan orang

tua sepenuhnya untuk tidak memberikan warisan kepada anak-anak yang belum dewasa. Namun hampir dua-pertiga orang Nebraska merasa bahwa hal seperti itu salah, dan 93,4% berpendapat bahwa hukum tidak seharusnya membiarkan orang tua untuk tidak memberikan warisan kepada anak yang masih kecil, meskipun dalam kenyataannya hal ini bisa dilakukan.

Cohen dan rekan-rekannya jelas mengukur opini publik jenis tertentu, tetapi bukan jenis "opini publik" yang menjadi sumber mata air hukum. Mereka memilih subjek mereka secara acak; mereka menanyakan pertanyaan-pertanyaan abstrak, mengabaikan fakta apakah para responden memiliki anak atau tidak, pernah berurusan dengan hukum keluarga; atau apakah orang-orang itu sudah beropini demikian sebelum saatnya dilakukan jajak pendapat. Se-riil apa problema-problema ini bagi para subjek? Apakah mereka atau kerabat mereka pernah berpikir untuk tidak memberikan warisan kepada anak mereka? Apakah mereka memiliki cukup uang untuk sampai mempersoalkan hal ini? Sejauh mana pengetahuan mereka tentang konflik agama antara orang tua dengan anaknya? Tidak diragukan lagi bahwa banyak di antara mereka yang tidak memiliki opini sama sekali sampai ketika seseorang dengan buku catatan mendatangi mereka. Opini yang tidur, opini laten, bukan merupakan kekuatan sosial; dan yang membentuk hukum adalah kekuatan sosial.

Seperti telah kami sebutkan, akan keliru kalau kita berasumsi bahwa keadaan semua orang adalah setara, secara legal dan politis. Kesetaraan adalah gagasan etika, namun hal itu bukan realitas. Jika kita bertanya pada orang-orang produk apa yang paling ingin mereka beli, kita akan mendapatkan sederet daftar pilihan. Ini menunjukkan apa yang diinginkan oleh konsumen, tetapi untuk memprediksi perilaku mereka kita perlu mengetahui kemampuan mereka, berapa banyak uang yang akan mereka siapkan untuk membeli mobil baru atau televisi berwarna, dan pilihan apa yang akan mereka buat jika kedua hal itu berbenturan. Pasar mencerminkan pilihan individu. Di samping itu, sebagian orang memiliki lebih banyak uang untuk dibelanjakan daripada orang lainnya; karena itu, jelas opini mereka lebih besar pengaruhnya. Begitu pula halnya jika kita ingin menjelaskan atau memprediksi bagaimana pertunjukan di sebuah gedung opera, akan merupakan hal yang absurd jika kita menggunakan jajak pendapat Gallup. "Opini publik" *memang* bisa mempengaruhi tingkat keramaian pertunjukan tersebut. Namun demikian, orang-orang yang tidak suka musik dan yang tinggal 1.000 mil jauhnya tidak akan berpendapat apa-apa; jika kita membujuk mereka agar beropini, hal itu tidak akan ada

artinya. Orang-orang yang kaya itulah yang mungkin menjadi penentu. Pengaruh mereka secara wajar juga lebih besar dibandingkan mahasiswa miskin yang suka musik namun hanya mampu menyisihkan uangnya untuk bisa membeli tiket setahun sekali, itupun untuk kelas penonton berdiri.

"Opini publik" yang mempengaruhi hukum mirip dengan kekuatan ekonomi yang menciptakan pasar. Kemiripan ini bisa dilihat pada dua segi yang penting. Pertama, ada sebagian orang, tetapi hanya sebagian, yang memiliki kepentingan yang cukup akan komoditas tertentu sehingga komoditas itu menjadi terasa penting; kedua, ada sebagian orang yang memiliki lebih banyak kekuasaan dan kekayaan daripada yang lainnya. Pada salah satu ujung terdapat sosok-sosok seperti presiden Amerika dan General Motors; di ujung lainnya ada para pekerja migran, bayi, dan para narapidana di penjara San Quentin.

Namun demikian, walaupun bila semua orang berpenghasilan sama, mereka tidak akan membelanjakan uangnya untuk membeli barang dan jasa yang sama. Satu orang akan membeli lebih banyak pakaian; yang lainnya makanan kegemarannya. Begitu pula, bahkan dalam sebuah "demokrasi yang sempurna," di mana setiap orang memiliki potensi pengaruh yang sama, orang-orang akan memberikan pengaruh mereka (dalam batas-batas tertentu) pada persoalan yang berbeda, menurut apa yang sesuai bagi mereka. Secara umum orang mengumpulkan, menimbun dan membelanjakan kekuasaan mereka persis seperti halnya mereka mengumpulkan, menimbun dan membelanjakan dolar mereka. Dua orang yang memiliki energi atau kekuatan politik sama mungkin menggunakannya dengan cara yang amat berbeda. Yang satu mungkin tidak melakukan apa-apa; yang lainnya mungkin menulis, berbicara, mempengaruhi, dan berkampanye.

Pihak legislatif tentu saja amat sadar bahwa sebagian orang berbeda daripada yang lainnya dari segi uang, bakat, atau pilihan yang mereka ambil. Mereka tahu bahwa 100 orang konstituen yang kaya dan berpengaruh, yang dengan gigih menentang obat-obatan murah akan mengalahkan ribuan orang konstituen yang miskin dan lemah, yang mendukung kebijakan itu dengan biasa-biasa saja. Sebagian besar orang tidak berteriak, mengancam, atau menulis surat. Mereka tetap tinggal diam dan tersembunyi, kecuali penghitungan per kepala menunjukkan bahwa mereka ada. Inilah "mayoritas diam"; yang menjadi paradoks, kelompok ini hanya berpengaruh ketika mereka memecah sikap diam mereka – ketika mereka bergerak atau digerakkan oleh pihak lain.

Kelemahan studi Cohen, Robson, dan Bates adalah karena mereka mengabaikan unsur ketidaksetaraan dan intensitas tersebut. Opini publik mereka adalah sebuah konsep di mana segala intensitas dihilangkan.[51] Data mereka bisa dipandang sebagai data opini publik dan pengaruhnya hanya jika seluruh persoalannya diputuskan melalui referendum, jika semua persoalan dipisahkan satu dari yang lainnya, tidak boleh ada tukar suara, setiap orang harus memilih, dan yang berlaku adalah suara mayoritas, sehingga prosesnya bisa mengesampingkan "keragaman intensitas pilihan di antara para pemilih."[52] Dalam sebuah masyarakat yang memutuskan segala sesuatunya melalui referendum seperti ini, jika hukum dan "opini publik" *merupakan* hal yang amat berbeda, kita bisa membayangkan adanya semacam "kesenjangan kultur." Tentu saja tidak ada masyarakat seperti itu di dunia nyata. Tindakan-tindakan hukum saling berkaitan, dan intensitas akan menghasilkan dampak pada hukum.[53]

Studi Nebraska juga mengabaikan problema struktur. Pertanyaan-pertanyaan yang diajukan mengabaikan persoalan institusional., misalnya, orang-orang tidak diberitahu apa implikasi dari peraturan terhadap struktur yang menjalankannya. Karena orang-orang sedikit sekali mengetahui apa yang membuat sistem hukum berjalan, maka sulit mengatakan secara persis apa yang mereka maksudkan. Jika kita bertanya apakah harus ada hukum yang melarang buku-buku cabul, kebanyakan orang mungkin akan menjawab "ya." Akan tetapi orang-orang yang sama itu tidak *selalu* akan menjawab ya jika kita bertanya apakah harus ada sebuah komisi yang terdiri atas tiga orang – dua pensiunan polisi dan seorang pendeta – untuk menyensor setiap film dan buku-buku, dan apakah ketiganya berhak melarang buku atau film yang dianggap melanggar ketentuan. Apakah mereka setuju bila setiap orang yang membaca buku cabul dikenai hukuman mati? Apakah mereka ingin agar pengadilan menyensor setiap majalah? Apa pendapat mereka mengenai satu di antara sekian lusin alternatif struktural? Implikasi-implikasi struktural dalam perubahan "hukum" bukannya tidak relevan. Semua itu adalah jantung dari sistem hukum. Bila kita tidak memasukkan hal-hal itu dalam pertimbangan, maka apa yang kita ukur bukanlah sikap tentang *sistem hukum* melainkan sikap tentang sesuatu – atau sebut saja sebagai norma – yang kabur, tercerai berai, dan tidak alamiah, yang tidak bisa hidup dengan sendirinya, hanya rekayasa laboratorium belaka. Tentu saja, pembahasan mengenai semua alternatif struktural mungkin memerlukan sebuah kuesioner tebal berisi ratusan halaman. Orang-orang Nebraska atau daerah lainnya tidak akan sanggup mengisi-

nya. Fakta yang disayangkan namun benar adanya ini menjadi penghalang besar bagi ilmu opini publik. Hal itu juga yang menjadi penghalang bagi efektivitas "opini publik" itu sendiri.[54]

Selain itu, isu-isu yang diangkat pun disodorkan dalam bentuk paket-paket. Padahal sebuah sikap berkaitan dengan sikap lainnya, sebuah perilaku dengan perilaku lainnya. A. V. Dicey mendefinisikan opini publik sebagai "arus opini yang tengah berlaku atau mendominasi," sebagai "sekumpulan keyakinan, anggapan, sentimen, prinsip-prinsip yang diterima, atau praduga-praduga yang tertanam dengan kuat .... *dan berpadu menjadi satu.*"[55] Sikap mengenai anak-anak mungkin berkaitan erat dengan sikap mengenai hak-hak perempuan; akan keliru bila kita meneliti sebuah opini tanpa menunjukkan keterkaitannya dengan opini yang lain. []

CATATAN AKHIR

[1] Kemungkinan lain adalah apa yang disebut oleh N. S. Timasheff sebagai "monisme hukum" – teori bahwa hukum tidak ditentukan oleh "elemen-elemen lain dalam kultur," melainkan sebaliknya, hukumlah yang menentukan mereka. Teori-teori hukum alam dan ilahi mengandung nada seperti ini. Lihat N. S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law* (1939), h. 327-328.

[2] Hukum jelas bukan merupakan sains eksperimental; geometrilah yang bisa jadi merupakan model lebih baik daripada sains alam lainnya. Geometri bersifat pasti dan deduktif serta tidak dibatasi oleh kultur, sekurang-kurangnya menurut sudut pandang yang sehat.

[3] Lihat h. 11.

[4] *Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co. v. Minnesota* 134 U. S. 418 (1890).

[5] *Lochner v. New York* 198 U. S. 45 (1905).

[6] Lihat Howard Jay Graham, *Everyman"s Constitution* (1968), khususnya bab 1 dan 2.

[7] Untuk analisis semacam ini, lihat misalnya Arnold M. Paul, *Conservative Crisis and the Rule of Law: Attitudes of Bar and Bench*, 1887-1895 (1960) dan Lawrence M. Friedman, "Freedom of Contract and Occupational Licensing, 1890-1910: A Legal and Social Study," 53 *Calif. L. Rev.* 487 (1965).

[8] Sebagian ahli hukum Jerman juga menolak teori bahwa hukum semata-mata bersifat sosial dan utilitarian. Menurut mereka, gagasan bahwa hukum hanya mengekspresikan kekuatan sosial bisa jadi membuka jalan bagi amoralitas hukum Nazi. Lihat, misalnya, Ilse Staff, ed., *Justiz im Dritten Reich* (1964), h. 11-16.

[9] Tembakan pembukanya adalah buku C. Herman Pritchett, *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values*, 1937-1947, diterbitkan pada tahun 1948, yang dalam penilaian Glendon Schubert merupakan "upaya besar pertama

yang sesungguhnya untuk melepaskan diri dari masa lalu." Glendon Schubert, *Judicial Decision Making* (1963), h. 2.

[10] Literatur mengenai hal ini banyak. Lihat Glendon Schubert, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior* (1959) dan *The Judicial Mind* (1965); Joel Grossman, "Role Playing and the Analysis of Judicial Behavior: The Case of Mr. Justice Frankfurter," 11 *J. Pub. L.* 285, 293 (1962); Theodore L. Becker, *Political Behavioralism and Modern Jurisprudence* (1961) dan *Comparative Judicial Politics, the Political Functionings of Courts* (1970).

[11] S. A. Golunskii dan M. S. Strogovich, "The Theory of the State and Law," dalam *Soviet Legal Philosophy*, terj. Hugh W. Babb (1951); lihat "Marx et le Droit Moderne," esei koleksi dalam jil. 12, *Archives de Philosophie du Droit* (1967); untuk tinjauan ringkasnya, lihat Harold J. Berman, *Justice in the U. S. S. R.* (1963), bab 1; K. Zweigert dan H. Kotz, *Einfuhrung in die Rechtsvergleichung* (1971) jil. Ini, h. 349-358.

[12] Lihat Julius Stone, *Social Dimensions of Law and Justice* (1966), h. 86-111. Yang cukup menarik, riset Savigny sendiri tidak berfokus pada hukum adat Jerman, melainkan pada hukum Romawi dan mengacu pada konsep-konsep aliran Pandektis secara berlebihan. K. Zweigert dan H. Kotz, h. 170-172.

[13] Lihat h. 68.

[14] Lihat h. 205-207.

[15] Jerome Frank, yang menulis pada tahun 1930, dalam *Law and Modern Mind* (Anchor ed., 1963), mengamati bahwa para hakim memutuskan kasus-kasus mereka bukan dengan merujuk pada hukum, melainkan dengan mengikuti emosi dan intuisi. "Pendapat bahwa hukum bersifat teguh, tetap, dan mapan" adalah "mitos belaka," hukum adalah produk dari "kebutuhan seorang anak akan seorang ayah otoritatif." Ia berpendapat bahwa para hakim semestinya "berpatokan pada ... pembawaan alamiah manusia," h. 21, 22, 156, 158. Untuk pembahasan psikologis oleh para ahli hukum, lihat Walter O. Weyrauch, *The Personality of Lawyers* (1964) dan Wolfgang Kaupen, *Die Huter von Recht und Ordnung* (1969), keduanya membahas kasus Jerman Barat.

[16] Roscoe Pound, "The Economic Interpretation and the Law of Torts," 53 *Harv. L. Rev.* 365, 366 (1940).

[17] Richard D. Schwartz, "Social Factors in the Development of Legal Control: A Case Study of Two Israeli Settlements," 63 *Yale L. J.* 471 (1954). Sebuah pembahasan teoretis yang menarik mengenai proses formalisasi hukum, dan mengapa hal itu terjadi ditulis oleh Austin T. Turk, *Legal Sanctioning and Social Control* (1972). Turk menyebut proses tersebut sebagai legalisasi.

[18] H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), h. 89.

[19] Hart, h. 89-91; lihat Stuart A. Schlegel, *Tiruray Justice* (1970), h. 54-57.

[20] Demikian pula halnya dengan keberadaan banyak masyarakat sederhana yang tidak memiliki institusi formal untuk menegakkan hukum tetapi memberikan "kewenangan" kepada penengah atau pihak ketiga dan menerima keputusan

mereka dengan patuh. Lihat John H. Hamer, "Dispute Settlement and Sanctity: an Ethiopian Example," 45 *Anthropological Q.* 232 (1972).

[21] John A. Gardiner, *Traffic and Police, Variations in Law Enforcement Policy* (1969), h. 147-148.

[22] Lihat Vilhelm Aubert, "Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and Conflict Resolution," 7 *J. Conflict Resolution* 26 (1963). "Konflik kepentingan" harus dibedakan dari konflik nilai-nilai, fakta, atau keyakinan. Lihat h. 225-227.

[23] Joseph Gusfield, "Moral Passage: The Symbolic Process in Public Designations of Deviance," 25 *Social Problems* 175 (1967).

[24] Lihat Stephen R. Goldstein, "The Scope and Sources of School Board Authorit to Regulate Students Conduct and Status: A Nonconstitutional Analysis," 117 *U. Pa. L. Rev.* 373 (1969).

[25] Bandingkan juga kasus Komisi Kecelakaan Industri California, seperti dijelaskan dalam buku Philippe Nonet, *Administrative Justice* (1969), h. 174-175, di mana prosedur-prosedur informal, di bawah tekanan kelompok-kelompok kepentingan, harus diganti dengan prosedur-prosedur yang lebih "legalistik."

[26] C. F. R. 20.1 (a).

[27] Hukum tersebut adalah "Health Insurance for the Aged Act," 79 Stats. 290, Act of July 30, 1965; mengenai latar belakangnya, lihat Richard Harris, *A Sacred Trust* (1966); Max J. Skidmore, *Medicare and the American Rhetoric of Reconciliation* (1970).

[28] Lihat Lawrence M. Friedman, *Government and Slum Housing: A Century of Frustration* (1968), h. 184-186.

[29] Lawrence M. Friedman, *Government and Slum Housing* (1968), h. 186.

[30] Samuel P. Huntington, "The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroads and the Public Interest," 61 *Yale L. J.* 467 (1952). Ada pandangan lain mengenai sejarah regulasi perkeretaapian. Gabriel Kolko, misalnya, berpendapat bahwa hasil seperti ini memang sudah dirancang: perusahaan kereta api telah berperan sejak awal pembuatan peraturan tersebut, mereka membentuknya sedemikian rupa untuk memastikan bahwa komisi tersebut jinak dan tidak merugikan, *Railroads and Regulation, 1877-1916* (1965). Bagaimanapun juga para petani dan penumpang yang kurang terorganisir tidak bisa mengerahkan banyak kekuatan ketika hukum itu diloloskan. (Mereka memiliki sedikit kekuatan dan akses di badan legislatif.) Betapa pun juga, ICC harus hidup bersama perusahaan kereta api setiap harinya; mereka adalah sumber tekanan dan kekuatan sehari-hari baginya.

[31] Ada banyak literatur mengenai proyek reahibilitasi kota ini. Lihat terutama Scott Greer, *Urban Renewal and American Cities* (1965); Herbert Gans, *The Urban Villagers* (1962).

[32] Dua orang ahli meneliti sikap orang-orang Belanda terhadap pajak pertambahan-nilai. Mayoritas dari sampel menyetujui pajak itu sebelum

diberlakukan. Namun kemudian banyak orang yang mencela pajak tersebut. Kampanye pemerintah untuk menaikkan pajak itu telah berhasil, tetapi informasinya menjadi "kehilangan makna dan kekuatan ketika efek nyata hukumnya kelihatan jelas." Cees J. M. Schuyt dan Joop C. M. Ruys, "Die Einstellung gegenuber neuen sozialokonomischen Gesetzen," dalam *Zur Effektivitat der Rechts*, vol. 3, *Jahrbuch fur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1972), h. 565, 582.

[33] Lihat pembahasan Britt-Mari P. Blegvad dan Jette Moller Nielsen, "Recht als Mittel des sozialen Wandels," dalam *Zur Effektivitat des Rechts*, h. 430.

[34] Lihat Lawrence M. Friedman dan Stewart Macaulay, *Law and the Behavioral Science* (1969), h. 561-565.

[35] Edwin H. Sutherland, "The Diffusion of Sexual Psychopath Laws," 56 *Am. J. Sociology* 142 (1950).

[36] Meskipun demikian alasan Kongres mengambil libur pada hari Minggu pun pada akhirnya akan menuntut penjelasan sosial.

[37] William F. Ogburn, *Social Change with Respect to Culture and Original Nature* (1950), h. 199-280, lihat juga Yehezkel Dror, "Law and Social Change," 33 *Tulane L. Rev.* 787 (1959); Lawrence M. Friedman dan Jack Ladinsky, "Social Change and the Law of Industrial Accident," 67 *Colum. L. Rev.* 50, 72-77 (1967).

[38] Gabriel Almond dan G. Bingham Powell, Jr., *Comparative Politics, a Developmental Approach* (1966), h. 98.

[39] Kita mungkin bisa memperoleh gambaran tertentu mengenai kekuatan variabel struktural ini dengan melihat masalahnya dari sisi lain. Jika sistem-sistem politik yang secara struktural amat berbeda bisa melahirkan hasil-hasil yang sama, berarti strukturnya itu sendiri memiliki efek yang kecil. Lihat Thomas R. Dye, *Politics, Economics, and the Public: Policy Outcomes in the American States* (1966). Dye mendapati bahwa "variabel-variabel ekonomi lebih berpengaruh daripada karakteristik sistem politik dalam membentuk kebijakan publik di negara-negara bagian" (h. 296). Faktor-faktor seperti tatacara penjatahan di negara bagian atau kekuatan (atau kelemahan) sistem partai tidak menjelaskan perbedaan yang terjadi pada, misalnya, jumlah yang anggaran negara untuk sekolah-sekolah dan jalan raya. Tentu saja "karakteristik sistem" ini tidak persis sama dengan apa yang kami maksudkan sebagai struktur, namun studi tersebut tetap bernilai.

[40] Gerhard Brinkmann membahas kasus serupa yang terjadi di Jerman Barat dalam " Die Diskrimierung der Nicht-Juristen in allgemeinen hoheren Verwaltungsdiensten der Bundesrepublik Deutschland," 129 *Zeitschrift fur die Gesamte Staatswissenschaft*, no. 1, 150 (1973). Di dalamnya ia menyatakan bahwa hal-hal ini menghasilkan perbedaan besar, namun ia tidak memberikan bukti-bukti untuk menguatkan pandangannya ini. Mengenai ada atau tidak adanya dampak dari para pengacara dalam badan legislatif, lihat Heinz Eulau dan John D. Sprague, *Lawyers in Politics, A Study in Professional Convergence* (1964) dan Justin J. Green, John R. Schimdhauser, Larry L. Berg, dan David Brady, "Lawyers in Congress: A New Look at Some Old Assumptions," 26 *Western Pol. Q.* 440 (1973).

[41] Maurice Rosenberg, *The Pretrial Conference and Effective Justice* (1964).

[42] Harry Kalven dan Hans Zeisel, *The American Jury* (1966).

[43] John Thibaut, Laurens Walker, dan E. Allan Lind, "Adversary Presentation and Bias in Legal Decisionmaking," 86 *Harv. L. Rev.* 386 (1972).

[44] Ada banyak negara federal yang bersifat federal di atas kertas saja. Kedaulatan dan "kemerdekaan" yang ada pada republik-republik Soviet, misalnya, adalah mitos belaka.

* Code, kumpulan hukum perundangan dasar yang tersusun secara sistematis.

[45] 1 *Am. Law of Property* 2. 13. Tanah yang dimiliki sebagai *fee tail* – hal yang biasa pada Abad Pertengahan – akan turun serta-merta kepada "ahli waris" si pemilik. Dalam hukum abad pertengahan, tanah seperti itu tidak bisa dijual, diberikan, atau dialihkan melalui wasiat.

[46] Sebuah contoh klasik dalam hukum Inggris adalah pengadilan melalui duel, yang menjadi solusi pokok untuk kisah percintaan zaman pertengahan. Peraturan itu baru dihapus pada tahun 1819 ketika seseorang yang berperkara, secara keliru, memohon hak untuk berduel. Parlemen yang merasa malu kemudian menghapuskan peraturan tersebut. Theodore T. F. Plucknett, *A Concise History of the Common Law* (5th ed., 1956), h. 118; lihat juga h. 272.

[47] Lihat Heinz Eulau dan John D. Sprague, *Lawyers in Politics, A Study in Professional Convergence* (1964); J. Willard Hurst, *The Growth of American Law: The Lawmakers* (1954), h. 47.

[48] U. S. C. 403.

[49] Lihat Theodore J. Lowi, "American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory," 16 *World Politics* 677 (1964); ia mempertanyakan apakah kelompok kepentingan yang terkait dengan teori politik adalah benar-benar merupakan perwujudan dari teori tersebut.

[50] *Parental Authority: The Community and the Law* (1958).

[51] Lihat Walter J. Blum dan Harry Kalven, Jr., "The Art of Opinion Research: A Lawyer"s Appraisal of an Emergin Science," 24 *U. Chi. L. Rev.* 1, 15-19 (1956).

[52] Jeremy Buchanan dan Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (1962), h. 132.

[53] Mereka yang benar-benar peduli harus mampu mengakumulasikan suara mereka. Kesetaraan bisa berarti kekuatan untuk memilih, namun tidak berarti bahwa negara bisa memaksa seseorang untuk mendistribusikan suara dengan cara tertentu.

[54] Mengenai pembahasan strukturalnya, lihat review Luke Cooperider atas tulisan Cohen, Robson, dan Bates, 57 *Mich. L. Rev.* 1119 (1959). Alan Milner yang mereview studi tersebut dalam 21 *U. Pitt. L. Rev.* 147 (1957) berpendapat bahwa studi tersebut mungkin mencerminkan sikap orang tetapi bukan perilaku aktual mereka. Apa yang dikatakan orang dan bagaimana mereka bertindak bisa sangat berbeda. Milner juga menganggap bahwa para pengarang menggunakan pandangan

tentang hukum yang terlalu statis. Orang-orang yang diwawancarai memberikan jawaban yang berbeda ketika para pengarang menggunakan "fakta yang berbeda" untuk menilai pemahaman moral mereka secara lebih akurat. Namun tidak ada petunjuk bahwa jika seorang hakim dihadapkan pada perbedaan serupa, ia mungkin menemukan cara legal tertentu untuk menganggapnya sebagai hal yang signifikan untuk kemudian sampai pada keputusan yang sesuai dengan pemahaman moralnya. *Ibid.*, 148.

[55] *Law and Public Opinion in England during Nineteenth Century* (1920), h. 19-20. (Penekanan ditambahkan.)

BAB VII

HUKUM, KEKUASAAN, DAN STRUKTUR SOSIAL

Jadi, yang membentuk hukum bukanlah "opini publik," dalam pengertian yang dipahami oleh Cohen, Robson, dan Bates, melainkan kekuatan sosial yang benar-benar dikerahkan. Tetapi apa itu kekuatan sosial? Terbentuk dari apa "tekanan" itu? Tidak ada istilah yang bisa digunakan dengan mudah untuk menamakan sebuah unit kekuatan hukum atau politik. Unit kekuatan ekonomi cukup sederhana: uang – dolar. Unit hukum atau politik lebih licin, lebih abstrak. Kekuasaan, pengaruh, dan kekuatan adalah fenomena yang riil. Kekuasaan, kekuatan dan pengaruh sosial muncul dalam berbagai ukuran dan bentuk; kita bisa membandingkannya satu dengan lainnya. Kita bisa membicarakannya sebagai hal yang berukuran besar dan kecil. Kita bisa menggambarkan kekuasaan, pengaruh, dan kekuatan sosial sebagai hal yang terbagi menjadi unit-unit yang tidak sepenuhnya imajiner. Unit-unit ini, seperti dolar dalam banyak segi, memiliki karakteristik khusus. Sebagian hanya bisa digunakan sekali saja, seperti sebuah cek atau sengat seekor lebah. Yang lainnya bisa digunakan kembali atau diisi kembali, seperti batere. Sebuah surat yang ditulis seseorang kepada anggota kongres tidak menghalangi orang tersebut untuk berhenti menulis surat lainnya – dengan dampak yang setara. Dalam kasus tertentu, unit-unit kekuatan adalah seperti hak pilih – hak-hak tunggal untuk sekali waktu; dalam kasus-kasus lainnya, mereka seperti kekuatan fisik – sebuah pukulan atau tamparan – yang bisa diulang-ulang, walaupun tidak tanpa batas. Seperti uang, unit-unit itu bisa digunakan, disimpan, atau diinvestasikan.

Kita namakan kepemilikan tetap atas uang sebagai kekayaan. Kekayaan merupakan hal yang berpengaruh; kekayaan menciptakan kepercaya-

an (*kredit*). Seseorang yang kaya bisa mendapatkan barang tanpa uang kas, karena kreditnya bagus. Seorang yang memiliki kekuasaan atau intensitas memiliki kredit yang mirip pula. Seorang anggota legislatif akan merasa ragu untuk mengusulkan, memberikan suara atau menentang sebuah rancangan undang-undang, jika menurutnya rancangan tersebut akan merugikan atau mengusik kelompok konstituen yang berpengaruh, walaupun kelompok tersebut bahkan belum sampai menggunakan kekuatannya untuk menentang rancangan tersebut dan tidak mengetahui adanya rancangan itu.

Fakta ini, di antara sebab lainnya, membuat kekuasaan dan pengaruh menjadi subjek yang sulit dipelajari. Max Weber mendefinisikan kekuasaan sebagai "kemungkinan seorang aktor dalam sebuah hubungan sosial untuk berada dalam posisi tertentu sehingga bisa melaksanakan kehendaknya meskipun ia dihalangi."[1] Edward Banfield mendefinisikan "pengaruh" sebagai "kemampuan untuk membuat pihak lain bertindak, berpikir, atau merasa seperti yang dikehendaki oleh seseorang."[2] Terlepas dari definisi tersebut – tentu saja masih ada definisi lainnya – dan sejumlah studi yang menarik mengenai kekuasaan dan pengaruh,[3] banyak pertanyaan yang masih tersisa. Paling tidak dalam satu hal, kekuasaan terlalu sulit untuk diukur. Seorang pengamat bisa melihat dan merasakan apa yang berlangsung di sebuah kota, ia bisa membaca koran, ia bisa mencatat nama orang-orang yang nampaknya berkuasa untuk dijadikan sasaran aksi mogok, pemblokiran bandar udara, atau apa saja. Bagaimanapun juga, ia tidak melihat kekuasaan yang gaib, kekuasaan yang menentukan struktur masyarakat itu sendiri, yang membentuk "agenda berupa pilihan-pilihan" yang tersaji di meja untuk didiskusikan.[4] Kekuasaan membuat sebagian rencana dan gagasan menjadi hal yang pasti terlaksana dan yang lainnya menjadi hal yang mustahil. Tidak seorang pun di Amerika Serikat yang dengan serius membuat usulan untuk menyita semua pasar swalayan, merumahkan semua kepala polisi, atau menyerahkan tugas dewan sekolah kepada para pekerja dan petani. Tidak seorang pun di Uni Soviet yang mengusulkan untuk menjual pabrik-pabrik baja kepada para investor Jepang atau mendistribusikan secara bebas majalah *Playboy* versi bahasa Rusia. Rancangan-rancangan ini tidak akan pernah sampai pada tindakan. Tidak seorang penguasa pun yang perlu mengangkat jari untuk menghalangi mereka. Struktur kekuasaan, beserta sistem keyakinan yang berlaku, menentukan kepentingan dan harapan apa yang akan menjadi tuntutan riil.

Dalam sistem hukum ada proses-proses dan peraturan yang menciptakan dan memelihara struktur sosial. Peraturan-peraturan ini berasal dari masyarakat; masyarakat bisa dikatakan sebagai perancangnya. Pada saat yang sama, peraturan-peraturan ini membantu agar masyarakat tetap berjalan di jalurnya. Jalur tersebut bisa bersifat revolusioner atau konservatif. Di negara-negara Barat, proses-proses dan peraturan memastikan bahwa kekayaan merupakan sesuatu yang harus diperjuangkan atau dipertahankan. Peraturan-peraturan hukum memperbolehkan orang-orang untuk mewariskan kekayaan dan memberikannya pada anak-anak mereka; peraturan-peraturan mengizinkan keberadaan pasar saham dan membuka luas peluang atas kepemilikan pribadi. Tentu saja, masyarakat-masyarakat modern tidak simpel atau statis, juga bukan berupa mesin-mesin raksasa yang dimaksudkan untuk menjaga orang-orang kaya dan memeras orang-orang miskin. Negara-negara ini misalnya menyediakan layanan-layanan sosial, dan pada kebanyakan negara tersebut kelas menengah memiliki kekuasaan dan kekayaan yang cukup besar.

Sekali lagi, *rule of law* dan proses-proses hukum adalah produk dari kekuasaan. Semua itu juga merumuskan kekuasaan, dan semua itu memberikan petunjuk mengenai bagaimana kekuasaan bisa digunakan. Dengan demikian, pada jantung sistem terdapat proses-proses dan peraturan yang menjalankan unit-unit kekuasaan, mensahkan distribusinya, dan menjelaskan penggunaannya. Mereka mengizinkan atau melarang orang untuk mengumpulkan, menjual, menukarkan, atau memberikan unit-unit tersebut, dan menentukan dalam keadaan apa tindakan-tindakan demikian bisa dilakukan. Di bawah peraturan pemungutan suara yang lazim, orang-orang mengambil suara untuk memilih para wakilnya; dengan begitu orang-orang ini membuat peraturan. Ada referendum untuk memutuskan persoalan-persoalan tertentu, tetapi referendum bukan merupakan norma. Dalam sebuah referendum, masing-masing orang memiliki hak pilih; tidak seorang pun yang memiliki lebih dari satu suara. Tidak ada tawar-menawar dan tukar suara, khususnya jika pemungutan suaranya berlangsung rahasia dan jujur.[5] Akan tetapi biasanya, tawar-menawar dan tukar suara dalam pengertian tertentu memang dimungkinkan. Dalam badan legislatif, tukar suara merupakan urusan sehari-hari. Sudah menjadi rahasia umum apa yang disebut sebagai rancangan "proyek sekongkol", di mana seorang anggota kongres dari Florida bersedia memberikan suaranya mendukung pembuatan bendungan di Wyoming, jika rekan dari Wyoming itu juga memberikan suara dukungan bagi proyek pembuatan kanal di Florida.

Yang lebih umum lagi adalah apa yang disebut oleh Buchanan dan Tullock sebagai "alih-suara tersamar." Para pengusaha "politik" membuat perpaduan kebijakan yang kompleks yang dimaksudkan untuk menarik dukungan para pemilih. Dalam melakukan hal itu, mereka berpegang pada fakta bahwa seorang pemilih bisa jadi amat berkepentingan dengan hasil dari isu tertentu sehingga ia akan memilih salah satu partai yang mendukung persoalan tersebut, sungguhpun ia mungkin menentang pendirian partai itu dalam isu-isu lainnya.[6] Tentu saja seorang kandidat juga manusia yang memiliki nilai-nilai dan sikap. Seorang anggota legislatif serupa dengan aktor hukum lainnya, ia terkadang mengikuti kesadaran nuraninya dan terkadang merespon tekanan dari para pemilih, ketua partai, atau Gedung Putih.

Untuk mudahnya, ada tekanan-tekanan jangka panjang dan jangka pendek yang bekerja di dalam hukum. Sebagian kekuatan sosial bekerja pelan-pelan menghasilkan struktur-struktur dan institusi, menciptakan model dan modal kepribadian. Tekanan-tekanan jangka pendek berlangsung cepat, seperti kilat, menghantam langsung dalam bentuk tuntutan konkret. Tekanan jangka pendek mirip dengan cuaca; tekanan jangka panjang mirip dengan iklim. Pada intinya, udara, air, dan angin itulah yang menjadi unsur dari keduanya.

PERILAKU YUDISIAL

Tidak perlu kelihaian tertentu untuk melihat kekuatan sosial yang bekerja di majelis-majelis hasil pemilihan. Para pelobi berkeliling sambil berbisik-bisik di seluruh penjuru aula. Para anggota legislatif mengkampanyekan janji-janji. Para pemilih mendekati anggota kongres secara langsung. Mereka secara terbuka mengancam akan melakukan tindakan balasan terhadap seorang anggota kongres yang memberikan suara pada apa yang mereka pandang salah. Para petani, serikat dagang, pabrik-pabrik, dan para konsumen dengan gamblang menyebutkan harga atas dukungan mereka. Betapa pun juga, di pengadilan semua pihak tidak berbicara tentang kepentingan. Mereka tidak secara terbuka mengancam hakim, walaupun hakimnya adalah hasil pemilihan. Para pihak yang berperkara mengikuti aturan permainan yang ketat. Mereka mengajukan permohonan kepada "hukum" dan menyembunyikan motivasi mereka di balik ungkapan-ungkapan hukum.

Gaya ini menyembunyikan persoalan-persoalan sosial dan tuntutan-

tuntutan sosial. Di permukaan, sepertinya faktor-faktor lain yang mempengaruhi perilaku yudisial – salah satunya *variabel struktural* – yakni faktor peraturan-peraturan mengenai prosedur dan jurisdiksi, etiket dan kebiasaan pengadilan. Penjelasan lainnya adalah "hukum" itu sendiri. Hakim berpegang pada prinsip yang benar secara hukum atau mendengarkan argumen hukum yang lebih baik.

Tidak diragukan lagi, faktor-faktor ini memang penting bagi kasus-kasus individu dan dalam jangka pendek. Barangkali hal-hal itu bahkan lebih besar artinya dibandingkan dampak dari nilai-nilai dan sikap hakim dan tekanan kepentingan dan peristiwa tertentu. Dalam jangka panjang, faktor-faktor ini luntur: nilai-nilai hakim, peraturan mengenai prosedur, keahlian para pengacara, dan logika hukum. Yang tersisa adalah masyarakat: kekuatan-kekuatan sosial dan ekonomi yang konkret. Pada dasarnya, argumennya sama dengan yang ada pada badan legislatif. Untuk apa masyarakat mesti memberi toleransi kepada sistem pengadilan yang terus-menerus memproduksi hasil-hasil yang "salah"?

Para ahli hukum, khususnya di negara-negara *common law*, banyak menghabiskan waktu mereka untuk mendiskusikan kinerja pengadilan. Keahlian khusus mereka adalah dalam hal analisis peraturan-peraturan hukum sebagaimana yang dinyatakan dan diubah oleh pengadilan-pengadilan banding. Mereka cenderung untuk membesar-besarkan pentingnya arti kasus-kasus dan hakim. Satu contoh yang bagus, seperti sudah disebutkan, adalah opini Benjamin Cardozo dalam kasus *MacPherson v. Buick Motor Co.*[7] Dalam kasus yang terkenal ini, sebuah roda terlepas dari mobil MacPherson; ia terluka dan menggugat pabrik pembuat mobil tersebut. Opini Cardozo, di Pengadilan Banding New York, menghasilkan keputusan bahwa pihak pabrik memikul tanggung jawab atas produknya (liabilitas produk). Kasus itu pun "langsung diterima sebagai patokan umum," dan dalam waktu empat puluh tahun, menjadi "hukum universal" di Amerika Serikat.[8]

Catatan tersebut sudah jelas. Tidak bisa disangkal lagi, liabilitas produk telah mengalami peningkatan luar biasa dalam abad ke-20. Hukum memberikan semakin banyak perlindungan bagi konsumen dalam menghadapi produsen. Jika Kasus Perusahan Buick Motor itu berjalan ke arah yang berbeda, apakah hal itu akan menghentikan tumbuhnya liabilitas produk yang tengah bersemi? Mengapa opini Cardozo mempengaruhi pengadilan-pengadilan lainnya? Apakah hal itu disebabkan oleh daya opininya? Atau apakah memang hasilnya yang sudah demikian adanya?

Kita tidak mengetahui jawabannya, namun kita bisa membuat satu dua perkiraan. Cardozo adalah seorang hakim yang ahli dan terkenal, tetapi opini-opini hakim yang biasa pun telah menjadi "kasus-kasus penuntun" di banyak bidang hukum. Arthur Goodhart telah menulis: "Walau terdengar paradoks, hukum seringkali bergantung pada para hakim yang lemah alih-alih pada para hakim yang kuat. Suatu penalaran yang kacau seringkali bisa menghasilkan hukum yang bagus."[9] Sebagai sebuah contoh, ia mengemukakan tentang kasus *Priestley v. Fowler*,[10] sebagai pemicu berlakunya peraturan rekan-kerja (*fellow-servant rule*) yang tidak bermutu. "Dua alasan yang menjadi pijakan keputusan Lord Abinger," kata Goodhart, "nyata-nyata keliru"; dan peraturan kasus tersebut terbukti "absurd" dan "tidak adil."[11] Barangkali liabilitas produk adalah gagasan yang memang sudah tiba masanya. Barang-barang diproduksi dan diiklankan secara nasional, dan ada gagasan-gagasan baru di kalangan warga mengenai siapa yang harus bertanggung jawab bila ada kerugian yang disebabkan oleh produk. Jika demikian, maka opini Cardozo hanyalah sebuah kebetulan. Barangkali opini itu memang turut mendorong sesuatu yang tengah bergerak ke arah tertentu secara institutional, namun tidak lebih dari itu. Dengan kata lain, opini Cardozo mungkin sekali telah membantu terbentuknya sebuah kasus hukum *retoris*—penentuan mengenai argumen apa yang hendak digunakan. Hal itu mungkin berpengaruh terhadap sejauh mana pengadilan-pengadilan akan melangkah, berlawanan dengan badan legislatif atau lembaga-lembaga lainnya berkenaan dengan hukum liabilitas produk. Opini Cardozo bukan hal yang remeh, tetapi masih jauh dari sebuah "rekayasa sosial." Lord Abinger mungkin menghasilkan dampak jangka panjang pada hukum kecelakaan industri setara dengan Cardozo pada liabilitas produk. Peraturannya yang "absurd" dan "tidak adil" bisa berhasil, bukan karena hal itu bersifat meyakinkan, melainkan karena masyarakat tengah bergerak ke arah pola hubungan industri di mana mereka tinggal membutuhkan peraturan dengan fungsi dan kedudukan yang pasti.

TEORI-TEORI PENGAMBILAN-KEPUTUSAN YUDISIAL

Unsur-unsur apa yang menentukan keputusan seorang Cardozo atau hakim manapun? Seperti telah kami sebutkan, ilmu politik modern telah berusaha menghadapi persoalan tersebut dengan keketatan ilmiah. Para cendekiawan berkonsentrasi pada Mahkamah Agung Amerika Serikat,

menggunakan berbagai metode dan materi. Sebagian telah memanfaatkan berkas-berkas pengadilan dan arsip-arsip lainnya.[12] Secara umum, sumber-sumber seperti ini terbatas sifatnya. Mahkamah bekerja secara diam-diam, begitu juga para hakim tidak mau diwawancarai atau menjawab kuosioner. Dengan demikian para peneliti pengadilan lebih mengandalkan kasus-kasus yang terpublikasi.

Hampir bisa dipastikan bahwa setiap ilmuwan politik yang menggunakan teknik-teknik behavioral akan menolak pemikiran hukum tradisional. Mereka yakin bahwa *rule of law* tidak akan menentukan bagaimana hasil dari sebuah kasus. Sebaliknya, mereka memandang *hakim* itu sendiri sebagai kunci penentu – sikap-sikap dan nilai-nilainya. Mereka mencoba mengklasifikasi atau melabeli para hakim menurut sikap-sikap ini; mereka kemudian memverifikasi label tersebut dengan mengamati bagaimana para hakim memutuskan kasus-kasus yang semestinya melibatkan sikap tertentu. Misalkan kita melabeli Hakim X sebagai sahabat hak-hak sipil dan Hakim Y sebagai seorang musuh hak-hak sipil. (Kita mendapat label-label ini dengan membaca kasus-kasus sebelumnya atau dari apa yang kita ketahui mengenai para hakim yang telah pensiun.) Dalam beberapa kasus kita menemukan bahwa Hakim X selalu mengambil keputusan dengan memenangkan pihak tertentu yang kita pandang cenderung pada hak-hak sipil; Hakim Y sebaliknya. Hal ini menjadi verifikasi bagi label-label itu; pada saat yang sama, hal itu memperkuat opini kita bahwa sikap hakim menentukan hasil kasus-kasusnya.[13]

Scaling (Pemeringkatan) juga merupakan teknik yang telah diupayakan. Para ilmuwan politik membuat peringkat atau skala untuk mengukur kepekaan terhadap kebebasan sipil, liberalisme ekonomi, simpati terhadap pihak-pihak yang terpinggirkan, dll.[14] Mereka kemudian menyusun secara urut para hakim dari liberal ke konservatif, menurut cara para hakim itu dalam memutuskan kasus-kasus pada periode tertentu. Skala itu berhasil jika memenuhi pengujian-pengujian matematis tertentu. Ketika ini berhasil, peneliti bisa yakin bahwa ia menemukan sumber sikap yang benar-benar mempengaruhi hasil-hasil. Konon sudah ada keberhasilan semacam itu, sungguhpun para ahli lain mempertanyakan metode dan hasilnya.[15]

Ada sumber-sumber data lainnya. David Danelski menganalisis pidato-pidato hakim yang sudah tidak berdinas, melihat seperti apa "nilai-nilai" hakim tersebut.[16] Para cendekiawan lainnya mengirimkan kuosioner atau mempelajari latar belakang dan afiliasi partai dari para hakim.[17] Studi-studi ini telah menampakkan hasil-hasil tertentu. Salah satu studi

menunjukkan bahwa kalangan Demokrat di Mahkamah Agung Michigan "lebih peka" daripada kalangan Republik terhadap "klaim-klaim orang yang menganggur dan dirugikan."[18] Walaupun demikian, perbedaannya tidak terlalu mencolok, dan studi belakangan mengenai pengadilan distrik federal tidak mampu menemukan hubungan antara afiliasi partai dan hasil-hasil persidangan dalam kasus-kasus kebebasan sipil.[19] Secara umum, latar belakang para hakim tidak membawa kita terlalu jauh. Joel Grossman berkesimpulan bahwa "apakah para hakim itu Republikan atau Katolik atau pengacara perusahaan atau profesor hukum, semua itu hanya menunjukkan sebagian saja dari kisah keseluruhannya." Lebih dari itu, para cendekiawan telah mengukur sikap-sikap dengan agak kurang cermat dan mengabaikan kasus-kasus dengan suara bulat hakim yang merupakan kasus mayoritas paling tidak di pengadilan-pengadilan negara bagian.[20]

Kelemahan riset terhadap sikap ini mendorong mereka mencari faktor-faktor lain yang menentukan keputusan. Sebagian, misalnya, berpendapat sudah saatnya untuk mempertanyakan ulang *hukum* itu sendiri sebagai sesuatu yang berpengaruh. Seperti telah kita sebutkan, hukum seringkali diam-diam tersembunyi sebagai sebuah faktor di balik kata sandi "peranan." Para hakim memiliki nilai, sikap, dan intuisi, namun mereka juga menjalankan "peranan" sebagai hakim; dan "peranan" ini menuntut mereka untuk memainkan permainan hukum. Dalam tinjauan seperti ini, para hakim juga merupakan produk dari "suasana institusional" mereka selain produk dari latar belakang mereka.[21] Atau konsep para hakim mengenai "peranan" mungkin menuntun mereka untuk mengambil sebuah sikap terkendali, menimbang lembaga pemerintah lainnya. Para hakim yang memainkan peranan terkendali tersebut bergerak dengan lambat dan dituntun oleh keputusan-keputusan terdahulu.[22]

Stuart Nagel mencoba mengukur efek latar belakang, keahlian, dan pengalaman para pengacara terhadap keputusan-keputusan. Ia mendapati bahwa para pengacara yang lebih tua dan lebih kaya cenderung untuk memenangkan kasus-kasus agak lebih sering dibandingkan para pengacara yang lebih muda dan kurang mapan; tetapi banyak faktor lain (keanggotaan dalam ABA, jenis pendidikan hukum) yang terbukti tidak meyakinkan atau tidak terukur.[23]

Tidak diragukan lagi, sebagian hakim memang memainkan peranan "hukum"; tidak diragukan pula bahwa para pengacara terkadang bisa meyakinkan para hakim melalui argumen "hukum." Pada saat yang sama, tidak semua hakim memainkan peranan "hukum", dan bahkan para

pemain-peranan yang ekstrim tidak memainkan peranan tersebut di setiap kasus. Kalau demikian, lalu apa yang mendorong seorang hakim untuk memainkan peranan dalam satu kasus namun tidak dalam kasus lainnya? Barangkali sikap masa bodoh atau ketidakmampuannya mengambil keputusan. Para hakim tidak bereaksi terhadap kasus-kasus dengan cara seragam. Semangat, kesadaran nurani, atau unsur nonhukum tertentu mungkin mengontrol kasus yang penting – kasus yang menjadi berita besar di koran akan menjadi persoalan dengan tantangan tertentu. Berikutnya ada kasus kecil atau kasus komersial di mana hanya fakta-fakta saja yang diperselisihkan. Si hakim pun pusing dan jenuh. Ia lalu mengambil keputusan menurut "hukum" – kemenangan akan berpihak pada mereka yang memiliki keahlian lebih baik dalam meyakinkan dirinya mengenai ada di pihak mana "hukum" itu berada.

Para hakim tidak akan sepakat mengenai hal apa yang membuat mereka jenuh, apa yang penting, menentukan, atau apa saja. Salah seorang hakim merasa bahwa kasus-kasus kriminal tidak terlalu menyita perhatiannya tetapi ia merasa perlu meneliti setiap detail undang-undang perpajakan. Yang lainnya akan melakukan hal sebaliknya. Akan ada pola-pola umum dan yang tidak umum, dan tentu saja, apa yang berlangsung dalam masyarakat akan mempengaruhi hakim. Semua hakim sepakat bahwa kasus yang melawan hukum aborsi atau mencoba menggugat presiden sebagai kasus yang dramatis dan signifikan. Jika model yang digambarkan para ahli benar, maka kita dengan mudah bisa mempertemukan antara teori sosial dan pengaruh tertentu yang mendorong para hakim itu untuk berusaha mengikuti "hukum." Secara analitis, apa yang terjadi pada para hakim itu berlangsung melalui dua tahap. Pilihan pertamanya adalah apakah hendak mengikuti "hukum" atau tidak. Sikap-sikap, nilai, dan konteks sosial konkret menentukan pilihan ini. Pilihan kedua adalah keputusan aktual. Bagaimanapun juga, bagi hakim ini akan berarti bahwa ia selalu "terikat" oleh hukum.

Para ahli juga telah meneliti faktor-faktor *struktural* dalam keputusan. Kasus-kasus banding pada umumnya diputuskan bukan oleh satu hakim tunggal melainkan oleh sebuah panel. Dalam Mahkamah Agung, misalnya, sebuah keputusan paling tidak harus meraih lima suara; diperlukan lima atau lebih "hakim yang cerdas, berkemauan keras dan individualistik untuk menyetujui sebuah opini yang ditulis oleh salah satu anggota."[24] Para hakim membentuk koalisi dan blok-blok; proses akomodasi ini bisa diungkap melalui studi yang cermat terhadap pola-

pola pemberian suara. Pengadilan-pengadilan juga merupakan bagian dari *sistem* yudisial. Ada pengadilan rendah dan tinggi. Pengadilan tinggi menilai dan mengontrol kinerja pengadilan rendah, namun pengadilan tinggi juga memerlukan kerjasama mereka. Para hakim juga bergabung dengan organisasi-organisasi dan berasosiasi satu dengan lainnya. Fakta-fakta ini bisa menghasilkan perbedaan *tertentu* pada cara mereka memainkan peran kehakiman.

Selama ini baru ada sedikit sekali studi mengenai apa yang mungkin merupakan faktor yang paling kuat: tekanan dari dunia luar. Penelitian selama ini terpusat pada variabel-variabel perantara: kepribadian hakim, nilai-nilai dan sikapnya, permainan peranan dari jenis tertentu, tukar menukar di pengadilan tempat banyak hakim menjabat. Variabel-variabel ini juga merepresentasikan kekuatan-kekuatan sosial tetapi bergerak pelan dan mengambil bentuk peralihan yang lebih kecil. Sungguhpun demikian, nilai-nilai seorang hakim Polandia modern tidak sama dengan nilai-nilai seorang hakim pada masa pertengahan Islam, namun demikian seorang hakim tidak akan mengubah niali-nilainya dalam waktu semalam. Teori-teori sosial mengisyaratkan bahwa para hakim tidak kebal terhadap kekuatan-kekuatan sosial yang terjadi, terhadap keributan yang terjadi di luar pintu mereka. Harus kita ingat bahwa masyarakatlah yang mengajukan permohonan gugatan untuk ditangani para hakim. Kasus-kasus yang ditangani bukan khayalan; semua kasus muncul dari situasi kehidupan, dan keputusan-keputusan memiliki dampak atas pihak berperkara yang masih hidup, atau bahkan mereka yang sudah mati. Di sebagian pengadilan, tekanan sosial mudah untuk dilihat di permukaan dalam bentuk-bentuk kasus-kasus ujicoba, kasus-kasus yang diajukan oleh kelompok-kelompok kepentingan, atau kasus-kasus dengan laporan singkat *amicus curiae*.[25] Namun hanya sedikit penelitian, nyaris tidak ada, yang membahas apa yang ada di luar sistem federal.

Bahkan di dalam sistem federal pun, cukup mengganggu rasanya melihat bagaimana kalangan behavioris menghabiskan begitu banyak waktu untuk mengamati kasus-kasus banding yang diputuskan oleh hukum tunggal. Selama ini para peneliti paling tertarik dengan perbedaan yang ada di antara para hakim. Upaya demikian melewatkan kemungkinan bahwa ada kekuatan-kekuatan sosial yang mendorong semua hakim ke arah tertentu. Para hakim harus merespon perang, depresi, dan kegelisahan publik. Para hakim telah turun ke jalan, sebagian dengan bersemangat, yang lain dengan enggan – tetapi mereka telah tergerak; peristiwa-peristiwa

telah mendorong mereka. Jika kita bayangkan satu rentang waktu yang panjang dan melihat trend-trend besar yang melanda, akan menjadi jelas bahwa sejarah telah membantu terbentuknya opini para hakim. Memang tidak mudah mengukur dampak kekuatan-kekuatan sosial, dan hal ini membuat para peneliti enggan. Namun sebuah teori umum mengenai pengambilan-keputusan yudisial tidak bisa mengabaikan kekuatan-kekuatan sosial. Keputusan-keputusan tergolong sebagai tindakan hukum, ini berarti tindakan hukum adalah respon atas kekuatan sosial yang benar-benar memberikan tekanan pada aktor – dalam hal ini, pengadilan.

Ketika sebuah keputusan "dihasilkan" oleh kekuatan sosial secara langsung, berarti dalam keputusan itu nilai-nilai para hakim dan struktur pengadilan kecil saja dampaknya. Ini berarti, semua hakim – kecuali yang paling keras kepala atau unik – yang hidup *dalam* masyarakat tersebut akan merespon fakta kasus itu dengan cara yang hampir sama. Kasus-kasus dari jenis ini, tidak seperti kasus-kasus yang dikaji para ilmuwan politik, bisa jadi diputuskan dengan suara bulat. Dan banyak sekali kasus yang begitu jelas, begitu terangnya bagi para hakim, sehingga mereka semua akan sepakat dalam memutuskannya. Tetapi apa yang dipandang jelas pada suatu zaman akan menjadi tidak jelas atau absurd pada zaman lainnya.

Sebuah studi mengenai hukum yang terbentuk dari kekuatan-kekuatan sosial seperti ini akan menekankan kasus-kasus massal, alih-alih kasus-kasus satuan atau dalam kelompok-kelompok kecil, atau yang dibedah dan ditempelkan pada sebuah "skala." Kekuatan sosial menghasilkan hukum melalui pergerakan-pergerakan besar yang tak terbendung. Pada abad kesembilan belas, pengadilan-pengadilan Amerika memutuskan bahwa tidak seorang pun yang bisa menuntut ganti rugi terhadap sebuah rumah sakit atau yayasan amal lainnya. Pada abad kedua puluh, doktrin ini pun luntur dari satu negara bagian ke negara bagian lainnya, konservatif atau liberal, Republikan atau Demokrat. Liabilitas produk bergerak maju; seorang hakim atau pengadilan yang jengkel tidak bisa menghentikannya dalam waktu sehari atau setahun; pada akhirnya hal itu akan membanjiri pengadilan seperti gelombang pasang. Yang lebih menarik adalah cara berlangsungnya pengadilan di negara yang berbeda, bertolak dari teks-teks dan undang-undang yang berbeda, akan tetapi berakhir sama. Dihadapkan pada konteks yang serupa, hukum-hukum ganti rugi di Perancis dan Amerika Serikat menghasilkan sesuatu yang mirip pula.

Tentu saja kita tidak perlu membedakan secara tajam antara keputusan-keputusan yang "dibawakan" oleh kekuatan-kekuatan sosial dan yang

"ditentukan oleh" nilai-nilai hakim. Kekuatan-kekuatan sosial jarang yang berlaku seperti sebuah pistol yang ditodongkan ke kepala seorang hakim. Para hakim federal Amerika memiliki masa jabatan seumur hidup; para hakim Eropa adalah pegawai negeri yang terjamin. Hakim menyerap konteks-konteks sosial dengan cara yang agak berbeda dari seorang anggota legislatif, yang dihadapkan pada krisis sehari-hari. Kita juga perlu melakukan penggalian konseptual. Apa itu "kekuatan sosial"? Apa persisnya yang disebut sebagai suatu "nilai"? Kita tahu bahwa trend-trend di masyarakat di luar sana secara bertahap menyorongkan kehendaknya pada pengadilan, menekan hakim untuk mengarah ke sini atau ke situ; atau karena pihak yang berperkara berkerumun mendatangi pengadilan pada jenis kasus tertentu, menuntut perubahan, dan menolak jawaban tidak; atau karena kerangka pikir hakim bergeser seiring waktu.

Kemungkinan besar, proses-proses ini saling berjalin. Sebagai contoh, pengadilan-pengadilan Amerika telah bergeser secara dramatis ke arah perbaikan hak-hak orang-orang kulit hitam. Namun para hakim tidak memprakarsai perkara hukum ini. Orang-orang kulit hitam dan para pengacara mereka mengajukan kasus-kasus. Mereka naik bis, menggedor pintu sekolah, mereka meneriakkan hak untuk memilih; dan mereka memperkarakan kasus dengan gigih dan ulet.[26] Dengan kata lain, ada tekanan konstan terhadap sistem hukum, dan hal itu muncul dari pergerakan sosial yang murni, mengubah iklim dunia luar sekaligus juga cuaca di dalam ruang pengadilan. Para hakim baru yang menjabat belakangan tidak sama dengan orang-orang lama yang mereka gantikan. Mereka lebih cenderung untuk lebih peduli dengan orang-orang kulit hitam dibandingkan para pendahulu mereka karena sejumlah alasan, terutama alasan-alasan sosial. Pada akhirnya, sebagian hakim yang masih menjabat mungkin telah memikirkan ulang nilai-nilai mereka sendiri di bawah pukulan bertubi-tubi dari berbagai peristiwa, tekanan konstan kasus-kasus hak-hak sipil yang diajukan pada mereka.

Tentu saja ada keragaman di antara para hakim dan pengadilan. Sebagian pengadilan mengikuti alur ekonomi, sosial, atau politik, seperti halnya garis pemisah wilayah Utara-Selatan di Amerika Serikat. Sebagian perbedaan unik sulit untuk dijelaskan. Pada tahun 1966, paling tidak satu hakim berbeda pendapat dalam hampir separuh dari kasus-kasus di pengadilan tinggi Michigan; di Massachusetts hanya ada 1,2 persen perbedaan pendapat dari kasus-kasus yang ada.[27] Sebagian pengadilan cenderung untuk melakukan inovasi, yang lainnya mengikuti. Ide-ide para hakim

mengenai peranan yang mereka pegang – teori-teori mengenai legitimasi mereka, sikap-sikap mereka terhadap preseden (kasus pendahulu) – juga bervariasi dari satu tempat ke tempat lainnya. Perbedaan sosial ekonomi dan perbedaan tradisi menjelaskan sebagian dari keragaman ini, tetapi tidak semuanya.

Tidak mudah untuk mengetahui isi kepala para hakim. Sebuah studi yang dilaksanakan oleh Henry R. Glick memunculkan harapan awal. Glick mewawancarai para hakim yang bertugas di empat pengadilan di New Jersey, Massachusetts, Lousiana, dan Pennsylvania.[28] Para hakim memiliki sikap-sikap yang amat beragam. Glick misalnya bertanya, "Bagaimana pengaruh faktor-faktor nonhukum terhadap pengambilan keputusan dalam sebuah kasus? Sepenting apakah hal-hal itu?" Setiap anggota pengadilan New Jersey mengatakan "sangat penting." Para hakim Louisana, kecuali satu, mengatakan bahwa faktor-faktor ini tidak penting sama sekali.[29] Dari wawancara Glick muncul satu gambaran mengenai keempat pengadilan tersebut. New Jersey adalah tempat berkubunya realisme hukum; para hakim di tiga negara bagian lainnya pada umumnya memiliki kerangka pikir yang lebih konservatif.

Dalam studi lainnya, Richard Daynard meneliti tiga ratus kasus di tiga pengadilan tingkat menengah untuk melihat gaya yang digunakan oleh pengadilan-pengadilan ini dalam memutuskan kasus. Ia membedakan enam gaya. Tiga di antaranya sempit – terbatas pada preseden, atau fakta-fakta mengenai kasusnya, atau undang-undang yang berlaku; tiga lainnya lebih luas. Satu gaya, "gaya besar," mengacu pada "semangat" preseden, alih-alih pada apa yang tercantum secara harfiah; dua gaya lainnya mengacu secara eksplisit pada "kebijakan sosial." Di antara pengadilan ini tidak ada yang sepenuhnya menggunakan gaya "kebijakan sosial." Hanya sebelas dari 300 kasus yang termasuk dalam kategori ini; tidak ada kasus yang berpijak pada "kebijakan sosial" semata. Yang muncul dari pengadilan-pengadilan ini adalah potret konservatif.[30] Tentu saja antara sikap dan perilaku, antara gaya dan hasil, terentang kesenjangan lebar yang hingga sejauh ini tidak terukur.

HUKUM DAN STRUKTUR KELAS

Teori-teori sosial mengenai hukum bertolak dari satu asumsi dasar; ekonomi dan masyarakat membentuk hukum. Hukum bukannya tidak berpihak, tidak kenal masa, tanpa kelas; hukum tidak bebas-nilai. Hukum

mencerminkan distribusi kekuasaan; kekuatan-kekuatan sosial mendorongnya bergerak maju.

Apakah ini berarti bahwa di sebuah negara seperti Amerika Serikat hukum hanya melayani elite tertentu yang sedikit namun dominan? Siapa yang memiliki bagian dalam gudang kekuasaan nasional? Salah satu pandangan, dari Robert A. Dahl, misalnya, berpendirian bahwa Amerika Serikat adalah sebuah "demokrasi pluralis."[31] Tidak satu pun kelompok yang dominan. Pada kebanyakan persoalan tidak ada mayoritas yang jelas. Setiap kelompok adalah minoritas dan harus melakukan tawar-menawar dengan pihak lain. Hasilnya adalah semacam kompromi. Tidak seorang pun yang akan mengatakan bahwa hasilnya ideal, tetapi sistem tersebut bekerja dengan baik. Tidak seorang pun yang mendapatkan persis seperti apa yang ia inginkan, dan tidak seorang pun yang sepenuhnya terpinggirkan.

Gambaran pluralisme ini populer pada tahun 1950-an. Belakangan, para ilmuwan politik sendiri memandang dunia dengan cara pandang yang lebih skeptis.[32] Para pengkritik mengatakan bahwa dalam skema pluralis ada terlalu banyak penerimaan terhadap *status quo*. Kalangan pluralis berpendapat bahwa semakin banyak orang yang mendapatkan lebih banyak hal yang mereka inginkan daripada bila mereka ada di dalam sistem lainnya. Jelas, teori-teori tersebut ada banyak benarnya. Dalam masyarakat Amerika, sebagian babi lebih sepadan kedudukannya dengan babi tertentu dibandingkan babi lainnya, namun tidak satu pun kelompok babi yang *dalam segala hal* unggul dalam semua persoalan; tidak ada kelompok yang *dalam segala hal* tidak memiliki kekuasaan. Akan tetapi apakah susunan tersebut ideal atau bisa ditoleransi atau tidak, hal itu tidak bisa diputuskan secara teoretis. Persoalannya adalah apakah susunann itu memuaskan. Jika level kepuasannya merosot, maka penyelesaian pluralis mungkin *bukan* yang terbaik.

Para pengkritik juga menunjuk pada ketidaksetaraan dalam hal kekayaan dan kekuasaan; hal inilah yang memunculkan kelompok-kelompok kepentingan. Kasus pluralisme ini mirip dengan kasus pasar bebas. Secara teoretis pasar akan memaksimalkan kepuasan kebutuhan dalam masyarakat, namun itu tidak menjamin bahwa penghasilan akan didistribusikan secara adil. Pluralisme adalah sebuah sistem pasar, dengan tawar-menawar, tukar suara, kompromi, penyesuaian harga dan kebutuhan. Hal itu pun wajar, dan mungkin ideal, tetapi hanya jika distribusi kekuasaan dan kekayaannya cukup "adil."

Teori-teori sosial mengenai hukum berasumsi bahwa sistem hukum muncul dari aktivitas-aktivitas mirip pasar. Orang-orang menukar kepentingan mereka sebagaimana halnya mereka menukar barang di pasar; *code*[*] (kode) yang hidup dalam masyarakat mirip dengan katalog tawar-menawar dan daftar pilihan, yang peka terhadap transaksi dan permintaan seperti kuotasi harian di pasar saham. Sebagian orang mulai bertransaksi dengan lebih banyak lembar saham daripada yang lainnya dan memainkan permainan dengan aturan yang berbeda. Teori pasar tidak berarti bahwa hukum tidak pernah mengekspresikan nilai-nilai yang mendalam dan cita-cita yang tinggi. Ini tidak berarti bahwa setiap orang melakukan perhitungan yang rasional, bahwa tidak seorang pun yang berkorban, menolak suap, atau bertindak demi kepentingan publik, yakni, tanpa mementingkan diri. Seseorang atau sebuah kelompok bisa memutuskan untuk memperjuangkan keadilan sosial sebagaimana halnya kelompok lain bisa memutuskan untuk menggunakan kekuasaannya yang berharga dalam pertempuran untuk mencapai tarif yang lebih tinggi. Dan memang, lobi-lobi reformasi berlangsung setiap saat. Orang-orang secara kolektif memutuskan bahwa seharusnya lebih banyak produk nasional yang ditujukan bagi orang-orang miskin – sungguhpun itu diambil dari kantong mereka.[33] Tidak ada alasan untuk meyakini bahwa semua masyarakat mementingkan diri atau tidak mementingkan diri. Di mana-mana, cita-cita mulia memperjuangkan kekuasaan berebut dengan kepentingan-kepentingan jahat yang rendah. Dalam perjuangan semacam itu, orang-orang juga mengubah cita-cita menjadi kepentingan. Dalam pengertian tertentu, proses politik adalah buta. Kita tidak bisa mengatakan apakah sebuah perjuangan ditujukan untuk diri sendiri atau tidak. Seseorang yang berjuang untuk kepentingan dirinya dengan sejumlah kekuatan akan menghasilkan dampak yang sama pada hukum sebagaimana halnya dengan seseorang yang menggunakan kekuatan demikian untuk memperjuangkan bantuan bagi orang banyak yang kelaparan, berjuang untuk menyelamatkan hutan dari para raja perusahaan kayu, atau berjuang untuk memperbaiki pengajaran ilmu pengetahuan di sekolah-sekolah.

KEPENTINGAN DAN KESETARAAN

Kekuasaan didistribusikan secara tidak setara dan digunakan secara tidak setara pula. Hukum tidak bisa berbuat lain kecuali mencerminkan dan memelihara distribusi ini. Antara kekuasaan potensial dan penggunaannya

yang aktual, masuk ideologi dan kultur. Dalam teori, orang biasa bisa memberikan suara untuk menyingkirkan orang kaya; tetapi ia tidak melakukan hal itu. Pertama, seperti telah kami isyaratkan di muka, ia mungkin takut untuk membunuh angsa yang bertelur emas tersebut. Di negara-negara Barat, warga biasa makan makanan yang lebih baik dan membeli lebih banyak daripada generasi-generasi sebelumnya, dan mereka cenderung untuk berusaha meraih kehidupan yang lebih baik lagi. Pengharapan ini membuat mereka terdorong untuk memelihara sistem yang ada sekarang.

Tentu saja, banyak dari perolehan ini yang mencerminkan penggunaan kekuasaan pada masa lalu. Kelas menengah tidak segan bertindak pada abad kesembilan belas; mereka mengarahkan hukum agar mengakomodasi kepentingan mereka. Negara kesejahteraan adalah ciptaan tekanan kelas menengah. Ideologi *laissez-faire* tidak pernah mendominasi secara mutlak, bahkan pada pertengahan abad kesembilan belas sekalipun. Di sana tetap muncul usulan-usulan untuk redistribusi pendapatan dan peningkatan kesejahteraan sosial. Dilihat sekilas pun sudah jelas kelihatan bagaimana bergunanya ideologi bagi kepentingan bisnis dan para pemegang kekuasaan lainnya. Ideologi menjadi cara untuk membujuk kelas menengah dan kelas pekerja agar tidak menggunakan semua kekuasaan politik formal mereka, karena legislasi dan redistribusi sosial akan lebih banyak kerugiannya daripada manfaatnya. Bagaimanapun juga, rehat keyakinan ini berlangsung singkat dan tidak sempurna. Hentakan legislasi "sosialis" yang diloloskan pada akhir abad kesembilan belas mengejutkan mereka yang berpegang pada keyakinan tersebut.[34]

Sekalipun begitu, tidak semua orang sejahtera, khususnya kelompok-kelompok minoritas, yang karena alasan tertentu didiskriminasi dan distigmatisasi secara sosial dan ekonomi oleh populasi yang dominan. Problem tersebut tetap ada di banyak negara. Kelompok-kelompok ini mencakup minoritas-minoritas rasial – orang kulit hitam, orang-orang Meksiko-Amerika, dan Indian di Amerika Serikat; orang-orang "kulit berwarna" di Inggris; minoritas etnis, kalangan miskin terbawah, dan kalangan ekstremis kiri di banyak negara; para pekerja asing (*Gastarbeiter*) di Jerman dan Swiss; para penjahat; minoritas seksual; orang-orang yang terbelakang mentalnya, orang-orang lanjut usia, orang-orang gila; kaum hippies; dan kaum muda pemberontak yang tidak populer. Teori hukum Barat bersikukuh bahwa keadilan adalah hal yang murni dan tidak berpihak, namun struktur kelas, kekuasaan, dan pengaruh ada di jantung hukum. Karena

itu tidak heran bila banyak cendekiawan dan orang awam yang ragu apakah hukum dijalankan sesuai dengan peranannya yang dikatakan sebagai pelindung kaum lemah dan tak berkuasa.

Hukum menjalankan diskriminasi – atau lebih netralnya, mencerminkan struktur sosial yang ada – melalui dua cara yang berbeda. Pertama, peraturan-peraturan itu sendiri, wajah hukum yang resmi, sama sekali tidak netral bahkan ketika diterapkan secara tidak berpihak sekalipun. Peraturan-peraturan itu dihasilkan dari pergulatan kekuasaan, dan opini yang dominan membentuknya. Pemisahan atau segregasi ras berlaku menjadi hukum negara di Uni Afrika Selatan; hal itu juga menjadi hukum negara Amerika wilayah Selatan sampai beberapa waktu yang lalu.[35] Hukum pidana menyatakan seks yang "tidak wajar" sebagai kejahatan. Undang-undang menghukum para penghindar wajib militer dan pecandu obat. Hukum imigrasi Amerika mengecualikan orang-orang Cina; hukum pertanahan publik tanpa ampun mengeksploitasi kaum Indian pribumi; hukum kesejahteraan keras terhadap kalangan miskin. Semua ini merupakan contoh nyata dan bisa dilihat di banyak masyarakat. Yang lebih penting lagi adalah struktur dasar hukumnya. Undang-undang regulatoris, hukum-hukum pajak – legislasi ekonomi pada umumnya –diberlakukan untuk kebutuhan dan kepentingan orang-orang yang memiliki properti. Peraturan-peraturan kontrak dan hukum komersial kelihatannya netral di permukaan dan bagi orang kebanyakan nampak adil dan masuk akal, tetapi hal itu adalah keadilan dan akal sehat masyarakat Barat, ekonominya, populasi dominannya. Imperium Romawi, suku Cheyenne, dan negeri Cina di bawah Ketua Mao menggunakan peraturan yang tidak sama. Sebenarnyalah, setiap bidang hukum – hukum tanah, hukum keluarga, hukum ganti rugi – menjadi penopang bagi masyarakat yang membentuk peraturan-peraturan itu dan menjalankannya. Membayangkan hal yang berbeda dari itu akan berlawanan dengan apa yang kita ketahui mengenai asal-usul sosial dari hukum.

Bagaimanapun juga, banyak peraturan yang nampaknya tak terpengaruh zaman dan netral – ekspresi-ekspresi mengenai keyakinan dan cita-cita tinggi. Bagaimana semua itu ditegakkan adalah pertanyaan lain. Keadilan dilaksanakan melalui bentuk-bentuk kontrol sosial yang rumit yang tidak akan dikenali oleh hukum resmi. Karena satu hal, orang miskin tidak mampu mendapatkan penasihat hukum yang mereka perlukan untuk mendapatkan hak mereka ketika menghadapi para pemilik tanah, para pedagang, dan pemerintah dalam kasus-kasus sipil[36] atau kriminal.

Kekurangan muncul dalam banyak cara. Sebuah studi terhadap peradilan kriminal di Pittsburgh menunjukkan bahwa sebagian hakim jauh lebih lunak daripada yang lainnya; para pengacara pribadi dengan klien-klien kayanya berusaha memanipulasi gugatan untuk mempengaruhi para hakim ini demi klien mereka.[37] Para juri bebas menerjemahkan praduga mereka menjadi hukum; jika mereka berbuat seperti itu, hal itu tidak akan banyak diperhatikan orang.[38] Para hakim juga memiliki prasangka tertentu. Sebuah studi mengenai pengadilan kasus-kasus lalu lintas di Detroit menemukan bahwa seorang hakim lebih cenderung untuk memenjarakan seseorang yang mengenakan pakaian kerja yang "kotor dan kumuh" daripada jika orang tersebut tampil di pengadilan dengan pakaian bisnis.[39] Dikatakan bahwa polisi lebih sigap menghentikan, memeriksa, atau menangkap orang-orang kulit hitam, kaum hippies, dan minoritas lainnya.[40] Seorang petugas polisi dari Albany mengatakan, "Dahulu bila ada orang Negro yang membantah maka ia akan dihantam kepalanya, entah ia benar atau salah, dan tidak seorang pun yang berpikir dua kali ketika melakukan hal itu."[41] Orang-orang kulit hitam terkenal sering menjadi korban utama pembunuhan oleh kerumunan massa. Di Amerika Serikat, hukuman mati jatuh dijatuhkan secara tidak proporsional pada orang-orang kulit hitam,[42] tetapi studi-studi menemukan bahwa ras hanya memainkan sedikit peran dalam perilaku yudisial.[43]

Secara keseluruhan, cukup masuk akal bila kita memandang bahwa keadilan tidaklah senetral atau tanpa kelas seperti yang diklaimnya; pengadilan mengerling ke arah tertentu.[44] "Para penjahat kerah-putih," tulis Edwin H. Sutherland, "relatif kebal karena adanya bias kelas pada pengadilan dan karena kekuasaan kelas mereka yang mempengaruhi implementasi dan pelaksanaan hukum."[45] Henry Mayhew yang menulis di Inggris pada pertengahan abad kesembilan belas menuturkan bahwa anak-anak yang "bahkan belum mencapai umur belasan" dikirimkan ke penjara "karena pelanggaran berupa tindakan melempar batu, menghalangi jalan atau dengan tidak sah mengetok pintu-pintu rumah – kejahatan yang jelas pernah dilakukan oleh para petugas itu sendiri, yang pernah mengalami masa muda, pada masa remaja mereka."[46] Ironisnya, orang-orang kulit hitam mengeluhkan bahwa polisi tidak memberlakukan hukum dengan baik di lingkungan orang-orang kulit hitam. Polisi memperlakukan orang-orang kulit hitam dengan keras dan tidak adil; pada saat yang sama, orang-orang kulit hitam yang patuh pada hukum tidak mendapatkan perlindungan yang mereka butuhkan.

Dikatakan bahwa kekuasaan akan menyelewengkan atau mewarnai "reformasi" apa pun dalam rangka untuk mempertahankan struktur sosial yang ada dan lebih jauh lagi untuk mendukung kepentingan mereka yang opininya berpengaruh. Penyelewengan ini bisa dijelaskan dengan merenungkan sejarah dari banyak kejadian yang disebut sebagai reformasi. Pengadilan anak-anak, misalnya, di permukaan kelihatannya dimaksudkan untuk menjauhkan para pelanggar muda usia itu dari stigma kriminalitas dan dari ketakutan masuk penjara.[47] Sekalipun demikian, sejak awal pergantian abad, pengadilan anak-anak adalah pengadilan untuk kelas bawah. Kalangan sejahtera bisa membeli perawatan pribadi untuk anak-anak yang bermasalah dan, jika keadaan bertambah parah, mereka tahu siapa yang harus dihubungi, profesional mana yang harus dimintai bantuan, dan bagaimana hendak bertindak di hadapan para hakim. Sementara anak-anak yang datang ke persidangan dan orang tua mereka adalah "orang-orang tidak berdaya ... yang tidak memiliki banyak kemampuan untuk membuat tuntutan yang fasih pada pengadilan."[48] Para hakim dan pekerja sosial memiliki latar belakang kelas yang tidak sama. Pengadilan secara rutin berasumsi bahwa anak-anak itu bersalah, apa pun yang dituduhkan padanya atau yang dilakukan olehnya. Anak-anak itu dikirim ke institusi-institusi yang seringkali sama buruknya dengan penjara-penjara reguler – atau bahkan lebih buruk lagi. "Pelanggaran" mereka seringkali sebenarnya remeh – seperti "kejahatan-kejahatan" yang diamati oleh Mayhew di London zaman Victoria – atau bukan kejahatan sama sekali melainkan sekadar perilaku yang tergolong dalam kategori-kategori kabur seperti perilaku yang "tidak bisa diperbaiki" atau "berteman dengan kawan-kawan yang tidak baik."

Dalam kasus termasyhur *In re Gault*,[49] Mahkamah Agung menetapkan bahwa berita acara dalam pengadilan anak-anak harus memenuhi standar konstitusional. Para pelanggar muda itu berhak didampingi pengacara, misalnya. Kasus tersebut nampaknya revolusioner, namun studi-studi empiris menunjukkan bahwa perubahan langsungnya hanya sedikit.[50] Problema pengadilan anak-anak pada pokonya bukan bersifat struktur dan prosedural. Anak-anak itu memiliki masalah dan keluarga mereka kekurangan uang dan pengaruh. Mereka yang semestinya bertindak sendiri itu memiliki sedikit uang atau kekuasaan dan adakalanya kurang kesungguhannya. Sampai situasinya berubah, problemanya akan tetap sulit dan tidak membuahkan hasil. Kasus *Gault* sendiri muncul dalam sebuah periode di mana masyarakat mulai menginvestasikan lebih banyak

uang pada upaya reformasi dan para pengacara reformis. Lebih banyak investasi akan menghasilkan lebih banyak perbaikan; tanpa itu, terlepas dari apa yang dijanjikan di atas kertas, pengadilan hanya akan menghasilkan produk yang lebih sesuai dengan apa yang diinginkan oleh masyarakat luar atau para profesional yang terlibat alih-alih apa yang dibutuhkan dan diinginkan oleh kalangan tertentu yang anak-anaknya hadir di pengadilan. Kehadiran seorang pengacara bisa menghasilkan perbedaan, bukan terutama karena argumen-argumen legalnya melainkan karena ia ada di sana untuk menunjukkan bahwa apa yang dilakukan bagi kliennya tidak dengan sendirinya dan serta-merta diterima.

Sebuah studi oleh Thomas Scheff mengenai penempatan orang di rumah sakit jiwa menguatkan hal itu.[51] Siapakah orang-orang yang dibelenggu di rumah sakit jiwa berlawanan dengan kehendak mereka itu? Riset Scheff menunjukkan bahwa banyak orang yang ditempatkan di rumah sakit jiwa tidak bisa disebut sebagai orang gila menurut pertimbangan apa pun; mereka tidak membahayakan diri mereka sendiri atau orang lain. Banyak di antara mereka hanya sekadar orang tua yang punya kebiasaan agak aneh, dengan keluarga yang tidak sabar atau tidak ada lagi ruang untuk mereka. Seorang pembunuh lebih kecil kemungkinannya untuk dipasung seumur hidup daripada seorang bibi yang pikun dan dungu. Bagaimana sampai terjadi kesalahan atas "proses hukum yang benar" ini? Scheff mengambil data dari sebuah negara bagian yang liberal di kawasan Middle West. Hukum dengan benar telah menetapkan prosedur yang terperinci. Tiga orang warga harus mengajukan permohonan kepada pengadilan untuk menyelidiki apakah orang tersebut sehat akalnya. Seorang psikiater rumah sakit memeriksa pasien. Kemudian dua orang psikiater yang ditunjuk oleh pengadilan memeriksa pasien itu sekali lagi. Pengadilan kemudian menunjuk seorang wali *ad litem* untuk mewawancarai si pasien. Pada akhirnya, hakim harus melaksanakan dengar pendapat untuk kemudian membuat perintah dan keputusan yang diperlukan.

Akan tetapi proses lengkap ini tidak menyediakan pengamanan yang sebenarnya. Dengar pendapat di pengadilan dilakukan sekadarnya saja; orang-orang diproses dalam hitungan menit, bahkan detik. Pengadilan-pengadilan yang diteliti oleh Scheff rata-rata menghabiskan beberapa menit untuk setiap subjeknya. Para psikiater rata-rata menghabiskan waktu kurang dari sepuluh menit sebelum memutuskan apakah seorang pasien harus ditempatkan di rumah sakit jiwa atau tidak. Tidak seperti pengadilan anak-anak sebelum muncul kasus *Gault*, tidak ada hal yang salah pada

proses ini di atas kertas, namun ada kesenjangan besar antara kekuasaan pasien dan para partisipan lainnya. Pada satu sisi, para hakim, psikiater, keluarga dari orang yang "sakit jiwa," pada sisi lainnya, seseorang yang terperangkap di tengah jaring-jaring proses, biasanya seorang tua yang miskin, seringkali agak bingung, biasanya sulit berbicara. Dalam keadaan demikian, "proses hukum yang benar" hanya mengarah pada permainan tanpa arti. Sekali lagi, yang salah bukanlah struktur atau rancangan berita acaranya melainkan keseimbangan kekuasaan yang tepat.[52]

Di hadapan hukum – begitu dikatakan oleh kaidah hukum – setiap orang dipandang sehat akalnya. Scheff mendapati hal yang justru berkebalikan dalam praktiknya: Setiap orang yang diseret ke dalam jaring diperlakukan sebagai orang yang tidak sehat akalnya. Begitu juga, dalam teori setiap orang dianggap tidak bersalah sampai terbukti kesalahannya. Dalam kenyataannya, para hakim, pengacara, psikiater, polisi, dan publik umum beranggapan sebaliknya. Sistem pengadilan kriminal mencanangkan tentang asas praduga tak bersalah, namun faktanya sistem tersebut tidak bertindak demikian.

Masyarakat tidak bersedia membelanjakan banyak uang untuk menjalankan proses hukum. Kebanyakan orang yang ditangkap dan dituduh atas kejahatan pada akhirnya diputus bersalah atau mengaku bersalah. Kebanyakan di antara mereka memang bersalah, setidaknya dalam satu hal: Mereka memang merampok bank, membakar rumah, membobol toko, atau menikam iparnya. Cara paling efisien untuk menangani orang-orang ini adalah dengan memenjarakan mereka semua atau menembaknya begitu saja. Jelas, hal ini akan mengakibatkan hukuman jatuh pada sebagian orang yang tidak bersalah selain mereka yang bersalah, dan ketidakadilan dalam skala besar bisa membangkitkan rasa sinis, takut, kemarahan, bahkan pemberontakan. Efek samping ini akan tetap terkontrol bila yang disalahi oleh sistem adalah orang-orang yang memiliki kemampuan kecil untuk membuat masalah atau keributan. Singkatnya, ketika sumber dayanya sedikit dan keadilan menjadi hal rutin, hasilnya akan lebih merugikan bagi kaum miskin dan lemah alih-alih bagi publik secara keseluruhan. Dan mengapa sumber dayanya begitu langka? Masyarakat tidak bersedia mengeluarkan uang agar sebuah sistem bisa menghasilkan kemajuan yang terlalu jauh. Memberlakukan proses hukum yang benar pada setiap orang dan menjalankan keadilan tanpa pandang bulu membutuhkan uang banyak. Karena "hukum" tidak keras pada kalangan elite, kalangan tersebut pun memberikan insentif yang kecil untuk memperbaiki hukum.

Hal ini saja sudah menunjukkan gejala tidak sehat seperti yang digambarkan oleh Scheff dan seperti diperlihatkan dalam contoh-contoh lain mengenai keadilan yang pandang bulu. Akan tetapi faktor-faktor lainnya juga perlu disebutkan. Pertama, hukum adalah sarana kontrol sosial, yang dalam banyak masyarakat berarti bahwa sebagian besar populasi harus dijaga agar tetap berada di tempatnya. Satu sentuhan teror akan membuahkan hasil kerja yang lebih baik daripada keadilan semata. Walhasil kalangan elite mendukung kebijakan yang serampangan dalam sistem hukum. Dalam kelas menengah di masyarakat-masyarakat liberal, penyelewengan ini tidak begitu lazim, dan teror tidak begitu berguna. Namun begitu, dalam masyarakat-masyarakat ini pun satu kekejaman tertentu dalam keadilan kriminal bisa memberikan rasa aman bagi sebagian besar orang walaupun sesekali jatuh korban dari pihak yang tidak bersalah. Teori hukum mungkin mengatakan bahwa akan lebih baik melepaskan sepuluh orang yang bersalah daripada menghukum satu orang yang tidak bersalah. Namun sistem hukum tidak *bertindak* dengan cara demikian, dan di sini seringkali tindakan lebih jelas memperlihatkan apa yang ada dalam benak orang daripada semua kata-kata yang muluk.

Salah satu fakta mencolok berkenaan dengan sistem-sistem hukum modern adalah adanya jurang yang lebar antara apa yang mereka katakan, apa yang mereka canangkan sebagai cita-cita, dan cara kerja mereka yang sebenarnya. Ada banyak sebab mengapa hal ini terjadi. Salah satunya adalah akan berguna bagi kalangan elite jika sistemnya *nampak* tanpa kelas dan adil. Sejumlah kemunafikan tertentu akan lebih banyak manfaatnya: standar ganda bekerja menguntungkan mereka yang di atas; pada saat yang sama, hal itu menyembunyikan realitas dari keseluruhan masyarakat. Edgar Z. Friedenberg menulis, "pada hakikatnya hukum dirancang" untuk menjalankan "penyalahgunaan keadilan" atas orang-orang kebanyakan – tetapi tanpa mengakui fakta tersebut. "Para anggota masyarakat yang lebih lemah tidak dilarang untuk mengakses [hukum] – karena pelarangan demikian akan menghancurkan kekuatan mitos penyatu "keadilan yang setara di hadapan hukum" – namun mereka akan mendapati bahwa hukum ternyata tidak berguna di tangan mereka daripada ketika berada di tangan para penyerang mereka."[53] Abraham Blumberg yang menulis pada tahun 1967 menggambarkan hukum pidana sebagai sebuah "permainan tersamar." Tersangka adalah korban. Pengadilan-pengadilan bersifat "birokratis," berfokus pada bagaimana tugasnya selesai; mereka memproses orang-orang seperti daging sapi di pabrik pengalengan daging.

Keputusan-keputusan liberal pengadilan Warren tidak terwujud dalam praktiknya. Semua itu hanya menguatkan "susunan organisasional yang ada, menyuburkan organisasi pengadilan dengan lebih banyak personil dan struktur yang lebih lengkap." Efisiensi berarti "aparat yang lebih canggih lagi untuk memproses" tersangka "menuju putusan bersalah."[54]

Dengan demikian keadilan terkait dengan kelas; pandangan yang sebaliknya adalah mitos. Akan tetapi hubungan umum antara ekonomi atau politik dan keadilan tidaklah sesederhana yang dikatakan oleh para pengkritik sayap kiri. Apa yang membentuk hukum, sudah kami katakan, bukanlah kepentingan melainkan tuntutan. Jadi, cita-cita yang disuarakan bisa mempengaruhi tuntutan yang diajukan kepada sistem hukum. Contoh-contoh paling nyata adalah cita-cita yang hanya dimaksudkan untuk mengelabui kaum miskin, membuat mereka tetap di tempat, namun prosesnya ternyata juga bekerja dengan cara lain. Cita-cita luhur bisa menghasilkan tekanan tertentu bagi kalangan yang tidak miskin. Melalui penyampaian terus-menerus di sekolah-sekolah, koran, dan televisi, orang-orang akhirnya akan yakin pada mitos mereka dan barangkali bahkan bertindak untuk itu. Barangkali ada tikungan tertentu yang mengarah pada kesesuaian dengan Kode resmi.

Di negara-negara Barat yang menganut *rule of law*, sistem juga melakukan diskriminasi setidaknya *dalam kadar tertentu* terhadap kaum miskin dan lemah. Negara-negara totaliter lebih sedikit lagi perhatiannya kepada cita-cita hukum. Tetapi hubungan seksama antara sistem hukum dan sistem politik rumit adanya. Dalam sebuah esei yang menarik, Elliott Currie menyatakan bahwa di negara-negara "represif" ada pandangan umum bahwa "orang-orang kaya dan berkuasa, dan orang-orang kuat pada umumnya" adalah pelanggar hukum. Currie mengambil contoh dari pengadilan-pengadilan tukang sihir zaman Renaissance, namun penjarahan oleh para diktator abad keduapuluh merupakan contoh-contoh yang lebih dekat dengan masa kita.[55]

Tentu saja, sebuah masyarakat yang represif tidak bisa membiarkan kelas atas begitu saja, namun dalam pandangan Currie para penguasa pun leluasa menyingkirkan anggota kelas tersebut yang dianggap rentan atau berbahaya. Barangkali pengertian intinya adalah bahwa dalam masyarakat yang diperintah oleh *rule of law*, orang-orang penting menggunakan kekuasaan negara untuk keuntungan mereka sendiri; kekayaan dan kekuasaan berjalan bersama, dan pemerintah dikontrol oleh *mereka*. Di negara-negara "represif" pemerintahnya mirip dengan sebuah buldoser

yang tidak tunduk pada kontrol apa pun; orang-orang kaya sekalipun, jika mereka bermasalah dengan negara akan menyadari bahwa mereka tidak bisa membeli jalan keluar.

REFORMASI DAN PENTINGNYA REFORMASI DI DUNIA MODERN

Di negara-negara Barat, cita-cita resmi, jika memang berefek, bisa bekerja baik di strata atas dan bawah – di atas, sebagai tongkat penuntun kesadaran nurani, di bawah, sebagai janji dan sekaligus senjata. Pihak *status quo* sama sekali tidak bersikap kaku. Kaum miskin dan lemah pada zaman sekarang semakin besar kemampuannya untuk bersatu menjalankan tekanan kolektif terhadap sistem. Langkah pertama bersifat psikososial. Sebuah kelompok yang merasa tertindas harus menolak gagasan bahwa mereka pantas mendapatkan posisi seperti itu atau bahwa peraturan yang membuat mereka demikian adalah adil, wajar, atau sah (*legitimate*). Para budak harus sadar bahwa perbudakan adalah salah, bahwa keliru bagi mereka menjadi budak. Pada titik ini, dimungkinkan adanya aksi, dengan segala cara sejak dari politik ortodoks sampai ke pemberontakan.

Tentu saja, sebuah kelompok yang tertekan hampir selalu kekurangan status dan uang, dan kelompok tersebut seringkali berusaha memanfaatkan intensitas sumber daya yang tidak mereka punyai. Para anggota misalnya bisa memacetkan jalan-jalan; sebuah kerusuhan dalam pengertian tertentu adalah bentuk intens dari tuntutan atas sistem yang dilakukan oleh mereka yang tidak memiliki alternatif lain. Mereka yang melakukan kerusuhan tengah menaikkan intensitas tuntutan mereka – dengan kata lain, menaikkan harga ketertiban dan kepatuhan masyarakat.

Tidak pelak lagi, taktik-taktik "aksi langsung" atau ancaman taktik demikian seringkali membawa hasil. Ketika Urban League, NAACP, dan CORE menuntut legislasi perumahan yang adil, mereka terbentur oleh sikap diam yang membatu. Namun ketika Student Non-Violent Coordinating Committee mengancam akan memblokir jalan-jalan, mereka mendapat respon yang lebih positif.[56] Langkah-langkah dramatis juga bisa membeli barang-barang politik yang tanpa itu akan memerlukan ongkos yang mahal. Pers, radio, dan kamera televisi memberikan publikasi gratis bagi seseorang yang membawa seekor bangkai tikus ke dalam ruang pengadilan, mengikat dirinya di sebuah pohon, atau membakar tubuhnya sendiri. Tentu saja masalahnya adalah bahwa sebagian publikasi merupa-

kan publikasi yang buruk, dan sebuah kerusuhan bisa cenderung menghasilkan penindasan selain juga menghasilkan kemenangan. Tidak kurang, ketika kalangan tersisih di masyarakat Amerika menyuarakan tuntutan atas keadilan dengan berbagai cara pada tahun 1960-an, mereka memperoleh pencapaian yang berarti. Teriakan-teriakan lantang mengenai ketidakmampuan keadilan itu sendiri merupakan isyarat adanya pergerakan.

Pada masa-masa modern, kepentingan *reformasi* semakin penting artinya. Dalam masyarakat-masyarakat yang sejahtera terdapat semakin banyak orang yang memiliki kelebihan uang dan waktu senggang. Orang-orang menggunakan kelebihan ini dengan berbagai cara sejak dari berbaring di bawah sinar matahari, mengoleksi perangko, sampai pada revolusi. Terkadang reformasi nampak seolah-olah justru muncul terutama dari kelas atas. Paradoks ini munul karena orang-orang dengan waktu senggang itulah yang bisa berfokus pada ideologi dan hobi. Kebanyakan di antara mereka sudah puas menghabiskan waktu mereka dengan mencari kebahagiaan. Segelintir di antaranya akan terlibat lebih aktif. Semakin banyak orang yang memiliki waktu senggang, semakin banyak jumlah reformer meskipun persentase terbesar mereka tetap lebih memilih pergi berlibur dan bermain golf.

Sebagian reformer adalah profesional; dan sebagian di antara mereka, seperti Ralph Nader, luar biasa efektif, tetapi para amatir juga memainkan peran yang vital. Para ibu rumah tangga di Beverly Hills memprakarsai perjuangan untuk mengontrol kabut asap di California. Kaum perempuan kelas atas, yang terbebas dari urusan rumah tangga, merupakan kelas senggang yang penting. Kaum perempuan menonjol dalam pergerakan rumah singgah. Profesi kerja sosial ini tumbuh dari kalangan elite perempuan seperti Octavia Hill dan Jane Adams. Wilensky dan Lebeaux menyatakan bahwa tugas-tugas dalam kerja sosial "bisa dipandang sebagai semacam pengembangan peran yang bersumber dari norma-norma seorang istri dan ibu." Perempuan "menurut tradisi diharapkan untuk merawat anak-anak, orang tua, dan orang sakit; mereka diharapkan untuk mengasihi, menyambut, lembut, baik."[57] Bagaimanapun juga, gambaran ini lebih menunjukkan *arah* mana yang dipilih oleh sebagian perempuan dalam menjalankan upaya mereka.

Menonjolnya kaum perempuan dalam reformasi sosial menandakan adanya hubungan antara kesenggangan dan reformasi. Kasus lain menunjukkan bagaimana menonjolnya kalangan bangsawan dalam berupaya membentuk negara kesejahteraan Inggris. Para penambang batubara tidak

memiliki keahlian atau waktu untuk melakukan perubahan sosial, apalagi akses menuju kekuasaan. Ketika kekayaan mengalir ke bawah dan menyebar di dalam masyarakat, "reformasi" bisa memperoleh semakin banyak peluang dan upaya di negara-negara Barat. Arah reformasi adalah persoalan lain. Kami mendefinisikan reformasi sebagai sebuah pergerakan dengan tuntutan hukum apa pun yang tidak bisa dijelaskan oleh kepentingan pribadi. Definisi ini secara politik bersifat netral. Kelompok kanan bisa memicu reformasi sebagaimana halnya kelompok kiri. Para pemimpin DAR adalah "reformer" juga. Agaknya kebanyakan reformasi mengikuti apa yang dipandang orang-orang sebagai cara-cara liberal. Kita hanya bisa menebak-nebak mengapa demikian: pendidikan yang diterima oleh kelas senggang atau pengaruh gagasan yang diajarkan di sekolah-sekolah, gereja, dan media. Reformasi berarti perubahan dan juga ketidakpuasan.

Reformasi publik telah menjadi hal yang sama pentingnya dengan reformasi pribadi. Yang kami maksud dengan reformasi publik adalah aktivitas-aktivitas reformasi pemerintah – tindakan-tindakan yang tidak hanya merupakan respon terhadap tekanan kelompok-kelompok kepentingan dan yang tidak bisa dijelaskan oleh dinamika internal birokrasi. Dalam masa-masa modern, dan dalam tempo yang semakin cepat, mesin pemerintah membuat dan memproduksi secara massal, program-program, perubahan, dan reformasi. Tekanan dari luar menjadi penyebab pokoknya, namun untuk reformasi tertentu, pendorongnya adalah kelompok-kelompok penekan yang tidak kasat mata. Setiap tahun di Amerika Serikat lusinan departemen dan lembaga negara menuangkan arus gagasan, program, rancangan, dan proposal-proposal baru yang tidak ada akhirnya. Apakah semua ini merupakan buah dari konflik kelompok? Suasananya terlihat seakan-akan mesinnya mulai kehilangan kontrol; seperti kata Daniel Moynihan, ibarat sebuah komputer dalam cerita fiksi ilmiah, mesinnya sudah "mulai berpikir tentang dan untuk dirinya sendiri."[58]

Jika kita memandang hukum dan pemerintah terutama sebagai struktur, sebagai penyalur, maka hukum dan pemerintah semestinya merespon, bukan memprakarasi, bereaksi bukannya memproduksi dan mengantisipasi. Secara umum, memang hal seperti ini yang terjadi. "Pemerintah lazimnya bersifat pasif: ia menunggu datangnya masalah-masalah yang tiba untuk ia perhatikan."[59] Akan tetapi dewasa ini kita mendapati "sel-sel" yang semakin proaktif di dalam pemerintah, khususnya pada tataran atas. Pertama-tama, pemerintah dalam masyarakat modern memiliki ukuran yang sedemikian besarnya sehingga pemerintah itu sendiri menjadi

satu kelompok kepentingan yang utama. Pemerintah federal mempekerjakan jutaan pekerja di seluruh penjuru negeri. Para pekerja ini membentuk sebuah kelompok penekan yang sesungguhnya. Mereka melobi agar bekerja lebih sedikit dengan gaji lebih banyak seperti kelompok-kelompok pekerja lainnya. Mereka juga memiliki kepentingan tertentu dalam pemerintahan besar yang berkembang. Masing-masing lembaga juga secara alamiah akan berusaha mempertahankan otoritasnya dan memperluasnya, jika bisa. Suatu program baru, suatu perubahan, suatu reformasi bisa menjadi alasan yang bagus untuk itu. Ini tidak berarti bahwa dorongan reformasinya tidak murni, melainkan bahwa kemurnian itu diperkuat oleh kebutuhan-kebutuhan institusional.

Apakah juga ada tekanan kepada pemerintah menuntut "reformasi" – bukan reformasi tertentu melainkan reformasi secara umum? Di atas tumpukan berbagai tuntutan spesifik atas subsidi kapas, pajak rokok yang lebih rendah, undang-undang kerusuhan antarnegara bagian, dan program makan siang di sekolah-sekolah, nampaknya memang ada seruan umum keputusan pemerintah untuk bergerak, untuk berusaha demi kebaikan orang banyak. Opini publik dalam kultur modern jelas mengharapkan sebuah pemerintah yang aktif. Pemerintah diharapkan untuk memiliki program-program. Lembaga-lembaga diharapkan untuk melakukan sesuatu agar bergerak maju ke arah tujuan tertentu. Sebuah pemerintah yang tidak memiliki program dipandang sebagai pemerintah yang buruk. Sebuah lembaga tanpa program adalah lembaga yang buruk atau mandek. Pemerintah pun berusaha keras untuk menunjukkan apa yang mereka lakukan. Setumpuk program-program baru diumumkan setiap tahunnya, ditujukan untuk membantu bangsa atau dunia. Ketika ada sebuah pemerintah baru yang berkuasa atau ketika ada seseorang yang baru menduduki jabatan di sebuah lembaga, pembuatan program pun semakin hangat. Hal yang sama juga mungkin berlaku pada seorang hakim ketua yang baru, sungguhpun hakim tergolong sedikit di antara pegawai negeri sipil yang tidak diharapkan akan membuat program baru sama sekali.

Jenis-jenis program apa yang dihasilkan oleh lembaga? Tentu saja hampir semua kemungkinan ada. Kelompok-kelompok kepentingan gemar membuat usulan-usulan, walaupun terkadang tanpa tuntutan riil; terkadang kelompok-kelompok kepentingan berkonflik sendiri. Karena harus ada sebuah program, program pun bisa dipintal dari reformasi murni. Sebagian kelompok kepentingan lemah dan tidak lantang. Biasanya tuntutan mereka terabaikan. Jika lembaga *harus* memiliki sebuah program

dan jika oposisi lemah, lembaga tersebut memainkan peran sebagai wali atau pembimbing bagi yang lemah. Sebuah program akan muncul bila ada unsur reformasi "murni."

Pemerintah di negara-negara industri juga besar dan kaya. Seperti para individu yang kaya, pemerintah memiliki semacam "surplus"; pemerintah mampu memiliki satu dua hal yang mewah. Surplus tersebut juga bisa diinvestasikan, bila dipandang cocok oleh para birokrat, menjadi reformasi, yakni, dalam bentuk rekonstruksi institusi. Proses ini tidak perlu berawal dari tekanan spesifik dari luar. Surplus tersebut bisa digunakan untuk membangun monumen, misalnya, atau perjalanan ke bulan, atau dibuang begitu saja. Tidak diragukan lagi bahwa banyak yang dibuang, namun juga ada sebagian reformasi yang murni. Pada bangsa-bangsa modern, semakin banyak pegawai negeri sipil yang tergolong sebagai profesional – pengacara, insinyur, ekonom, pekerja sosial. Para profesional memiliki kepentingan ekonomi dan status kelompok. Mereka juga telah diprogram untuk bekerja demi tujuan-tujuan rasional, sebagaimana yang telah dirumuskan oleh profesi mereka. Dalam benak mereka ada pembedaan tajam antara apa yang "ilmiah" atau "profesional" dan apa yang semata-mata "politis." Seorang insinyur jalan raya sadar bahwa secara teknis semestinya ada jalan raya yang melalui perkotaan New Orleans, apa pun kata para politisi.

Pemerintahan juga merupakan bidang yang menarik bagi para reformer sejati – laki-laki dan perempuan yang memiliki semangat di atas kebanyakan orang. Tentu saja banyak pegawai negeri sipil yang hanya merupakan pekerja pelaksana saja. Namun pada saat-saat tertentu, pemerintahan dipandang menarik sekali oleh kaum idealis. Terbitnya New Deal Roosevelt adalah periode semacam itu. Barangkali pemerintahan Kennedy adalah contoh lainnya. Sebagian program – seperti Office of Economic Opportunity, Civil Rights Division of the Justice Department – amat besar kemungkinannya untuk menarik para idealis. Cita-cita mereka tertuang dalam bentuk proposal-proposal dan reorganisasi.

Dengan demikian tidak semua aksi pemerintah bisa dijelaskan dengan berpijak pada bentuk paling lugas dari teori kelompok-kepentingan. Sebuah studi mengenai mencuatnya kemiskinan sebagai isu politik di Amerika Serikat pada tahun 1960-an menyatakan bahwa program itu dipicu oleh para reformer seperti Michael Harrington, pengarang buku *The Other America*, sebuah studi mengenai kemiskinan di Amerika Serikat yang menarik perhatian kalangan pemerintahan Kennedy.[60]

Kita harus waspada untuk tidak membesar-besarkan dampak yang muncul dari upaya seperti itu. Banyak yang kemudian gagal atau berubah menjadi kompromi tanpa taring.[61] Banyak yang kemudian melemah dan kekurangan dana. Birokrasi tidak pernah bisa berbelok terlalu jauh dari garis bidik tekanan sosial. Apa yang bisa diterima oleh kalangan elite dan publik yang relevan akan menentukan batas-batas berlakunya reformasi. Betapa pun juga, dalam batas-batas inilah mesin tersebut berpikir dan bertindak untuk dirinya sendiri.

Karena sebab yang sudah pasti, ciri-ciri demikian dalam sistem yudisial hanya bisa didapati secara samar-samar. Pengadilan-pengadilan dalam tradisi kita bersifat pasif; mereka duduk menunggu kasus. Mereka tidak bergerak dengan sendirinya, melainkan memiliki pilihan untuk menerima atau menolak tuntutan akan doktrin baru. Pengadilan-pengadilan tinggi mengontrol permohonan gugatan yang diajukan kepada mereka. Terkadang dengan cara yang samar mereka mengubah doktrin menjadi keputusan-keputusan yang mungkin tidak akan pernah diusulkan atau dibantah oleh seorang pengacara pun, dan sebuah pengadilan yang bercorak aktivis bisa menggunakan pendirian pihak reformis untuk mendorong terjadinya pembaharuan dengan cara demikian. []

CATATAN AKHIR

[1] Max Weber, *The Theory of Social and Economic Organization*, ed. Talcott Parsons (1964), h. 152; mengenai berbagai definisi kekuasaan, lihat James T. Tedeschi et. al., "Power, Influence and Behavioral Compliance," 4 *Law and Society Rev.* 521 (1970).

[2] Edward C. Banfield, *Political Influence* (1961), h. 3. Perhatikan perbedaan antara kedua definisi tersebut: Pengaruh tidak menyebutkan adanya penghalangan (resistance).

[3] *Ibid.*; lihat juga Floyd Hunter, *Community Power Structure* (1953); Robert Dahl, *Who Governs? Democracy and Power in an American City* (1961).

[4] Robert Alford, *Bureaucracy and Participation: Political Cultures in Four Wisconsin Cities* (1969), h. 194.

[5] James M. Buchanan dan Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (1962), h. 13. Terkadang para politisi gemar melontarkan isu-isu yang peka kepada elektorat dan menghindari tanggung jawab untuk memberikan suaranya.

[6] *Ibid.*, h. 134-135.

[7] 217 N. Y. 111 N. E. 1050 (1916).

[8] William Prosser, *Handbook of the Law of Torts* (3rd ed., 1964), h. 661.

[9] Arthur L. Goodhart, "Determining the *Ratio Decidendi* of a Case," 40 *Yale L. J.* 161, 163 (1930); mengenai peraturan rekan-kerja (fellow-servant rule), lihat h. 275, 305.

[10] 3 M. W. 1 (1837).

[11] Goodhart, catatan *supra*, h. 162-163.

[12] Lihat, misalnya, Walter Murphy, *Elements of Judicial Strategy* (1964); David Danelski, *A Supreme Court Justice is Appointed* (1964); Alexander M. Bickel, "Mr. Taft Rehabilitates the Court," 79 *Yale L. J.* 1 (1969).

[13] Lih. Kenneth N. Vines, "Federal District Judges and Race Relations Cases in the Souht," 26 *J. Politics* 337 (1964). Lih. juga Glendon Schubert, *The Judicial Mind* (1965); John D. Sprague, *Voting Patterns of the United States Supreme Court* (1968).

[14] Skala-skala ini dijelaskan dalam Daryl R. Fair, "An Experimental Application of Scalogram Analysis to State Supreme Court Decisions," 1967 *Wis. L. Rev.* 449.

[15] Lihat, misalnya, Joseph Tanenhaus, "The Cummulative Scaling of Judicial Decisions," 79 *Harv. L. Rev.* 1583 (1966).

[16] David Danelski, "Values as Variables in Judicial Decision-Making: Notes Toward a Theory," 19 *Vand. L. Rev.* 721 (1966).

[17] Lihat Joel B. Grossman, "Social Backgrounds and Judicial Decision-Making," 79 *Harv. L. Rev.* 1551 (1966); S. Sidney Ulmer, "Social Background as an Indicator to the Votes of Supreme Court Justices in Criminal Cases: 1947-1956 Terms," 17 *Am. J. Pol. Sci.* 622 (1973).

[18] S. Sidney Ulmer, "The Political Party Variable in the Michigan Supreme Court," 11 *J. Public L.* 352 (1962); lihat juga Stuart Nagel, "Political Party Affiliation and Judges Decisions," 55 *Am. Pol. Sci. Rev.* 843 (1961).

[19] Thomas G. Walker, "A Note Concerning Partisan Influences in Trial Judge Decision Making," 6 *Law and Society Rev.* 645 (1972); lihat juga David W. Adamany, "The Party Variable in Judges Voting: Conceptual Notes and a Case Study," 63 *Am. Pol. Sci. Rev.* 57 (1969). Kenneth Dolbeare meneliti pengadilan-pengadilan pinggiran kota di negara bagian New York dan berkesimpulan bahwa "secara keseluruhan tidak ada korelasi umum antara identifikasi partai dan pengambilan keputusan" dan bahwa "nilai dan sikap individu" itulah yang menentukan. *Trial Courts in Urban Politics* (1967), h. 77-79.

[20] Grossman, catatan *supra* 17, h. 1563-1564.

[21] Dorothy B. James, "Role Theory and the Supreme Court," 30 *J. Politics* 160 (1968).

[22] Lihat Joel B. Grossman, "Role Playing and the Analysis of Judicial Behavior: the Case of Mr. Justice Frankfurter," 11 *J. Public L.* 285 (1962); David J. Danelski, "Conflict and Its Resolution in the Supreme Court," 11 *J. Conflict Resolution* 71, 76-79 (1967); Dean Jaros dan Robert I. Mendelsohn, "The Judicial Role and Sentencing Behavior," 11 *Midwest J. Pol. Sci.* 471 (1967); George Otte, "Role Theory and the Judicial Process: a Critical Analysis," 16 *St. Louis U. L. J.* 420 (1972).

[23] Stuart Nagel dan Felix V. Gagliano, "Attorney Characteristics and Courtroom Results," 44 *Feb. L. Rev.* 599 (1965).

[24] Walter F. Murphy, *Elements of Judicial Strategy* (1964), h. 23. Main dan Thomas G. Walker, dalam "Choice Shifts and Extreme Behavior: Judicial Review in the Federal Courts," 91 *J. Soc. Psychology* 215 (1973), membandingkan perilaku para hakim federal tunggal dan para hakim yang membuat keputusan bersama; para hakim bersama lebih cenderung menyatakan undang-undang yang mendapat tentangan sebagai hal yang inkonstitusional.

[25] Clement E. Vose, "Litigation as a Form of Pressure Group Activity," 319 *Annals* 20 (1958); Nathan Hakman, "The Supreme Court"s Political Environment: the Processing of Noncommercial Litigation," dalam Joel B. Grossman dan Joseph Tanenhaus, eds., *Frontiers of Judicial Research* (1969), h. 199; Samuel Krislov, "The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy," 72 *Yale L. J.* (1963).

[26] Lihat Loren Miller, *The Petitioners. The Story of the Supreme Court of the United States and the Negro* (1966).

[27] Henry R. Glick dan Kenneth M. Vines, *State Court Systems* (1973), h. 79.

[28] Henry R. Glick, *Supreme Courts in State Politics, an Investigation of the Judicial Role* (1971).

[29] *Ibid.*, h. 83.

[30] Richard A. Daynard, "The Use of Social Policy in Judicial Decision-Making," 56 *Cornell L. Rev.* 919 (1971). Para pengacara di Amerika Serikat agaknya menganut pandangan tradisional mengenai peranan pengadilan ini. Lihat Edward N. Beiser, "Lawyers Judge the Warren Court," 7 *Law and Society Rev.* 139 (1972).

[31] Robert A. Dahl, *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent* (1967).

[32] Kritik sudah muncul sejak dari C. Wright Mills, *The Power Elite* (1956), yang tetap berlaku sebagai serangan klasik dari pihak kiri. Dewasa ini serangannya muncul dari semua arah: Theodore J. Lowi, *The End of Liberalism: Ideology, Policy, and the Crisis of Public Authority* (1969).

* Code, kumpulan hukum perundangan dasar yang tersusun secara sistematis.

[33] Alasan-alasannya terkadang bersifat utilitarian belaka. Reformasi sosial merupakan salah satu cara untuk mencegah revolusi. Agaknya inilah sebabnya mengapa Jerman di bawah kepemimpinan Bismarck merintis diberlakukannya asuransi sosial pada tahun 1880-an. Asuransi sosial adalah semacam suap yang diberikan kepada orang banyak untuk mencegah mereka beralih ke pihak kiri, namun kita tidak perlu menyangkal adanya niat reformasi yang murni dalam berbagai kasus.

[34] Lihat A. V. Dicey, *Lectures on the Revelation between the Law and Public Opinion in England, during the Nineteenth Century* (2nd ed., 1914), pengantar Edisi Kedua.

[35] Mengenai sejarah segregasi di Amerika, lihat C. Vann Woodward, *The Strange Career of Jim Crow* (2nd rev. ed., 1966); Ronald Segal, *The Race War* (1967).

[36] Lihat Jerome E. Carlin, Jan Howard, dan Sheldon L. Messinger, *Civil Justice and the Poor, Issues for Sociological Research* (1967).

[37] R. Stanton Wettick, Jr., "A Study of the Assignment of Judges to Criminal Cases in Allegheny County – the Poor Fare Worse," 9 *Duquesne L. Rev.* 51 (1970).

[38] Mengenai bias para juri ini, lihat Harry Kalven dan H. Zeisel, *The American Jury* (1966). Studi-studi simulasi juri cenderung menunjukkan adanya bentuk-bentuk bias tertentu. Lihat, misalnya, Charlan Nemeth dan Ruth H. Sosis, "A Simulated Jury Study: Characteristics of the Defendant and the Jurors," 90 *J. Soc. Psychology* 221 (1973).

[39] Dean Jaros dan Robert I. Mendelsohn, "The Judicial Role and Sentencing Behavior," 11 *Midwest J. Pol. Sci.* 471 (1967). Namun pakaian tidak berefek pada denda, dan hasil-hasil studi tersebut tidak mudah untuk ditafsirkan.

[40] Paul Chevigny, *Police Power: Police Abuses in New York City* (1969).

[41] James Q. Wilson, *Varieties of Police Behavior* (1968), h. 170.

[42] Ini menjadi salah satu dasar mengapa hukuman mati berhasil ditentang dalam *Foreman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972).

[43] Lihat, misalnya, David N. Atkinson dan Dale A. Neuman, "Judicial Attitudes and Defendant Attributes: Some Consequences for Municipal Court Decision Making," *J. Public L.* 69 (1970); lihat W. R. Arnold, "Race and Ethnicity Relative to Other Factors in Juvenile Court Dispositions," 77 *Am. J. Sociology* 211 (1971).

[44] Lihat Karl F. Schumann dan Gerd Winter, "Zur Analyse des Strafverfahrens," *Kriminologisches Journal* 136 (1971) untuk data-data dari sebuah studi Jerman mengenai pengadilan kasus lalu lintas; Edward Green, "Inter- and Intra-Racial Crime Relative to Sentencing," 55 *J. Crim. C. & P. S.* 348 (1964), menunjukkan sudut pandang yang berbeda.

[45] Edwin H. Sutherland, "White Collar Criminality," dalam Gilbert Geis, ed., *White Collar Criminal* (1968), h. 40, 46.

[46] Dikutip dalam J. J. Tobias, *Crime and Industrial Society in the Nineteenth Century* (1972), h. 65.

[47] Lihat Anthony M. Platt, *The Child Savers: The Invention of Delinquency* (1967). Platt berpendapat bahwa "para penyelamat anak-anak" itu bukan orang-orang yang manusiawi; mereka sebenarnya tengah "menciptakan" kategori baru berupa "kejahatan anak muda," sebagai upaya untuk mempertahankan "kontrol atas pelanggaran oleh anak muda." Hal tersebut sebenarnya merupakan campur tangan kelas-atas terhadap kehidupan dan kebiasaan anak-anak kalangan kelas bawah di kota besar. Tinjauan lain mengenai sejarah demikian adalah Sanford J. Fox, "Juvenile Justice Reform: An Historical Perspective," 22 *Stan. L. Rev.* 1187 (1970), h. 26.

[48] Edwin M. Lemert, *Social Action and Legal Change: Revolution Within the Juvenile Court* (1970), h. 26.

[49] 387 U. S. 1 (1967).

[50] Lihat Norman Lefstein, Vaughan Stapleton dan Lee Teitelbaum, "In Search of Juvenile Justice: Gault and Its Implementation," 3 *Law and Society Rev.* 491 (1969).

[51] Thomas Scheff, Being Mentally Ill: A Sociological Theory (1966); Studi lainnya adalah "Civil Commitment of the Mentally Ill," 14 *U. C. L. A. L. Rev.* 823 (1967).

[52] Dennis E. Wenger dan C. Richard Fletcher, dalam "The Effect of Legal Counsel on Admissions to a State Mental Hospital: A Confrontation of Professions," *J. Health and Soc. Behavior* 66 (1969), menunjukkan bahwa seorang pasien yang disertai pengacara memiliki peluang yang lebih baik untuk lepas dari pengiriman ke rumah sakit jiwa; tetapi disayangkan kedua penulis tersebut tidak memberitahukan pasien mana yang cenderung untuk menyewa jasa pengacara.

[53] Edgar Z. Friedenberg, "The Side Effects of the Legal Process," dalam Robert Paul Wolff, ed., *The Rule of Law* (1971), h. 37, 40-41.

[54] Abraham Blumberg, "The Practice of Law as Confidence Game: Organizational Cooptation of the Profession," 1 *Law and Society Rev.* no. 2, 15 (1967).

[55] Elliott P. Currie, "Crimes Without Criminals: Witchcraft and Its Control in Renaissance Europe," 3 *Law and Society Rev.* 7 (1968).

[56] Thomas W. Casstevens, dalam Lynn W. Elley dan Thomas W. Casstevens, *The Politics Fair Housing Legislation* (1968), h 385; lihat juga Michael Lipsky, *Protest in City Politics: Rent Strikes, Housing and the Power of the Poor* (1970).

[57] Harold L. Wilensky dan Charles N. Lebeaux, *Industrial Society and Social Welfare* (1958), h. 322.

[58] Daniel Patrick Moynihan, *Maximum Feasible Misunderstanding: Community Action in the War on Poverty* (1969), h. 23.

[59] Herbert J. Gans, *The Levittowners, Ways of Life and Politics in a New Suburban Community* (1967), h. 333.

[60] Byron G. Lander, "Group Theory and Individuals: The Origin of Poverty as a Political Issue in 1964," 24 *Western Pol. Q.* 514 (1971).

[61] Lihat John A. Robertson dan Phyllis Teitelbaum, "Optimizing Legal Impact: A Case Study in Search of a Theory," 1973 *Wis. L. Rev.* 665. Kedua pengarang mempelajari dampak sebuah undang-undang baru di Massachusetts (1971) yang memberikan kekuasaan praperadilan dan pascaperadilan agar para tertuduh pelanggaran obat-obatan dialihkan ke bagian perawatan dan layanan konseling. Hukumnya dirancang dan disodorkan oleh "sekumpulan petugas publik" dengan "beberapa input dari luar." Hanya ada sedikit tekanan, "sedikit minat atau diskusi mengenai manfaatnya" (h. 672). Undang-undang tersebut juga dikenal tidak efektif; kedua pengarang berpendapat bahwa salah satu sebabnya adalah "tidak adanya konstituen terorganisir yang memantau implementasi dan komitmen di antara para aktor" (h. 710-711).

BAB VIII
KULTUR HUKUM

Uraian pokok buku ini adalah mengenai tindakan hukum, dampak hukum, dan hubungan di antara keduanya. Pendek kata, ada tiga kelompok faktor yang menentukan dampak – sanksi, pengaruh kelompok sebaya atau pengaruh sosial, dan nilai-nilai internal (kesadaran nurani, konsep-konsep legitimasi). Pada intinya, kekuatan-kekuatan sosial itulah yang membentuk hukum (tindakan hukum), tetapi "kekuatan-kekuatan sosial" murni juga terlalu mentah untuk bisa langsung mempengaruhi sistem hukum. Individu dan kelompok memiliki *kepentingan*; bagaimanapun juga, kepentingan harus diproses menjadi *tuntutan* agar relevan dengan sistem hukum. Ini berarti, perundangan (tindakan-tindakan hukum) adalah produk dari kekuatan-kekuatan sosial dan hasil dari tekanan, tawar-menawar, konflik, dll., ketika semua itu disodorkan pada institusi-institusi hukum, dengan variabel perantara berupa sikap-sikap dan perasaan yang mendorong kelompok dan individu untuk mengikuti atau menentang hukum. Begitu pula halnya dengan perilaku hukum. Perilaku hukum murni jelas bergantung pada perasaan dan sikap-sikap; hal tersebut juga menentukan apakah para subjek hukum akan membentuk kelompok, mengerahkan tekanan pada hukum untuk menghasilkan perubahan, bertindak sebagai pelanggar pelawan, dan semacamnya. Karena itu, apa yang disebut sebagai kultur hukum harus selalu masuk dalam pertimbangan kita. Bahkan kita bisa merumuskan ulang proposisi dasar pembentukan hukum sebagai berikut: kekuatan sosial, yakni kekuasaan dan pengaruhnya, akan menghasilkan tekanan kepada sistem hukum dan akan menimbulkan tindakan hukum apabila kultur hukum mengubah kepentingan menjadi tuntutan atau memungkinkan terjadinya perubahan itu.

Istilah *kultur hukum* selama ini secara longgar digunakan untuk menggambarkan sejumlah fenomena yang saling berkaitan. Pertama, istilah

itu mengacu pada pemahaman publik mengenai pola-pola sikap dan perilaku terhadap sistem hukum. Apakah orang-orang bertindak sedemikian rupa dengan bertolak dari anggapan bahwa pengadilan adil? Kapan mereka bersedia menggunakan pengadilan? Unsur hukum mana yang mereka pandang sah (*legitimate*)? Bagaimana pemahaman mereka mengenai hukum secara umum?[1] Sikap-sikap ini berbeda dari orang ke orang, tetapi kita juga bisa berbicara tentang kultur hukum dari sebuah negara atau sebuah kelompok, jika ada pola yang membedakannya dari kultur negara atau kelompok lainnya. Satu jenis kultur hukum kelompok yang amat penting adalah kultur hukum para profesional hukum – nilai-nilai, ideologi, dan prinsip-prinsip para pengacara, hakim, dan lain-lainnya yang bekerja dalam lingkaran ajaib sistem hukum.[2] Perilaku dan sikap para profesional berpengaruh besar pada pola tuntutan yang diajukan kepada sistem. Dari segi ini, sistem hukum tidak lagi terlihat hanya sebagai sebuah wahana, sebagai seutas tali dalam pengibaratan di muka; melainkan, tindakan para profesional pun turut menentukan. Seorang hakim akan memutuskan dengan cara tertentu untuk memuaskan tuntutan yang disodorkan padanya ketika ia berkepentingan untuk melakukan hal itu, atau ketika kelompok sebayanya, atau nilai-nilainya menuntut untuk itu. Betapa pun juga, nilai-nilai seperti yang telah kami katakan adalah endapan jangka panjang dari struktur sosial, merepresentasikan kekuasaan dan pengaruh yang sudah lama berlangsung; dan tekanan kelompok sebaya bergantung pada siapa kelompok sebayanya itu – bergantung pada, misalnya, pola-pola rekrutmen dalam profesi tersebut; sebuah faktor yang jauh dari netralitas politik. Dengan demikian perilaku para profesional yang kompleks, kultur hukum kalangan internal, sama sekali tidak berkembang secara otonom dan sama sekali bukan pengecualian dari proposisi umum yang mengutamakan masyarakat di atas hukum.

KEKHUSUSAN KULTURAL

Sekhusus apakah hukum ditinjau dari segi kulturalnya? Sejauh mana kultur hukum Prancis merupakan hal yang khas bagi Prancis dan kultur Prancis? Proses-proses hukum jelas nampak berbeda pada masyarakat yang berbeda. Dunia ruang pengadilan seorang hakim Inggris yang mengenakan wig putih menampilkan tampilan kultur yang amat berbeda dari pengadilan-pengadilan rakyat di Uni Soviet dan pengadilan-pengadilan suku Lozi dan Zapotec. Hukum materiil setiap negara merupakan hal yang

cukup unik sehingga membutuhkan studi tersendiri. Hal ini mengisyaratkan bahwa kultur hukum merupakan kumpulan *adat kebiasaan* yang terkait secara organis dengan kultur secara keseluruhan, bukan artifak-artifak netral yang bisa dipungut atau dibeli oleh sebuah masyarakat tanpa mengandung jejak genetis dari masyarakat tertentu. Juga ada kemiripan rumpun atau keluarga di antara negeri-negeri yang memiliki warisan hukum yang sama.

Tentu saja perbedaan yang ada bisa menyesatkan; wig putih hakim Inggris bisa jadi hanya jebakan. Dunia modern cenderung untuk bergerak berlawanan arah dengan kekhususan kultural. Ada banyak kemiripan di antara negara-negara yang berada pada level perkembangan yang hampir sama. Banyak negara – Jepang, Turki, Etiopia – yang telah meminjam *kode*• hukum dari negara-negara lainnya. Dalam faktanya, peminjaman adalah tema kunci dalam hukum modern. Penguasa-penguasa kolonial menerapkan kode-kode mereka pada koloni-koloni mereka; setelah merdeka koloni-koloni ini tetap mempertahankan sebagian besar dari kumpulan hukum ini. Meminjam atau menyimpan sebuah kode hukum dari luar negara menunjukkan bahwa apa yang dipinjam atau disimpan bukan hal yang spesifik secara kultural dalam arti sebagai adat kebiasaan melainkan lebih sebagai sebuah perkakas, sepotong teknologi – seperti mesin jet, perangkat keras komputer, atau jagung hibrida – yang bisa dikemas di sebuah negara dan kemudian dikirim ke negara lain.

Di sisi lain, peminjaman menimbulkan persoalan hukum resmi; kita tidak tahu apakah kode-kode atau peraturan pinjaman tersebut memiliki akar nyata dalam perilaku bangsa. Sebagian ahli menyuarakan skeptisisme yang ekstrim: Robert Seidman bahkan berbicara tentang "Hukum tentang Kemustahilan Pemindahan Hukum." Menurut dia, "aktivitas yang dihasilkan oleh ... peraturan-peraturan adalah spesifik bagi situasi tertentu"; sebuah peraturan yang dipindahkan dari satu kultur ke kultur lainnya "tidak bisa diharapkan untuk bisa menghasilkan berlakunya peraturan dari jenis yang sama seperti di tempat asalnya."[3] Selain itu, perjumpaan kultural turut menyebabkan terjadinya peminjaman ini. Ekonomi kapitalis membutuhkan hukum kapitalis; ekonomi sosialis membutuhkan hukum sosialis; masyarakat-masyarakat yang tengah mengalami modernisasi membutuhkan hukum yang termodernisasi – peraturan dan institusi-institusi untuk menangani mesin-mesin jet, komputer, jagung hibrida. Cara termudah untuk mendapatkan hukum yang tepat adalah dengan meminjamnya dari sumber tertentu. Jika masyarakat-masyarakat yang

serupa menghasilkan hukum yang serupa, maka struktur sosial yang berbeda akan menghasilkan hukum yang berbeda, namun perbedaan ini bukan berupa "kultur" dalam arti adat kebiasaan dan cara berpakaian. Kita bisa membayangkan betapa banyak perbedaan antara hukum sebuah masyarakat kesukuan dan hukum Italia, lebih sedikit perbedaan antara hukum Jepang, Prancis, dan Finlandia, meski dalam hal tertentu, bahasa, misalnya, ketiga negara ini mutlak tidak memiliki kesamaan apa pun.

SUBKULTUR HUKUM DAN PLURALISME HUKUM

Pluralisme hukum berarti adanya sistem-sistem atau kultur hukum yang berbeda dalam sebuah komunitas politik tunggal. Pluralisme muncul dalam banyak bentuk. Pluralisme bisa bersifat *horizontal*, di mana subkultur-subkultur atau subsistem-subsistem memiliki status legitimasi yang setara, atau *vertikal*, di mana mereka tersusun secara hierarkhis di mana ada sistem atau kultur hukum yang "lebih tinggi" dan ada yang "lebih rendah." Pluralisme juga bisa bersifat kultural, politis, dan sosio ekonomis; lihat Tabel I. Dua bentuk *pluralisme horizontal* adalah:

1. Federalisme Kultural

Sebagian negara atau imperium meliputi dan membolehkan subkultur-subkultur yang berbeda. Imperium Utsmani adalah kasus klasiknya. Dalam Imperium tersebut, kaum Muslim, Yahudi dan Kristen masing-masing menjalankan sistem pengadilan yang berbeda pada yurisdiksi mengenai hukum keluarga dan persoalan-persoalan lainnya. Israel modern mempertahankan aspek tertentu dari federalisme kultural ini. Di Israel, hukum keluarga dan pengadilan yang menanganinya masih bergantung,

Tabel I. Tipe-tipe Pluralisme Hukum, Beserta Contoh

	Horizontal	Vertikal
Pluralisme Kultural	Imperium-imperium Timur	Sistem-sistem hukum Kolonial
Pluralisme Politis	Federalisme	Sistem-sistem hukum Hierarkhis
Pluralisme Sosioekonomis	Bentuk-bentuk tertentu pluralisme kelompok-status	Pluralisme "dua-bangsa"

pada agama si subjek; ketentuannya beragam bagi orang-orang Muslim, Kristen, dan Yahudi.[4] Di Indonesia pengadilan-pengadilan Islam tetap berlangsung di samping pengadilan-pengadilan sipil negara.[5]

2. Federalisme Struktural

Amerika Serikat barangkali merupakan contoh terbaik dari jenis ini. Masing-masing dari lima puluh negara bagian tetap memiliki otonomi hukum dalam kadar yang besar. Negara-negara bagian berdaulat dalam hukum keluarga dan hukum dagang, hukum pidana, ganti rugi, kontrak, dan hukum tanah. Swiss, Kanada, dan Australia juga terorganisir secara federal. Banyak negara federal yang memiliki keragaman secara kultural dan juga struktural. Dalam faktanya keragaman kultural seringkali menjadi sebab bagi otonomi struktural: "wilayah-wilayah otonom" di Uni Soviet, Tyrol Selatan di Italia. Akan tetapi perbedaan antara Dakota Utara dan Dakota Selatan nyaris bukan merupakan perbedaan kultural. Di Kanada, perbatasan antara Quebec dan Ontario bersifat kultural sekaligus politis; garis batas antara Saskatchewan dan Alberta bersifat politis saja.

Pluralisme *vertikal* juga bisa dibagi menjadi dua tipe:

1. Sistem-sistem Hukum Kolonial

Koloni-koloni pada abad kesembilan belas seringkali memiliki satu sistem hukum resmi, biasanya sistem hukum Barat, yang diterapkan bagi populasi "Eropa" di ibukota dan kota-kota besar. Hukum pribumi diberlakukan di pedalaman.[6] Bagaimanapun juga selalu kentara bahwa sistem Barat yang dominan. Ketika terjadi konflik, hukum pribumi harus tersisih. Negara-negara merdeka juga bisa bersifat "kolonial." K. Ishwaran menuturkan bahwa para penduduk di sebuah dusun di India menggunakan hukum adat atau, ketika sesuai bagi mereka, "hukum modern yang ditetapkan oleh Negara." Sungguhpun demikian, bila ada konflik, hukum "modern" itulah yang berlaku.[7] Situasi serupa bisa ditemukan di kalangan suku Indian Maya di Meksiko[8] dan umum sekali berlaku di negara-negara yang plural secara kultural dan memiliki riwayat kolonial.

2. Sistem-sistem Hukum Hierarkis

Dalam satu segi, sistem-sistem hukum kolonial mirip dengan federalisme kultural, namun tersusun secara vertikal dengan sebuah puncak dan dasar.

Sistem-sistem hukum hierarkhis merupakan sisi vertikal dari federalisme struktural. Sebagai contoh, di Amerika Serikat, terdapat hukum negara bagian dan hukum federal, namun ketika terjadi konflik antara hukum Michigan dan hukum pemerintah federal, hukum federal itulah yang unggul.

PLURALISME KELOMPOK-STATUS

Dalam banyak sistem hukum, terutama yang pra-modern, hukum yang berlaku untuk individu bergantung pada status atau kelas sosialnya. Di Inggris, hukum manorial mengatur para petani dan pekerja yang tinggal di tanah-tanah pertanian yang luas. Para ksatria dan bangsawan menggunakan pengadilan kerajaan dan *common law* yang sama. Para saudagar memiliki peraturan dan pengadilan mereka sendiri. Dalam kadar yang besar, pluralisme kelompok-status bersifat vertikal, tetapi ada juga aspek horizontalnya di setiap strata tertentu.

Bekas-bekas pluralisme kelompok-status masih ada, misalnya, dalam peraturan-peraturan khusus untuk para "saudagar" dan kode-kode komersial khusus di Eropa kontinental. Bagaimanapun juga, secara umum hukum modern cenderung untuk menghapuskan pluralisme kelompok status. "Hukum khusus"-nya memang banyak namun, seperti dikatakan oleh Max Weber, status-status yang diacunya "secara formal dan umum bisa diakses oleh siapa saja."[9] Maksudnya, setiap orang, paling tidak secara formal, bisa memutuskan untuk menjadi seorang pedagang atau saudagar. Hukum di negara-negara modern memuat lusinan peraturan mengenai hak dan kewajiban penjual obat-obatan, tetapi "ahli farmasi" bukan merupakan status tetap atau warisan. Itu hanya pekerjaan dan suatu peran belaka.[10] Karena itu hukum modern tidak banyak memberikan perhatian formal terhadap tanda-tanda status bawaan lahir atau yang lainnya, melainkan lebih mengatur peran-peran spesifik.

PLURALISME "DUA-BANGSA"

Tipe ini sepertinya tinggal tersembunyi di setiap sistem hukum modern. Hukum resmi merespon dan mengatur kalangan berpunya, sementara kalangan miskin berdiri di luar hukum ini. Hukum-hukum formal tidak mengakui perbedaan antara kaya dan miskin. Hukum untuk kaum miskin bersifat informal, tidak resmi dan keras. Di beberapa bidang hukum, hak-

hak formal kaum kaya dan miskin bisa jadi berbeda. Jacobus tenBroek menggambarkan hukum keluarga California sebagai sebuah "sistem ganda," sekumpulan peraturan bagi kaum kaya dan sebuah kode yang keras bagi kaum miskin.[11] Namun bentuk tertentu pluralisme nampaknya tidak bisa dihindarkan lagi dalam sistem manapun yang kompleks. Sebuah sistem hukum bisa disebut plural apabila hukum yang formal dan resmi berbeda jauh dari hukum yang hidup. Ini adalah kondisi universal yang bisa ditemukan pada sistem-sistem hukum nasional.

Pluralisme kultural dan struktural, meskipun berbeda, biasanya akan berinteraksi. Martin Levin menyaring data tentang perilaku para hakim dalam menjatuhkan hukuman di dua kota, Minneapolis dan Pittsburgh.[12] Ia juga mewawancarai para hakim. Levin mendapati adanya perbedaan perilaku dan sikap. Hakim-hakim Pittsburgh umumnya menjatuhkan hukuman yang lebih ringan daripada para hakim Minneapolis. Hakim-hakim Minneapolis "lebih berorientasi ke arah kebutuhan 'masyarakat' akan perlindungan, dan ke arah tujuan kelompok profesional mereka, daripada kepada 'tersangka.' Pengambilan-keputusannya bersifat 'formalistik.' Sebaliknya, hakim-hakim Pittsburgh 'berorientasi kepada tersangka' daripada kepada pemberian hukuman atau usaha pencegahan kejahatan."[13]

Semua ini adalah sikap, sebuah aspek kultur, dan semua itu berkaitan dengan perilaku para hakim yang mengekspresikannya. Akan tetapi Levin tidak mengemas studinya sebagai studi tentang sikap. Yang menarik baginya adalah struktur. Para hakim Pittsburgh berasal dari kalangan pekerja partai yang aktif. Mereka menempati jabatan demikian melalui pemilihan. Di Minneapolis, para hakim memiliki suara penentu dalam pemilihan para hakim; partai-partai politik tidak. Di Pittsburgh, yang ada adalah situasi sebaliknya. Dengan demikian riset Levin menunjukkan adanya hubungan sistematis antara perilaku struktur dan hukum. Tidak seorang pun yang "sengaja" menghasilkan perbedaan tersebut. Kultur para hakim adalah variabel perantara. Namun keputusan-keputusan struktural menuntun rekrutmen para hakim yang secara material berbeda kultur hukumnya.

KLASIFIKASI SISTEM-SISTEM HUKUM

Konsep kultur hukum mengisyaratkan bahwa setidaknya dalam pengertian tertentu setiap negara atau masyarakat memiliki kultur hukum sendiri dan bahwa tidak ada dua negara atau masyarakat yang persis sama, seperti

halnya tidak ada dua masyarakat yang persis serupa dalam hal politik, struktur sosial, dan kultur umumnya. Tetapi sebagian masyarakat saling terkait lebih erat daripada sebagian yang lainnya. Barangkali hal itu juga berlaku pada kultur-kultur hukum. Bisakah kita mengklasifikasikan masyarakat atau negara menurut kultur hukumnya? Dalam faktanya sudah ada upaya mengklasifikasi sistem-sistem hukum. Hasilnya tidak terlalu berguna dari sudut pandang ilmu sosial. Problemnya ada pada titik tolak klasifikasinya. Biasanya para ahli hukum membagi sistem-sistem hukum ke dalam keluarga, rumpun, kalangan, atau kelompok-kelompok tertentu.[14] Masing-masing keluarga, kalangan, atau kelompok meliputi sistem-sistem hukum yang dipandang berkaitan paling erat. Para anggota dari sebuah "keluarga" memiliki satu "orang tua" yang sama; mereka adalah keturunan dari orang tua ini atau mereka meminjam institusi-institusi hukumnya. Skema ini mengambil modelnya dari taksonomi dunia hewan, bahasa, dan tetumbuhan.[15]

Para ahli perbandingan hukum sepakat bahwa ada beberapa "keluarga" yang dominan dalam dunia hukum. Satu kelompok besar *civil law* banyak dipengaruhi oleh hukum Romawi klasik dan memiliki kecenderungan kodifikasi yang sama. Eropa Barat, Amerika Latin, dan Afrika berbahasa Prancis termasuk dalam keluarga ini. Banyak negara-negara Afrika yang mempertahankan sebagian dari hukum adat mereka, namun pengaruh Prancis terasa kuat di bekas koloni-koloni tersebut; Pantai Gading, di antaranya, berusaha menerapkan "legislasi sipil baru yang seragam, yang bisa berlaku bagi semua orang terlepas dari statusnya;" ini berarti berakhirnya hukum adat, paling tidak secara resmi.[16] Skotlandia, Lousiana, dan Quebec juga memiliki sejumlah kesamaan dengan dunia civil law. Sebagian ahli membagi dunia *civil law* menjadi subkeluarga Prancis dan Jerman. Sistem-sistem hukum Skandinavia berdiri agak terpisah dari yang lainnya dalam kelompok ini, walaupun mereka memiliki banyak kesamaan ciri dengan sistem-sistem kontinental.[17]

Negara-negara yang terhimpun dalam keluarga *common law* mencakup Inggris Raya, koloni-koloninya, bekas koloni-koloninya, dan koloni dari bekas koloninya: antara lain Amerika Serikat dan Kanada (kecuali, dari segi tertentu, Louisana dan Quebec), Australia dan Selandia Baru, Jamaica, Trinidad, Barbados, dan Bahama. *Common law* merupakan unsur penting di Kenya, Ghana, dan Nigeria, di bekas-bekas koloni di Afrika, dan di Liberia. Pengaruh *common law* juga terasa kuat di India, Pakistan, dan Malaysia.

Sebagian ahli memandang sistem hukum sosialis Eropa – Uni Soviet, dan demokrasi rakyat Eropa Timur – sebagai keluarga tersendiri.[18] Sekalipun demikian, kelompok ini memiliki kemiripan yang kuat dengan dunia *civil law*. Negara-negara Muslim membentuk keluarga tersendiri. Timur Jauh juga berdiri sendiri. Hukum Jepang merupakan perpaduan unik antara *civil law* dan unsur-unsur khas asli Jepang diimbuhi dengan pengaruh Amerika terkini.[19] India modern dan Israel memiliki sistem hukum campuran di mana unsur-unsur hukum Hindu dan Yudais berdiri berdampingan dengan muatan-muatan hukum Barat modern. Banyak sistem yang punah dan tinggal bekas-bekas fosilnya saja – buku-buku tua, inskripsi, lembar-lembar papirus. Taksonomi sistem kesukuan hampir semuanya tidak berkembang.

Cara membagi sistem-sistem hukum seperti ini, yakni menjadi "keluarga-keluarga," bertolak dari pandangan bahwa sistem hukum sebuah negara adalah lebih dari sekadar gabungan unsur-unsurnya, melainkan memiliki karakter dan gaya yang sudah tertentu, bahwa karakter ini abadi dan secara genetis berasal dari "orang tua"-nya. Yang membuat sistem-sistem hukum menjadi anggota dari sebuah "keluarga" adalah adanya kesamaan ciri dasar tertentu. Ciri-ciri tersebut tidak terisolasi melainkan berpadu dan bertahan seiring waktu; mereka merembes ke dalam institusi-institusi hukum sebuah negara dan memberinya citarasa atau karakter yang khas.

Apa ciri-ciri dasar ini?[20] Para pembuat klasifikasi, seperti halnya para ahli taksonomi di bidang lain, mencari beberapa ciri dasar yang bisa digunakan untuk melakukan diagnosis dan pembedaan. Ciri dasar yang digunakan, secara umum, adalah ciri-ciri hukum menurut kacamata para pengacara. Artinya, semua itu berasal dari cabang-cabang hukum yang dipandang paling praktis dan menarik menurut profesi pengacara dan yang paling tidak tertembus oleh pihak luar dan pengaruh luar. Atau semua itu adalah kepingan-kepingan sistem hukum yang, karena sebab historis atau tradisi, kelihatan besar dalam benak para pengacara atau ditekankan dalam pendidikan hukum terlepas dari nilai praktisnya. Bagi banyak ahli hukum, sistem-sistem *common law* Ontario atau Pennsylvania, misalnya, terpisah jauh dari sistem-sistem *civil law* seperti yang ada di Bolivia atau Prancis. Doktrin kasus preseden, juri *civil law*, dan konsep-konsep serta institusi tertentu (*trust*, doktrin konsiderasi) adalah hal yang asing dalam *common law*. *Civil law*, di pihaknya, memiliki gudang konsep-konsepnya sendiri, sebuah pangkalan hukum Romawi, dan di kebanyakan negara berwujud sebuah kode yang lengkap dan menyeluruh.

Tetapi para ahli imajiner ini tidak memisahkan ciri-ciri ini dari semua ciri lainnya, karena kesemuanya menjadi bagian yang amat vital dari hukum yang hidup atau berkait erat dengan dampak hukum. Dan sesungguhnya, di Inggris pun juri civil law hampir punah; doktrin konsiderasi memiliki nilai praktis yang kecil di mana pun. Sebuah filsafat taksonomi yang berhasil bagi biologi mungkin tidak berhasil bagi hukum. Teori evolusi menjadi titik awal dan kerangka bagi klasifikasi yang ada dalam ilmu biologi. Dalam hukum tidak ada teori semacam itu.

Tentu saja benar bahwa hukum Amerika adalah "keturunan" dari hukum Inggris dalam pengertian tertentu, dan hukum Lousiana dalam hal tertentu menyerupai *civil law* Spanyol atau Prancis. Namun keterkaitan historis ini, dengan menunjuk pada fakta yang ada, mungkin tidak banyak artinya. Tipologi klasik *hanya* menjelaskan tentang sumber formal ciri-ciri tersebut yang terpilih sebagai "pijakan." Akan tetapi ciri-ciri tersebut dipilih sebagai ciri-ciri dasar justru karena semua itu memungkinkan dibuatnya skema klasifikasi. Jika kita tahu bahwa sebuah negara termasuk dalam "keluarga" tertentu, hal lain apalagi yang bisa kita ketahui mengenai masyarakat tersebut? Bisakah dari situ kita memprediksi tentang politik, masyarakat, atau ekonominya? Level pembangunannya?

Bisa dipastikan bahwa kita tidak bisa berkata apa-apa tentang hal itu. Salah satu masalahnya terkait dengan ciri-ciri itu sendiri. Kita misalnya tidak tahu dampak dari sistem juri. Apakah sistem juri mengandung konsekuensi politik? Apakah hal itu mendorong berkembangnya demokrasi? Akan gegabah bila kita mengatakan "ya." Banyak sistem yang tidak memiliki juri nampak sama demokratisnya dengan negara-negara *common law*. Sebagian negara dengan juri nampak kalah "partisipatoris"-nya dibandingkan dengan negara-negara tanpa juri. Tak pelak lagi, adanya juri bisa mempengaruhi sikap dan perilaku seseorang. Tetapi kita tidak tahu sepenting apa kedudukan juri dalam kehidupan hukum dan sosial masyarakat atau apa jabatan yang serupa dengannya di tempat lainnya. Kita bisa mengajukan pertanyaan serupa berkenaan dengan ciri-ciri diagnostik lainnya dan juga ciri-ciri keseluruhannya. Mustahil kita mengatakan bahwa sistem *common law*, seperti yang berkembang di Inggris, telah berperan bagi terbentuknya pemerintahan perwakilan. Lebih kecil lagi kemungkinan kita untuk mengatakan bahwa sistem common law terkait dengan munculnya revolusi industri. Masih bisakah kita mengatakan hal lain lagi mengenai *common law* sebagai penggerak terjadinya perubahan ekonomi atau politik? Apa yang dihasilkan oleh sebuah *common law* bagi

sebuah negara pada masa ini? Apa yang akan diperbuatnya di Burma atau Iran?

Perhatikan bahwa skeptisisme kami hanya tertuju pada konsep "keluarga" *common law*. *Hukum* Inggris jelas mempengaruhi sejarah negara Inggris. *Masyarakat* Inggris menghasilkan *hukum* Inggris, dan hukum Inggris menghasilkan pengaruh umpan balik terhadap masyarakat Inggris. Yang kami maksud dengan hukum Inggris adalah kesemuanya, termasuk peraturan-peraturan dan institusi yang biasanya diabaikan oleh para pengacara dalam tulisan-tulisan formal – khususnya peraturan mengenai regulasi dan administrasi dalam hukum modern.

Hukum Inggris pun turut melatarbelakangi hukum Amerika. Orang-orang Inggris membawanya, para pejabat Inggris menjalankannya, para pengacara dan hakim yang tidak mengetahui model lain pun menyalin dan mengikutinya. Tentu saja ada banyak sisa-sisa dari lapisan common law ini. Hukum pertanahan Amerika memiliki citarasa yang khas Inggris, khususnya kosakata seperti *estate*, *trust*, *conveyancing*, *easement*, dan *covenant*. Hukum komersial pun memiliki kemiripan yang erat dengan hukum Inggris.[21] Hukum kontrak dan ganti rugi di kedua negara berinteraksi secara erat pada abad kesembilan belas dan menyisakan kemiripan sebagai satu keluarga.

Secara keseluruhan, mudah bagi kita untuk melebih-lebihkan unsur historisnya, yakni unsur Inggris, dalam hukum Amerika,[22] juga mudah bagi kita untuk melebih-lebihkan betapa tuanya hukum Inggris yang membekas pada Inggris zaman modern. Karena kedua negara kemudian berpisah secara politis, hukum mereka pun bercerai. Dalam bidang-bidang hukum regulatoris modern yang penting – perencanaan desa dan kota, hukum pajak, hukum perusahaan, hukum kesejahteraan sosial – keduanya pun tumbuh sedemikian terpisahnya sehingga nyaris seperti dua dialek bahasa yang tidak bisa dipahami bersama-sama. Seorang pengacara Amerika hampir tidak bisa memahami kasus-kasus dan undang-undang Inggris, begitu juga sebaliknya. Pembedaan khas hukum Inggris antara *barrister* (pengacara pengadilan tinggi) dan *solicitor* (pengacara pengadilan rendah) tidak dikenal di Amerika Serikat.

Dalam hukum, format atau bentuk dan peristilahan seringkali nyaris dibuat secara sewenang-wenang. Harus digunakan istilah *easement* untuk menamakan sebuah transaksi sewa tanah, namun istilah tersebut nyaris tidak menjadi masalah asalkan setiap orang yang berurusan mengetahuinya. Jadi, jelas bahwa hukum terus berpegang pada istilah-istilah tradisio-

nal karena alasan untung rugi yang penuh perhitungan. Hukum Amerika berbicara secara Inggris. Untuk apa mengubah sebutan *plaintiff* (penggugat) atau menyebut *tort* (ganti rugi) dengan istilah lain? Banyak peraturan substantif kecil yang mirip dengan nama-nama kuno: Semua itu mudah digunakan, tersedia, berbahasa Inggris, dan tahan lama.

Jadi kedua negara juga berbagi kesamaan bahasa dan, dalam kadar tertentu, kultur. Keduanya telah mengalami revolusi industri bersama negara-negara modern lainnya; keduanya mengalami urbanisasi; keduanya menyerap anugerah ilmu pengetahuan dan teknologi. Keduanya memberikan semakin banyak hak pilih kepada masyarakatnya. Keduanya telah menderita karena perang dan depresi. Keduanya telah membuat regulasi bisnis; keduanya memungut milyaran dolar pajak dari para warganya; keduanya telah membuat program-program kesejahteraan sosial yang terperinci, meskipun detailnya amat berbeda. Pendek kata, kita bisa membayangkan adanya hubungan erat antara hukum kedua negara ini walaupun tanpa menjadi anggota dari sebuah "keluarga" hukum yang sama. Sejarah yang serupa dan kondisi ekonomi yang serupa mesti akan menghasilkan keserupaan yang mencolok dalam kultur hukum.

Mengapa kemudian sistem hukum Prancis begitu berbeda? Prancis telah mengalami pengalaman-pengalaman modern yang serupa. Dalam faktanya, hukum Prancis dan Inggris jelas telah bersinggungan dalam beberapa hal. Tentu saja tidak seorang pun yang bisa menemukan semacam *barrister* di Prancis. Titik temu yang paling mencolok adalah pada pengalaman nasional yang berpengaruh pada segi-segi yang paling mirip, dalam hukum bisnis, misalnya. Tidak mengherankan bila kedua negara tetap terpisah jauh dalam segi terminologi peraturan-peraturan marginalnya. Hal-hal ini dan adat kebiasaan yang dipertahankan oleh para ahli hukum bisa menampilkan sesuatu yang dalam kadar tertentu bisa menipu kita.

KULTUR MODERNITAS

Kita bisa berbicara tentang kultur hukum pada banyak level. Pada level abstraksi yang tinggi, misalnya, ada banyak ciri kultural yang sama bagi semua bangsa industri atau modern. (Yang kami maksud modern tidak lain adalah sebuah sistem yang berfungsi di sebuah negara industri.)

Sebagian ahli yakin bahwa mereka menangkap adanya ciri semacam itu. Mereka melihat adanya pola umum evolusi hukum dari taraf rendah

menuju yang tinggi, dari pramodern menuju modern. Teori-teori ini akan dibahas dalam bab X. Untuk saat ini, kita membahas gagasan umum bahwa hukum modern adalah hal yang khusus dan amat berbeda dari hukum-hukum pramodern dan yang ada pada masyarakat-masyarakat non-modern. Peraturan-peraturannya tentu saja berbeda, namun begitu pula halnya dengan sikap-sikap dasar yang ada dalam kultur tersebut.[23]

Sistem-sistem hukum tradisional memiliki teori-teori khusus yang memisahkan mereka dari hukum modern. Mereka tidak sigap menerima gagasan perubahan hukum. Dalam banyak masyarakat tradisional, hukum adalah hal yang transendental, bagian dari karunia Tuhan atau perintah Tuhan yang disampaikan melalui orang tertentu atau melalui para paus, nabi, atau wakil dewa. Pada masyarakat lainnya, ini berarti *adat kebiasaan* – cara-cara tradisional yang diturunkan dari masa lampau yang tak teringat lagi, yang disucikan karena keantikan mereka. Ringkasnya, hukum non-modern menganggap bahwa hukum bukan buatan manusia yang bisa dirubah. Tentu saja, perubahan tetap terjadi. Sebagian berlangsung secara bertahap, halus, tidak mencolok. Perubahan-perubahan legislatif seperti pada hukum Jerman abad pertengahan tersamar dalam bentuk restorasi atas hukum yang pada hakikatnya tidak bisa dirubah.[24] Pada sebagian masyarakat tradisional, raja dan ketua terkadang menetapkan dekrit dengan atau tanpa persetujuan dewan tetua.[25] Pada sebagian yang lain, para pemimpin karismatis melakukan perubahan dramatis, seringkali dengan mengklaim telah mendapatkan wahyu secara langsung. Jadi perubahan adalah hal yang dimungkinkan; tetapi perubahan merupakan hal yang luar biasa dan ajaib, tidak pernah menjadi bagian dari keteraturan hukum.

Dalam *common law*, tradisi juga turut menopang legitimasi atas hukum. Menurut Lord Coke, "akal pikiran" membuat prinsip-prinsip hukum menjadi valid: "Karena akal pikiran adalah jiwa hukum, *common law* tidak lain adalah akal pikiran. ... Hukum ... adalah kesempurnaan akal pikiran."[26] Yang dimaksud dengan akal pikiran olehnya kurang lebih adalah tradisi panjang dan pengalaman yang mengekspresikan tatanan dunia yang tepat. Dalam sistem ini, hukum secara pelahan berputar, kecuali ketika ada campur tangan raja dan parlemen, yang tidak pernah menjadi hal yang lazim. Betapa pun juga, hukum modern membalikkan praduga dasar mengenai hukum ini. Hukum senantiasa berubah. Ada bagian tertentu dari hukum yang mengandung nilai-nilai kekal, namun sebagian terbesar hukum berubah dan sering berubah, setidaknya pada

tampilan luarnya. Orang-orang tahu bahwa sebagian besar atau seluruh hukum tidaklah kekal dan juga tidak ilahiah. Sebagian besar hukum tidak lebih dari perkakas yang secara moral bersifat netral, sarana ke arah tujuan tertentu. Hukum adalah sesuatu yang "baik," jika hal itu mengedepankan tujuan yang berguna dan jika hal itu dilaksanakan dengan baik.[27]

Perubahan dari teori-teori hukum tradisional ke teori-teori hukum instrumental merupakan hal yang fundamental dan menentukan. Yang kami maksud dengan *teori-teori instrumental* adalah teori-teori yang berpandangan bahwa hukum pada hakikatnya adalah buatan-manusia, dibentuk oleh masyarakat untuk menunaikan tujuan tertentu, dan bisa diubah untuk memenuhi tujuannya dengan cara yang lebih baik. Perubahannya bukan perubahan terisolir, yang tercermin hanya dalam hukum. Melainkan, perubahan tersebut adalah sebuah fase hukum dari revolusi kultural yang terjadi. Masyarakat modern berbeda dari masa lalunya dalam banyak segi yang diringkas oleh Weber dalam satu konsep tunggal: yang rasional. Masyarakat modern adalah masyarakat yang berpegang pada apa yang rasional. Pembagian kerja, "spesialisasi ilmiah," dan "diferensiasi teknis" telah jelas mentransformasikan dunia modern; meskipun ada perkecualian, kantong-kantong sisa, dan trend-trend tandingan, "efisiensi dan produktivitas" telah menjadi nilai-nilai yang utama dalam masyarakat.[28]

Perubahan yang sedemikian luas dan fundamental itu tidak berlangsung dalam waktu semalam, pencipta atau penemunya juga bukan satu orang atau satu aliran. Wajar bila kita menengok pada Revolusi Industri sebagai proses yang, lebih dari hal lainnya, dipandang telah memicu perubahan itu; dan kaum Utilitarian Inggris secara wajar muncul dalam benak kita sebagai kelompok pemikir yang paling jelas mengekspresikan teori hukum modern. Bentham memulai "Prinsip-prinsip Legislasi"-nya dengan sebuah statemen tegas: "Kebaikan publik harus menjadi tujuan pembuat legislasi; kemanfaatan umum harus menjadi landasan penalaran mereka. Mengetahui kebaikan yang sesungguhnya bagi masyarakat itulah yang membentuk ilmu legislasi; keahlian legislasi merupakan pencarian sarana untuk mewujudkan kebaikan itu."[29] Terlepas dari semua kecerdasannya, Bentham tidak mengambil gagasan ini dari awang-awang. Ia dan alirannya agaknya lebih merupakan akibat alih-alih sebab; mereka hanya meringkas gagasan-gagasan yang telah digodok secara spontan oleh masyarakat baru, mereka mengekspresikan pemikiran-pemikiran ini dengan paradigma-paradigma baru.

Para filosof hukum yang besar rata-rata adalah mereka yang mengemukakan ide-ide tentang hukum dan proses hukum dengan cara elegan, cermat, dan sistematis. Namun teorema-teorema *hakiki* yurisprudensi sepertinya muncul dari ide-ide yang longgar dan tidak terlalu sistematis, yang ada di awang-awang selama periode waktu tertentu. Kebutuhan akan profesi hukum menjadi pemicu lain munculnya teorema-teorema ini. Pada saat yang sama, pemikiran hukum, betapa pun luhur, menggugah, dan bagus secara etis, pasti terkait dengan kulturnya. Kultur memberikan batas-batas di mana pemikiran hukum bisa berkeliaran. Untuk sebagian besar kultur juga menentukan aliran pemikiran lainnya yang cenderung paling disegani pada masa tertentu oleh kalangan tertentu.

Tak pelak lagi teori hukum instrumental memiliki basisnya pada opini publik. Yang kami maksudkan dengan opini publik tentu saja bukan sekadar hitungan jumlah kepala,[30] melainkan "opini publik" dalam pengertian sikap-sikap yang hidup di kalangan mereka yang berkuasa dan berpengaruh – apa kata para pemimpin opini dan bagaimana penerimaan orang kebanyakan terhadapnya. Misalnya, pada tahun 1800 atau 1820 atau 1850, orang kebanyakan mengacu pada para pedagang biasa, pemilik tanah, atau para petugas.[31]

Apakah ide-ide mengenai hukum mengalami pergeseran yang menentukan pada masa Revolusi Industri? Pemikiran hukum itu sendiri, betapa pun tidak terpercayanya, adalah bukti yang menunjukkan arah ini. Masa tersebut di Eropa terjadi kodifikasi besar-besaran. Negara demi negara mulai merancang kode-kode buatan-manusia yang baru, sistematis, dan rasional. Jelas, ada pergerakan-pergerakan intelektual yang kuat di balik kodifikasi tersebut selain pergolakan ekonomi,[32] tetapi apa pun penyebabnya, pergeseran sikap nampaknya tak terelakkan lagi. Dengan merujuk pada Amerika Serikat, William E. Nelson mengemukakan sebuah argumen yang menarik. Ia menyatakan bahwa pada abad kedelapan belas, undang-undang biasanya disertai dengan mukadimah (*preamble*). Mukadimah menjelaskan isi atau tujuan dari undang-undang. Sesudah sekitar tahun 1800, praktik menyertakan mukadimah nyaris sepenuhnya hilang. Memang ketika sebuah undang-undang belum berlaku "normal," perubahan di dalamnya akan membutuhkan penjelasan dan justifikasi. Bagaimanapun juga, abad kesembilan belas menuntut agar hukum berlaku secara pasti dan jelas. Karena itu, tidak dibuat atau dibutuhkan adanya alasan-alasan.[33]

Kultur hukum yang baru, walaupun berlaku umum, tidak sepenuhnya

menyingkirkan sikap-sikap lama. (Hukum lama pun mengandung pemikiran rasional dan utilitarian.) Teori-teori tradisional dan yang disucikan masih mewarnai hukum –, misalnya, dalam hukum konstitusional dan hukum mengenai "hak asasi." Akan tidak adil bila setiap unsur hukum yang tidak instrumental kita namakan sebagai "sisa-sisa" masa lalu. Penyebutan seperti itu menyiratkan bahwa unsur-unsur ini akan musnah sepenuhnya atau bahwa masyarakat yang progresif semestinya membuang semua itu. Hukum konstitusional di Amerika Serikat merupakan bidang hukum yang dinamis dan menjadi wahana perubahan sosial yang dramatis. Cabang hukum ini telah melewati zaman, berkembang, dan bermanfaat, meskipun (atau barangkali karena) kekuatannya untuk sebagian bergantung pada acuan kepada apa yang kekal, yang tradisional, acuan menuju moralitas dan cita-cita.

MODERNITAS DALAM HUKUM DAN MODERNITAS DALAM MASYARAKAT: SEBAB DAN AKIBAT

Adalah satu hal bila kita memandang bahwa sikap-sikap modern mengenai hukum menjadi cikal bakal masyarakat industri atau bahwa pemikiran hukum modern dan masyarakat industri modern muncul pada waktu yang bersamaan, barangkali disebabkan oleh adanya faktor ketiga yang tidak kita ketahui. Adalah hal yang lain sama sekali bila kita menganggap bahwa bentuk-bentuk hukum yang baru atau ide-ide baru mengenai hukum pada dirinya bersifat instrumental dalam memunculkan dunia baru tersebut atau merupakan semacam prasyarat kemunculannya. Dalam skala luas, ini adalah persoalan mengenai variabel struktural. Ini juga adalah persoalan mengenai hubungan di antara "keluarga-keluarga" hukum dan perkembangan ekonomi. Menurut kesepakatan umum, Revolusi Industri dimulai di Inggris. Cukup wajar bila kita bertanya-tanya bagian mana dari common law mereka yang berperan dalam kejadian itu.

Talcott Parsons melontarkan pandangan sepihak berkenaan dengan persoalan ini. Menurut dia, sistem hukum Inggris merupakan "sebuah sistem terpadu dari norma-norma universalistik"; ekonomi dan masyarakat modern tidak bisa berkembang tanpa sistem semacam itu.[34] Max Weber memiliki pandangan yang sedikit berbeda. Industri dan bisnis memang menuntut level rasionalitas tertentu; akan tetapi Weber terkejut oleh kenyataan bahwa *common law* Inggris ternyata tidak dan kalah "rasional"

dibandingkan sistem-sistem Eropa lainnya. Menurut Weber, kapitalisme tetap muncul di Inggris *walaupun* sistem hukumnya demikian. "Kapitalisme modern berkembang secara sama dan memanifestasikan ciri-ciri ekonomi yang pada dasarnya serupa walaupun berada di bawah sistem-sistem hukum yang berisi peraturan dan institusi-institusi yang amat berbeda-beda, setidaknya dari sudut pandang yuridis."[35]

Betapa pun juga, frase terakhir penting artinya: "dari sudut pandang yuridis." Seperti berkali-kali kami tunjukkan, "sudut pandang yuridis" bersifat sempit dan terdistorsi. Pada hakikatnya hal itu mengacu pada hukum versi para pengacara. Bagian hukum yang ini bisa jadi atau tidak merupakan hal yang vital dari sudut pandang perkembangan ekonomi. Seperti telah kami katakan, sekadar menjadi anggota dari sebuah "keluarga" sistem hukum nyaris tidak akan berakibat memajukan atau menghalangi kapitalisme (atau sosialisme, pada kasus lainnya). Para anggota dari keluarga yang besar pada umumnya amat beragam antara satu dengan lainnya: Haiti dan Prancis, misalnya, termasuk ke dalam "keluarga" yang sama dan memiliki kaitan erat dalam hal itu. Setiap "keluarga" nampaknya bisa disesuaikan untuk semua level kultur, seperti halnya sebuah bahasa bisa digunakan untuk berbicara tentang topik manusia, ilmu pengetahuan, atau seni.

Ini tidak berarti bahwa tidak ada ciri pasti yang dimiliki oleh sebuah sistem hukum modern, suatu sistem yang berfungsi di dalam masyarakat industri. Jelas, sebuah sistem hukum yang tidak mengandung kelonggaran, yang tidak bisa berubah seiring berubahnya waktu, yang tidak mendukung kepastian yang wajar dalam urusan bisnis, tidak akan bekerja pada abad kedua puluh. Hal-hal ini tidak sulit untuk dipenuhi; setiap sistem hukum nampaknya memenuhi hal-hal itu seiring munculnya kebutuhan.

Tentu saja sistem hukum *formal* tidak selalu memiliki ciri fleksibel dan bisa diprediksi. Akan keliru kalau kita memeringkat sistem hukum sebagai sistem hukum yang berkembang, modern, atau fungsional, hanya dengan memandang ciri-ciri formalnya. Yang harus diuji adalah bagaimana sistem tersebut bekerja dalam kehidupan. Hal ini memunculkan persoalan mengenai sebab dan akibat. Barangkali pada tahapan pertumbuhan ekonomi tertentu, proses-proses sosial secara otomatis menghasilkan jenis hukum yang dibutuhkan atau berusaha demikian. Jika sistem formalnya tidak memenuhi tuntutan yang ada, yang akan memenuhi adalah sistem informalnya.

KULTUR HUKUM NASIONAL: DENGAN MENGACU SECARA KHUSUS PADA AMERIKA SERIKAT DAN INGGRIS

Sudah kami katakan, setiap bangsa memiliki kultur hukum yang khas. Namun kultur hukum sulit untuk diteliti, dan hanya ada sedikit data sistematis mengenai perbandingan antarkultur.[36] Dengan begitu yang tersisa bagi kita hanyalah jejak-jejak belaka. Apakah ada kultur hukum yang khas Amerika – sikap dan nilai-nilai yang sama atau hampir sama bagi bangsa Amerika secara keseluruhan dan berbeda dari sikap dan nilai-nilai negara lainnya? Jawabannya jauh dari jelas. Kultur nasional adalah semacam perpaduan unsur-unsur atau agregat; sulit untuk membandingkannya dengan perpaduan lainnya. Perbandingan di antara unsur-unsur sebuah kultur juga rumit. Para petani Prancis dan Amerika mungkin memiliki sikap-sikap yang berbeda terhadap hukum; tetapi jika kedua masyarakat mendefinisikan "petani" secara berbeda dan jika para petani menduduki peranan sosial yang berbeda di kedua negara, perbandingan semacam itu sepertinya akan keliru arah.

Riset terkini mulai mengeksplorasi perbedaan yang terdapat pada pengetahuan hukum dan sikap-sikap terhadap hukum pada level nasional.[37] Tentu saja sikap-sikap hanyalah sebagian dari kisah utuhnya. Kultur hukum penting karena sikap-sikap akan membantu terbentuknya *tuntutan-tuntutan* riil terhadap sistem hukum. Yang menjadi penentu adalah ketika sikap-sikap itu mengejawantah menjadi perilaku. Kultur membentuk struktur; pada gilirannya struktur mempengaruhi sikap-sikap, karena struktur mendefinisikan apa yang mungkin berlangsung, menetapkan apa yang dipandang lazim, dan menjelaskan dalam lingkaran apa pikiran dalam kultur tersebut harus berputar. Lebih dari itu, struktur merupakan bukti penting mengenai sikap. Suatu pola struktural yang konsisten akan membukakan dan menjelaskan sikap-sikap di baliknya, seperti halnya pakaian yang mengikuti garis tubuh. Sikap-sikap dan struktur berinteraksi. Sebagai contoh, hukum mengenai wasiat dan pewarisan mungkin memberitahukan banyak hal mengenai sikap-sikap sosial terhadap properti, keluarga, dan kematian. *Struktur* hukum pewarisan pada gilirannya mendefinisikan cara kita mengalihkan kepemilikan properti kita bila kita mati; cara-cara lainnya menjadi mustahil. Di mana orang-orang terbiasa dengan ide perkara hukum, yakni ide bahwa kita membawa sengketa ke pengadilan, maka pengadilan pun akan menjadi ramai dan prestisius.

Orang-orang pun melihat bahwa pengadilan sibuk dan prestisius; hal ini pun mempengaruhi cara pandang mereka. Dan begitu seterusnya.

Sebagian ciri-ciri kehidupan hukum Amerika dipandang oleh para pengamat sebagai hal yang bisa dikatakan unik. Yang pertama adalah *fragmentasi kekuasaan*. Amerika Serikat bermula dari sebuah revolusi melawan kekuasaan monarki di tempat jauh. Konstitusi tahun 1787 dipenuhi dengan ide keseimbangan dan pengawasan kekuasaan; dan rancangan pemerintahannya pun federal. Negara-negara bagian tetap memiliki kekuasaan besar. Para pemikir politik akhir abad kedelapan belas merasa khawatir dengan kekuasaan yang terkonsentrasi. Para saudagar, pemilik tanah, agamawan, dan para pengacara sepakat. Sikap dasar tersebut nampaknya terus berlangsung sampai saat ini. Konstitusi adalah sebuah akibat, bukan sebab bagi sikap ini; namun demikian, konstitusi mungkin telah membantu sikap tersebut agar tetap hidup. Bagaimanapun juga kita harus ingat bahwa negara-negara lainnya juga sama-sama berpegang pada prinsip keseimbangan kekuasaan – di atas kerta, sementara dalam praktiknya perkataan tersebut diabaikan.[38] Di Amerika Serikat filsafat keseimbangan kekuasaan begitu menonjolnya sehingga kita mungkin bisa menyebutnya sebagai tanda khas kultur hukum Amerika.

Ketidakpercayaan pada kekuasaan terpusat di kalangan orang-orang Amerika yang berpengaruh adalah sebuah sikap, bukan sebuah "filsafat," bukan sebuah pandangan dunia yang konsisten dan sistematis. Sikap tersebut memiliki konsekuensi struktural: orang-orang Amerika menenggang atau membangun struktur-struktur politik yang memungkinkan adanya "pluralisme," otoritas yang terfragmentasi, kelompok-kelompok veto yang majemuk. Andrew Shonfield menyebutkan tentang "insting nasional untuk memecah pemerintah menjadi banyak bagian yang kecil-kecil"; orang Amerika memandang pemerintah mereka sebagai sebuah "konfederasi longgar dari lembag-lembaga yang saling bersaing satu sama lain memperebutkan uang dan kekuasaan,"[39] Hal ini terjadi di tingkat pemerintah lokal dan juga, barangkali terutama, di sistem federal. Area-area metropolitan – Boston, New York, Los Angeles – dikelola oleh ratusan yurisdiksi yang bertumpang tindih. Garis batas politik ditarik dengan satu cara, distrik sekolah dengan cara lainnya; distrik-distrik saluran comberan lain lagi. Ketika muncul sebuah kebutuhan baru yang melintasi garis-garis batas yang lama, struktur baru itu akan ditimpakan begitu saja di atas yang lama (New York Port Authority, misalnya).

Pemerintah dan hukum Amerika terorganisir menurut apa yang bisa

kita sebut sebagai sistem panglima perang.[40] Hampir setiap kubu kekuasaan formal diimbangi oleh kekuasaan imbangan atau tandingan tertentu.[41] Federalisme sendiri merupakan manifestasi dari kultur ini. Bahkan sistem yudisial memperlihatkan ciri ini dan begitu pula bidang-bidang hukum biasa, semisal, peraturan pembuktian. Barangkali tidak ada negara di dunia yang memiliki hukum pembuktian yang serumit itu. Mengapa kita tidak membuat peraturan yang rasional dan sederhana seperti pada bangsa-bangsa Eropa? Kecaman pada umumnya dialamatkan pada juri. Juri adalah institusi yang berharga, tetapi di sisi lain tidak perlu terlalu diyakini. Peraturan menetapkan bahwa juri dilarang menyimak bukti yang tidak teliti, tidak sempurna, dan tidak bebas dari prasangka. Di sisi lain, arti penting juri justru adalah sebagai penyeimbang kekuasaan hakim dan, dan melalui hakim, kekuasaan negara. Karena itu, sebuah jaringan peraturan yang seksama akan mengekang hakim dan menguntungkan juri. Ketika sekumpulan peraturan berkembang, begitu juga peraturan lainnya. Para hakim tidak diperbolehkan untuk mengomentari bukti-bukti, dan hukum dengan ketat membatasi kekuasaan mereka untuk mempengaruhi dan mengarahkan juri. Sementara itu, peraturan pengadilan tinggi mengatur dengan tegas apa yang harus dilakukan oleh para hakim dan juri di bawahnya.[42]

Apa yang menjadi sumber bagi sikap-sikap yang memunculkan penggelembungan struktur tersebut? Jelas, salah satu unsurnya adalah instrumentalisme. Hukum adalah sarana menuju tujuan, sebuah alat untuk digunakan, dan orang-orang pun menggunakannya. Dalam sebuah dunia yang sepenuhnya instrumental, tradisi dan kebiasaan tidak menghalangi sebuah kelompok kepentingan untuk tidak berusaha melahap kelompok lainnya. Ada unsur-unsur kultural yang membantu; sebagian darinya telah kita bahas. Akan tetapi mereka mungkin tidak bisa melangkah terlalu jauh. Salah satu cara untuk menghindari hukum rimba adalah dengan solusi konstitusional: maksudnya, dengan menyepakati sebelumnya aturan permainan untuk mencegah terjadinya pertikaian semua melawan semua. Banyak di antara peraturan ini yang bersifat prosedural dan struktural. *Bill of Rights* adalah contoh kesepakatan semacam ini: mayoritas tidak bisa menghancurkan suatu minoritas melalui penggunaan peraturan mayoritas. Peraturan-peraturan lainnya membentuk struktur-struktur defensif, wilayah wewenang, kantong-kantong di mana sebuah kelompok bisa membangun perbentengan untuk dirinya, jika ia bisa mengontrol penggunaan tanah dalam batas-batasnya. Dalam kantong-kantong yang

terbentuk di dalam sebuah sistem federal, negara-negara bagian bisa menyelenggarakan pertunjukan mereka sendiri, terbebas dari kekuasaan pemerintah nasional dan mayoritas, yakni cita-cita dan kepentingan nasional.

Problem dasarnya merupakan hal yang umum bagi semua masyarakat modern. Sungguhpun begitu, hal itu mungkin lebih berbahaya di Amerika Serikat. Relatif sejak awal sejarahnya, Amerika Serikat memilih kaidah kesetaraan dan mobilitas. "Kesetaraan" selalu menjadi persoalan relatif, begitu pula halnya dengan mobilitas. Ada orang-orang kaya dan orang-orang miskin dan bahkan mereka yang dipaksa menjadi budak, namun dibandingkan Eropa, negara ini terbuka dan bebas, sebuah negara revolusioner, di mana massa kelas menengah turut memiliki kekayaan dan kekuasaan. Pengalaman Amerika memicu reaksi berantai dengan konsekuensi yang tak terbayangkan. Negara tersebut harus menghadapi satu masalah dasar: bagaimana menyusun pemerintah dan hukum untuk mengakomodasi persebaran kekuasaan yang begitu luas dalam sebuah kultur yang tidak menyetujui penggunaan kekuasaan untuk tujuan-tujuan pribadi. Sistem panglima perang pun menjadi respon utamanya.

Kesadaran akan klaim adalah aspek lain dalam kultur hukum Amerika. Sebagian kultur segan terhadap urusan perkara hukum. Bila kita membuat sebuah skala yang menggambarkan agresivitas dalam memperoleh hak-hak hukum, orang-orang Amerika sepertinya menempati peringkat yang tinggi setidaknya di antara bangsa-bangsa modern. Orang-orang Amerika tidak takut atau segan untuk menuntut hak-hak mereka di pengadilan. Bagaimanapun juga, hal ini hanyalah kesan-kesan yang bisa kita tangkap.

Pengurusan perkara hukum di Amerika Serikat mahal biayanya, yang membuat tingkat perkara hukum lebih rendah dari yang semestinya. Betapa pun juga, salah satu jenis perkara hukum, uji materi atas keputusan pemerintah, meskipun tidak lazim, tergolong hal yang amat penting. Para hakim bisa dan terkadang benar-benar merobohkan tatanan politik atau ekonomi yang berlaku. Pada tahun 1857, Mahkamah Agung dalam kasus *Dred Scott*[43] menentang Missouri Compromise dan menciptakan kegemparan politik. Mahkamah Agung Amerika Serikat baru-baru ini menghapuskan semua hukum yang mengatur hukuman mati dan setahun kemudian membatalkan lusinan hukum aborsi.[44] Para pihak yang berperkara yang sadar akan klaimnya mengajukan kasus-kasus kepada hakim yang responsif dan aktivis; kedua kelompok ini saling menguatkan. Bahkan dalam kultur-kultur hukum lain yang yang masih erat hubungannya,

seperti Inggris, pengadilan-pengadilan lebih cenderung untuk tunduk kepada pemerintah.

Para warga Inggris mungkin lebih tunduk, tidak begitu sadar akan haknya dibandingkan rekan-rekan Amerika,[45] tetapi juga ada perbedaan struktural yang penting di antara keduanya. Profesi hukum di Inggris kecil dan elite; para hakim berasal dari sekelompok kecil *barrister*. Pengadilan membentuk satu kesatuan tidak seperti di Amerika Serikat. Para barrister nyaris tidak pernah bertemu dengan kliennya kecuali disertai seorang *solicitor*; mereka tidak terlibat dalam urusan kliennya; para barrister tidak menjadi "advokat" bagi para kliennya kecuali dalam pengertian teknis yang paling sempit. Loyalitas mereka adalah loyalitas pada profesi, sungguhpun mereka memiliki hak tunggal untuk melakukan bantahan di pengadilan-pengadilan yang lebih tinggi.[46] Para hakim juga memiliki loyalitas berlebihan kepada profesi. Pengadilan hampir tidak bisa menjadi pangkal bagi perubahan sosial. Negara, yang melakukan regulasi dengan tangan yang satu dan menyodorkan kesejahteraan dengan tangan lainnya, melewatkan pengadilan; lembaga-lembaga negara dan tribunal membuat dan menerapkan kebijakan tingkat menengah yang terbebas dari uji materi. Pengadilan duduk berbangga dengan jubah dan wig mereka, namun aktivitas pemerintah yang riil hampir sepenuhnya mengesampingkan mereka. Hanya ada sedikit penggunaan pengadilan secara "politik."[47]

Sudah kami katakan bahwa pernyataan-pernyataan ini nyaris tidak lebih dari sekadar pengandaian dan tangkapan kesan-kesan saja. Bagaimanapun juga, studi-studi mengenai perbandingan kultur hukum sudah mengalami kemajuan, di sana mulai digunakan metode-metode yang lebih ketat, dan tema di atas akan mulai diteliti pada tahun-tahun mendatang.

ASPEK-ASPEK KULTUR HUKUM MODERN

Perubahan teori-teori legitimasi memiliki efek massif pada masyarakat manapun. Sikap dan ide-ide baru mengenai hukum, betapa pun menariknya, hanya akan berarti bila semua itu mengarah pada terwujudnya perilaku yang berbeda. Dalam salah satu bab terdahulu kita telah membahas tentang legitimasi sebagai salah satu akar munculnya perilaku patuh. Sebuah perubahan dalam teori-teori dasar legitimasi semestinya akan mengubah pola-pola kepatuhan dan ketidakpatuhan. Dalam masyarakat-masyarakat tradisional, orang-orang mengikuti peraturan karena adat kebiasaan atau kepercayaan. Dalam masyarakat-masyarakat modern,

kepercayaan mengalami penipisan. Sanksi-sanksi harus diberlakukan untuk memastikan level kepatuhan yang memuaskan. Menjalankan sebuah negara modern memerlukan investasi yang besar di bidang penegakan hukum dan kontrol sosial. Hukum mungkin perlu diubah untuk menanamkan kepatuhan yang lebih besar. Dalam kasus demikian, opini yang baru akan menggerakkan daur perubahan sosial.

Teori instrumental mengandung efek merusak yang luar biasa terhadap pembuatan hukum. Jika hukum adalah buatan-manusia, sekadar alat untuk meraih tujuan, berarti tidak ada alasan untuk tidak menggunakannya. Teori-teori tradisional mengenai legitimasi memagari masyarakat dari permainan kepentingan yang telanjang. Negara modern tidak memiliki pagar ini. Perubahan dalam teori-teori legitimasi hukum juga mengakibatkan perubahan gaya – ambruknya fiksi-fiksi hukum dan muncul atau meredupnya "yurisprudensi konseptual." Semua ini akan dibahas dalam bab berikutnya.

Perubahan dalam legitimasi juga terlihat dari pembusukan otoritas secara umum. Rasa hormat terhadap status dan otoritas ada di jantung masyarakat tradisional. Seseorang yang terlahir sebagai petani akan mati sebagai petani. Ia tidak pernah bermimpi untuk naik statusnya dalam masyarakat. Kemungkinan ia menerima tatanan sosial, meyakini dan mematuhinya secara total. Betapa pun halnya, dalam hal itu ia tidak memiliki pilihan.

Otoritas dalam dunia modern memiliki tugas yang lebih sulit; ia harus menjustifikasi dirinya secara pragmatis; jika bukan untuk semua orang pada semua masa, maka untuk sebagian orang pada masa tertentu. Tentu saja setiap masyarakat memiliki struktur otoritas dan kemungkinan tidak bisa berjalan tanpanya. Otoritas sendiri bergantung pada legitimasi dan kepercayaan (*trust*). Tetapi untuk sekarang semua ini adalah praduga yang bisa dibantah.

Dalam masa-masa modern, kekuasaan politik secara bertahap telah menyebar ke bawah. Pada saatnya dulu sekumpulan bangsawan memerintah masyarakat, kemudian bangsawan bersama kaum kaya. Setelah itu kelas menengah mulai naik ke atas panggung. Setiap kelompok baru dalam kekuasaan tidak mau menerima peran hanya sebagai subjek atau dilabeli sebagai kasta rendah. Ikatan keyakinan antara warga dengan negaranya secara bertahap pun melemah. Kelompok-kelompok berebut kekuasaan dan privilese untuk kepentingan mereka sendiri. Pada akhirnya, bahkan kalangan yang paling terbelakang pun bergabung dalam pergulatan itu –

orang-orang kulit hitam, kaum miskin, para narapidana di penjara, dan kelompok sempalan kiri beserta kalangan yang tak terduga sebelumnya seperti para militan Katolik, para perempuan, dan kaum minoritas seksual yang lama tersembunyi. Nampaknya proses demikian terus berlangsung di setiap negara modern, meskipun dengan kecepatan dan bentuk yang berbeda. Di mana-mana, kelompok-kelompok kepentingan berkembang biak, dan kompetisi memperebutkan sumber yang langka pun menjadi sengit. Dalam batasnya, keadaan ini mungkin bermanfaat bagi masyarakat,[48] namun agar masyarakat kelompok-kepentingan bekerja, pihak-pihak yang kalah harus menerima aturan permainan. Bagaimanapun juga, kekecewaan yang intens terhadap hasil-hasil yang ada akan melemahkan legitimasi. Dalam kasus-kasus yang ekstrim, bisa terjadi kekerasan atau perang.

Tentu saja, kekerasan, kejahatan dan ketidaktertiban disebabkan oleh banyak hal.[49] Kejahatan berkorelasi dengan mobilitas yang tinggi dan populasi yang mengalami peralihan. Ikatan tradisional yang melemah turut menjadi sebab, untuk sebagian karena besarnya gerak peralihan orang-orang tersebut. Orang berpindah ke kota-kota dan menjadi bagian dari sebuah massa urban tanpa pijakan. Kekacauan bersemai di antara mereka yang goyah.

Ketika otoritas tradisional membusuk, kultur hukum harus menemukan prinsip legitimasi yang baru. Prinsip yang berlaku sekarang adalah rasionalitas: Sebuah hukum adalah valid bila diproduksi secara valid dan *membuahkan* hasil-hasil yang benar. Sebuah sistem hukum tidak bisa berdiri di atas landasan ini tanpa ada konsensus murni atau tanpa ada komunitas kepentingan. Jika tidak ada hal demikian, prinsip-prinsip lainnya harus disetujui – prinsip-prinsip yang memvalidasi hukum, bahkan ketika hukum itu *tidak* membuahkan hasil-hasil yang "benar." Ini disebut legitimasi. Namun pada masa-masa modern, bahkan prinsip-prinsip prosedural pun dinilai secara instrumental. Dalam hemat kami, ini menjadi salah satu sumber ketidakstabilan yang besar.

Konsep ilmu pengetahuan sangat penting dalam hukum modern. Karena hukum modern bersifat instrumental, ia harus menggunakan sarana rasional untuk mencapai tujuannya. Ilmu pengetahuan berarti penalaran atau akal pikiran; metode-metode empiris yang teruji untuk menemukan kebenaran. Ilmu pengetahuan mengesahkan hukum. Ilmu pengetahuan menjadi batu landasan tempat bertumpunya *kepercayaan* (*trust*). Hukum modern banyak menggunakan para ahli dan tunduk pada ke-

unggulan akal mereka. Sebagian besar tugas dikerjakan oleh para ahli, sejak dari pekerjaan membuat hingga menerapkan hukum. Di negara administratif yang modern, para dokter, insinyur, ekonom, dan para teknisi lainnya memutuskan ribuan persoalan yang, jika saja ditangani pada masa lalu, merupakan bidang kerja para pengacara, hakim, atau politisi. Memang adakalanya para ahli hanya menjadi latar belakang, sebagai alat legitimasi. Para psikiater memainkan peran meragukan ini, seperti telah disebutkan di muka, dalam kasus-kasus rumah sakit jiwa.[50] Betapa pun juga, secara keseluruhan hukum modern menerima "ilmu pengetahuan" sebagai batu uji kebenaran. Hukum modern menerima bukti tes darah, uji balistik, dan sidik jari sebagai hal yang pasti dan tidak mungkin keliru. Bahkan mereka yang mengecam para ahli pun memiliki keyakinan besar pada ilmu pengetahuan dan membatasi kecaman mereka pada apa yang mereka pandang sebagai ilmu-ilmu tipuan, seperti sosiologi atau psikiatri.

Konsep "ilmu pengetahuan" juga memiliki peran khusus lainnya dalam hukum modern. Ilmu pengetahuan melindungi kedudukan para pengacara dan hakim di dalam masyarakat. Sudah menjadi rahasia umum bahwa para hakim melakukan inovasi, maksudnya mereka membuat hukum. Bagaimanapun juga, teori hukum abad kesembilan belas dengan ketat menyangkal fakta ini. Meskipun demikian, tetap saja kekuasaan ada di tangan mereka, dan hal itu sulit dijustifikasi. Konsep sains hukum menjadi salah satu solusi.[51] Para hakim membutuhkan sebuah teori hukum yang mengesahkan perubahan, dan juga menjustifikasi kontrol mereka atas hukum. Model ilmu pengetahuan, seperti yang dipahami orang banyak, memenuhi ketentuan ini dengan sempurna. Peraturan-peraturan ilmiah merupakan kebenaran dunia nyata. Semua itu menjelaskan sebuah realitas eksternal. Semua itu tidak tunduk pada kehendak individu manapun. Akan tetapi hanya ilmuwan ahli yang bisa menangani ilmu pengetahuan, yang bisa menemukan prinsip-prinsip baru dan mengelola yang lama. Sebuah ilmu hukum, seperti ilmu alam, akan bersifat kumulatif dan progresif, dan hal itu dikontrol oleh para ahli hukum.[52]

Bisa dipastikan bahwa ilmu hukum sama sekali bukan merupakan sains, melainkan hanya imitasi dari sains. Karena sebab tertentu, ilmu hukum tidak bersifat eksperimental atau empiris, melainkan deduktif. Yang menjadi modelnya adalah Euklid alih-alih Galileo atau Pasteur. Namun penting artinya bagi para pengacara dan hakim untuk memandang hukum sebagai ilmu pengetahuan yang sesungguhnya. Konsep sains hukum akan meningkatkan prestise hukum dan pembelajaran hukum; pada saat yang

sama, konsep itu menegaskan bahwa hukum adalah sebuah bidang yang independen, berbeda dari politik, kebijakan utilitarian, dan ide-ide orang jalanan.

Yurisprudensi konseptual menjadi kubu lain untuk menghadapi serangan terhadap independensi hukum. Opini-opini hukum pada akhir abad kesembilan belas biasanya ditulis dengan cara yang disebut oleh Karl Llewellyn sebagai gaya formal[53] – kering, teknis, impersonal, dan kecanduan *stare decisis*. Kasus-kasus ini membosankan bila dibaca, tetapi semua ini ada baiknya. Kasus-kasusnya tidak mengandung klaim-klaim inovasi yang merugikan. Semuanya memperlakukan hukum sebagai sebuah wilayah tersendiri; para hakim hanya menemukan dan mengumumkan prinsip-prinsip hukum yang sudah ada. Walau bagaimanapun, pada akhirnya konseptualisme dipaksa mundur oleh pergerakan realisme hukum. Dewasa ini, dalam kadar yang lebih besar, keputusan-keputusan harus bisa dijustifikasi menurut landasan kebijakannya. Sekadar acuan kepada masa lalu, atau preseden, tidak akan menghasilkan legitimasi. Yang melegitimasi adalah kebijakan rasional – sebuah tindakan hukum harus memenuhi kepentingan atau tujuan dari individu, kelompok, atau masyarakat tertentu. Ini tidak berarti bahwa acuan kepada masa lalu tidak bernilai atau tidak sah (*illegitimate*). Secara instrumental, doktrin preseden (kasus pendahulu) memang berguna. Jika persoalannya muncul berulang-ulang tanpa ada akhir, sistem hukum akan kehilangan efisiensinya dan tenggelam ke dalam kekacauan. (Setidaknya, orang-orang mengira demikian.) Doktrin preseden, bila diikuti dengan benar, akan membatasi diskresi para pembuat-keputusan. Doktrin demikian juga ada fungsinya. Sebuah sistem tidak bisa menenggang lebih dari segelintir raja-filosof saja. Demi efisiensi dan keseimbangan, akan lebih baik bila para petugas tingkat bawah, termasuk para hakim pengadilan, tetap berpegang pada jalur lama yang telah mapan. Juru tulis yang membuat surat nikah tidak semestinya melakukan inovasi atas peraturan lama atau memutuskan apakah pria ini dan perempuan itu saling sesuai satu dengan lainnya.

Sebuah doktrin *stare decisis* yang tersisa bisa tetap diberlakukan bila berguna; bila demikian hal itu tidak lagi merupakan doktrin ketaatan membuta kepada masa lalu. Keputusan-keputusan lama akan runtuh bila mereka sudah tidak berguna. Jika sebuah peraturan atau doktrin mendapat serangan, ia harus dibela, bukan dengan membuat kutipan-kutipan saja melainkan dengan mengacu pada standard nilai tertentu. Seorang hakim atau pengacara yang berbakat biasanya akan menemukan cara membela.

Bagaimanapun juga, kadangkala bila tugasnya cukup sulit atau jika tekanan eksternalnya kuat, pengadilan akan mundur atau menolaknya. Pada masa-masa modern, khusunya akhir-akhir ini, seorang hakim akan lebih cenderung untuk menolak sebuah peraturan secara terbuka, alih-alih menghindarinya dengan fiksi atau mengaburkannya.

Teknik baru ini agak berbahaya bagi para hakim. Pintu-pintu sistem terbuka sedikit; para hakim bisa dengan lugas memutuskan sebuah kasus dengan merujuk pada data-data di luar sumber hukum formal – sains, etika masa kini, ide-ide kepentingan publik, atau opini orang banyak. Masalahnya adalah, jika kasus-kasus ini tidak murni kasus "hukum," mengapa disodorkan kepada para hakim untuk mereka putuskan? Para ahli kimia memutuskan obat-obatan mana yang mengandung bahaya kanker. Para ekonom, insinyur, dokter, dan ahli tanah membuat keputusan sesuai keahlian mereka sendiri. Tentu saja ada keputusan-keputusan sulit yang melampaui keahilan apa pun, keputusan mengenai nilai-nilai dan kebijakan; untuk hal-hal ini, petugas terpilih adalah otoritas yang tepat, karena ia diandalkan, paling tidak dalam teori, oleh orang-orang. Peran apa yang masih tersisa bagi hakim?

Tidak ada jawaban yang mudah. Pengadilan memang telah kehilangan sebagian wilayahnya yang sekarang menjadi wilayah para ahli. Lembaga-lembaga administratif jelas lebih instrumental dan lebih ahli daripada pengadilan; mereka telah mengambil alih banyak bidang keputusan,[54] setelah berlalu satu periode di mana pengadilan menunjukkan sikap amat bermusuhan terhadap pesaing-pesaingnya itu.[55]

Namun tidak berarti bahwa pengadilan menjadi usang. Berkurangnya peranan mereka bersifat relatif dan untuk sebagian telah tertutupi oleh satu peranan baru yang dramatis: melindungi hak-hak individu dan minoritas yang terpinggirkan melawan pemerintah yang besar dan mayoritas yang tak berperasaan. Di sini pengadilan menghadapi sedikit ahli dan lebih sedikit pesaing. Dalam kadar tertentu, pengadilan-pengadilan di Amerika telah menjalankan peranan penting ini sejak awal abad ke-19. Peranan ini menonjol terutama pada kasus-kasus yang diajukan ke Mahkamah Agung Amerika Serikat. Bisa dikatakan bahwa peranan tersebut sekarang semakin penting, khususnya dalam pengadilan banding di negara-negara bagian yang memiliki industri besar, dalam kasus-kasus kriminal dengan mempersoalkan hukum konstitusional, dan dalam uji materi atas undang-undang pemerintah. Yang menjadi paradoks, pengadilan-pengadilan tinggi di negara-negara bagian dengan ekonomi paling

besar dan pemerintah paling profesional tidak banyak menghabiskan waktu mereka untuk kasus-kasus bisnis dan kontrak; mereka lebih berkonsentrasi pada kebebasan sipil dan hak-hak sipil.

Dalam kasus-kasus seperti itu, kriteria apa yang digunakan oleh pengadilan? Akal sehat, opini ahli, dan Konstitusi itu sendiri – sebuah kombinasi unik antara teks sakral yang nyaris tanpa cela dengan proposisi-proposisi "nonhukum." Dalam kasus *Brown* yang termasyhur,[56] yang menghapuskan pemisahan rasial di sekolah-sekolah, Mahkamah Agung mengutip karya para sosiolog dan psikolog di sebuah catatan kaki. Hal ini memicu kontroversi yang sampai sekarang belum mereda. Apakah tepat bagi pengadilan untuk melangkah keluar dari "hukum" dengan cara ini? Apakah studi-studi yang dikutip memang bermutu? Apakah pengadilan menggunakan hal itu hanya sebagai penambah bobot keputusan mereka saja?[57] Pengadilan-pengadilan Amerika sering mengutip artikel-artikel berkala *law review*. Ada saatnya pengadilan bahkan melangkah lebih jauh lagi dari bidangnya. Karena artikel-artikel "luar" – atau *law review* – terkadang membahas apa yang dikatakan oleh ilmu sosial, pengaruh masyarakat luas pun merembes masuk ke dalam keputusan-keputusan melalui pintu belakang ini.

Pengadilan-pengadilan Amerika juga bebas menggunakan "riwayat legislatif." Untuk menggali makna sebuah undang-undang, pengadilan bisa merujuk pada laporan komisi perancangnya, juga argumen-argumen perdebatan para legislator. Doktrin standard Inggris menyatakan bahwa laporan komisi, perdebatan, dan semacamnya bukan merupakan bukti relevan mengenai apa yang dimaksud oleh Parlemen.[58] Di Amerika Serikat, karena "riwayat" legislatif bisa mencakup statemen yang diambil dari bidang apa pun selain yang bersifat "hukum", maka sikap terbuka terhadap riwayat legislatif ini menjadi cara berlangsungnya penyerapan kriteria nonhukum ke dalam operasi hukum formal.

PLURALISME DAN MODERNISASI HUKUM

Karakteristik lain dari kultur hukum modern adalah ketidaksukaannya terhadap pluralisme kultural; hukum modern berkomitmen pada keseragaman. Untuk apa garis keturunan atau daerah asal harus menentukan hukum mana yang mengatur kehidupan dan urusan seseorang? Masyarakat tradisional bahkan tidak mempertanyakan hal itu; masyarakat modern mempertanyakannya dan menuntut jawaban yang benar. Meng-

apa seseorang harus menghabiskan waktu yang lebih lama di dalam penjara karena ia membobol sebuah rumah di Minneapolis, bukan di Pittsburgh? Mengapa sebuah tindakan dipandang legal untuk kalangan kulit putih dan ilegal untuk kalangan kulit hitam?

Diskresi menumbuhkan pluralisme, paling tidak secara informal, dan sistem yang dihasilkannya akan terlihat tidak adil bagi alam pikiran modern. Pluralisme kultural juga semakin menyusut. Satu trend sekular besar yang ada dalam sejarah hukum menunjukkan bahwa pemerintah-pemerintah pusat berupaya mengontrol dan mereduksi pluralisme hukum dari semua jenis. Sebuah negara-bangsa yang modern merasakan perlunya satu hukum nasional yang tunggal.

Pada fase-fase awalnya, gerakan untuk menyatukan hukum bersifat rasional dan hal itu kemungkinan memang tidak terhindarkan lagi. Hukum zaman pertengahan bersifat campur aduk. Di banyak negara Eropa, hukum dipecah menjadi berlusin-lusin dialek lokal. Ini bahkan berlaku di Inggris, di mana *common law* kerajaan hanya relevan untuk sekelompok kecil orang, kalangan bangsawan dan tuan tanah. Penduduk kebanyakan tidak terkait sama sekali dengannya, dan ada adat kebiasaan lokal yang tak terhitung jumlahnya, banyak di antaranya yang mendapat pengakuan resmi.

Setelah Revolusi Industri, dengan munculnya ekonomi pasar, jumlah konsumen hukum komersial, hukum ganti rugi, dan bahkan hukum keluarga pun berkembang pesat. Hukum harus dirancang ulang untuk menyesuaikan kebutuhan kelas menengah yang tengah tumbuh. Di Amerika Serikat, misalnya, pada tahun 1820 atau 1850 ada ratusan ribu orang "di dalam" pasar dengan cara tertentu yang belum pernah terjadi di Inggris. Pasukan konsumen hukum yang besar jumlahnya ini memiliki tanah, berjual beli tanah, menulis surat kesanggupan, membuat surat wasiat, dan membuat kontrak. Institusi-institusi lama yang lamban dan ruwet tidak bisa menangani jumlah transaksi yang ada. Dalam proses mengakomodasi hal itu, hukum tanah dan hukum komersial pun semakin dibakukan dan dibuat rutin; format-format dan formalitas lebih disederhanakan; kebiasaan lama dipangkas tanpa ampun. Perbedaan "adat" dari tempat satu ke tempat lain diganti dengan efisiensi yang harus disamakan. Proses ini berlanjut hingga saat ini. Tidak seorang pun yang merencanakannya; dan institusi-institusi ini bereaksi. Kelas pekerja dan akhirnya kalangan miskin juga terseret lebih jauh ke dalam arus besar hukum – sekali lagi sebagai akibat dari tekanan-tekanan sosial yang konkret.

Dengan demikian reduksi pluralisme merupakan proses sejarah yang alamiah. Akan tetapi reduksi pluralisme juga merupakan bagian dari program para ahli hukum. Para ahli hukum pada umumnya yakin bahwa sebuah sistem hukum harus seragam, tertata, dan sistematis; semakin berhasil sistem hukum mencapai tujuan ini, semakin baik sistem hukum itu, atau semakin modern, semakin matang, dan diperkirakan akan semakin berguna bagi masyarakat secara keseluruhan. Asumsi-asumsi mengenai rasionalitas "hukum" ini hampir sepenuhnya tidak teruji dan dalam banyak hal tidak mencerminkan fakta yang ada. Betapa pun, hukum Amerika Serikat menempati peringkat yang rendah dalam hal rasionalitas para ahli hukumnya. Bahkan setelah melewati satu abad reformasi hukum, hukum Amerika Serikat tidak sistematis dan tidak tertata, tidak banyak darinya yang dikodifikasi, dan bagi alam pikiran kontinental, aparat konseptualnya tergolong primitif. Tetapi apakah "irasionalitas" hukum Amerika, dalam pengertian yang dipahami oleh para pengacara, mengganggu daya kerjanya? Apakah hal itu menyulitkan kehidupan sosialnya?

Tidak pelak lagi, masyarakat dan ekonomi modern membutuhkan tatanan hukum. Sebuah masyarakat yang terdiri atas para gembong perampok tidak akan memiliki GNP yang tinggi. Dalam kapitalisme maupun sosialisme, organisasi-organisasi ekonomi harus dirancang sebelumnya; mereka membutuhkan kepastian yang wajar mengenai arah hukum mendatang. Namun yang dibutuhkan adalah tatanan yang riil, bukan yang di atas kertas. Sebuah undang-undang yang cemerlang bisa menyembunyikan keadaan anarki. Sebaliknya, sebuah realitas yang bekerja secara efisien bisa tersembunyi di balik tatanan pluralistik yang kompleks, bahkan ketika hal itu mengusik pendirian para profesor. Yang terpenting adalah realitas, bukan format.

Secara internasional juga berlangsung semacam reduksi pluralisme tanpa tatanan ini. Sebagaimana yang terjadi selama ini, ekonomi dunia menuntut kepastian dalam urusan komersial. Struktur-struktur politik yang berlingkup besar, seperti Pasar Bersama, mendorong keseragaman hukum bisnis di antara para anggotanya.

Dalam pengamatan sebagian ahli, berbagai macam sistem hukum tengah mengarah pada semacam perpaduan bersama. *Civil law* dan *common law* saling mendekati. Masing-masing melepas sebagian karakteristiknya dengan menerima ciri tertentu dari "keluarga" lain. Common law mengkodifikasikan hukum komersial; juri sipil menghilang. Di sisi lain, Jerman dan Italia sudah mulai menggunakan semacam uji materi[59]; pengutamaan

dokumen tertulis atas kesaksian lisan oleh civil law mulai melemah.[60] Pembaharuan dan perpaduan ini juga marak di negara-negara dunia ketiga.[61] Sistem-sistem hukum lokal membusuk; negara-negara non-Barat meminjam hukum dari Barat.[62]

Sebagian dari perpaduan ini hanya berlangsung pada bentuknya saja, sebagian pada intinya. Secara alamiah, suatu kultur hukum dunia akan menghasilkan perpaduan umum, dan kultur hukum modern tengah menaklukkan dunia. Ilmu pengetahuan dan teknologi tidak memandang batas-batas politik. Tidak adanya ruang bagi adat lokal di menara kontrol bandar udara, perbankan, vaksinasi, dan bendungan merupakan gejala yang berlangsung serupa di berbagai penjuru dunia. Kebutuhan dan institusi-institusi universal menghasilkan keseragaman hukum yang bersifat pasti.

Bagaimanapun juga, perpaduan lainnya hanya bersifat formal dan, dengan sendirinya, semu. Pergerakan untuk memodernisasi hukum di negara-negara dunia ketiga dan pergerakan reformasi hukum di negara-negara maju berjalan seiring. Reformasi hukum dalam pemahaman pengacara berarti menertibkan hukum – memberinya tatanan, konsistensi, sistem. Reformasi hukum jenis ini memiliki sedikit dampak atau bahkan tidak sama sekali. Walau bagaimanapun, hal itu memiliki nilai simbolis tertentu. Pemerintah agar tetap bisa berkuasa harus responsif terhadap kelompok-kelompok yang berpengaruh. Sebagian pemerintah dan lembaga memiliki sikap yang ambisius; mereka tidak puas dengan sikap bertahan saja dan memiliki dorongan imperial untuk berekspansi. Di banyak negara, pemerintah dikuasai oleh hasrat untuk melakukan sentralisasi, untuk menyatukan negara. Sementara itu kalangan elit terdidik mendesakkan tuntutan modernisasi. Salah satu cara yang murah untuk membantu memenuhi tuntutan ini adalah dengan memodernisasi dan menyatukan hukum. Sebuah Kode Prancis jauh lebih mudah pembuatannya daripada sebuah pabrik baja, sebuah perusahaan penerbangan nasional, atau program apa pun yang membutuhkan dana dari pajak, dan hal itu tidak begitu heboh dibandingkan sebuah program distribusi ulang kekuasaan atau kekayaan. Seperti ditulis oleh Antony Allott, "Meskipun negara-negara Afrika memiliki kelemahan seperti tidak adanya angkatan bersenjata yang modern, populasi melek huruf, infrastruktur yang memadai, sumber daya modal yang besar, dan kader pemimpin yang berpengalaman di berbagai bidang, ada satu hal yang mereka semua miliki, yang bisa mereka buat secara cepat dan murah seperti uang kertas, dan yang juga sama menggodanya karena bisa memecahkan semua masalah: itu

adalah kekuasaan legislatif."[63] Bisa dipastikan, sebagian jenis reformasi atau modernisasi hukum akan menggoyahkan masyarakat sampai ke akar-akarnya; tetapi reformasi hukum "murni" tidak akan berdampak langsung; adapun mengenai efek-efek samping, efek eksternal, dan kerugian tersembunyi, hal-hal ini tidak bisa diukur dan dengan begitu bisa diabaikan. Manfaat yang diperoleh juga sukar ditengarai,[64] namun hal itu mengandung paling tidak satu manfaat: Para ahli hukum amat yakin akan hal itu.

Ide *nation-building* menjadi pembahasan penting dalam literatur modernisasi politik. Tidak bisa disangkal, banyak negara baru yang merasakan adanya krisis identitas politik.[65] Garis-garis batas negara sedikit atau tidak berkaitan sama sekali dengan garis batas kesukuan, sosial, atau bahasa; semua batas itu cuma tinggalan dari perebutan kekuasaan-kekuasaan kolonial. Dengan demikian banyak negara baru yang terpecah dari segi bahasa, kultur, dan agama. Para pemimpinnya sadar mereka memerlukan kesatuan dan kebanggaan – pendek kata, nasionalisme – untuk merekatkan kepingan-kepingan itu menjadi satu.

Logisnya, sebuah sistem hukum tunggal yang seragam semestinya berguna sebagai sarana penyatu; seperti bahasa yang sama atau bendera yang sama; sistem hukum juga bisa membantu menggalang terbentuknya sebuah bangsa dari campuran berbagai kelas atau suku-suku. Jenis hukum yang seperti apa itu? Hukum modern pinjaman yang biasanya diwarisi dari periode kolonial sepertinya rasional, umum, dan ilmiah; hal itu jelas terbebas dari pengaruh lokal atau suku. Bangsa yang baru pun harus dibangun dari pusat. Pusat harus berkembang dengan menomorduakan propinsi-propinsi, elit-elit lokal, dan kultur-kultur yang ada. Sesungguhnya, sebuah sistem hukum tunggal yang memancar dari pusat akan mengakibatkan revolusi kehidupan hukum, namun bukan lantaran *isi* hukumnya, juga bukan lantaran struktur atau bentuknya. Revolusi itu diakibatkan dari efek hukum pada jenis kekuasaan bangsa. Hukum baru akan menggantikan hukum lama; para tetua dan pemimpin dusun yang menguasai dan menerapkan hukum mereka akan tergantikan. Pengetahuan mereka menjadi tidak berguna lagi; otoritas mereka runtuh. Para pegawai negeri sipil sekarang mengambil alih kekuasaan mereka.

Rene David, ahli Prancis yang merancang kode sipil untuk negara Ethiopia, berpendapat bahwa Ethiopia tidak akan mampu kalau harus "menunggu" terbentuknya sebuah hukum yang sesuai untuk kulturnya. Ia yakin akan diperlukan waktu ratusan tahun untuk "mengkonstruksi" sebuah sistem hukum yang khas Etiopia "dengan gaya empiris." Lebih

baik memungut sebuah sistem yang sudah jadi, yang "secepat mungkin akan memastikan terjaminnya relasi-relasi hukum."[66]

Prof. David berasumsi, Ethiopia tidak bisa memberikan "jaminan" tersebut bila yang digunakan adalah materi-materi lokal. Para pemimpin dunia ketiga, sekuat apa pun semangat nasional mereka, agaknya sepakat dengan pendapat itu. Semakin modern hukum, maksudnya, semakin hukum itu sesuai dengan model-model Eropa, semakin baik kerjanya bagi pembangunan sosial dan ekonomi. Dari situlah muncul paradoks: Para pendiri negara yang penuh semangat di Afrika dan Asia, yang dalam banyak hal bersikap anti-Barat, menolak tradisi hukum mereka sendiri dan lebih memilih membangun sistem hukum mereka dengan barang-barang impor yang mewah.[67] Para pemimpin ini menerima teori implisit mengenai perkembangan hukum yang dijajakan oleh para ahli hukum di sekolah-sekolah. Teori tersebut menekankan keseragaman, tatanan, dan sistem. Para ahli dan pemimpin itu menerima teori demikian – sebuah teori bahwa hukum Eropa lebih unggul – di sekolah-sekolah di dalam dan luar negeri. Persoalan mengenai apakah sebuah hukum yang menurut para ahli dipandang "amat maju" akan berpengaruh pada kemajuan pembangunan ekonomi dan sosial, tidak seorang pun yang bisa menjawabnya. Tidak sepotong pun bukti riil yang mendukung teori demikian, yang justru dijadikan sebagai landasan tindakan pada masa sekarang. []

CATATAN AKHIR

[1] Mengenai pengetahuan dan sikap, lihat Adam Podgorecki et. al., *Knowledge and Opinion about Law* (1973); dan esei-esei oleh Berl Kutschinsky, Klaus Makela, Jan Gorecki, dan Adam Podgorecki, dalam Britt-Mari P. Blegvad, ed., *Contributions to the Sociology of Law* (1966).

[2] Jenis ini sudah menjadi lahan subur bagi riset sosial tentang hukum. Ada sejumlah studi mengenai para pengacara dan hakim – latar belakang, pola-pola perilaku, karakteristik sosial, dan sikap-sikap mereka., misalnya, mengenai para pengacara Amerika, lihat Jerome Carlin, *Lawyers on Their Own, A Study of Individual Practitioners in Chicago* (1962); Joel F. Handler, *The Lawyer and His Community, The Practicing Bar in a Middle Sized City* (1967); dan Erwin O. Smigel, *The Wall Street Lawyer* (1964). Materi-materi mengenai Italia didiskusikan dalam Renato Treves, *Giustizia e Giudici nella Societa Italiana* (1972); untuk Jerman, Wolfgang Kaupen, *Die Huter von Recht und Ordnung* (1969).

* *Code*, kumpulan hukum perundangan dasar yang tersusun secara sistematis.

[3] Robert B. Seidman, "Administrative Law and Legitimacy in Anglophonic Africa: A Problem in the Reception of Foreign Law," 5 *Law and Society Rev.* 161,

200-201 (1970); bandingkan dengan Bernard S. Cohn, "Some Notes on Law and Change in North India," dalam Paul Bohannon, ed., *Law and Warfare, Studies in the Anthropology of Conflict* (1967), h. 139, 155. "Diperkenalkannya hukum prosedural Inggris ke pengadilan-pengadilan India memicu suatu "perbenturan ... nilai-nilai .... Sebagai responnya orang-orang India berpikir tentang bagaimana memanipulasi situasi baru itu ... Bagi mereka pengadilan bukan lagi sarana untuk menyelesaikan melainkan untuk melanjutkan sengketa."

[4] Lihat Amnon Rubinstein, "Law and Religion in Israel," dalam Haim H. Cohn, ed., *Jewish Law in Ancient and Modern Israel* (1971), h. 190.

[5] Daniel S. Lev, *Islamic Courts in Indonesia* (1972).

[6] Untuk definisi dan pandangan lain mengenai hukum kolonial, lihat tulisan Paul Bohannon "The Differing Realms of the Law," dalam Laura Naer, ed., *The Ethnography of Law*, 67 *Am. Anthropologist*, special publication, no. 6, part 2 (1965), h. 33.

[7] K. Ishwaran, "Customary Law in Village India," 5 *Int"l J. Comp. Sociology* 226 (1964).

[8] Jane F. Collier, *Law and Social Change in Zinacantan* (1973).

[9] Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society* (1954), h. 144.

[10] Lihat Manfred Rehbinder, "Status, Contract and the Welfare State," 23 *Stan. L. Rev.* 941 (1971).

[11] Lihat Joel F. Handler, ed., *Family and the Poor, Essays by Jacobus tenBroek* (1971).

[12] Martin A. Levin, "Urban Politics and Judicial Behavior," 1 *J. Legal Studies* 193 (1972).

[13] *Ibid.*, h. 202-203.

[14] Lihat, misalnya, Rene David dan John E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today* (1968), h. 9-20; Konrad Zweigert dan Hein Kotz, *Einfuhrung in die Rechtsvergleichung* (1971), jil. 1; Ake Malmstrom, "The System of Legal Systems," 13 *Scandinavian Studies in Law* 127 (1969).

[15] Lihat Lawrence M. Friedman, "Legal Culture and Social Development," 4 *Law and Society Rev.* 29 (1969).

[16] Jeswald D. Salacuse, *An Introduction to Law in French-Speaking Africa* (1969), jil. I, h. 125-126.

[17] Zweigert and Kotz, catatan *supra* 14, h. 339-349.

[18], misalnya, David dan Brierley, catatan *supra* 14, h. 17; Zweigert dan Kotz, h. 349ff. Pembagian Jerman menjadi bagian sosialis dan non-sosialis secara "alamiah" menyediakan lahan eksperimen mengenai dampak sosialisme Eropa Timur terhadap pemikiran hukum yang berlaku. Lihat Inga Markovits, *Sozialistisches und Burgerliches Zivilrechtsdenken in der DDR* (1969).

[19] Charles R. Stevens, "Modern Japanese Law as an Instrument of Comparison," 19 *Am. J. Comp. L.* 665 (1971).

[20] Davied Brierley, catatan *supra* 14, menanyakan, apa yang membentuk sebuah keluarga? Tolok ukur yang mereka ajukan adalah "apabila kita terdidik dalam studi dan praktik salah satu sistem hukum," dan bisa "membahas" sistem hukum satunya lagi "tanpa banyak kesulitan." Kriteria lainnya adalah apakah kedua hukum yang diperbandingkan tersebut "dibangun di atas prinsip-prinsip filosofis, politik atau ekonomi yang bertentangan, dan ... berupaya menghasilkan tipe masyarakat yang sepenuhnya berbeda" (h. 12).

[21] Dalam teorinya, hukum komersial bukan merupakan hukum dari bangsa manapun melainkan hanya adat kebiasaan para saudagar antar bangsa. Bagaimanapun juga, doktrin-doktrin dan dokumen perdagangan masuk ke dalam hukum Amerika melalui jalur Inggris.

[22] Civil law juga turut meninggalkan jejak pada hukum Amerika. Sebagian besar darinya, misalnya hukum mengenai wasiat, datang melalui Inggris. Di wilayah Barat dan Barat Daya, hukum Spanyol-Meksiko meninggalkan jejak pada masyarakat dalam format yang disebut sebagai sistem properti komunitas dan wasiat holografis. Institusi-institusi ini dipandang memiliki fungsi yang istimewa dan karena alasan itu pula semua itu terus hidup.

[23] Tidak seorang pun yang benar-benar bisa mengukur sikap-sikap dalam masyarakat secara keseluruhan. Dengan demikian statemen-statemen mengenai kultur hukum paling jauh berpijak pada bukti-bukti yang lemah.

[24] Wilhelm Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland* (2nd ed.), h. 15-20.

[25] T. O. Elias, *The Nature of African Customary Law* (1956), h. 101.

[26] Sir Edward Coke, *Commentaries on Littleton* (1628), 97b.

[27] Legitimasi sebagaimana kami definisikan, adalah sebuah gagasan prosedural: *cara* pembuatan hukum akan mengesahkan apa yang dibuat. Legitimasi dalam pengertian ini dengan sendirinya bersifat sebagai perantara dan tidak stabil, agak bergantung pada apa yang telah kami sebut sebagai *kepercayaan* (trust) dalam masyarakat tertentu. Mayoritas peraturan, salah satu bentuk prosedural yang paling pokok, bukanlah tujuan itu sendiri melainkan sebuah sarana. Prosedur-prosedur lainnya pun merupakan sarana yang dijustifikasi oleh tujuannya. "Proses hukum yang benar" tidak (atau nyaris tidak) akan ada artinya sama sekali bila tidak membuahkan hasil-hasil yang benar.

[28] Julien Freund, *The Sociology of Max Weber* (1968), h. 18.

[29] Jeremy Bentham, *Theory of Legislation* (4th ed., 1882), h. 1.

[30] Lihat Bab VI, h. 162-165.

[31] Ini merupakan pengertian "opini publik" yang digunakan Albert V. Dicey dalam *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (1905). Untuk tinjauan lain mengenai asal-usul "teori instrumental," lihat Morton Horwitz, "The Emergence of an Instrumental Conception of American Law, 1780-1820," dalam Donald Fleming dan Bernard Bailyn, eds., *Law in American History* (1971), h. 287. Bandingkan pembahasan

mengenai "positivisme" dalam Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie* (2 vols. 1972), vol. 2, h. 207-217.

[32] Franz Wieacker, *Privatrechtgeschichte der Neuzeit* (1952), h. 197-216.

[33] William E. Nelson, "The Americanization of the Common law" (tesis Ph. D., Harvard University, 1971), sebuah studi mengenai perubahan dalam hukum Massachusetts pada akhir abad kedelapan belas dan awal abad kesembilan belas.

Mukadimah tidak pernah hilang sepenuhnya. Dewasa ini undang-undang terkadang memuat satu mukadimah atau paling tidak satu statemen umum mengenai tujuan undang-undang tersebut. Di Amerika Serikat, hal ini terjadi bila para legislator menginginkan agar validitas hukumnya menjadi amat jelas, untuk menghadapi kemungkinan adanya keraguan konstitusional.

[34] Talcott Parsons, "Evolutionary Universals in Society," 29 *Am. Soc. Rev.* 339 (1964).

[35] Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society* (1954), h. 315.

[36] Sebagian studi sejarah atau sosiologi memuat secara tidak langsung perbandingan kultur hukum ini. Sekumpulan literatur, misalnya, membandingkan aspek-aspek hukum dan sosial dari perbudakan di beberapa negara di belahan bumi Barat. Hukum perbudakan bisa digunakan sebagai bukti mengenai sikap-sikap dasar, sebagai variabel independen. Lihat Carl N. Degler, *Neither Black nor White, Slavery and Race Relations in Brazil and the United States* (1971); Herbert S. Klein, *Slavery in the Americas, a Comparative Study of Virginia and Cuba* (1967); Stanley M. Elkins, *Slavery, A Problem in American Institutional and Intellectual Life* (1959).

[37] Lihat, misalnya, Adam Podgorecki et. al., *Knowledge and Opinion About Law* (1973); untuk deskripsi mengenai proyek-proyek lain yang yang tengah dilaksanakan, lihat *Sociologie du Droit et de la Justice* (1970), sebuah laporan pertemuan International Sociological Association tahun 1969, Research Committee on Sociology of Law.

[38] Konstitusi Soviet, misalnya, memberikan kepada setiap republik hak "secara bebas untuk melepaskan diri dari U. S. S. R." Lihat Dieter Blumenwitz, "Das Sezessionsrecht Innerstaatlicher Rechtsgemeinschaften," 3 *Verfassung und Recht in Ubersee* 429, 436-437 (1970).

[39] Andrew Shonfield, *Modern Capitalism, The Changing Balance of Public and Private Power* (1965), h. 318-319.

[40] L. M. Friedman, "Law, Order and History," 16 *S. D. L. Rev.* 242 (1971).

[41] Kekuasaan presiden yang nyaris seperti diktator dalam kebijakan luar negeri merupakan perkecualian yang mencolok dan disayangkan, dan di bawah pemerintahan para presiden terkini, kekuasaan yang amat besar mengalir masuk ke Gedung Putih. Masih perlu kita lihat apakah trend ini bisa dihentikan.

[42] Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (1973), h. 134-137.

[43] *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857); Stanley I. Kutle, *The Dred Scott Decision: Law or Politics?* (1967).

[44] *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972); *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

[45] Mengenai hal ini, lihat W. G. Runciman, *Relative Deprivation and Social Justice: A Study of Attitudes to Social Inequality in Twentieth Century England* (1966); Robert McKenzie and Allan Silver, *Angels in Marble, Working Class Conservative in Urban England* (1968); sebuah survei terkini mengenai sikap orang-orang Inggris terhadap pengadilan dan hukum dilakukan oleh Brian Abel Smith, Michael Zander, dan Rosalind Brooke, *Legal Problems and the Citizen, A Study in Three London Boroughs* (1973), Appendix III, h. 249-250.

[46] Michael Zander, *Lawyers and the Public Interest* (1968), bab 12.

[47] Pengadilan, hakim, dan pengacara di Inggris pada 1970-an agaknya tengah bergerak pelahan mengikuti arah Amerika. Mengenai konservatisme umum pengadilan Inggris, lihat Fred L. Morrison, *Courts and the Political Process in England* (1973).

[48] Lihat, misalnya, V. O. Key: kelompok-kelompok penekan mungkin menyebabkan "para pembuat keputusan memperhatikan opini dan pilihan yang relevan dengan keputusan walaupun tidak selalu mencerminkan kekuatan suara yang besar – sebuah desakan yang tidak remeh bagi perbaikan perlakuan setara bagi masyarakat dalam tatanan demokratis." *Public Opinion and American Democracy* (1965), h. 530.

[49] Sayangnya, statistik kejahatan tidak terlalu bisa diandalkan. Lihat Nigel Walker, *Crimes, Courts and Figures* (1971). Tingkat tindak kejahatan klasik berupa kekerasan mungkin tidak mengalami peningkatan yang berarti, jika kita melakukan pengamatan atas apa yang terjadi dalam jangka waktu yang cukup lama; lihat Roger Lane, "Urbanization and Criminal Violence in the Nineteenth Century: Massachusetts as a Test Case," dan Fred P. Graham, "A Contemporary History of American Crime," dalam Hugh D. Graham dan Ted R. Gurr, eds., *Violence in America: Historical and Comparative Perspectives* (1969), h. 359.

[50] Thomas Scheff, *Being Mentally Ill: A Sociological Theory* (1966), yang dibahas di muka. Ini bukan problema bangsa Amerika saja. Di Swiss proses yang serupa juga berlangsung. Peter Aebersold, *Die Verwahrung und Versorgung vermindert Zurechnungsfahiger in der Schweiz* (1972).

Peran para psikiater dalam pengadilan kriminal telah mendapat kritikan tajam, terutama dari Dr. Thomas Szasz dalam buku *Law, Liberty, and Psychiatry* (1963).

[51] Solusi Amerika lainnya adalah dengan menjadikan jabatan hakim sebagai jabatan berdasarkan pemilihan. Jika para hakim menduduki jabatan tersebut, mereka akan mencerminkan kehendak orang banyak. Pada masa Perang Saudara, sebagian hakim dipilih oleh orang banyak di hampir semua negara bagian. Lihat Evan Haynes, *The Selection and Tenure of Judges* (1944).

[52] C. C. Langdell dari Harvard mengatakan bahwa hukum adalah sebuah "sains" dan harus dikaji sebagai sebuah sains atau ilmu pengetahuan – melalui sumber-sumber primernya, melalui kasus-kasus yang ditemukan. C. C. Langdell, *Contracts* (1871), prakata. Ini menjadi awal revolusi di bidang pendidikan hukum;

lihat survei menyeluruh oleh Robert Stevens, "Two Cheers for 1870: The American Law School," dalam Donald Fleming dan Bernard Bailyn, eds., *Law in American History* (1971), h. 405; teori-teori Langdell mendominasi pendidikan hukum pada tahun 1900.

[53] Karl Llewellyn, "Remarks on the Theory of Appellate Decision," 3 *Vand L. Rev.* 395 (1950).

[54] Lihat James M. Landis, *The Administrative Process* (1938).

[55] Lihat John Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law* (1927); dan *Schechter Poultry Corp. v. U. S.* 295 U. S. 495 (1935) yang membatalkan National Industrial Recovery Act tahun 1933.

[56] *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954).

[57] Lihat Edmond Cahn, "Jurisprudence," 30 *N. Y. U. L. Rev.* 150 (1955).

[58] Gerald Dworkin, *Odger"s Construction of Deeds and Statutes* (5th ed., 1967), h. 326.

[59] Lihat, secara umum, Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (1971).

[60] Mauro Cappelletti, *Procedure Orale et Procedure Ecrite* (1971).

[61] Lihat Lawrence M. Friedman, "On Legal Development," 24 *Rutgers L. Rev.* 11 (1969); David M. Trubek, "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development," 82 *Yale L. J.* 1 (1972).

[62] Turki, di bawah Ataturk, menggunakan sebuah versi Kode Swiss; lihat Paul Stirling, "Land, Marriage and the Law in Turkish Villages," 9 *Int"l Social Sci. Bull.* 21 (1957); Paul J. Magnarella, "The Reception of Swiss Family Law in Turkey," 46 *Anthropological Q.* 100 (1973). Ethiopia menugaskan seorang ahli hukum Prancis untuk merancang sebuah kode dengan berpijak pada model-model Eropa; lihat Rene David, "A Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries," 37 *Tul. L. Rev.* 187 (1963).

[63] Antony Allott, "The Unification of Laws in Afrika," 16 *Am. J. Comp. L.* 51 (1968).

[64] Lihat Albert Hirschman, *Development Projects Observed* (1967), h. 9-21.

[65] Mengenai konsep dan pentingnya *nation-building*, lihat Sidney Verba, "Comparative Political Culture," dalam Lucian W. Pye dan Sidney Verba, eds., *Political Culture and Political Development* (1965), h. 512, 529-537; Lucian Pye, *Politics, Personality and Nation Building* (1962). Lihat juga Leonard Binder, "National Integration and Political Development," 58 *Am. Pol. Sci. Rev.* 622 (1964).

[66] Rene David, "A Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries," 37 *Tul. L. Rev.* 187, 188, 189 (1963).

[67] Ada beberapa perkecualian, misalnya, reaksi kaum Muslim di Libya.

BAB IX

KULTUR HUKUM INTERNAL

Dalam salah satu bab di depan kita telah membahas secara umum konsep *tuntutan* kepada sistem hukum. Sebuah dokumen *habeas corpus*,* sebuah surat kepada anggota kongres, sebuah teriakan minta bantuan dari polisi di jalan yang gelap pada malam hari – semua ini adalah tuntutan kepada sistem hukum. Di balik setiap tuntutan ada kepentingan konkret dan kecenderungan kultural untuk menyampaikan tuntutan itu kepada unsur tertentu dalam sistem. Orang mungkin memiliki kebutuhan atau kepentingan yang serupa, namun karena perbedaan kultural atau perbedaan struktur sistem hukum, mereka menghasilkan tuntutan yang berbeda. Begitu pula, seseorang yang menulis surat setiap hari kepada anggota kongres mungkin tidak memandang hal itu sebagai perilaku hukum dalam pengertian seperti ketika ia mengajukan gugatan hukum. Sikap kultural yang sama tidak selalu mendukung kedua tindakan tersebut sekaligus.

Kita bisa membedakan antara kultur hukum *eksternal* dan kultur hukum *internal*. Kultur hukum eksternal adalah kultur hukum yang ada pada populasi umum; kultur hukum internal adalah kultur hukum para anggota masyarakat yang menjalankan tugas-tugas hukum yang terspesialisasi. Semua masyarakat memiliki kultur hukum, tetapi hanya masyarakat dengan para spesialis hukum yang memiliki suatu kultur hukum internal. Apa yang menggerakkan proses hukum adalah tuntutan kepada sistem. Kepentingan harus diubah menjadi tuntutan; sikap-sikap dan perilaku yang merupakan bagian dari kultur hukum eksternal harus diproses agar sesuai dengan ketentuan kultur hukum internal. "Tekanan sosial" yang ada di awang-awang bukan termasuk tuntutan kepada sistem hukum, kecuali hal itu dikomunikasikan kepada pelaku hukum – seorang hakim, seorang anggota legislatif, seorang pengacara. Sebagian tuntutan bisa disampaikan dengan amat informal (surat kepada anggota kongres,

teriakan minta bantuan); yang lainnya harus diterjemahkan ke dalam format "hukum" yang sesuai (dokumen *habeas corpus*). Dalam bab ini kita akan membahas aspek-aspek tuntutan formal kepada sistem hukum, khususnya seperti yang dibentuk oleh kultur hukum internal.

Dalam setiap masyarakat ada tuntutan yang *sah* (*legitimate*) dan ada tuntutan yang *tidak sah* (*illegitimate*). Legitimasi bisa bersifat sosial atau legal – artinya, berupa persoalan mengenai opini pihak luar, mengenai sikap-sikap di dalam sistem hukum, atau mengenai kultur eksternal atau internal. Di Amerika Serikat, Inggris, dan kebanyakan negara Barat, gugatan hukum biasa merupakan hal yang sah baik secara internal dan eksternal. Orang diperkenankan untuk mengajukan permohonan dokumen *habeas corpus* atau menggugat sebuah perusahaan bus yang lalai. Hukum atau dunia luar tidak menentang tuntutan tersebut (menang atau kalah). Mengkhianati seorang teman dengan mengadukan atau membocorkan informasi tentangnya kepada polisi merupakan hal yang tidak sah secara sosial, namun polisi sendiri mungkin menyetujuinya. Jika sebuah kultur dengan kuat menentang gugatan hukum, maka suatu gugatan hukum biasa pun bisa menjadi hal yang tidak sah secara sosial.

Begitu pula halnya dengan sebagian perilaku yang secara formal bisa jadi merupakan hal ilegal, tetapi secara sosial disetujui. Hal ini bahkan juga berlaku pada korupsi – suap dan nepotisme – di sebagian masyarakat. Pada masyarakat-masyarakat lainnya, Swedia, misalnya, suap dan korupsi dipandang ilegal, tidak sah secara sosial, dan nampaknya juga tidak disetujui oleh kultur hukum internal.

Korupsi amat berbeda dari satu masyarakat ke masyarakat lainnya dan dalam satu masyarakat tertentu. Di Amerika Serikat jarang terjadi korupsi di pengadilan-pengadilan federal,[1] namun berbeda halnya pada pengadilan-pengadilan yang lebih rendah, terutama di kota-kota besar. Sebagian negara bagian dan lembaga-lembaga federal memiliki riwayat panjang dalam hal korupsi; yang lainnya memang bersih menurut tradisi. Inggris dan kebanyakan negara Eropa nampaknya tidak begitu korup dibandingkan Amerika Serikat. Di sisi lain, banyak negara berkembang yang dikenal terbuka bagi nepotisme dan semacamnya.

Apa yang membuat berbeda adalah status sosial korupsi. Korupsi akan muncul jika opini publik tidak mencelanya. James C. Scott telah mendaftar beberapa sebab sosial munculnya korupsi di negara-negara non-Barat.[2] Salah satunya adalah tradisi pemberian hadiah; yang lainnya adalah kuatnya loyalitas kekerabatan. "Ketika seorang personil kantor

diminta oleh saudaranya untuk memberikan jabatan juru tulis ... kuatnya ikatan kekerabatan membuat ia sulit menolak. Penolakan akan dipandang sebagai pengkhianatan terhadap loyalitas keluarga." Di sisi lain, ikatan terhadap negara lemah: "Standard perilaku resmi Barat ... merupakan barang impor yang relatif baru ... jarang dianut dengan keyakinan personal yang kuat." Lagipula, jabatan pemerintahan di banyak negara baru merupakan salah satu di antara sedikit sumber kekayaan; dinas pemerintahan menjadi salah satu tangga utama kesuksesan; dan para petugas bisa melancarkan atau membubarkan bisnis atau karir melalui keputusan-keputusan mereka. Fakta-fakta ini menciptakan sebuah situasi di mana godaannya menjadi nyaris tidak tertahankan. Karena sebab ini pula, para pengawas bangunan dan perumahan di kota-kota besar Amerika lebih cenderung korup dibandingkan, misalnya, para polisi hutan.[3] Begitu banyak hal yang bergantung pada keputusan-keputusan para pengawas bangunan dan perumahan. Jika para petugas bergaji rendah ini terlalu bersemangat, mereka bisa menghancurkan seorang pemilik tanah atau pemilik bangunan. Para pengawas memiliki sejumlah diskresi formal yang pasti; jaring peraturannya begitu rapat sehingga nyaris mustahil bagi para pemilik tanah di lingkungan yang "tidak bagus" untuk bisa mematuhi aturan sambil tetap mendapat untung. Hal ini menggoda para pemilik tanah untuk memberikan suap.

Dengan demikian penjelasan mengenai korupsi mengandung unsur-unsur struktural dan sekaligus kultural. Bilamana legitimasi sistem hukum formalnya rendah, korupsi akan tumbuh subur. Begitu muncul, korupsi akan sulit untuk dicabut; korupsi akan menjadi cara bertindak yang dimaklumi. Jika seorang juru tulis di Chicago selalu "kalah" dalam gugatan hukum kecuali bila pengacaranya menyuap, para pengacara yang mencari penghidupan itu pun akan terdorong untuk melakukannya. Publik melihat ada suap dan terbiasa dengan hal itu. Orang-orang bahkan tidak tahu bahwa di London atau Milwaukee kejadiannya berbeda. Mereka kehilangan semangat dan kemampuan untuk memprotesnya.

Hukum resmi, kultur internal, dan opini publik juga bisa berseberangan dalam hal substansi tuntutan. Ketiganya sepakat bahwa veteran perang yang cacat harus mengajukan pensiun. Akan tetapi dalam banyak situasi, seorang individu atau kelompok akan kesulitan mendapatkan haknya karena adanya persoalan segmen publik mana yang dipandang tepat untuk itu (seperti kisah Shylock yang menuntut satu pond daging orang yang berhutang padanya). Kesilapan ini muncul karena sejumlah

sebab. Salah satunya adalah pluralisme kultural. Terkadang kultur mendukung penerapan sebuah peraturan umum dalam kasus yang lazim, namun peraturan yang sama nampak "tidak adil" dalam kasus yang di luar kelaziman. Seberapa sering hal ini terjadi merupakan persoalan yang terbuka. Sistem-sistem hukum modern memiliki lubang-lubang untuk berkelit. Klausa-klausa umum dalam perundangan kontinental memungkinkan para hukum untuk menghindari hasil-hasil yang "keras"; para hakim di negara-negara common law bisa membuat pengecualian, penolakan, atau rujukan ulang kepada prinsip umum. Sistem juri juga memungkinkan norma-norma dan peraturan untuk tidak berubah, sementara penyesuaian-penyesuaian kecil yang samar terjadi.[4]

Dalam sebuah esei yang menarik,[5] Vilhelm Aubert membedakan antara dua jenis tuntutan, tuntutan *kepentingan* dan tuntutan *klaim atas hak*. Dua orang memiliki konflik kepentingan ketika keduanya menginginkan hal yang bernilai sama: dua orang pria mencintai satu orang wanita; dua orang politisi mengincar kursi yang sama. Konflik kepentingan muncul karena adanya kelangkaan. Dalam contoh-contoh yang diberikan tadi, kedua pihak memiliki klaim yang sah, dan tidak ada konflik mengenai nilai-nilai atau prinsip-prinsip. Sesungguhnya konflik muncul dari satu pokok kesepakatan tertentu. Kedua pria melamar wanita tersebut, kedua kandidat menginginkan kursi Senat. Sebaliknya, sebuah *klaim atas hak* dikemas dalam istilah-istilah benar atau salah. Dalam suatu gugatan hukum, kedua pihak mengklaim berhak atas sebidang tanah. Masing-masing pihak akan berupaya keras bahwa klaimnya benar dan bahwa klaim pihak lain salah, bahwa lawannya mengelirukan fakta-fakta atau peraturan. Argumen-argumennya akan dikemas dalam istilah-istilah hak, bukan kepentingan – fakta-fakta, norma-norma, dan "hukum."

Perbedaan antara klaim atas hak dan konflik kepentingan memiliki konsekuensi-konsekuensi. Pihak-pihak yang terlibat bisa dengan mudah mengkompromikan sebuah konflik kepentingan, tetapi tidak begitu mudah bila yang terjadi adalah konflik nilai atau fakta. Dalam pengertian tertentu, sebuah kontrak adalah penyelesaian atas sebuah konflik kepentingan. Seseorang ingin membeli seekor kuda dengan harga murah; orang lain ingin menjual kuda dengan harga yang mahal sekali. Kedua pihak melakukan tawar-menawar, dan sepakat ketika keduanya merasa bahwa mereka mendapatkan apa yang mereka kehendaki. Biasanya, tidak ada pihak yang "terlibat secara moral." Pengadilan tidak menyelesaikan konflik kepentingan. Satu pihak harus mengubah klaimnya menjadi konflik nilai atau fakta,

sebelum ia bisa menjadikannya sebagai persoalan hukum. Dalam sebuah kasus tanah, si penggugat hanya akan membuang-buang waktunya bila ia mengatakan pada hakim bahwa ia membutuhkan tanah itu untuk usaha atau mendirikan rumah atau karena ia menyukai tanah itu. Pernyataan-pernyataan tentang kepentingan itu tidak relevan. Ia harus mengacu pada nilai, peraturan, atau norma tertentu untuk menjustifikasi klaimnya.

Suatu konflik nilai atau fakta, menurut Aubert, harus diselesaikan oleh pihak ketiga. Seorang *penengah* adalah orang ketiga yang semata-mata membantu pihak-pihak terkait untuk mencapai kesepakatan; ia tidak memutuskan persoalannya itu menurut kehendak dirinya. Seorang *hakim* memutuskan kasus-kasus atas dasar-dasar yang jelas, ya atau tidak; satu pihak menang, yang lain kalah. Untuk sebagian, ini karena pihak ketiga (hakim) perlu menunjukkan bahwa ia independen, secara moral lebih unggul dari pihak-pihak tersebut, dan bahwa ia tidak berpihak, berpegang pada peraturan dan norma-norma yang melayang tinggi di atas kasus tertentu yang bersifat sesaat.

Aubert melihat adanya gerak maju dalam sejarah hukum. Pada saatnya dulu urusan utama hukum adalah konflik-konflik kepentingan; kemudian, konflik-konflik nilai mendominasi; upaya menengahi berkembang menjadi pengadilan. Orang ketiga tidak bisa secara otoritatif menyelesaikan konflik kepentingan. Ia tidak bisa memutuskan antara A dan B, jika masing-masing sekadar ingin memiliki bidang tanah yang sama. Kepentingan saja tidak pernah bisa menghasilkan peraturan. Untuk itu pihak ketiga harus mengacu pada fakta-fakta, norma-norma, atau standar tertentu. Agar mengikat kedua pihak, ia harus tampil independen, tidak berpihak – dan kuat.

Sepertinya analisis Aubert berpijak pada karakteristik kultur hukum eksternal dan internal. Kita jelas bisa mendekati badan legislatif dengan membawa kepentingan, namun untuk mengajukan sebuah usulan hukum, sebuah pihak harus mengubah kepentingannya menjadi tuntutan dan mengungkapkan tuntutan itu sebagai klaim atas hak atau sengketa fakta. Ini mungkin hanya merupakan langkah formal, tetapi kultur menghendaki hal itu. Banyak klaim di hadapan pengadilan yang sebenarnya hanya merupakan klaim kepentingan namun diubah bentuknya di atas kertas menjadi klaim atas hak. Yang membuat seseorang menginginkan lahan Blackacre adalah karena "alasan-alasan riil" – karena tanahnya subur, menghasilkan keuntungan yang besar, nyaman untuk ditinggali – bukan karena alasan-alasan yang diutarakan di depan pengadilan.

Apakah klaim-klaim kepentingan, sebagai suatu peraturan, lebih mudah untuk dikompromikan daripada klaim-klaim nilai? Sebagian konflik kepentingan tidak bisa dikompromikan sama sekali – dua orang pelamar; dua kandidat senator. Hal yang diinginkan oleh para pihak yang terlibat ini tidak bisa dibagi. Faktor lainnya adalah kekuatan subjektif dari klaim. Jika seorang pengklaim lebih intens hasratnya daripada yang lain, ia mungkin, dalam teori, akan membelinya dari pihak satunya lagi. Hal ini berlaku untuk segala jenis konflik, nilai atau kepentingan. Faktor ketiga adalah kekuatan objektif dari pengklaim. Seandainya ada dua penawar di sebuah lelang lukisan, orang yang uangnya lebih sedikit harus kalah. Klaim-klaim nilai yang sama imbangnya seringkali akan dikompromikan.

Tentu saja proses pengadilan dalam hukum Barat pada umumnya tidak mengarah pada kompromi, hanya pemenang dan pecundang. Fakta ini bisa memperparah konflik. Macaulay dan Walster menunjukkan bahwa hukum ganti rugi, misalnya, "mewajibkan pihak yang menimbulkan kerugian untuk memberikan insentif kepada korbannya," dan "kesempatan untuk lepas dari liabilitas hukum dengan menyangkal sebagai pihak yang bertanggung jawab." Walhasil hukum "mendorong dia untuk menggunakan teknik-teknik penyangkalan dan minimalisasi."[6] Ada kompromi di sekitar ruang pengadilan namun jarang yang ada di dalamnya. Begitu pihak-pihak terkait sampai pada tahapan pengadilan, mereka cenderung untuk merumuskan persoalannya secara hitam putih. Untuk sebagian besar, ini merupakan dalih atau strategi. Akan tetapi masih ada sesuatu yang bisa disebut sebagai pemahaman hak yang subjektif, yang berbeda dari kepentingan atau keinginan. Label di dalam tidak selalu sama dengan label di luar. Seorang pekerja bergaji rendah mungkin merasa bahwa ia memiliki "hak" untuk mendapat gaji yang lebih tinggi; hal ini mungkin begitu kuat dan riilnya sampai ia menjadi seorang militan, walaupun hak itu bukan hak yang "legal."

HAK-HAK LEGAL

Sekarang kita perlu berhenti dahulu untuk mendefinisikan istilah-istilah yang kita bahas. Terlepas dari semua bahasan di atas, sebenarnya apa itu *hak*? Hak adalah batu bata yang menjadi unsur terbentuknya bangunan hukum. Sebuah pengadilan memproses klaim-klaim atas hak. Doktrin hukum pada pokoknya terbentuk dari proposisi mengenai hak-hak.

Dalam pembicaraan sehari-hari, istilah "hak" memiliki beberapa makna.[7] Pertama-tama, hak adalah sebuah klaim yang diajukan kepada atau terhadap otoritas publik tertentu. Sebuah hak adalah sebuah klaim terhadap negara. Orang-orang sering sekali berbicara tentang hak-hak mereka terhadap orang lain alih-alih terhadap negara. Seorang pembeli memiliki klaim atas pelanggaran kontrak; ia memandang bahwa ia berhak mendapatkan ganti rugi dari penjualnya, yang terlambat dua bulan dalam mengirimkan satu truk kayu pesanannya. Ny. X memiliki klaim untuk bercerai "terhadap" Tn. X. P mengalami kecelakaan; sekarang ia memiliki klaim ganti rugi "terhadap" perusahaan bus yang sopirnya ceroboh. Kita bisa menjelaskan banyak ketentuan hukum dengan cara ini – sebagai persoalan dua pihak (berhadapan); hak-hak seorang anak terhadap orang tuanya; hak-hak orang tua terhadap seorang anak; hak-hak seseorang terhadap pegadaian, majikannya, kreditornya, walinya; dan sebaliknya. Sebagian ahli hukum melihat betapa banyak peraturan yang bisa diungkapkan dengan istilah dua-pihak, sehingga mereka sampai pada kesimpulan bahwa sebuah hak *selalu* melibatkan hubungan dua pihak; bahwa peraturan apa pun bisa direduksi menjadi sebuah statemen mengenai dua pihak. Dengan demikian, perkataan bahwa Anda "memiliki" sebidang tanah berarti bahwa anda memiliki hak untuk menyisihkan A, B, C, D, ... n, yakni semua orang di dunia, yang dianggap sebagai satu pihak sekaligus, dari kesempatan untuk menguasai dan menggunakannya.[8]

Kita bisa menjelaskan hak dengan cara tersebut, namun akan sama benarnya pula bila kita menjelaskannya dengan cara yang amat berbeda – sama sekali bukan sebagai klaim-klaim terhadap pihak kedua melainkan sebagai klaim-klaim terhadap negara. Sebuah hak "terhadap" orang tertentu merupakan semacam tiket yang memberikan kuasa kepada pemegangnya untuk menyeru hukum, yakni negara, agar melindungi dia atau memberikan kepentingan-kepentingannya dengan cara tertentu. Hak Ny. X untuk bercerai "terhadap" Tn. X dalam pengertian seperti ini adalah hak untuk memerintahkan pengadilan agar menjalankan tindakan tertentu yang dengan penunaiannya ia akan secara legal terbebas dari Tn. X, bisa menikah lagi, dan bisa memiliki sebagian uang Tn. X. Hak P "terhadap" perusahaan bus menyeru pengadilan yang berwenang untuk memerintahkan perusahaan tersebut agar membayar ganti rugi. Yang dinamakan "kepemilikan" adalah seruan seorang pemilik kepada negara untuk melindungi kepentingannya terhadap pengklaim lain, pengguna lain yang tak berizin, dan seterusnya.

Jelas bahwa hak mengandung aspek publik. Hak tidak tertunaikan atau berlaku dengan sendirinya; hak bergantung pada lembaga-lembaga publik. Dengan begitu, pemilik hak pasti ingin memastikan hak-haknya. Sebuah hak yang abstrak, seperti sebuah kepentingan, tidak menghasilkan pengaruh pada sistem hukum; apa yang berperan adalah tuntutan. Pemilik pasti ingin memastikannya, ingin menggunakan lembaga-lembaga hukum. Kerangka pikir ini seringkali kita terima begitu saja. Ketika Ny. X dan suaminya membahas tentang perceraian, bisa saja mereka membahas tentang biayanya, apa pendapat para tetangga, bagaimana Ny. X akan menghidupi dirinya, nasib anak-anak, namun demikian mereka tidak hendak menggunakan hukum. Dengan demikian unsur penggunaan hukum ini harus ada sebagai latar belakangnya.

Jadi hal ini termasuk satu aspek dari hak: hak adalah klaim terhadap atau melalui otoritas. Yang kedua, hak adalah klaim yang, jika hal itu benar-benar sebuah hak, harus dikabulkan. Otoritas tidak boleh menolak warga untuk mendapatkan haknya. Ini merupakan inti dari makna istilah tersebut. Sebuah hak, menurut definisinya, bukan merupakan persoalan diskresi.

Dalam peristilahan ekonomi, barang gratis adalah barang yang produksinya tidak berbiaya; produksi dan konsumsi barang itu tidak mengurangi pasokannya atau pasokan barang lainnya. Hak tergolong jenis barang ajaib ini. Dengan kata lain, sebuah hak adalah sebuah klaim atas sebuah barang yang, paling tidak dalam teorinya, atau secara etika, pasokannya tidak terbatas jumlahnya. Sebuah *hak* tidak dibagi-bagi. Inilah yang kita maksudkan ketika kami katakan bahwa para warga negara, yang dewasa dan yang telah terdaftar, memiliki *hak* untuk memilih presiden. Hukum tidak memberikan batasan jumlah maksimal pemilih. Jika semakin banyak orang dewasa dan terdaftar, semakin banyak orang yang mungkin memilih. Pemerintah bisa menerbitkan kartu pilih, katakanlah, dengan jumlah tak terbatas. Pemerintah akan mencetak kartu lebih banyak bila dibutuhkan. Kebebasan berbicara dan hak-hak "asasi" lainnya mengandung sifat seperti ini pula. Jika A, B, dan C menggunakan hak kebebasan berbicara, hal itu sama sekali tidak mempengaruhi hak-hak D, E, dan F untuk melakukan hal yang serupa. Hal yang sama berlaku pada "hak-hak" atas manfaat tertentu atau pensiun. Di bawah ketentuan Social Security Act, seseorang yang telah memberikan sumbangan tertentu pada masa lalu dan telah mencapai usia pensiun memiliki hak atas uang pensiunnya.[9] Setiap orang yang memenuhi syarat akan memiliki klaim, ter-

lepas dari klaim pihak-pihak lain yang juga memenuhi syarat. Dalam teorinya, tidak jadi soal betapa pun banyak orang yang menuntut hak tersebut. Berapa pun jumlah orang yang memenuhi syarat, yakni ketika "hak-hak" mereka tiba, sebanyak itu pula yang akan menerima pembayaran secara teratur. Ini bukan masalah kepantasan, bukan siapa yang datang duluan dia yang dilayani; ini hal yang absolut – ringkasnya, ini adalah persoalan mengenai hak.

Jadi jelas kiranya bagaimana sebuah klaim atas hak berbeda dari sebuah klaim yang bertolak dari kepentingan. Ketika para pekerja melakukan aksi mogok, mereka tahu bahwa mereka tidak memiliki klaim absolut, atau "hak" atas bayaran yang lebih tinggi, liburan, dan manfaat tambahan lainnya. Mereka harus berargumentasi dan bergulat untuk mendapatkan bagian mereka; mereka juga tahu bahwa perolehan manfaat tersebut kadang bisa merugikan pihak lain – barangkali konsumen, para pemegang saham, atau pihak manajemen dengan cara tertentu. Para petani menuntut subsidi harga untuk kapas dan tembakau. Mereka tahu mereka tidak memiliki "hak." Mereka juga tahu bahwa subsidi untuk mereka bisa mengakibatkan pajak yang lebih tinggi, atau subsidi yang lebih rendah untuk pihak lainnya. Tuntutan-tuntutan ini setidaknya dalam jangka pendek merupakan permainan menang atau kalah. Tentu saja kelompok-kelompok kepentingan berargumentasi bahwa mereka layak mendapatkan apa yang mereka tuntut, bahwa klaim-klaim mereka adil, mereka memiliki "hak" tertentu untuk mendapatkan uang atau kekuasaan yang lebih banyak. Namun mereka memahami "hak" ini sebagai klaim moral, bukan sebagai klaim atas hak legal. Perasaan batin yang mengiringi sebuah klaim atas hak tidak akan mengenal batas-batas, ia menyangkal bahwa klaim sesecorang akan mengorbankan klaim orang lainnya.

Aspek subjektif dari hak ini, dalam segi tertentu, merupakan hal yang semu. Dalam faktanya tidak ada hal yang gratis dalam sistem hukum. Semua hal yang bernilai memiliki pasokan terbatas. Apa yang bisa dikabulkan atau diperbolehkan oleh pemerintah tidak pernah bersifat absolut. Hal ini pun bahkan berlaku pada hak-hak yang begitu asasi seperti hak atas kebebasan berbicara. Kita normalnya tidak membayangkan tentang adanya "pasokan" kebebasan berbicara. Secara teoretis, setiap orang bisa mengatakan apa yang ia sukai, kapan pun dan di manapun. Dalam faktanya, realisasi hak tersebut bergantung pada permintaan dan pasokan. Jika lima juta orang memutuskan untuk menjalankan hak kebebasan berbicara mereka di Times Square pada suatu Selasa siang, mere-

ka akan menciptakan sebuah situasi yang mustahil, Kota New York pun tidak akan membiarkan mereka mencobanya. *Bisa* kita katakan di sini bahwa sebuah hak – kebebasan berbicara – berkonflik dengan hak-hak lainnya atau dengan tuntutan keamanan publik dan kontrol lalu lintas, sehingga dibutuhkan adanya jenis keseimbangan tertentu. Inilah situasi normalnya. Ketika hak-hak dijalankan melebihi apa yang diperkirakan atau direncanakan oleh negara atau publik, hak itu cenderung untuk berkonflik dengan hak-hak lain, kebijakan tertentu, atau *rule of law*.[10] Secara subjektif, sebuah hak adalah absolut. Secara objektif, hanya ada sedikit, kalau memang ada, hak yang bisa absolut, bukan dari segi teori melainkan dari segi fakta.[11]

Biasanya tidak terjadi masalah ketika hak dilaksanakan. masyarakat dan pemerintah mengetahui kadar atau pola apa yang biasa terjadi. Pasokan disesuaikan dengan permintaan yang mungkin muncul. Perubahan permintaan jika berlangsung mendadak akan diikuti oleh berubahnya pasokan. Penunaian hak adalah seperti arus lalu lintas yang mengalir melalui jalan-jalan raya di sebuah kota. Hanya peningkatan arus yang terjadi secara *mendadak* saja yang mengakibatkan kemacetan lalu lintas. Jika arus meningkat secara bertahap, kota tersebut bisa menugaskan lebih banyak polisi, mengubah peraturan-peraturan lalu lintas, membatasi akses menuju jalan-jalan tertentu, mengganti menjadi jalan satu-arah, melarang parkir, dan, jika waktu memungkinkan, membangun jalan baru atau jalan yang lebih luas. Hak untuk melakukan gugatan hukum di pengadilan juga menciptakan semacam arus lalu lintas di ruang-ruang pengadilan. Secara teoretis tidak ada batasan untuk itu. Sebab-sebab gugatan tidak terbatas jumlahnya. Akan tetapi negara hanya menyediakan sekian orang hakim, pengacara, dan ruang sidang. Jumlah mereka bergantung, di antaranya, pada pengalaman sebelumnya atau perkiraan jumlah permintaan pada waktu mendatang. Pengadilan-pengadilan di Amerika Serikat, di pusat-pusat kota, cenderung untuk padat; ada penundaan lama sebelum kasus-kasus sampai pada persidangan. Tentu saja, hal ini mempengaruhi realisasi hak pengajuan gugatan hukum di pengadilan. Selama bertahun-tahun, publik yang bersengketa telah menyesuaikan diri dengan pasokan ini, seperti halnya pemerintah, yang selama bertahun-tahun, telah menyesuaikan jumlah pasokan pengadilan pada level permintaan yang bisa ditangani. Situasi ini mahal dan tidak adil, namun ini membentuk semacam keseimbangan. Jika jumlah pihak yang berperkara naik mendadak, sistem akan amat kacau; interaksi pelan-pelan antara permintaan dan

pasokan tidak akan bekerja lagi. Antrian panjang dan penundaan mungkin akan memunculkan ketegangan dan keluhan-keluhan, barangkali bahkan reformasi besar atau penyesuaian tertentu. Bisa jadi akan ada krisis, meski tidak ada orang yang menuntut perubahan dalam sistem – mereka hanya menuntut "hak-hak" mereka yang bernilai.

Level permintaan akan hak-hak kesejahteran, pensiun, dan manfaat lainnya juga menciptakan sebuah pola perkiraan. Pemerintah menyiapkan uang, bukan menurut jumlah *calon* penerima manfaat tersebut melainkan menurut pengalaman masa lalu. Tidak setiap orang yang memenuhi syarat akan meminta uangnya. Jika mendadak semua orang melakukan hal itu, akan ada kekacauan yang gawat. Dalam faktanya kaum militan kadang justru berusaha menerapkan taktik ini: Mereka berupaya memobilisasi kalangan miskin untuk menuntut setiap keping uang mereka, setiap hak yang dijamin oleh hukum di atas kertas. Dengan cara ini, mereka berharap sistemnya akan terguling.[12]

Ketika klaim-klaim atas hak diajukan secara mendadak atau dengan intensitas atau volume yang besar, lembaga-lembaga yang ada mungkin tidak mampu memproses klaim-klaim itu. Mereka tidak sanggup. Sebuah kota mengumpulkan sampah dua kali dalam seminggu. Departemen Kesehatan telah menyesuaikan diri dengan anggaran tertentu yang pasti; sebagaimana pada umumnya, kota tersebut terus kekurangan kas. Lingkungan-lingkungan yang "lebih bagus" mendapat layanan yang lebih baik untuk sebagian karena orang-orang yang tinggal di sana memprotes keras bila layanannya kurang. Kota tersebut mengumpulkan sampah dengan kurang teratur untuk lingkungan-lingkungan kulit hitam yang miskin. Namun kemudian lingkungan miskin itu bersatu dan meminta "hak-hak"-nya atas layanan pemerintah setempat. Paling tidak dalam waktu singkat kota itu akan kesulitan meresponnya. Hanya ada sekian truk sampah, sekian tukang sampah, dan sekian uang untuk mengumpulkan sampah. Kota tersebut tidak bisa memperbaiki situasinya, kecuali ia kembali mengumpulkan sampah di lingkungan-lingkungan kelas menengah. Dalam jangka pendek, pengumpulan sampah merupakan permainan menang atau kalah. Kota tersebut menghadapi problema yang serius – dari kacamata politik. Apa pun jalan yang ditempuh, sebagian kelompok akan merasa tidak puas. Tetapi kalangan miskin meminta tidak lebih dari kesetaraan, tidak lebih dari hak-hak mereka.

Dewasa ini Amerika Serikat nampaknya tengah mengalami masa di mana permintaan meningkat pesat, terjadi ledakan klaim-klaim atas hak.

Hal tersebut muncul dari konflik sosial dan menghasilkan konflik sosial pula. Pergerakan tersebut jelas telah mempengaruhi setidaknya para pemimpin tradisional yang tertindas – minoritas di kalangan minoritas. Bagaimanapun juga, sebuah masyarakat yang stabil bergantung bukan hanya pada kesepakatan kalangan mayoritas saja; ia membutuhkan persetujuan seluruh pihak. Masyarakat bisa menenggang tanpa terganggu adanya segelintir pemberontak yang aktif, segelintir pelanggar pelawan, khususnya ketika para pemberontak itu menyerang nilai-nilai atau tatanan yang penting. "Ledakan hak-hak" atau "ledakan hukum" penting artinya, sekalipun secara statistik hal itu kecil jumlahnya.

"Ledakan hak-hak" merupakan sesuatu yang revolusioner namun juga ganjil. Banyak "pemberontak" yang tidak merasa bahwa mereka adalah pemberontak. Mereka hanya meminta apa yang menjadi bagian mereka secara legal dan etis. Minoritas pada pokoknya menuntut agar masyarakat meruntuhkan penghalang yang membuat mereka tidak bisa mendapatkan hak-hak mereka. Klaim tersebut menjadi hal yang revolusioner hanya karena segenap sistem sosial berkembang atas dasar asumsi bahwa kelompok tersebut tidak akan mengklaim atau menuntut hak tertentu.

Sebuah klaim atas hak merupakan sesuatu yang tidak bersifat kekerasan paling tidak dari satu segi. Bahkan sebenarnya hal itu merupakan alternatif bagi kekerasan. Kaum elit Amerika terus mengatakan bahwa orang-orang harus menggunakan saluran yang telah ditetapkan, bahwa mereka harus menyuarakan keluhan mereka ke pengadilan, bukan di jalan-jalan. Pergerakan hak-hak memang menuruti hal ini paling tidak pada tahap awalnya. Lagipula sebuah klaim atas hak akan dikemas secara amat etis, bahkan konservatif. Sebuah klaim kepentingan adalah klaim atas sebuah nilai baru: upah yang lebih tinggi, keringanan pajak, perlindungan polisi, sekolah yang lebih baik. Klaim-klaim atas hak muncul dengan kemasan kata-kata bergaya lama. Mereka meminta apa yang dipandang sudah seharusnya atau pengembalian hak-hak yang telah dirampas secara tidak adil. Banyak klaim-klaim konstitusional Amerika yang memiliki sifat khas seperti ini. Konstitusi sendiri berubah dengan amat perlahan. Tuntutan atas "kesetaraan" di dalam Amandemen Keempatbelas, dalam teorinya, bukan merupakan tuntutan atas norma-norma baru dan tatanan baru. Hal itu merupakan tuntutan terhadap pihak mayoritas atas hak-hak yang secara etis atau legal memang sudah ada "di dalam" Konstitusi.

Ini tidak berarti bahwa sebuah masyarakat di mana kalangan yang tidak puas menuntut klaim atas haknya akan aman dari perubahan yang disertai kekerasan. Warga koloni Amerika menuntut hak-hak kuno mereka dari orang-orang Inggris, yang menurut mereka telah diambil oleh Raja George III; karena tidak puas, mereka mengobarkan perang. Kekerasan seringkali timbul ketika sebuah klaim atas hak ditolak atau diabaikan. Ketika hak-hak tidak terpenuhi, kelompok-kelompok yang cukup intens bisa mengambil jalan yang tidak sesuai dengan hukum. Rasa keadilan mendukung langkah mereka di jalur ini.

Seperti telah kita catat, ada hak-hak yang tidak benar untuk diklaim (secara moral), tetapi kebanyakan darinya adalah hal bermoral, dan hampir semuanya sah (*legitimate*). Ini menjadi landasan logika bagi Aubert untuk memprediksi bahwa orang-orang cenderung untuk tidak berkompromi mengenai nilai-nilai atau hak-hak dibandingkan mengenai kepentingan atau keinginan. Menurut kami, persoalannya tidak sesederhana itu, namun hipotesis Aubert ada benarnya di permukaan. Dalam pengertian tertentu, upaya gigih seseorang untuk mendapatkan haknya merupakan perilaku agresif; dan sebagian tipe kepribadian mungkin lebih agresif, lebih sadar-akan-klaim dibandingkan yang lainnya. Jelas, faktor-faktor sosial berpengaruh pada kesadaran-akan-klaim ini. Sebuah pergerakan hak-hak sipil akan sulit munculnya dari orang-orang tradisional yang pasif. Di sisi lain, klaim-klaim atas hak merupakan *bentuk-bentuk* agresi yang berlangsung secara resmi dan sah, jika memang hal itu bisa disebut agresi.[13] Bahasa klaim atas hak seringkali dingin dan impersonal. Yang menjadi lawan adalah negara, pemerintah – suatu abstraksi – alih-alih orang jahat. Namun hal ini pun bervariasi.

Tentu saja kita tidak selalu bisa memahami klaim atas hak dari permukaannya saja. Dalam sebuah ruang pengadilan, sebuah klaim atas hak di atas segala-galanya adalah urusan gugatan. Hal demikian tidak selalu mengungkapkan alam pikiran sebenarnya dari si penggugat. Motif utamanya seringkali hanya sebuah kepentingan belaka – sebuah hasrat dan keinginan biasa. Para pengacara mengubah hal tersebut menjadi klaim-klaim atas hak agar kasusnya sesuai bagi pengadilan.

Tidak semua gugatan hak merupakan penyamaran dari gugatan kepentingan. Dalam pergerakan-pergerakan hak sipil, misalnya, walaupun unsur kepentingannya kuat, namun begitu juga pemahaman moral dan hak legalnya. Tentu saja ketidakpuasan merupakan hal yang lumrah di dunia dan di semua jenis sistem hukum, dengan atau tanpa struktur hak-

hak tertentu. Bentuk pasti dari tuntutan sosial berbeda-beda sesuai dengan kultur hukumnya. Sebagai contoh, mengapa klaim-klaim harus diubah menjadi klaim-klaim atas hak terlebih dulu agar pengadilan bisa menerima dan memprosesnya?[14] Tidak ada ketentuan demikian ketika orang hendak mengajukan sebuah klaim ke hadapan lembaga legislatif. Ruang lingkup yang sah dari pengadilan lebih sempit dari yang ada pada lembaga-lembaga legislatif. Sempitnya cakupan ini bukan bawaan pengadilan; hal itu berasal dari konsep-konsep sosial mengenai peran yang tepat dari pengadilan, yang berfungsi sebagai basis legitimasi mereka.

Klaim atas hak merupakan ide lama yang telah berurat akar dalam hukum Barat. Betapa pun juga, sebuah militansi pada level tertentu akan menggoyahkan keseimbangan sistem hukum, melalui dua cara: Pertama, ia mengakibatkan munculnya urusan dalam volume yang tidak terduga; kedua, dan yang lebih penting, kelompok-kelompok tersebut kini menuntut perubahan pokok dalam masyarakat dan menuntutnya sebagai urusan hak. Kelompok-kelompok yang memprotes bisa jadi berasal dari kalangan miskin atau tertindas, namun tidak selalu. Para pemilik rumah yang kaya, misalnya, bisa menjadi amat militan dalam berjuang menentang dibangunnya jalan raya baru melintasi lingkungan mereka. Militansi kelas-menengah dan sayap-kanan merupakan faktor penting di Jerman pada masa sebelum perang, di Chile sebelum kudeta tahun 1973, dan di berbagai masyarakat lainnya.

Militansi kelompok-kelompok hak sipil di pengadilan agaknya tergolong khas pada masyarakat Barat dan dengan fokus utamanya di Amerika Serikat. Jelas, pengalaman historis membentuk sikap khas mengenai hak ini;, misalnya, tradisi hukum alam dan revolusi Prancis dan Amerika. Di Amerika Serikat, pergerakan-pergerakan hak yang kuat akan menjadi mustahil tanpa ada Konstitusi tertulis, pengadilan federal yang aktif, dan doktrin uji materi (*judicial review*). Nampaknya ada kebiasaan yang tertanam kuat pada orang Amerika untuk membawa kontroversi politik dan ekonomi ke pengadilan. Dengan kata lain, orang-orang Amerika memiliki keahlian untuk mengubah kepentingan menjadi klaim-klaim hak. Akan tetapi pergerakan hak demikian juga bisa dan memang berkembang di negara-negara yang tidak memiliki konstitusi tertulis. Di dalam negeri sendiri, banyak klaim-klaim gigih – menuntut pelayanan umum yang lebih baik, mengakhiri perang Vietnam, hak-hak kesejahteraan yang lebih tinggi – yang sedikit kaitannya atau tidak berkaitan dengan Konstitusi. Uji materi gaya Amerika muncul sejak masa perang di Jerman dan Italia.[15] Dalam

perkembangan ini, Amerika Serikat telah menjadi model yang berpengaruh; namun demikian, diperlukan unsur-unsur kultural di masing-masing penjuru dunia untuk mendorong tumbuhnya klaim-klaim atas hak ini.

Upaya mempertahankan hak ini akan membuahkan hasil-hasil berantai. Keberhasilan dalam sebuah klaim akan mendorong dan menguatkan lebih banyak klaim, menjadi model dan harapan keberhasilan bagi pihak-pihak lain. Dengan demikian prosesnya bisa diperkirakan akan berlanjut dan terus tumbuh, kecuali dan sampai terganjal oleh faktor tertentu yang belum lagi terlihat.

PENALARAN HUKUM

Kita bisa memasuki sebuah pengadilan dengan cara tertentu yang formal, mengikuti peraturan-peraturan mengenai gugatan perkara dan mengemas persoalannya sebagai klaim atas hak. Respon dari pengadilan pun mengambil bentuk khusus dan terspesialisasi. Banyak pengadilan, misalnya pengadilan-pengadilan klaim-klaim kecil, yang diizinkan untuk menyampaikan pembahasan dengan cara tidak formal, namun semua institusi yang memiliki nama dan gaya "pengadilan" akan dibatasi oleh peraturan jurisdiksi dan prosedur tertentu dan dipengaruhi oleh konsepsi mengenai peranan yang berlaku dalam kultur hukum internal.

Di banyak negara, ada satu ciri yang menonjol dari pengadilan banding: opini mereka yang penuh dengan penalaran dan dibuat tertulis. Pengadilan-pengadilan ini mengeluarkan keputusan-keputusan untuk menyelesaikan sengketa di antara pihak yang berperkara, juga menghasilkan dan mempublikasikan statemen-statemen yang menjustifikasi keputusan itu dengan tujuan untuk menjelaskan bagaimana para hakim sampai pada kesimpulan mereka.

Kita tidak perlu memandang hal-hal itu dari permukaannya saja, seperti yang dilakukan oleh banyak ahli hukum, tetapi juga tidak perlu melangkah sampai ke titik ekstrim lainnya, mengesampingkan apa yang dikatakan oleh para hakim dan hanya menekankan pada bagaimana kasus-kasus itu diselesaikan. Penalaran hukum dan gaya hukum adalah fakta-fakta sosial yang penting – entah hal ini memberikan petunjuk riil mengenai alam pikiran para hakim atau tidak. Pendek kata, penalaran hukum harus dijelaskan dan masuk dalam pertimbangan. Penalaran hukum adalah salah satu unsur dari kultur hukum internal, dan hal itu memiliki arti penting yang nyata, karena penalaran merupakan sejenis tindakan hukum

yang menghasilkan peraturan dan "interpretasi" atas perundangan. Opini-opini tertulis para hakim turut menyebarkan doktrin kepada pengadilan-pengadilan yang lebih rendah, para pengacara, dan publik yang relevan, termasuk para anggota legislatif.

Mengapa pengadilan melakukan penalaran? Dan apa yang dimaksud dengan penalaran hukum (*legal reasoning*)?[16] Dalam hukum Inggris-Amerika, penalaran hukum pada pokoknya mengacu pada satu jenis tindakan hukum: penalaran oleh pengadilan-pengadilan banding. Dalam bab ini, kami akan menerapkan istilah "penalaran hukum" hanya untuk pemaparan otoritatif yang formal, yang bertujuan untuk menunjukan bagaimana dan mengapa seorang pembuat keputusan sampai pada kesimpulan tertentu. Banyak "penalaran" dalam hukum yang tidak memenuhi definisi ini. Argumen-argumen pada ahli hukum dalam risalah-risalah mereka, sungguhpun hal itu mempengaruhi para hakim, tidak dipandang mengikat – ringkasnya, tidak otoritatif. Dalam sebuah sistem hukum yang memandang risalah-risalah hukum sebagai "otoritas," penalaran dalam risalah demikian *akan* terhitung sebagai penalaran hukum sesuai definisi kami.

Formalitas juga merupakan bagian dari definisi kami. Sembarang tindakan atau keputusan manusia yang "disengaja," dalam pengertian tertentu, dihasilkan melalui penalaran. Jantung seseorang berdetak dan matanya berkedip tanpa melalui proses mental yang sadar; namun ketika seseorang menyebarang jalan, ia harus memikirkannya dengan cara tertentu yang mungkin sederhana. Penalaran hukum *formal* – biasanya dalam bentuk tulisan – tidak harus terkait dengan proses-proses mental yang sesungguhnya. Sebuah opini tertulis bukan merupakan potret sinar X dari pikiran seorang hakim. Pada saatnya nanti, para ahli hukum barangkali membahas teori sinar X secara serius. Tetapi bukan itu masalahnya.

Yang menjadi masalah adalah: Apa tujuan dari kulit luar yang formal ini? Pertama-tama, akan menarik bila kita memperhatikan bahwa sebagian pelaku hukum tidak menggunakan penalaran formal. Salah satu di antaranya adalah badan pembuat undang-undang. Undang-undang adalah sumber pokok hukum; namun undang-undang lahir ke dunia dalam bentuk yang sudah jadi begitu saja. Undang-undang terbentuk dari proposisi-proposisi dan kesimpulan-kesimpulan, yang kabur maupun yang seksama; beberapa di antaranya mungkin memiliki mukadimah. Sebagian diawali dengan pernyataan kebijakan; yang lainnya tidak memiliki mukadimah, tanpa pernyataan kebijakan sama sekali. Tentu saja sering ada perdebatan di permukaan mengenai rancangannya. Para pendukung dan penentang

memberikan penalaran atau alasan mengenai segi tertentu, namun semua itu bukan hal yang hakiki dalam daur hidup sebuah hukum; hukum tertentu tidak pernah diperdebatkan. "Opini" tidak terlampir dengan sendirinya pada undang-undang.

Dengan begitu sebagian pelaku hukum menjalankan penalaran dan yang lainnya tidak. Penjelasannya ada pada teori-teori mengenai *legitimasi* yang mendukung institusi. Kita bisa membedakan antara dua tipe legitimasi dalam sebuah sistem hukum. *Legitimasi primer* adalah legitimasi dari otoritas tertinggi. Setiap masyarakat memiliki otoritas puncak tertentu. Orang, institusi, atau proses tertentu memegang wewenang dan hak untuk membuat atau mengubah hukum, bukan melalui delegasi dari otoritas, institusi, atau proses lainnya. Dalam sebuah monarki absolut, kata-kata raja adalah hukum; raja memiliki legitimasi primer. Di Inggris, Parlemen memiliki kekuasaan primer. Di sebagian masyarakat, bukan manusia atau otoritas keduniaan yang memiliki legitimasi primer. Otoritas tertinggi ada pada sebuah kitab, sebuah kode, Tuhan, atau tradisi.

Otoritas yang memiliki legitimasi primer tidak perlu memberikan penalaran hukum. Raja dalam sebuah monarki absolut bisa membuat hukum melalui dekrit; ia tidak perlu melampirkan penalaran apa pun pada tindakannya itu. Perundangan Parlemen tidak memerlukan justifikasi khusus. Sepuluh Perintah Tuhan adalah produk jadi begitu saja. Apa pun landasannya, sebagian bentuk legitimasi primer – otoritas karismatik, tradisional, atau rasional, menurut istilah Weber[17] – akan hadir di setiap masyarakat.

Semua legal pelaku hukum lainnya memiliki kekuasaan turunan dan *legitimasi turunan*. Mereka mungkin harus menjustifikasi tindakan mereka atau mungkin harus menunjukkan hubungan tertentu dengan otoritas yang lebih tinggi atau legitimasi yang lebih tinggi. Hubungan tersebut ada dua jenis: umum dan khusus. Seorang polisi mengenakan seragam dan lencana; ketika ia melakukan penangkapan, ia membawa surat perintah. Lencana, surat perintah, dan pakaian seragam, semuanya merupakan sarana atau tanda otoritas yang sah.[18] Lencana dan seragam menunjukkan otoritas umum si polisi. Surat perintah adalah otoritas untuk melakukan tindakan khusus.

Dalam sebuah sistem hukum yang kompleks, yang memiliki banyak ruang, celah, dan kantor, juga akan ada banyak sarana untuk menghubungkan tindakan hukum dengan otoritas yang lebih tinggi. Penalaran hukum adalah salah satu di antara sarana tersebut – salah satu yang terkuat

dan terpenting. Penalaran hukum merupakan sarana legitimasi *khusus*, yakni lebih mirip seperti surat perintah penangkapan daripada seperti lencana. Tujuannya adalah untuk mengaitkan keputusan dan kesimpulan hakim dengan lembaga, prinsip, agen, atau institusi lebih tinggi yang memiliki legitimasi primer. Para hakim, seperti para polisi, memiliki legitimasi turunan. Mereka jarang, kalaupun pernah, menjalankan otoritas untuk membuat hukum, secara utuh, seperti seorang raja atau Parlemen. Dengan begitu, apa pun yang mereka kerjakan akan memerlukan sarana *penghubungan* tertentu. Opini beserta penalarannya menyediakan penghubung semacam itu.

Tentu saja tidak semua orang yang memiliki otoritas turunan akan menggunakan penalaran hukum. Para hakim pengadilan rendah biasanya tidak menggunakannya; para polisi tidak memberikan statemen-statemen penalaran ketika mereka menangkap seorang pencuri yang tengah beraksi. Karena sebab tertentu, tugas polisi menuntut ia untuk bertindak cepat. Kadang-kadang polisi memang *harus* menjustifikasi tindakannya. Jika seseorang menentang tindakannya, ia harus menunjukkan, bila perlu secara formal, bahwa ia memiliki otoritas untuk bertindak. Ia harus memperlihatkan surat perintah penangkapan. Karena penangkapan tanpa surat perintah bisa memunculkan tantangan lebih jauh lagi di pengadilan. *Penentangan* (*challenge*) merupakan konsep kunci untuk menjelaskan penalaran hukum. Hanya tindakan hukum yang ditentang saja yang harus menunjukkan kaitan mereka dengan otoritas yang lebih tinggi. Dalam setiap kasus banding, pemohon banding sebelumnya telah menentang tindakan hukum tertentu yang diputuskan oleh sebuah pengadilan. Karena itulah di sini berlaku penalaran.[19]

Penalaran hukum mengambil bentuk logis; ia bisa dipecah-pecah menjadi kalimat-kalimat atau proposisi-proposisi hukum dan fakta. Sebagian proposisi digunakan sebagai premis, yang lainnya sebagai kesimpulan. Batu-bata pembangun penalaran hukum adalah proposisi-proposisi yang berlaku sebagai premis. Dari mana pembuat keputusan mendapatkan premis tersebut? Kami menamakan sistem formal sebagai sistem *tertutup* jika para pembuat keputusannya, secara keseluruhan, yakin bahwa mereka harus mendasarkan keputusan mereka hanya pada premis-premis "hukum" saja. Ini berarti bahwa mereka membagi semesta proposisi menjadi dua bagian. Salah satu bagian adalah proposisi "hukum"; hanya ini yang secara sah bisa berlaku sebagai premis bagi penalaran hukum. Proposisi ada dalam jumlah terbatas, dan dimungkinkan bagi kita untuk mengatakan

mana yang merupakan proposisi "hukum" dan mana yang bukan. Sistem mana saja yang tidak membuat pemisahan semacam ini, yang tidak membedakan antara proposisi "hukum" dan proposisi nonhukum, disebut sebagai *sistem terbuka*.

Selain itu, sebagian sistem hukum menerima *pembaharuan*—mereka memperkirakan akan munculnya premis-premis hukum yang baru. Sebagian sistem tidak.[20] Dengan mengkombinasikan kedua pembedaan ini, kita mendapatkan empat tipe-ideal sistem hukum. Karena penalaran hukum merupakan sarana justifikasi, suatu penghubung antara legitimasi turunan dan primer, sikap-sikap yang berbeda terhadap legitimasi dalam sebuah masyarakat akan menghasilkan gaya penalaran hukum yang berbeda pula. Dengan begitu keempat tipe sistem tersebut berkorespondensi dengan empat tipe ideal penalaran hukum, mencerminkan aspek-aspek kultur hukum dalam masyarakat tertentu. Secara skematis keempat tipe tersebut diperlihatkan dalam Tabel II. Sekarang marilah kita membahas lebih rinci keempat tipe tersebut.

1. *Pertama*, sebagian sistem hukum memiliki premis-premis tertutup dan menolak prinsip pembaharuan apa pun. Agama-kitab konservatif dengan teks suci mendekati tipe ideal ini, khususnya jika bila diyakini tidak ada pewahyuan baru. Masyarakat harus mengambil semua hukumnya dari satu kitab suci; semua keputusan harus dikaitkan dengan teks. Hukum Yahudi dan Islam klasik memiliki kemiripan yang kuat dengan sistem jenis ini. Di kalangan orang-orang Yahudi pasca injil, Bibel menjadi sumber dasar hukum. Merujuk pada kitab *Torah*, seorang ahli Talmud mengatakan, "bolak-baliklah halamannya, bolak-balik terus ... karena segalanya bisa ditemukan di dalamnya."[21] Jawaban-jawaban atas persoalan hukum dipandang tersembunyi di balik kata-kata Bibel. Dalam Islam, Quran dan kata-kata Nabi merupakan sumber primer hukum. Dalam ke-

Tabel II. Empat Tipe Sistem Hukum Digolongkan menurut Bentuk-bentuk Penalarannya

		Kanon Proposisi-proposisi Hukum	
		Tertutup	Terbuka
Pembaharuan	Ditolak	Suci	Adat
	Diterima	Sains Hukum	Instrumental

dua sistem tersebut, legitimasi bukan persoalan yang sederhana; dalam Islam, perkataan Nabi dan para sahabatnya, analogi, dan konsensus komunitas juga dipandang otoritatif.[22] Namun kedua agama-kitab tersebut memiliki banyak unsur dari sebuah sistem tertutup jenis yang pertama.

Kitab-kitab suci dalam agama-agama ini penuh dengan makna ilahiah; karena itu, dipandang tepat untuk mencari setiap makna yang tersembunyi di dalamnya. Tokoh-tokoh Yahudi tidak henti-hentinya berdebat tentang persoalan hukum, merundingkan setiap kata yang ada dalam teks, membaurkan antara kasus-kasus nyata dan imajiner. Para ahli *Mishnah* yang membahas tentang hukum perceraian mempersoalkan boleh tidaknya seorang suami mencerai istrinya dengan cara menulis surat cerainya di atas tanduk seekor sapi hidup dan mengirimkan sapi tersebut, atau di atas tangan seorang budak yang kemudian kepemilikan budak itu ia berikan kepada si istri. Para ahli tersebut memutuskan bahwa semua sarana itu sah sebagai cara penyampaikan surat cerai; tetapi seorang rabbi berpendapat bahwa sebuah surat cerai tidak boleh dituliskan di makhluk hidup apa pun.[23] Para ahli agama Islam memperdebatkan masalah-masalah seperti "waktu yang tepat untuk membagi warisan tanah pertanian yang telah diubah menjadi tanah berbatu oleh setan."[24]

Dalam hukum Yahudi dan Islam, teks suci merupakan sesuatu yang sudah final dan pasti atau dianggap demikian dalam hal tertentu. Sesudahnya tidak boleh ada premis-premis baru; "pintu legislasi" sudah "tertutup."[25] Tentu saja, situasi terus berubah, dan kondisi-kondisi sosial yang baru terus muncul. Teks-teks kuno menjadi semakin usang. Hal ini mendesakkan beban yang berat untuk menjalankan penalaran hukum. Kedua sistem tersebut pun mengandalkan legalisme, fiksi hukum, dan penalaran melalui analogi yang berkembang subur. Istilah "Talmudik" sendiri kemudian mengandung arti ilmu tentang penalaran tertentu. Penalaran Talmudik sendiri berkembang, namun para ahli menghadapi dilema sistem hukum yang tertutup. Penggunaan analogi dan fiksi secara bebas beserta klausa-klausa umum tertentu yang kabur di dalam Bibel, mirip seperti klausa-klausa umum perundangan modern, hal-hal itulah yang meredam penalaran Talmudik.

Common law yang klasik adalah hukum cangkokan yang mirip dengan sistem hukum suci dari segi tertentu. Tentu saja di sana tidak ada teks suci. Namun, secara keseluruhan, *common law* menolak adanya pembaharuan atau inovasi. Kanon premis-premisnya secara umum lebih merupakan hal yang tertutup alih-alih terbuka. Premis yang dipandang

valid hanyalah prinsip-prinsip dan doktrin common law. Tentu saja kanon pun berubah pelan-pelan seiring waktu; begitu pula cara pandang para hakim. *Common law* tidak pernah sepasti atau setertutup sistem-sistem hukum suci. *Common law* memiliki dogma-dogma tentang kepastian; doktrin *stare decisis*, begitu terbentuk, menjadi tonggak stabilitas yang utama. Pada pokoknya, doktrin tersebut bersikukuh bahwa premis-premis yang sah dan relevan hanya bisa ditemukan dalam kasus-kasus pendahulu.[26]

Doktrin tersebut baru menjadi dogma pada sekitar tahun 1800. Seperti dikatakan oleh John Dawson, teori preseden yang "ketat" merupakan hal yang mustahil "sampai ketika pelaporan kasus dipandang handal."[27] Bahkan pada saat itu pun pengadilan-pengadilan mempertahankan hak untuk menolak kasus-kasus yang bertolak dari "kekeliruan." Pengadilan-pengadilan abad kesembilan belas pada umumnya enggan menggunakan wewenang ini, dan di Inggris, Majelis Tinggi, pengadilan tertinggi Inggris, melepaskan wewenang ini sepenuhnya pada akhir abad kesembilan belas. Hanya Parlemen saja yang boleh mengubah premis-premis hukum, termasuk yang dibuat oleh hakim. Majelis Tinggi baru mencabut dogma ini pada tahun 1966.[28]

Para pengacara *common law* biasanya kurang memperhatikan filsafat hukum dan tidak pernah mendalami secara terperinci teori keputusan yang sah. Sebelum abad keduapuluh ada kesalahpahaman umum dalam dua hal. Pertama, para hakim dan ahli hukum dengan gigih menolak pandangan bahwa pengadilan memiliki hak untuk membuat hukum; kedua, para ahli hukum pada umumnya memperlakukan peraturan common law bukan sebagai hal yang instrumental. Sebagai sebuah kumpulan norma-norma, hukum mengklaim legitimasi yang lebih tinggi daripada sekadar sebagai sarana teknis belaka. Prinsip-prinsip *common law* dipandang telah cukup mewadahi keadilan dan penalaran. Semua prinsip itu merupakan intisari dari kebijaksanaan berbagai orang, terpilih seiring waktu dan disempurnakan oleh pengalaman. Klaim ini jauh lebih sederhana klaim sistem hukum suci, di mana Tuhan sendiri atau para wakilnya menjadi penyusun hukum, tetapi klaim tersebut cukup kuat untuk menjadi landasan kanon. Tugas hukum adalah menemukan dan menerapkan norma yang benar, tidak lebih. Akhir abad kesembilan belas menjadi zamannya jurisprudensi "mekanis," baik dalam sistem *common law* maupun sistem *civil law*—"teori deduktif" pembuatan-keputusan yudisial di mana, menurut Wasserstrom: "semua kasus diputuskan dengan mengacu pada peraturan-peraturan yang pasti dan tidak terkena perubahan, yang penerapannya

bisa diprediksi sepenuhnya." Dalam teori ini, "hakim dipandang amat mampu untuk menghasilkan keputusan karena ia sudah tahu seperti apa peraturan mengenainya, di mana letak peraturan lainnya, dan bagaimana menggunakan kanon-kanon logika untuk mencerna argumen-argumen yang valid."[29]

Ini mungkin seperti lelucon, namun di sana benar-benar terlihat seperti apa sikap terhadap hukum buatan-hakim yang dihasilkan secara amat ketat. Karena sikap ini, para hakim terkadang menghadapi masalah-masalah yang tidak jauh berbeda dari yang dihadapi oleh para pembuat-keputusan dalam sistem hukum suci. Agar tidak terlihat sebagai pembaharuan, para hakim harus beralih pada legalisme, fiksi-fiksi hukum, dan berbagai jenis analogi yang dipaksakan.[30]

2. Dalam sebuah sistem hukum suci, otoritas seorang hakim atau ahli didasarkan pada kesucian, kebijaksanaan, dan institusi-institusi suci. Namun apa yang menjadi sumber otoritas bagi para hakim common law? Blackstone dengan penuh arti menyebut para hakim sebagai "orakel-orakel* hidup" dari sang hukum.[31] Sebagai orakel, hakim "menciptakan" hukum melalui sebuah proses yang mirip dengan kegiatan peramalan. Sekalipun demikian gagasan abad delapan belas Blackstone tidak berlaku pada abad kesembilan belas. Gagasan yang lebih modern memandang bahwa para hakim adalah tukang pembuat hukum. Hukum adalah sebuah sains; para hakim adalah orang-orang yang terlatih di bidang ilmu pengetahuan atau seni "menemukan" dan menerapkan prinsip-prinsip hukum. Keahlian khusus inilah yang membedakan mereka dari orang-orang awam.

Kita sudah sering menyebut tentang ide sains hukum atau ilmu pengetahuan hukum. Dalam pengertian tertentu, teori demikian bersifat pasti dan cermat. "Sains" merupakan model yang sesuai untuk hukum. Dalam alam pikiran orang banyak, sains bersifat kumulatif; sains dibangun di atas masa lalu—"di atas pundak orang-orang besar." Sains terus bergerak maju secara progresif, namun hal-hal baru yang ditemukan bukan merupakan buatan-manusia. Proposisi-proposisinya ada di luar dirinya, sebagai ketentuan-ketentuan yang mengatur dunia nyata; semua itu hanya perlu "ditemukan kembali."[32] Jika hukum adalah sebuah sains, maka kumpulan proposisinya secara alamiah akan berubah dan berkembang, tetapi perubahannya tidak bergantung pada politik atau pada kehendak hakim. Para ahli hukum itulah yang akan memainkan peran ilmiah; mereka akan menemukan, menyempurnakan, dan menganalisis proposisi-proposisi

hukum. Orang di jalan – atau politisi – tidak akan mampu membahas sains hukum sebagaimana halnya mereka tidak bisa membahas biologi atau fisika.

Sistem-sistem yang tergolong dalam tipe kedua dari empat tipe ideal di atas bisa disebut sebagai sistem-sistem *sains hukum*, karena sistem-sistem hukumnya, di mana ide sains hukum terhitung kuat, mendekati gambaran sebuah sains. Dalam tipe ini, kanon premis-premisnya tertutup, namun sistemnya menerima pembaharuan. Di permukaan, secara logika hal ini nampak mustahil. Jika kanon premis-premisnya tertutup, bagaimana bisa ada pembaharuan? Konsep sains hukum menyediakan semacam jawaban. Dilihat sekilas, kanon premis-premisnya bersifat sudah pasti, tetapi kanon premis-premis yang sudah diketahui tidak sama dengan kanon potensial. Para ahli hukum bisa "menemukan" proposisi baru, memperbaiki proposisi lama, dan menunjukkan adanya hubungan-hubungan baru.

Konsep sains hukum terlihat paling mencolok di negara-negara kontinental dan mewarnai penalaran hukum dan dunia keilmuan mereka.[33] Dalam teorinya, *kode* menjadi sumber tunggal hukum; para hakim harus mengaitkan setiap keputusan dengan teks konkret tertentu yang ada di dalam kode. Kode-kode tersebut tidak suci dan sering diamandemen. Meskipun demikian bahasanya tetap saja sudah pasti; para hakim mungkin harus mencari kaitan tertentu untuk menghubungkan kasus yang mereka hadapi dengan sebuah norma perundangan. Karena sebab inilah, penalaran *common law* dan penalaran *civil law* memiliki kesamaan dalam beberapa segi,[34] dan dalam kadar tertentu keduanya juga memiliki karakteristik yang paling tepat untuk digolongkan sebagai tipe kedua.

3. Kategori ketiga terdiri atas sistem-sistem di mana kanon premis-premisnya terbuka, namun pembaharuan tidak benar-benar diterima. Ini merupakan tipe umum yang bisa kita sebut sebagai *hukum adat*. Sistem-sistem hukum adat atau hukum tradisional hampir semuanya termasuk dalam kategori ini.

Salah satu contohnya adalah kaum Lozi di Rhodesia Utara dengan sistem hukum yang amat maju seperti dijelaskan oleh Max Gluckman.[35] Para hakim Lozi amat ahli dalam memutuskan kasus-kasus dan dengan seksama menjelaskan keputusan-keputusan mereka.

Tetapi penalaran-penalaran mereka nyaris tidak legalistik. Para hakim itu tidak terdidik secara profesional. Mereka adalah para bangsawan, penasihat, orang-orang bijak, para tetua, orang-orang yang berpengalaman. Mereka tidak membuat hukum baru.[36] Hukum sudah ada dari sananya.

Hukum adalah tatacara, adat, pemahaman masyarakat. Kaum Lozi percaya bahwa kerajaan mereka didirikan oleh seorang anak Dewa, yang memberikan kepada kaum Lozi – "peraturan lengkap mengenai hak dan kewajiban dan mengenai tatacara untuk mencari keadilan dari sang raja." Dengan demikian kumpulan lengkap hukumnya "sudah ada sejak zaman yang tak teringat lagi";[37] para hakim hanya menjadi juru bicaranya. Kanon-kanon penalarannya terbuka. Para hakim mengambil sumber dari adat, pengalaman, pemahaman bersama, moralitas – proposisi-proposisi apa pun yang bisa dinalar dan sesuai. Tidak ada teks, tidak ada kode, tidak ada kepastian, tidak ada pandangan bahwa peraturan hukum berbeda dari peraturan lain dan hanya bisa dijangkau oleh pikiran yang terlatih. Sebuah sistem lain yang mirip dengan sistem Lozi menuntun Jan Vansina pada kesimpulan yang agak aneh bahwa orang-orang yang ia kaji, orang-orang Kuba, tidak memiliki norma-norma hukum. Yang dia maksud sebenarnya adalah bahwa orang-orang itu tidak memiliki proposisi-proposisi khas *hukum*. Ia menulis, "yang menjadi norma-norma hukum mereka adalah norma-norma sosial, tidak lebih dari itu."[38] Ungkapan ini sebenarnya menggambarkan secara berbeda sebuah sistem terbuka, dan sistem tersebut pada umumnya berlaku di kalangan orang-orang yang belum mengenal tulisan.[39]

4. Tipe sistem yang keempat adalah tipe yang menerima pembaharuan dan yang kanon premisnya terbuka. Kita bisa menamakannya sebagai *sistem instrumental*. Dalam tipe sistem ini, sebagian "hakim" bisa membuat keputusan tanpa terikat oleh peraturan-peraturan "hukum." Para "hakim" ini bisa mengacu pada standar-standar sosial yang luas, dan mereka bisa mengubah peraturan atau penerapannya menurut apa yang ditentukan oleh standar-standar itu. Penalaran dalam sebuah sistem seperti itu menyerupai apa yang disebut oleh Max Weber sebagai "rasionalitas substantif." Dalam sebuah sistem yang secara substantif bersifat rasional, hakim memutuskan berdasarkan "keharusan etis, peraturan-peraturan utilitarian dan kebijakan lain, dan kaidah-kaidah politik," alih-alih berdasarkan "norma-norma ... yang didapat melalui generalisasi logis atas interpretasi makna yang abstrak."[40]

Di dunia nyata, dua sistem hukum yang agak berbeda mendekati tipe ideal yang keempat ini. Salah satu subtipe tersebut bisa kita namakan sebagai *legalitas revolusioner*, yang lainnya, *legalitas kesejahteraan*. Pada tahap-tahap awal sebuah revolusi – di Kuba pada masa Castro atau di Uni Soviet pada tahun 1918 – rezim yang baru terkadang membubarkan sistem hu-

kum yang lama. Para penguasa melembagakan pengadilan-pengadilan revolusioner dengan hakim-hakim amatir yang bersemangat. Pengadilan-pengadilan ini bertindak sigap dan tegas. Mereka mungkin membuat penalaran untuk keputusan-keputusan mereka, tetapi penalaran tersebut tidak berasal dari kode-kode hukum sebelumnya. Melainkan, keputusan-keputusan mereka berpijak pada prinsip-prinsip revolusioner dan kebijakan situasi. Pengadilan Rakyat di Uni Soviet pada tahun 1918 diinstruksikan untuk mengikuti "kesadaran hukum revolusioner" dalam situasi-situasi yang tidak tercakup oleh ketentuan pemerintah. Tribunal revolusioner khusus menangani sabotase dan pembangkangan. Tribunal-tribunal ini, menurut Harold Berman, "memberlakukan apa yang secara resmi disebut sebagai Teror Merah. Mereka diperintahkan agar semata-mata mengikuti apa yang ditentukan oleh suasana kasus dan kesadaran revolusioner." Kode-kode dan pengadilan lama, juga profesi hukum lama dihapuskan.[41] Tribunal-tribunal Soviet diperintahkan untuk memanfaatkan hukum terang-terangan sebagai instrumen pembangun sebuah masyarakat baru. Betapa pun juga, semua tribunal ini sama seperti kaum Lozi yang tidak memiliki kumpulan premis tertutup.

Sebuah pengadilan menganut apa yang kita sebut sebagai *legalitas kesejahteraan* bila terbuka bagi perubahan menurut banyak kriteria, bukan hanya kriteria "hukum" saja. Pengadilan seperti itu akan menerima, sebagai landasan penalaran hukumnya, semua jenis norma kebijakan, kebenaran ilmiah, dan statemen-statemen opini yang beralasan – apa saja yang akan membantu menuntun pengadilan ke arah hasil yang lebih baik, suatu hasil yang lebih sejalan dengan kebijakan publik, kesejahteraan umum, atau kebaikan sosial. Setiap peraturan tertentu memiliki tujuan atau penalarannya sendiri, memastikan kedudukannya dalam jaringan umum kebijakan sosial. Penalarannya bersifat bebas, gamblang, dan rasional, tidak pernah bersifat teknis atau legalistik.

Inilah cara yang, idealnya, digunakan oleh para pemerintah pada umumnya untuk menentukan apa yang harus dilakukan dalam membingkai kebijakan dan pihak mana yang harus mengikuti. Kebanyakan pengadilan di Barat lumpuh oleh tradisi. Di Amerika Serikat, beberapa pengadilan, kebanyakan di antaranya adalah pengadilan banding, nampaknya tengah bergerak pelahan menuju arah ini. Seorang ahli Swedia juga menengarai adanya pergerakan ke arah penalaran "terbuka" di pengadilan-pengadilan negerinya.[42] Di Amerika Serikat, pengadilan-pengadilan "terbuka" adalah mereka yang lebih sedikit kelekatannya kepada preseden

common law dibandingkan pengadilan-pengadilan generasi sebelumnya. Mereka hanya memiliki kecenderungan terbatas untuk menerima proposisi-proposisi hukum. Para hakimnya merasa bebas menggunakan akal sehat sebagai pegangan, paling tidak dalam beberapa kasus, dituntun oleh norma-norma etika atau sosial, atau mengikuti apa yang mereka pandang sebagai opini publik. Karena itu seorang hakim di pengadilan demikian tidak terlalu mencermati kumpulan proposisi hukum tertutup yang terbatas; "Pengetahuan saya sebagai seorang hakim tidak boleh menghalangi pengetahuan saya sebagai seorang manusia." Kata-kata berang ini ditulis oleh seorang hakim banding New York pada tahun 1960 dalam opininya yang berbeda dari hakim lainnya; opininya antara lain mengutip "sumber-sumber dengan otoritas," majalah *Commentary* dan sebuah surat kepada *New York Times*.[43] Tidak satu pun dari sumber itu yang bersifat kanonikal. Pemisahan tegas antara hakim dan manusia itulah persisnya yang pernah diserukan oleh teori hukum. Yang hendak memutuskan kasus yang tengah dihadapi bukanlah hakim – sebagai seorang manusia atau sebagai seorang warga negara; melainkan hukum. Kebanyakan pengadilan Amerika masih membedakan secara tajam antara kedua wilayah ini.[44]

Kita telah membahas tentang empat tipe sistem-sistem hukum pada levelnya yang menyeluruh. Klasifikasinya juga akan sesuai, atau lebih baik, bila diterapkan pada *bagian* dari sistem-sistem hukum. Gaya legalistik yang ada pada sistem-sistem hukum suci juga cenderung terdapat dalam subsistem-subsistem, bila mereka memiliki legitimasi turunan, kanon premis-premis yang pasti, dan kewajiban untuk memutuskan dengan penalaran. Hal ini menjadi kondisi umum birokrasi, apa pun sistem induknya. Seorang pegawai negeri memiliki otoritas terbatas. Ia dikehendaki untuk memutuskan "menurut buku pedoman." Ia harus mampu mengaitkan keputusannya dengan premis-premis yang memiliki legitimasi lebih tinggi – berupa buku peraturan, pedoman, regulasi, perintah-perintah, atau perundangan yang berlaku. Sebagai konsekuensinya, para birokrat seringkali berperilaku dan menulis secara legalistik seperti dalam sebuah sistem tertutup.

Konsep-konsep legitimasi menentukan gaya penalaran, dan bagian-bagian yang berbeda dari sistem hukum bergantung pada teori-teori legitimasi yang berbeda. Karena itu, sebuah subsistem dari satu tipe bisa berada dalam sebuah sistem induk yang tipenya amat lain. Di negara-negara Barat pada akhir abad kesembilan belas, pada umumnya pengadil-

an bertindak atau berusaha bertindak seperti dalam suasana sistem tertutup. Pada saat yang sama, badan legislatif dengan bebas dan terbuka membuat hukum. Di Uni Soviet selama periode "Komunisme Perang" yang bergolak setelah Revolusi, pengadilan harus mengikuti dekrit-dekrit pemerintah secara harfiah; namun tribunal rakyat memiliki otoritas "terbuka" dalam bidang-bidang yang tidak tercakup oleh dekrit. Pengadilan-pengadilan anak-anak, khususnya sebelum *In re Gault*,[45] mencontohkan diskresi bebas yang ada pada legalitas kesejahteraan dalam pengertian tertentu, di dalam kerangka *common law* yang lebih ketat.

Hukum konstitusional Amerika merupakan sebuah subsistem yang agak tertutup namun dengan ciri khasnya sendiri. Setiap keputusan harus dikaitkan dengan teks Konstitusi. Tidak ada premis-premis yang bisa ditambahkan pada Konstitusi, kecuali secara pelan-pelan dan di luar kelaziman melalui amandemen. Konstitusi berlaku sebagai sumber tunggal legitimasi bagi proposisi-proposisi yang memberikan wewenang paling dramatis bagi pengadilan federal. Suatu pengadilan yang bersifat aktivis akan "merentang" teks tersebut dengan fiksi-fiksi dan analogi. Tidak setiap masalah *harus* ditemukan pemecahannya di konstitusi. Sebuah pengadilan bisa menolak hal tertentu untuk dikaitkan secara konstitusional dan langsung mengembalikan sebuah persoalan kepada peraturan hukum pada umumnya. Ciri-ciri sebuah sistem tertutup muncul hanya ketika pengadilan ingin memutuskan atas dasar konstitusi dan tidak bisa menemukan teks yang jelas.

Apa yang dimaksud sebagai "penalaran hukum" oleh para pengacara adalah ciri-ciri sistem tertutup sejak dari hukum Romawi klasik dan agama-agama kitab kuno hingga ke kode-kode kontinental dan common law. Ide penalaran *hukum* berpijak pada kumpulan premis-premis tertutup – ide bahwa sebagian proposisi merupakan proposisi hukum sementara yang lainnya bukan, dan bahwa orang-orang yang terdidik bisa memilah satu dari yang lainnya. Dalam sebuah sistem yang sepenuhnya terbuka, tidak ada proposisi seperti itu, walhasil tidak ada yang disebut sebagai ahli di bidang proposisi hukum – tidak ada pengacara atau hakim-hakim yang terdidik di bidang hukum.

Legalisme revolusioner, sebagai suatu sistem terbuka, tidak menginginkan atau membutuhkan para pengacara; ia membutuhkan orang-orang yang revolusioner. Sebagian dari orang-orang revolusioner modern sebenarnya juga pengacara, Fidel Castro, misalnya. Tetapi para pengacara pada umumnya mencari penghidupan dari hukum rezim tertentu. Ketika

terjadi revolusi, mereka mendapat stigma terkait dengan pemerintahan yang terguling. Sebuah revolusi total juga membuat para pengacara tidak diperlukan – pada awalnya. Seorang pengacara bermanfaat dalam sebuah masyarakat karena ia mengetahui kanon proposisi-proposisi hukum. Dalam sebuah sistem yang terbuka, ia tidak memiliki peranan. Ketika sebuah rezim revolusioner mulai "mapan" dan mengembangkan kanon proposisi-proposisi hukumnya *sendiri*, apa pun isinya, rezim itu cenderung untuk membutuhkan para pengacara lagi. Tentu saja hal ini juga terjadi di Uni Soviet.[46] Banyak premis-premis hukum Soviet yang sesungguhnya merupakan premis-premis lama civil law. Yang lainnya adalah penggalan-penggalan kaku dari doktrin Marxis. Yang lainnya lagi ajaran-ajaran sisa Revolusi yang berubah menjadi dogma. Sumber premis-premis tersebut tidak menjadi masalah. Semua proposisi hukum pada akhirnya berasal dari dunia sosial, persis seperti halnya semua istilah hukum pada asalnya berasal dari istilah percakapan nonhukum, dan proposisi apa pun bisa menjadi proposisi hukum, sepanjang hal itu dimasukkan dalam korpus norma-norma. Ciri spesial yang ada pada proposisi hukum adalah klaim mereka atas legitimasi, dan keahlian yang dibutuhkan untuk menggunakannya "secara tepat." Ketika pemerintah Soviet mengkodifikasikan peraturan-peraturannya, kanon pun secara perlahan menjadi tertutup. Sebuah profesi hukum yang baru pun muncul. Profesi itu menggunakan apa yang telah digunakan oleh para pengacara sebelumnya, menggunakan banyak teknik-teknik lama,[47] namun premis-premis dan proposisinya telah mengalami penempaan ulang dan tentu saja para pengacara melayani tuan-tuan yang baru.

Hanya sistem-sistem yang cukup tertutup yang membutuhkan kelas orang-orang hukum yang profesional. Sebaliknya, para profesional juga memiliki kepentingan ekonomi dan sosial agar sistemnya tetap tertutup. Jika akal sehat atau bakat bawaan sudah cukup untuk menjawab apa yang dihadapi oleh para pengacara, maka orang-orang dengan akal sehat atau bakat bawaan tersebutlah yang mungkin akan mengurus kasus, dan memutuskannya. Orang-orang revolusioner menangani hukum revolusioner dengan lebih baik dibandingkan para pengacara. Atau jika tidak ada proposisi-proposisi *hukum* yang spesifik, para profesional lainnya – dokter, insinyur, ekonom, ahli uji balistik, dan bahkan para sosiolog – mungkin juga akan menghasilkan keputusan-keputusan dalam bidang kompetensi mereka sendiri. Dalam sebuah sistem tertutup, dimungkinkan untuk mengatakan bahwa orang yang tidak memiliki keahlian dan pendidikan yang

sesuai tidak akan bisa menangani persoalan-persoalan "hukum" secara benar dan memutuskan kasus-kasus "hukum." Dalam sebuah sistem sekuler, ini berarti dibutuhkan para pengacara dan para hakim yang terlatih di bidang hukum; dalam sebuah sistem hukum suci, ini berarti dibutuhkan para pendeta, rabbi, imam. Bagaimanapun juga, agar para pengacara bisa berkembang, sistemnya tidak bisa hanya tertutup, melainkan harus dirumuskan sebagai sistem hukum dan tertutup. Keputusan oleh para ahli berarti keputusan dalam sebuah sistem yang tertutup, tetapi sistem demikian tidak selalu berwujud hukum. Hal itu bisa berupa ilmu kedokteran, biologi, teknik, tata kota, atau apa pun.

Pengacara adalah sebuah sosok modern yang familiar sehingga kita dengan mudah menganggap bahwa pengacara merupakan gejala universal. Sebenarnya, hukum itulah yang universal; pengacara tidak. Dalam faktanya, hanya sedikit masyarakat dalam sejarah dunia yang memiliki pengacara. Hanya masyarakat-masyarakat yang kompleks – masyarakat yang melek huruf dan terurbanisir – yang memiliki pengacara profesional,[48] bahkan dalam masyarakat-masyarakat urban yang kompleks ini, para pengacara dan hakim yang berpendidikan hukum pun hanya menggarap problema sosial dalam jumlah terbatas dan kecil. Mereka tidak memonopoli interpretasi hukum. Para spesialis membuat dan menerapkan banyak peraturan kehidupan modern, namun bukan spesialis di bidang hukum. Kita cukup menunjuk pada berkembang biaknya lembaga-lembaga, tribunal, dewan-dewan, dan komisi – semuanya diurus, pada umumnya, oleh para spesialis dalam disiplin-disiplin nonhukum atau oleh para pengacara yang bertindak bukan sebagai pengacara, atau oleh para amatir belaka. Vilhelm Aubert menengarai bahwa peranan pengacara mencapai semacam titik puncaknya pada abad kesembilan belas dan, di negara-negara maju, sekarang telah memasuki fase kemerosotan pelan-pelan.[49] Masyarakat modern percaya kepada para ahli dan keputusan rasional – singkatnya, kepada sistem-sistem tertutup; tetapi para ahli ini terdidik secara lebih spesifik dan tidak perlu berupa ahli di bidang hukum.

LEGALISME

Menurut Judith Shklar, legalisme adalah "sikap etis yang berpegang pada pandangan bahwa tindak-tanduk moral semestinya berupa kepatuhan kepada peraturan." Peter Blau berbicara tentang legalisme sebagai "sebuah bentuk pergeseran tujuan hukum dengan menggunakan teknik-

teknik tertentu yang sebenarnya dimaksudkan untuk mewujudkan tujuan itu." Begitu pula, Philippe Nonet mendapati bahwa legalisme terjadi ketika "orang berpegang kuat pada peraturan, tatacara, atau penalaran hukum yang cenderung untuk membuat frustrasi tujuan-tujuan kebijakan publik."[50]

Dalam perbincangan sehari-hari, istilah tersebut tidak memiliki makna yang pasti dan objektif. Melainkan, hal itu digunakan secara longgar untuk melabeli sindiran atau keluhan tertentu. Pada pokoknya istilah tersebut mengacu pada ketaatan pada peraturan secara harfiah dan membudak. Tentu saja adakalanya semua orang mengikuti peraturan secara harfiah. Pengertian utama legalisme mengacu pada semacam *penyalahgunaan* peraturan. Penilaian ini tentu saja subjektif; legalisme bagi seseorang bisa jadi merupakan idealisme bagi orang lain. Ketika sebuah pengadilan banding membebaskan seorang tersangka pelaku kriminal "karena tersangka tidak memiliki kemampuan untuk itu," ini bisa berarti "legalisme" atau keadilan yang ketat, bergantung pada sudut pandang seseorang. Dengan demikian legalisme merupakan persoalan nilai, namun sebutan legalistik tidak selalu ngawur atau remeh.

Ada dua jenis perilaku berbeda yang bisa disebut legalistik. Yang pertama adalah perhatian berlebihan terhadap arti harfiah yang ada dalam sebuah perkataan tanpa memandang konteksnya – lebih khusus, ketika sebuah pengadilan menginterpretasi sebuah teks dengan menolak keluar dari arti-kamus perkataan tersebut dan menolak mempertimbangkan kebijakan, maksud, atau konteks teksnya. Salah satu contoh yang terkenal adalah *Smith v. Hiatt*, sebuah kasus di Massachusetts tahun 1952.[51] Sebuah undang-undang Massachusetts menyebutkan bahwa seseorang yang mengalami kecelakaan yang "akibat ... salju atau es" bisa menuntut ganti rugi atas luka-lukanya asalkan dengan segera mengajukan gugatan atau kalau tidak ia akan kehilangan haknya. Bagian lain dari undang-undang itu juga menyebutkan ketentuan yang sama apabila kecelakaannya berlangsung di area atau tanah milik pribadi. Keluarga Hiatt mempekerjakan Smith, seorang perawat yang ditugaskan untuk mengasuh bayi mereka yang baru lahir. Ny. Hiatt membersihkan kulkasnya dari bongkahan es yang mengendap di dalamnya, dan sebagian bongkahan es tersebut jatuh di lantai. Ketika Smith pergi ke dapur, ia terpeleset oleh es dari kulkas tersebut dan mengalami luka-luka. Kecelakaan itu terjadi pada bulan Juli dan saat itu ada Ny. Hiatt. Si perawat dan pengacaranya tidak menghiraukan ketentuan khusus yang disebutkan oleh undang-undang tersebut.

Ketika ia mengajukan gugatan, keluarga Hiatt menolak dengan argumen bahwa kecelakaan itu disebabkan oleh es kulkas bukan es alam atau salju, dan bahwa Smith telah kehilangan haknya. Secara mengherankan, pengadilan Massachusetts mengabulkan gugatan tersebut. Es tetap saja es.

Legalisme tipe lainnya bisa disebut sebagai legalisme penghindaran. Dari segi tertentu, ini adalah kebalikan dari kasus *Smith v. Hiatt*. Di sini keputusan dibuat dengan membelokkan makna perkataan yang lazim untuk mencapai hasil tertentu, atau untuk menghindari akibat merugikan yang jelas-jelas diacu oleh perkataan tersebut. Sebagai contoh, Statute of Frauds memuat daftar kesepakatan (kontrak) yang harus dibuat secara tertulis. Salah satu jenisnya adalah kesepakatan "yang tidak hendak ditunaikan dalam waktu satu tahun." Dalam kasus *Joseph v. Sears Roebuck & Co.* (1953),[52] penggugat dirugikan oleh sebuah ketel bertekanan buatan Sears. Tenaga penjual telah mengatakan sebelumnya (secara lisan) bahwa ketel tersebut tidak bisa meledak dan bahwa barang tersebut akan bertahan sepuluh sampai lima belas tahun. Satu setengah tahun kemudian, ketel bertekanan itu meledak dan mengakibatkan rumah penggugat rusak. Kita mungkin mengira bahwa ketentuan garansinya (bahwa ketel tersebut akan bertahan antara sepuluh sampai lima belas tahun) tergolong sebagai suatu janji "yang tidak hendak ditunaikan dalam waktu satu tahun"; tetapi pengadilan berpendapat lain. Ketel tersebut bisa saja meledak dalam jangka waktu satu hari, satu bulan, atau satu tahun. Jika terjadi demikian, Sears diharuskan memenuhi janjinya. Karena kesepakatan itu berkemungkinan untuk bisa ditunaikan dalam waktu satu tahun, berarti ketentuan undang-undangnya tidak bisa diberlakukan untuk kasus tersebut. Pembelokan arti kata seperti ini sering terjadi dalam kasus common law, di mana para hakim merasa terikat oleh hukum terdahulu namun tidak menyukai hasilnya. Mereka pun kemudian "memisahkan" kasus mereka dari hukum terdahulu melalui legalisme penghindaran.

Dalam masing-masing kasus di atas, legalisme merupakan penalaran yang melanggar pemahaman masyarakat terhadap logika makna. Dengan kata lain, legalisme melanggar standar-standar penalaran yang digunakan di luar hukum. Dengan begitu kata-kata menjadi praktis terkurung dalam sistem atau subsistem yang memiliki premis-premis hukum tertutup atau setengah tertutup. Dari situlah legalisme tidak bisa dipisahkan dari para hakim atau pengacara profesional. Dalam sebuah masyarakat dengan premis-premis terbuka, penalaran mengacu pada akal sehat, yakni, pada cara-cara berpikir yang lazim, pada bahasa biasa, adat berpikir kehidupan

sehari-hari. Sistem-sistem hukum suci bersifat legalistik karena sebab-sebab yang telah kita sebutkan. Dalam sistem hukum suci para pemimpin agama memainkan peran yang dimainkan oleh para pengacara dalam sistem sekuler yang tertutup. Dalam pandangan kami, respon para rabbi terhadap persoalan-persoalan hukum agama akan nampak amat legalistik. Masyarakat memiliki pemahaman yang berbeda. Orang-orang Yahudi menerima penalaran para rabbi bukan sebagai legalisme melainkan sebagai kebenaran, karena mereka yakin bahwa para rabbi adalah orang-orang bijak yang mampu menembus tabir hukum dan perintah tuhan.

Jadi jelas sistem-sistem hukum mana yang mendukung penalaran legalistik. Dalam sistem-sistem tersebut, situasi-situasi seperti apa yang memunculkannya? Ketentuan hukum yang ada tidak memberikan jawaban jelas atas seluruh persoalan yang mungkin muncul. Ini adalah kesulitan utama dalam sebuah sistem tertutup di mana timbunan norma-norma lama bisa jadi tidak memadai untuk menyelesaikan masalah-masalah praktis yang baru. Namun masalah-masalah harus diselesaikan, dengan hukum, bukan dengan undian atau dengan mengacu pada prinsip-prinsip "luar."

Masalah ini juga melanda *common law*. Dari situ, "legalisme" muncul dalam penalaran di banyak kasus, termasuk kasus-kasus yang "terkemuka." Dua pihak membuat kontrak melalui surat. Kapankah kontrak tersebut berlaku mengikat – ketika penerima tawaran kontrak memasukkan surat persetujuannya ke dalam kotak surat atau apakah ketika pemberi tawaran menerima surat persetujuan tersebut?[53] Dimisalkan ada sebuah surat wasiat yang, karena kekeliruan tertentu, mewariskan sebidang tanah yang sama kepada dua orang yang berbeda dalam kalimat yang berbeda dalam satu surat wasiat; jika tidak ada bukti lain yang membantu kita, apakah kalimat pertama atau kalimat kedua yang berlaku?[54]

Persoalan-persoalan ini, ketika pertama kali muncul, tidak memiliki solusi yang jelas. Tidak ada peraturan, kasus, atau doktrin yang secara gamblang mengatur hasilnya atau menunjuk secara logis arah salah satunya, juga tidak ada kebijakan yang jelas tentangnya. Dalam kasus tertentu, penalaran yang kuat bagi sebuah keputusan tidak cukup "legal" untuk bisa dikutip secara terbuka. Atau bisa jadi memang tidak ada penalaran sama sekali – persoalannya harus diputuskan melalui suatu peraturan yang tegas, namun tanpa mempedulikan seperti apa peraturannya. Apakah orang harus mengemudi di sisi kanan atau kiri jalan memunculkan masalah seperti ini ketika pertama kali muncul, jika tidak ada peraturan

atau adat yang yang menentukannya. Jika seorang hakim harus memutuskan persoalan ini dan menulis sebuah opini hanya berdasar atas prinsip-prinsip *common law*, keputusannya akan sulit untuk tidak bersifat "legalistik." Badan legislatif bisa memutuskan begitu saja; seorang biasa dalam keadaan dilematis yang serupa mungkin akan melakukan undian. Untuk persoalan demikian, keputusan legalistik sesungguhnya sama acaknya dengan metode pengundian. Hasilnya bergantung pada apa yang tidak bisa diperkirakan: kecerdasan, selera, atau khayalan hakim tertentu. Keacakan tidak akan menjadi masalah bila hasilnya terbukti memuaskan secara sosial atau jika persoalannya bisa diselesaikan dengan solusi manapun dengan sama bagusnya. Dalam situasi-situasi ini, pilihan acak akan amat berguna. Dari situ keputusannya akan berlaku dan dikanonisasi menjadi preseden.

FIKSI-FIKSI HUKUM

Fiksi hukum merupakan bentuk menonjol dari legalisme penghindaran.[55] Fiksi hukum adalah proposisi dari mulut seorang hakim atau aktor hukum lainnya yang menyatakan sebagai fakta sesuatu yang sebenarnya bukan fakta – seperti yang diketahui oleh dirinya dan oleh semua orang. Ringkasnya, fiksi hukum adalah sebentuk kepura-puraan hukum. *Common law* abad pertengahan banyak menggunakan fiksi. Pada penghujung Abad Pertengahan, misalnya, pengadilan *common law* menggunakan fiksi hukum untuk menetapkan jurisdiksi atas kontrak-kontrak yang sebenarnya dilaksanakan di seberang lautan. Para pihak yang berperkara menyatakan bahwa kontrak tersebut (yang sebenarnya dibuat di Prancis atau di negara-negara lain) telah dibuat di Inggris: "dengan sadar, di wilayah St. Mary le Bow di Daerah Cheap." Pengadilan memperlakukan pernyataan ini sebagai hal yang tak bisa diganggu gugat, yakni, menolak tergugat untuk mengatakan bahwa kota London tersebut sebenarnya adalah Paris.[56]

Fiksi hukum kelihatannya aneh dan agak curang. Literatur mengenai fiksi hukum banyak yang mencela hal demikian. Bentham mendefinisikan suatu fiksi sebagai " kepalsuan yang disengaja, dengan tujuan untuk merampas kekuasaan legislatif"[57]; dan bahkan lebih keras lagi sebagai sebuah "kudis yang merusak wajah keadilan ... sipilis yang mengalir di seluruh urat nadi."[58] Sir Henry Maine memberikan pandangan yang lebih mendalam dan lebih teratur. Dalam pendapatnya, setiap sistem hukum membutuhkan alat tertentu untuk membuatnya tetap luwes, agar hukum

selaras dengan kebutuhan-kebutuhan sosial yang ada. "Keperluan-keperluan sosial dan opini sosial," tulisnya, "selalu mendahului di depan hukum." Ia mendaftar tiga alat penyelaras tersebut: fiksi, *equity*, dan legislasi. Sebuah fiksi adalah "asumsi apa pun yang menyamarkan atau cenderung menyamarkan fakta bahwa sebuah ketentuan hukum telah mengalami perubahan, huruf-hurufnya tetap tidak berubah, pemberlakuannya yang dimodifikasi." Menurut dia, fiksi-fiksi hukum merupakan alat yang paling awal dan paling primitif dari ketiganya – primitif, karena fiksi dikemukakan untuk "menyembunyikan perubahan." Sistem-sistem hukum yang lebih matang menggunakan *equity* dan legislasi untuk menyelaraskan masyarakat dan hukum.[59]

Teori Henry tidak bisa berlaku secara harfiah. Data etnografis, yang tidak ia miliki, menunjukkan bahwa fiksi, walaupun ditemukan dalam hukum adat,[60] tetapi jauh kurang umum dibandingkan, misalnya, pada hukum Inggris zaman pertengahan. Hal-hal itu juga tidak ditemukan dalam hukum revolusioner. Fiksi merupakan sebuah bentuk penalaran hukum dalam pengertian yang ketat; karena itu, semua itu ditemukan dalam sistem-sistem atau subsistem-subsistem yang membatasi atau menolak pembaharuan. Ini termasuk sistem-sistem tradisional yang menolak pembaharuan, namun fiksi-fiksi lebih berkembang terutama dalam sistem-sistem tertutup di mana terdapat kebutuhan tinggi untuk mengulur, menyamarkan, dan menyembunyikan perubahan. Dengan demikian fiksi tidak tergolong dalam unsur evolusi hukum. Fiksi sangat mungkin muncul kapan saja dan di mana saja bersama dengan kondisi-kondisi konkret spesifik tertentu – pada masa lalu, masa sekarang, dan masa yang akan datang.

Fungsi apa yang dijalankan oleh fiksi hukum? Jelas, hal itu mempengaruhi distribusi kekuasaan dalam sebuah sistem hukum. Banyak fiksi common law yang berkenaan dengan persoalan jurisdiksi. Pengadilan menggunakan atau merespon fiksi-fiksi hukum untuk meluaskan atau menyempitkan jurisdiksi mereka. Di Inggris, pada awalnya Court of Exchequer mengurus kasus-kasus di mana seseorang berhutang pada Ratu. Belakangan, pengadilan meluaskan cakupannya pada kasus-kasus dengan kedua pihak berupa orang kebanyakan. Penggugat akan menyatakan bahwa ia berhutang pada ratu namun tidak mampu mengembalikan karena uangnya dipinjam oleh tergugat yang sampai saat itu belum mengembalikannya. Hutang kepada ratu adalah murni fiksi; tetapi Exchequer berpegang padanya sudah sejak abad keempatbelas dan berhasil memegang jurisdiksi atas kasus-kasus hutang biasa.[61]

Perluasan kekuasaan seringkali menjadi tantangan bagi para otoritas yang akan kehilangannya. Mereka ini mungkin akan mengalah atau menentang "perampasan" tersebut. Lembaga yang menggunakan fiksi ingin memperluas kekuasaannya, merasa bahwa penalaran hukum yang normal tidak akan atau tidak bisa membantu, dan berpendapat bahwa sepertinya penggunaan fiksi akan berhasil. Sebuah fiksi disampaikan dengan cara tertentu sehingga terlihat seakan-akan pengadilan sekadar mengikuti cara-cara lama yang sah. Fiksi membaurkan apa yang tidak lazim dengan apa yang lazim, yang baru dengan yang lama. Menyamarkan perubahan bermanfaat untuk memuluskan peralihan. Kebanyakan perubahan jenis ini tergolong kecil, namun efek kumulatifnya bisa jadi substansial. Pemerintah Inggris melaksanakan urusannya atas nama ratu, seolah-olah ratu memiliki kekuasaan besar. Dalam faktanya Ratu tidak memiliki kekuasaan sama sekali; ia kehilangan kekuasaan melalui serangkaian perubahan-perubahan kecil dalam waktu lama. Tampilan luarnya secara santun tetap dipertahankan.

Dalam jangka panjang, ideologi sebuah masyarakat termasuk teori-teori legitimasi hukumnya cenderung bergeser dengan cara tertentu untuk mempertahankan dan mendukung struktur sosial, maksudnya, distribusi riil kekuasaan. Fiksi-fiksi hukum membentuk sebuah jembatan antara ideologi dan fakta, ketika sebuah institusi menyatakan bahwa perubahan yang terjadi kurang atau lebih dari yang sebenarnya.[62] Jika perubahannya mendadak dan dikehendaki demikian, fiksi tidak diperlukan. Ideologi revolusioner bisa amat anti terhadap bentuk dan fiksi lama. Orang-orang Soviet merasa tidak perlu lagi mempertahankan tsar sebagai sosok pemimpin atau untuk mempertahankan perangkap-perangkap sistem hukum yang lama. Sebaliknya, mereka dengan semangat memproklamirkan sebuah revolusi total. Ini adalah fase pertama yang paling radikal. Kemudian mereka membolehkan atau menerapkan sekumpulan fiksi baru dalam hukum. Pernyataan bahwa para pekerja dan petani memerintah Russia sama miripnya dengan dongeng bahwa Ratu Elizabeth II memerintah Inggris.

Secara historis, banyak fiksi *common law* yang tergolong jurisdiksional tetapi tidak semuanya. Satu contoh yang bagus mengenai fiksi substantif adalah peraturan untuk kasus *Jee v. Audley*.[63] Ini adalah bagian dari hukum yang membatasi "kepemilikan tanpa akhir", yakni, membatasi sejauh mana pada masa yang akan datang seseorang bisa tetap "menguasai" sebuah properti – sampai kapan penguasaan tersebut harus "dialihkan"

kepada pihak lain sebagai penerima manfaat seterusnya. Dalam kasus *Jee*, seseorang menghibahkan dana perwalian sebesar 1.000 poundsterling untuk keponakannya Mary dan anak-anaknya, jika ia mempunyai anak. Jika Mary meninggal tanpa anak, uang itu harus dibagi di antara anak-anak perempuan dari John dan Elizabeth Jee, yang masih hidup saat itu. Ketika Mary meninggal, John dan Elizabeth berusia sekitar tujuh puluh tahun. Sesuai ketentuan, kedua Jee tersebut tidak akan menerima bagian jika dan hanya jika pengadilan memutuskan bahwa Elizabeth Jee masih bisa melahirkan "anak perempuan", yang akan mendapat bagian. Tentu saja secara biologis mustahil ia akan bisa beranak lagi, namun pengadilan memutuskan bahwa perempuan tersebut mampu melahirkan anak pada usia berapa pun.[64] Peraturan tersebut, terlepas dari bentuknya yang aneh, bisa dipertahankan sebagai hal yang masuk akal, dan hal itu tidak perlu dinyatakan sebagai sebuah fiksi.[65] Dengan kata lain, sebuah fiksi substantif tidak lain adalah sebuah *rule of law* yang diekspresikan dengan gaya sebuah fiksi. Fiksi-fiksi jenis ini cepat menjadi usang. Mereka bisa bertahan hanya sepanjang gaya mereka is bisa ditoleransi; namun biasanya yang terjadi tidak demikian. Namun demikian ketika fiksi-fiksinya lenyap, peraturan yang mereka ekspresikan bisa terus hidup melalui ekspresi-ekspresi yang lebih rasional.

PENALARAN DENGAN ANALOGI DAN INKREMENTALISME

Penalaran dengan analogi[66] menjadi ciri yang amat lazim dalam kasus-kasus *common law*. Setiap jilid laporan kasus memuat contoh-contoh demikian yang tak terhitung banyaknya. Hal ini sama sekali tidak mengherankan. Analogi merupakan alat penalaran akal sehat yang dijunjung tinggi dan bersifat umum, dan banyak sistem hukum yang memberikan kedudukan formal bagi analogi dalam jurisprudensi mereka.[67] Dalam *common law*, pada dasarnya analogi sedikit saja diterima; analogi bahkan tidak memiliki istilah resminya. Tetapi analogi menjadi inti atau benih pertumbuhan common law. Peraturan-peraturan berubah perlahan-lahan, seiring ketika pengadilan mengembangkan atau memangkasnya menggunakan analogi.

Edward Levi, dalam buku kecilnya yang penting mengenai penalaran hukum,[68] memberikan ilustrasi bagus mengenai penggunaan analogi dalam common law. Di antaranya adalah berkembangnya konsep mengenai benda yang "dari asalnya sudah berbahaya" dalam hukum ganti

rugi. Peraturan itu menegaskan bahwa seseorang yang terluka oleh adanya cacat tertentu pada sebuah produk bisa menggugat orang yang menjual produk tersebut padanya namun bukan pembuat barang tersebut. Namun jika produk tersebut "dari asalnya sudah berbahaya," batasan ini tidak berlaku. Pada kasus pertama, sebuah senapan yang berisi peluru akan dipandang sebagai benda yang sudah berbahaya dari asalnya, pada kasus lainnya, sebuah senapan yang cacat buatannya. Sebuah kereta kuda yang cacat buatannya tidak dipandang sebagai benda yang berbahaya dari asalnya. Sebaliknya, sebuah lampu yang meledak. Pada kasus yang lain lagi, seorang pembeli mengkonsumsi "sari belladonna, yang oleh penjualnya keliru dikira sari dandelion"; ia menggugat pembuatnya dan menang. Berikutnya muncul kasus shampoo yang cacat produk. Sungguhpun begitu, sebuah roda penyeimbang yang cacat pada sebuah gergaji mesin tidak membahayakan saat itu juga. Begitulah seterusnya, sampai konsep tersebut mendapat daya dorong yang menentukan dalam kasus *MacPherson v. Buick* (1916), sebuah kasus terkenal tentang sebuah roda yang cacat buatannya.[69] Belakangan, hukum-kasus meruntuhkan hampir semua hal yang selama ini menghindarkan produsen dari tanggung jawab.

Seorang hakim *common law* membandingkan kasus-kasus di hadapannya dengan fakta kasus-kasus sebelumnya yang sepertinya termasuk dalam prinsip atau peraturan yang serupa. Sering terjadi, baik pada masa sekarang dan pada masa lalu, kasus paradigma dan kasus terkininya tidak sepenuhnya sesuai. Sering terjadi, ada paradigma-paradigma dan peraturan-peraturan yang bertolak belakang. Untuk itu pengadilan harus memutuskan analogi mana yang lebih mendekati. Apakah sebuah roda yang cacat di mobil Buick sama bahayanya dengan racun atau sebuah ketel yang meledak? Bisakah perbandingan ini mengalahkan analogi dengan roda sebuah kereta kuda? Pembuat peraturan-peraturan baru mungkin juga menggunakan analogi untuk menjustifikasi atau menjelaskan peraturan atau untuk menunjukkan bagaimana kaitannya dengan prinsip atau peraturan lainnya. Perbandingan ini tidak ditampilkan sebagai penalaran formal kecuali situasi menuntut demikian. Para anggota kongres berargumen dengan analogi seperti yang dilakukan oleh semua orang lainnya, namun argumen mereka tidak muncul dalam teks-teks hukum yang berlaku.

Ketika pengadilan mengubah peraturan-peraturan dengan menggunakan analogi, perubahan-perubahan itu cenderung kecil. Kalau tidak demikian, analogi tidak akan sesuai untuk itu. Jadi penalaran dengan

analogi berlangsung secara merayap atau sedikit demi sedikit (*incremental*). Seorang hakim yang dengan jujur yakin bahwa ia tidak mempunyai kekuasaan untuk membuat hukum dan berusaha untuk berpegang seerat mungkin pada peraturan dan prinsip yang diketahuinya, akan menggunakan analogi dan merayap maju secara inkremental. Apa yang dilakukan oleh pengadilan-pengadilan Amerika dewasa ini, pada pokoknya, tidak *amat* berbeda dari apa yang mereka lakukan pada akhir abad kesembilan belas, ketika ide *stare decisis* lebih umum berlaku. Saat itu dan saat ini, pengadilan-pengadilan bergerak secara inkremental dan kebanyakan dengan analogi. Saat itu, seperti juga saat ini, lompatan-lompatan maju yang berani jarang dibuat. Pada masanya dulu fiksi-fiksi digunakan untuk menyamarkan sebagian loncatan-loncatan yang berani. Dewasa ini, loncatan-loncatannya, bila terjadi, lebih terbuka.

Ringkasnya, pengadilan bergerak secara hati-hati, dengan langkah-langkah pendek. Mereka menggunakan solusi tengah-tengah yang berjangka pendek; mereka sedikit sekali mengubah *status quo* dalam pekerjaan mereka yang biasanya.[70] Kehati-hatian mereka juga merupakan keperluan yang lahir dari konteks politik tempat mereka bekerja. Lompatan-lompatan berani akan berbahaya bagi pengadilan. Ketika pengadilan bergerak terlalu cepat, ia bisa menjadi pahlawan bagi sebagian pihak; tetapi ia juga menanggung risiko berupa kemarahan, kontroversi, kehilangan legitimasi – paling tidak begitulah yang dipikirkan oleh para hakim. Bahaya juga muncul dari institusi-institusi pesaing atau dari kelompok-kelompok terorganisir yang kepentingannya dirugikan oleh keputusan-keputusan pengadilan dan yang pada gilirannya bisa berpaling melawan pengadilan itu sendiri. Dengan demikian inkrementalisme bukan hanya merupakan suatu strategi atau (seperti diyakini oleh sebagian ahli hukum) suatu kebijakan; struktur pengadilan dan kedudukan pengadilan dalam masyarakat mendorong mereka untuk cenderung pada teknik-teknik inkremental.

Telah kami katakan bahwa penalaran dengan analogi bersifat merayap atau perlahan-lahan (*incremental*). Sikap umum para hakim cenderung pada sikap yang terbatas, inkrementalisme, penalaran dengan analogi, dan perilaku yang nampaknya hampir sama cermatnya dengan sikap mereka. Teori-teori datang dan pergi; peranan aktual pengadilan dalam sistem hukum berubah dengan amat pelan. Pengadilan selalu saja memiliki peranan yang terbatas.[71] Adakalanya pengadilan mengerahkan tekanan kuat dalam satu bidang atau kelompok bidang tertentu. Arus utamanya tetap mengalir dengan amat pelan. Mahkamah Agung Amerika Serikat

merupakan perkecualian yang mencolok. Di kebanyakan negara, jika tidak semuanya, pengadilan-pengadilan tidak bisa mengerahkan kontrol berarti atas kehidupan ekonomi dan politik dan tidak menghendaki hal itu. Secara umum, peranan menuntut mereka untuk menuang ulang, bukan untuk mengambil prakarsa; apa yang mereka lakukan, mereka lakukan sebagai respon terhadap tekanan pihak yang berperkara. Jadi analogi kurang lebihnya merupakan keperluan fungsional bagi pengadilan modern. Mengatakan bahwa kehati-hatian pengadilan adalah karena "tradisi" akan sama halnya mengatakan hal demikian pula. "Tradisi" berarti batas-batas jurisdiksi yang dipegang dengan kuat dan tidak mudah ditemukan dalam dokumen formal tertentu.

Sebuah sistem penalaran memiliki kesempatan terbaik untuk tetap hidup bila publik yang relevan memandangnya sebagai hal yang berguna dan sah (*legitimate*). Tentu saja analogi memiliki kedua ketentuan itu, selain juga bersifat persuasif dan efisien. Analogi mengaitkan apa yang tidak diketahui dengan apa yang diketahui, hal-hal baru dengan hal-hal lama. Analogi juga terasa nyaman; ia tinggal di dalam zona aman legitimasi. Pada saat yang sama, analogi merupakan penghemat waktu yang luar biasa. Ia menggunakan preseden sebagai garis pangkalnya, sebagai titik tolaknya. Mengikuti masa lalu adalah tindakan yang lebih simpel, lebih efisien, daripada membuat awal yang baru. Logika dengan stereotip, penalaran baku, jalan pintas dan analogi merupakan hal yang bernilai di sembarang sistem keputusan. *Stare decisis* merupakan bentuk logika dengan stereotip; hal itu juga mendukung legitimasi pengadilan, karena di sana terlihat adanya penghargaan terhadap masa lalu alih-alih hasrat akan kekuasaan. Ketika sebuah pengadilan menginterpretasi undang-undang, ia menjustifikasi penalarannya secara vertikal, katakanlah, mengaitkan tugasnya ke atas sampai pada undang-undang yang mengaturnya. Suatu keputusan yang didasarkan atas preseden akan terjustifikasi secara horizontal; keputusan tersebut akan mengacu kembali pada keputusan tertentu yang sudah terjustifikasi dan pada akhirnya juga akan mengacu pada sebuah undang-undang atau, jika perlu, pada adat kebiasaan, kehendak orang banyak, keadilan alamiah, atau standar kebenaran tertentu yang tidak terbantahkan lagi. Preseden begitu bernilai bagi para hakim dan masyarakat sehingga meskipun *stare decisis* telah dipangkas habis karena kekakuan dan keanehannya, hal itu tetap hidup sebagai sebuah kebiasaan dan kebutuhan.[72]

PERATURAN-PERATURAN INTERPRETASI

Banyak sistem hukum yang memiliki peraturan mengenai *logika* dan interpretasi – peraturan untuk menangani premis-premis penalaran hukum – selain peraturan mengenai prosedur dan hukum. Peraturan-peraturan interpretasi, seperti premis-premis substantif, bisa terbuka atau tertutup. Sebuah sistem interpretasi *tertutup* memiliki peraturan-peraturan khusus penalaran *hukum*, peraturan-peraturan yang tidak digunakan di luar hukum. Sistem-sistem *terbuka* menerima sembarang bentuk penalaran, sembarang logika yang tengah berlaku dalam masyarakat entah hal itu bersifat khas hukum atau tidak. Peraturan-peraturan penalaran yang tertutup berlangsung hanya dalam sistem-sistem tertutup, namun di sana pun peraturan-peraturan logika hukum tidak sepenuhnya berbeda dari kanon-kanon penyimpulan biasa. Semua sistem hukum, terbuka atau tertutup, menggunakan logika biasa.

Namun demikian, peraturan-peraturan khusus logika *hukum* seringkali tampil dengan berbagai samaran dan bentuk. Talmud memuat banyak peraturan untuk menyarikan makna dari teks-teks suci. Pada suatu masa, para ahli menetapkan tujuh peraturan, belakangan tiga belas, dan kemudian tiga puluh tiga. Sebagian dari peraturan ini gamblang atau bersifat pemikiran orang awam – analogi, misalnya. Yang lainnya memiliki semangat mistik dan cenderung menjadi sarana ilahiah untuk menggali rahasia-rahasis tekstual. *Gematria*, misalnya, salah satu dari sarana ini, bertolak dari fakta bahwa huruf-huruf Ibrani juga bisa digunakan sebagai angka-angka. Dengan demikian setiap kata Ibrani memiliki nilai bilangan tertentu. Melalui *gematria*, para ahli menyimpulkan makna dari nilai-angka kata-kata bibel.[73]

Tidak ada hal yang sedramatis peraturan Talmud tersebut yang bisa ditemukan dalam sistem-sistem hukum yang lebih "rasional," yang kuno dan yang modern, tetapi peraturan-peraturan khusus logika bukannya tidak lazim. Dalam pengertian tertentu, fakta tertutupnya sebuah sistem menyiratkan adanya peraturan khusus logika. Sebuah sistem tertutup menggunakan materi-materi penyimpulan dengan cara tertentu yang akan dirasa asing oleh orang kebanyakan. Seringkali ada peraturan untuk memutuskan apa yang harus dilakukan bila peraturan-peraturan itu sendiri bertentangan. Peraturan-peraturan ini menata premis-premis dalam tingkatan-tingkatan – tinggi, menengah, dan rendah. Peraturan-peraturan mungkin merumuskan kewenangan apa saja yang ada pada berbagai

otoritas. "Hukum pengutipan" dalam kekaisaran Romawi (426 M) menyebut lima ahli hukum sebagai otoritas hukum primer – Papinian, Paulus, Ulpian, Modestinus, dan Gaius.[74] Doktrin preseden, *stare decisis*, itu sendiri merupakan peraturan dari jenis ini. Doktrin supremasi legislatif adalah peraturan jenis lainnya. Ada banyak peraturan untuk menyelesaikan konflik di antara peraturan-peraturan yang berbeda.

Kumpulan hukum mengenai persoalan interpretasi perundangan juga telah berkembang. Peraturan-peraturannya mencakup apa yang disebut sebagai kanon-kanon penafsiran – sebagai contoh, peraturan *ejusdem generis* dan peraturan bahwa "kata-kata penentu atau pembatas harus disebutkan berdampingan dengan kata-kata yang mendahuluinya."[75] Sebagian dari peraturan ini menempati kedudukan yang amat penting dalam sejarah hukum. Salah satunya adalah kanon yang menyatakan bahwa undang-undang pidana harus ditafsirkan dengan cara yang ketat, maksudnya, secara sempit. Di negara-negara civil law, karena pentingnya kedudukan kode, para ahli hukum memberikan perhatian khusus pada peraturan-peraturan interpretasi.[76] Di Amerika Serikat, peraturan-peraturan khusus mengatur tentang interpretasi konstitusional.[77]

Dari mana asal peraturan-peraturan khusus logika hukum, dan apa perlunya peraturan-peraturan ini? Pertama-tama, karena peraturan-peraturan ini memberlakukan logika khusus, di sana diandaikan bahwa pikiran awam dan pikiran hukum bekerja dengan cara yang berbeda. Ini mengandung nilai prestise bagi para pengacara di negara sekuler dan tokoh hukum suci di negara teokratis. Kedua, peraturan-peraturan itu bisa membantu memecahkan masalah yang ada pada sistem tertutup dengan menambah jumlah simpanan premis yang sedikit. Para ahli Talmud, misalnya, harus menyelesaikan banyak persoalan kehidupan, agama, dan etika hanya dengan simpanan premis yang terbatas di tangan mereka. Peraturan-peraturan penalaran Talmud pun mengalami peningkatan dari segi cakupan dan jumlahnya yang bisa digunakan oleh para ahli teks-teks suci. Di Amerika Serikat, pembacaan "akal sehat" atas Konstitusi tidak akan terlalu menjelaskan hukumnya. Peraturan-peraturan khusus, teknik-teknik, praduga-praduga, dan analogi-analogi memungkinkan pengadilan untuk membentuk banyak produk hukum selama bertahun-tahun, kasus demi kasus, sungguhpun teksnya tetap persis sama. Ketiga, peraturan-peraturan penalaran tadi berlaku sebagai senjata dalam pergulatan antar institusi. Jurisdiksi dalam pengertian luas bersifat dinamik. Lembaga-lembaga yang aktif dan ambisius mencoba-coba perbatasan lembaga yang

bersebelahan untuk mencari titik-titik lunak dan kelemahan yang melaluinya kekuasaan bisa rembes. Di negara-negara common law, pengadilan menggunakan peraturan penafsiran perundangan untuk menegaskan kekuasaan mereka atas lembaga legislatif. Di antara peraturan itu adalah peraturan ketundukan dan kepatuhan, sebagiannya peraturan mengenai agresi, di samping kanon penafsiran sempit atas hukum pidana. Lembaga legislatif harus berusaha merancang hukum yang bisa mengimbangi kekuasaan pengadilan.

Tentu saja mustahil merancang sebuah undang-undang yang bisa diterapkan dalam seluruh situasi yang relevan. Kata-kata tidak memiliki makna yang tetap; situasi-situasi yang tak terduga muncul. Dalam faktanya, kegiatan rancang-merancang seringkali berlangsung serampangan dan tidak seksama. Kekeliruan merayap masuk meskipun sudah ada segala macam kewaspadaan. Para teoretisi hukum, khususnya di bidang common law, cenderung untuk melebih-lebihkan unsur ketidakpastian ini. Kebanyakan undang-undang memiliki satu "makna lugas," dan tujuan dari undang-undang juga cukup lugas. Kita selalu bisa membayangkan situasi tertentu yang meragukan, tetapi dalam kehidupan, cakupan undang-undang tersebut mungkin praktis terbebas dari hal yang meragukan. Sebuah pengadilan bisa secara jujur mencari makna lugasnya dengan jalan akal sehat. Melakukan hal demikian berarti tunduk pada badan legislatif – bukan pada "keinginannya", melainkan pada kekuasaannya. Pengadilan di negara-negara *common law* tidak biasa bersedia untuk tunduk. Pengadilan-pengadilan menggunakan kanon penafsiran untuk mengklaim semacam superioritas. Peraturan-peraturan interpretasi bukan merupakan peraturan empiris, peraturan-peraturan kamus, peraturan-peraturan mengenai bagaimana orang-orang lazimnya menggunakan kata-kata mereka. Peraturan interpretasi adalah peraturan yang seringkali memelintir makna. Bahwa undang-undang kriminal harus ditafsirkan secara ketat bukan merupakan pengamatan atas cara orang banyak menggunakan kata-kata, melainkan peraturan mengenai kebijakan dan peraturan mengenai kekuasaan relatif institusi-institusi.[78]

Peraturan-peraturan khusus logika memiliki kegunaan lain lagi. Ide mengenai produk hukum yang objektif dan tidak memihak bermanfaat bagi para hakim. Bila muncul sikap menyalahkan akibat keputusan yang sulit atau tidak populer, para hakim bisa mengalamatkannya pada "hukum" alih-alih pada tindakan mereka sendiri. Tidak seorang pun yang akan menyalahkan dokter atas penyakit yang diderita pasiennya. Per-

aturan-peraturan ilmiah logika hukum mengandung nilai yang sama seperti konsep ilmiah hukum materiil. Selain itu, peraturan-peraturan logika yang tertutup, seperti premis-premis tertutup pada umumnya, mengandung efisiensi tertentu. Semua itu memudahkan tugas hakim, dan hukum menjadi lebih bisa diprediksi – paling tidak dalam teori.

Secara keseluruhan, *common law* bersifat tertutup alih-alih terbuka bagi premis-premis dan juga bagi peraturan-peraturan interpretasi. Seorang hakim common law yang memutuskan sebuah kasus biasa merasa tidak berhak untuk membuat perubahan yang berani. Dalam sebuah kasus perundangan, kata-kata yang ada di dalam undang-undang merupakan premis penalaran hukum. Kata-kata ini bersifat pasti. Hakim bisa "meng-interpretasi" dalam batas-batas yang luas namun terbatas. Ia tidak bisa secara sah melangkah terlalu jauh atau terlalu berani, atau terlalu sering. Pegawai negeri kebanyakan bahkan memiliki peranan yang lebih terbatas lagi. Perintah-perintah, pedoman, buku-buku peraturan mengikat dirinya dengan erat.[79] Hal ini bukan sekadar sesuatu yang normal melainkan juga tidak terhindarkan lagi dalam pemerintah modern. Sebuah masyarakat yang kompleks tidak bisa memberikan hak bebas kepada semua orang untuk membuat peraturan. Masyarakat tersebut harus berusaha agar senjata yang vital dan ampuh ini tetap ada dalam kontrol. Jalur alternatif akan mengarah pada anarkhi.

Jadi, ada tarik-menarik antara kasus-kasus "sulit", kasus-kasus baru, kasus-kasus yang penting secara sosial (yang mendorong pengadilan untuk melakukan sebuah perubahan), dan batas-batas tegas yang telah digariskan oleh masyarakat atas jurisdiksi yang sah. Jurisdiksi *formal* bersifat agak statis. Ia bergerak dengan canggung. Otoritas, pemerintah yang aktual, bersifat dinamis. Ia mengalir lancar, memberikan respon atas perubahan-perubahan tuntutan dan atas situasi-situasi riil. Bagaimana ia menghadapi paradoks ini? Salah satu cara, seperti telah kita lihat, adalah dengan kelihaian penalaran hukum, analogi, fiksi-fiksi hukum, legalisme. Sikap-sikap dalam masyarakat dan kultur hukum terhadap legitimasi pada umumnya akan menentukan kapan dan bagaimana teknik-teknik yang berbeda bisa digunakan. The Court of Exchequer tidak bisa secara terbuka memegang jurisdiksi yang baru, melainkan ia melakukan perannya itu dari balik tabir sebuah fiksi. Fiksi bersifat transparan, dan kita berasumsi bahwa dalam pengertian tertentu para pemegang kekuasaan lainnya pun menerima hal itu.

BAHASA DAN GAYA

Kultur hukum –khususnya teori-teori legitimasi – mempengaruhi *bahasa* dan *gaya* hukum selain bentuk-bentuk penalaran hukum. Sebuah gaya yang amat bercorak "hukum" hampir tidak ditemukan di luar sistem yang tertutup.

J. Gillis Wetter dalam sebuah studi yang menarik membandingkan dan mempertentangkan gaya pengadilan-pengadilan banding di Swedia, Jerman, dua negara bagian Amerika (Arkansas dan California), Inggris, Kanada, dan Prancis.[80] Perbedaannya mencolok. *Cour de Cassation* di Prancis, misalnya, menggunakan gaya impersonal, teknis, dan eliptis. Opini-opininya amat hemat kata, luar biasa ekonomis. Tidak ada statemen-statemen mengenai fakta. Pada intinya, opininya hanya sekadar menunjukkan hubungan seksama antara bagian yang ada di kode dengan hasil keputusan dalam kasusnya. "Ungkapan pertimbangannya terkonsentrasi dan nyaris muncul mendadak dengan cara yang amat ringkas. Semua itu menyampaikan hukum kepada orang-orang hukum – sama sekali tidak ditujukan untuk orang-orang awam atau pihak-pihak yang terlibat." Hal ini menurut Wetter merupakan karakteristik dari sebuah "peradilan yang terorganisir secara birokratis, atau di kalangan orang-orang yang terdidik dalam suasana hukum yang ketat dan semu ilmiah."[81] Dengan demikian gaya tersebut sejalan dengan apa yang nampaknya berlaku umum sebagai teori-teori legitimasi hukum di Prancis. Di sana kode menempati kedudukan tertinggi, dan para hakim amat tunduk, birokratis, dan cenderung pada kesepakatan. Para hakim tidak tampil sebagai individu (kasus-kasus tidak ditandatangani), dan mereka menjauhi hak untuk membuat hukum.[82]

Pengadilan-pengadilan Inggris memiliki gaya yang amat berbeda. Opini-opininya diskursif; nadanya amat tidak formal, nyaris seperti percakapan. Di sini "orang-orang, bukan pengadilan, yang bekerja." Di sana terkesan adanya sekelompok orang-orang bijaksana yang dengan cermat mendiskusikan masalah-masalah di kalangan mereka sendiri. Gaya ini dalam pendapat Wetter mencerminkan struktur pengadilan Inggris yang khas dan kedudukan para pengacara dan hakim dalam masyarakat. Kalangan hukum merupakan kelompok kecil yang terjalin erat. "Hukum pengadilan-pengadilan London adalah hukum sebuah serikat kerja."[83] Pada dasarnya, di Inggris berlaku pandangan bahwa common law tercipta dari kebijakan orang-orang – pengalaman tradisional yang telah teruji dari orang-orang bijak. Hakim adalah seorang tukang. Bakat khususnya

adalah mengetahui secara persis bagaimana menggarap bahan-bahan mentah hukum untuk sampai pada hasil-hasil yang bijak, adil, dan tepat. Para hakim sebagai sebuah kelompok adalah kalangan elite yang terpelajar dan terhormat; mereka mendiskusikan hukum dengan cara yang tertib dan beradab, seperti halnya orang-orang yang mendiskusikan persoalan prinsip di antara mereka sendiri.

Gaya pengadilan Amerika terletak di antara gaya Inggris dan Prancis. Gayanya lebih formal daripada gaya Inggris, jauh lebih personal daripada gaya Prancis. Di Prancis, opini-opini tidak ditandatangani; para hakim hanya menyampaikan hukum; tidak ada opini berbeda. Dalam Majelis Tinggi Inggris, para hakim memberikan opini-opini *seriatim*, yakni satu demi satu. Pemenangnya adalah suara mayoritas, tetapi dilihat secara seksama sebenarnya tidak ada opini yang mayoritas. Di Amerika Serikat, pengadilan-pengadilan tinggi mempublikasikan opini-opini mayoritas dan minoritas. Biasanya opini mayoritas ditandatangani; hal itu juga menjadi *opini* pengadilan. Opini berbeda dan opini bertentangan sering terjadi di Mahkamah Agung dan sebagian pengadilan negara bagian.[84]

Gaya pengadilannya tidak mandek. Hal itu berubah seiring masyarakat dan kultur hukum. Karl Llewellyn terkesima oleh perbedaan gaya dari berbagai periode dalam sejarah Amerika. Gaya Tradisi Besar berkembang sebelum Perang Saudara. Gaya Formal menggantikannya pada akhir abad kesembilan belas. Gaya yang ketiga dan yang terkini mirip dengan kepulangan kembali ke Tradisi Besar. Dalam pandangan Llewellyn, polanya disebut besar karena keputusan-keputusan dilandaskan atas prinsip alih-alih atas preseden – masing-masing peraturan memiliki "penalaran mencolok yang terlihat jelas di permukaannya."[85] Gaya Formal bersifat teknis; berciri legalistik, terobsesi oleh preseden; di sana tidak ada keagungan dan keluasan wawasan. Llewellyn mengagumi gaya Tradisi Besar, tidak menyukai Gaya Formal, dan menyayangkan mengapa gaya formal berlangsung begitu lama dan meninggalkan jejak yang begitu kuat. Memang, perbedaan historis dalam hal gaya sepertinya cukup riil; John Marshall, Lemuel Shaw, dan para hakim terkenal lainnya dari paruh pertama abad kesembilan belas menulis dengan gaya yang berbeda sekali dari para hakim berikutnya. Sebuah kasus tahun 1900 cenderung untuk disesaki oleh "otoritas." Para hakim membahas detail-detail, analisis-analisis membosankan tentang kasus-kasus terdahulu. Sebaliknya, opini-opini Marshall menerabas dengan berani; ia jarang mengutip otoritas melainkan membangun kasusnya dari batu-bata prinsip-prinsip funda-

mental. Nalar, logika, dan argumen dipandang lebih berbobot daripada tradisi hukum.

Tentu saja ada banyak faktor yang masuk ke dalam sebuah gaya. Ada faktor-faktor teknis yang biasa saja: Siapa yang bisa memperkirakan dampak apa yang diakibatkan oleh mesin ketik terhadap cara kerja hakim? Jumlah juru tulis juga merupakan faktor lainnya, terkait dengan banyaknya waktu yang bisa digunakan oleh hakim untuk setiap kasus. Pengajuan gugatan ke pengadilan cenderung untuk lebih banyak antara tahun 1820 sampai 1900. Jumlah tugas meningkat lebih cepat daripada kesediaan publik untuk membiayai para hakim dan pengadilan. Para hakim tanpa waktu luang itu pun tidak menggunakan gaya Tradisi Besar. Sepertinya para hakim banding tahun 1800, 1820, dan 1840 juga kemungkinan merupakan orang-orang yang lebih berbudaya dan terdidik daripada para hakim tahun 1900, yang menjabat karena pemilihan dengan latar belakang pengalaman politik lokal.

Namun demikian, perubahan gaya kemungkinan juga mencerminkan perubahan dalam teori-teori legitimasi. Jika para hakim mengatakan atau yakin bahwa premis-premis penalaran hukum yang valid hanyalah kasus kasus terdahulu, mereka akan menulis dengan cara tertentu yang mirip dengan Gaya Formal. Para hakim dari Tradisi Besar tidak berpegang pada *stare decisis* secara harfiah. Bagi mereka, hukum umum adalah sekumpulan prinsip dasar. Prinsip-prinsip bercakupan luas dan umum menjadi dasar bagi hukum-kasus dan memvalidasinya. Cara pandang seperti ini akan menghasilkan gaya Tradisi Besar atau hal semacamnya. "Kepulangan" kembali ke Tradisi Besar pada masa modern bukan diakibatkan oleh dampak rasionalisme dan realisme hukum terhadap konsepsi hakim mengenai peranannya.

BAHASA HUKUM[86]

Para pengacara berbicara dan menulis dengan gaya mereka yang khas. Bahasa hukum telah memicu munculnya sejumlah literatur yang mencela gaya bahasa demikian, namun hanya sedikit studi sistematis mengenainya. Bagaimanapun juga ada beberapa hal yang sudah terlihat jelas. Pertama, kita sama sekali tidak bisa berbicara tentang bahasa hukum kecuali dalam sistem yang tertutup, yakni sebuah sistem di mana istilah "proposisi hukum" memiliki pengertian khusus tertentu. Hanya dalam sebuah sistem tertutup terdapat profesi hukum dan istilah-istilah *hukum* yang teknis.

Sebagian orang awam berpendapat bahwa para pengacara berbicara dan menulis dengan istilah-istilah berbahasa Latin dan jargon kata-kata yang sudah usang. Sebenarnya, hukum yang hidup maupun istilah-istilah teknisnya tidak terlalu tua umurnya. Istilah "*zoning*" (pembagian daerah untuk pemilihan umum dll.) dan "*capital gain*" (kenaikan nilai aset antara waktu membeli dan waktu menjual) adalah ungkapan-ungkapan baru. Para pengacara Amerika, sebagai sebuah kelompok, cenderung tidak menggunakan istilah-istilah lama, bahasa Latin, atau bahasa Prancis-hukum. Mereka tidak mengetahui bahasa Latin, tidak bisa melafalkannya, dan malu menggunakannya. Bila mempunyai pilihan, para pengacara itu akan menolak istilah-istilah aneh dan memilih menggunakan yang lebih mudah. Mereka lebih memilih menggunakan istilah "*beneficiary*" daripada istilah "*cestui que trust.*"

Tentu saja banyak kata-kata dan ungkapan hukum yang merupakan warisan masa silam. Sebagian di antaranya muncul dari atau masuk ke dalam percakapan orang banyak: hakim, juri, putusan, gadai, wasiat. Pada umumnya, para pengacara menciptakan kosakata mereka dengan mengadaptasi perkataan sehari-hari sehingga memiliki makna khusus: penawaran dan penerimaan, pembunuhan, kelalaian, penahanan. Seorang pengacara menggunakan istilah seperti "doktrin piring perak,"[87] bukan karena sulit menjelaskannya kepada orang awam, melainkan sebagai semacam istilah pintas. Banyak kelompok profesi yang menggunakan istilah pintas – kelompok manapun yang memiliki pengalaman sama. Kebanyakan istilah hukum adalah pintasan belaka. Sebuah bahasa teknis akan dirasa efisien bagi para profesional. Ini berlaku sama pada bidang hukum dan bidang-bidang lainnya. Akan menjadi canggung bila hukum tidak lagi menggunakan istilah-istilah tertentu seperti "*spendthrift trust*"* atau "*last clear chance.*"** Tentu saja sebagian dari istilah tersebut bersifat teknis dalam pengertian yang ketat: Semua itu mendeskripsikan konsep-konsep dan institusi yang tidak ada di luar hukum: *easement, attestation clause.*"*** Penggunaan istilah-istilah demikian merupakan hal yang tak terelakkan lagi dan sama wajarnya dengan istilah "*sodium fluorida*" atau "*monokotiledon*" di bidang-bidang yang lain.

Bahasa hukum memiliki fungsi lain yang tidak begitu ketat. Ketika kata-kata, istilah, dan ungkapan tertentu berlaku *di dalam* sebuah kelompok tetapi tidak dikenal di luar, bahasa khusus tersebut membantu merumuskan batas-batas kelompok tersebut, membedakan anggotanya dari kalangan biasa. Bahasa hukum bersifat istimewa; begitu pula profesi hukum

pun istimewa. Pendidikan di suatu bidang keahlian ilmiah akan mengubah sebuah pekerjaan menjadi "profesi."[88] Dengan begitu bahasa teknis mengandung nilai simbolis. Ia menjadi tanda status selain sebagai sarana komunikasi. Di samping itu, klaim-klaim istimewa pengacara juga bersumber dari keahliannya dalam menggunakan kata-kata.

Pada zaman-zaman dahulu dan pada masyarakat-masyarakat lainnya, para pengacara belajar dengan cara magang kepada pengacara lainnya. Para pengacara modern pergi ke kampus. Dalam masing-masing kasus, pendidikan menyatukan para pengacara. Seperti para anggota sebuah kepercayaan yang sama, para pengacara bisa berbicara satu dengan lainnya bukan hanya melalui konsep-konsep namun juga secara emosi. Tidak seorang pun pengacara pada tahun lima puluhan yang menggunakan doktrin konsiderasi dalam tugasnya atau mencari penghidupan dengan menjalankan *rule against perpetuities.* Ungkapan-ungkapan seperti ini menimbulkan perasaan nostalgia sebagai sesama sahabat. Para pengacara memiliki kesamaan kultur dan gaya. Kata-kata dan istilah-istilah – dan memori – mengikat dan menyatukan profesi.

Dengan demikian, dalam pengertian yang kedua, gaya dan kosakata hukum memiliki arti ekonomi; hal tersebut melindungi ikatan dan prestise profesi. Betapa pun halnya, penggunaan kedua ini hanya sedikit bisa menjelaskan tentang unsur-unsur *khusus* yang ada pada gaya pengacara. Yang akan berlaku sebagai penjelas tersebut adalah jargon-jargon yang dilontarkan oleh para pengacara dan tidak dikenal oleh publik. Aspek kedua dari bahasa hukum di atas tidak menciptakan istilah-istilah hukum dan juga gaya hukum. Namun hal itu mungkin menjaga kata-kata dan kebiasaan tetap hidup bahkan ketika semua itu tidak lagi "berfungsi" dalam pengertiannya yang paling ketat.

Gaya hukum juga memiliki fungsi ritual. Hukum memiliki banyak ungkapan ritual – sebagai contoh, kata-kata sumpah: "kebenaran, segenap kebenaran, dan tidak lain kecuali kebenaran." Dewasa ini perbedaan antara kebenaran dan segenap kebenaran telah dilupakan orang, tetapi ungkapan tersebut tetap hidup. Ungkapan tersebut menyampaikan sesuatu yang magis dan agung dari sebuah sumpah.[89] Ungkapan-ungkapan demikian bila diarahkan pada orang awam tidak akan menginformasikan rasa takut, gentar, dan penghormatan sebanyak itu. Ungkapan-ungkapan ritual bersifat efektif; seperti peribahasa dan pepatah, semua itu mudah diingat dan diulang. Kemungkinan hukum kuno lebih banyak menggunakan perkataan ritual dibandingkan sistem-sistem yang amat rasional seperti

dewasa ini. Kultur-kultur yang tidak memiliki bahasa tertulis meneruskan hukumnya secara lisan dan langsung. Sebaliknya, sistem-sistem hukum yang "matang," yang memiliki pengacara dan istilah-istilah teknis, memangkas jumlah perkataan magis-puitisnya; teori-teori legitimasi menekankan kegunaan dan penalaran. Bahasa ritual masih tersisa di sebagian pojok hukum, sebagai cadangan untuk hal-hal yang khidmat, seperti sumpah. Wasiat pada umumnya juga bersifat khidmat, ritualistik, dan amat formal; wasiat cenderung menggunakan perkataan kuno dan berirama – "memberikan, mengalihkan, dan mewariskan"; "seluruh, semua yang tersisa, dan selebihnya."

Tulisan hukum banyak dikritik orang karena dipandang kabur dan bertele-tele. Tentu saja bukan hanya para pengacara yang menulis kata-kata berbahasa Inggris yang kabur atau muluk-muluk; barangkali hal tersebut lebih bisa dimaklumi penggunaannya pada para pengacara daripada pada para dokter, pendidik, atau pegawai negeri. Kekaburan tidak selalu merupakan kekurangan. Dalam sebuah undang-undang, bahasa yang kabur digunakan untuk mendelegasikan tanggung jawab keputusan kepada lembaga bawahan tertentu yang harus mengejawantahkan maknanya. Kekaburan ini juga bisa menjadi sarana penangguhan. Mahkamah Agung menggunakan ungkapan "dalam waktu sesingkat-singkatnya," untuk mengemas keputusannya dalam kasus segregasi rasial di sekolah-sekolah.[90] Petunjuk yang kabur ini mengalihkan beban pengerjaan detail-detailnya kepada pengadilan-pengadilan federal yang lebih rendah dan menangguhkan penerapan keputusan tersebut.

Kekaburan yang disengaja merupakan hal yang cukup lazim dalam hukum. Para pembuat hukum seringkali memilih untuk memberikan wewenang diskresi yang paling luas kepada sebuah lembaga. The Federal Communications Commission dalam memberikan lisensi siaran radio diinstruksikan untuk berpijak pada "kemudahan, kepentingan, atau keperluan publik"; dan diperintahkan untuk memberikan "distribusi layanan radio yang adil, efisien, dan setara."[91] The Sherman Act tahun 1890 menetapkan sebagai hal yang ilegal "Setiap kontrak [atau] kombinasinya ... yang menghalangi berlangsungnya perniagaan atau perdagangan di antara beberapa Negara bagian," dengan menambahkan beberapa detail.[92] Dalam kedua kasus tersebut, kekaburan bukan merupakan kebetulan atau kekeliruan melainkan suatu taktik disengaja untuk menghasilkan pendelegasian dan penundaan karena alasan-alasan politik. Para pengacara yang merancang surat-surat wasiat, akte, perjanjian, dan kontrak-kontrak juga

membiarkan persoalannya menggantung dengan sengaja melalui bahasa yang kabur dan mendua. Hal ini memberikan kekuasaan kepada seorang eksekutor, wali, atau pihak tertentu untuk mengisi kekosongan tersebut, untuk membuat rancangan lebih lanjut, atau untuk "melaksanakan" di bawah kerangka umum dokumen tersebut. Bahasa yang kabur dalam sebuah kontrak bisa bermanfaat untuk menunda atau menghindari sengketa tertentu yang dalam praktiknya mungkin tidak pernah terjadi.[93]

Keburukan lainnya, kata-kata yang berkepanjangan, juga lebih dari sekadar kebetulan atau kekeliruan. Perundangan Inggris-Amerika dikenal sangat berpanjang kata. Mereka sepertinya tidak pernah menggunakan satu buah kata, bila enam buah kata bisa diuntai menjadi satu rangkaian. Seakan-akan para penyusunnya dilanda "rasa cemas" sehingga memuati teksnya dengan berbagai ketentuan dan batasan.[94] Bagaimanapun juga, pengadilan-pengadilan *common law* lebih berani dalam menginterpretasi undang-undang. Pada Zaman Pertengahan, mereka "menafsirkan" dengan amat bebas, menambah dan mengurangi sesuka mereka. Dan memang, undang-undang mereka disusun dengan serampangan.[95] Pengadilan-pengadilan berikutnya meneruskan praktik demikian. Seperti telah kita lihat, pengadilan membaca undang-undang tertentu "secara ketat," artinya mereka berhasil menegaskan kekuasaan mereka untuk menggarap kembali dan menuangkan kembali apa yang telah digarap oleh Parlemen Inggris.[96] Sebagai contoh, pengadilan-pengadilan dengan ketat menginterpretasi perundangan apa pun "yang membatalkan *common law*" – yakni, sebuah undang-undang yang menghapus salah satu "hak common law," atau "melemahkan *common law*," atau "mengandung pendapat tertentu yang tidak dikenal dalam atau bertentangan dengan" common law.[97] Pengadilan-pengadilan berpura-pura menjalankan tugas interpretasi mereka, tunduk kepada kehendak legislatif. Namun demikian mereka memelintir "interpretasi" ke arah tertentu. Jika sebuah undang-undang bisa diterapkan secara wajar untuk tiga situasi, tetapi undang-undang itu hanya menyebutkan secara eksplisit satu di antaranya, sebuah pengadilan, jika mau, bisa membatasi undang-undang tersebut hanya untuk satu situasi itu dengan berpegang pada kanon penafsiran.

Sekalipun demikian, kekuasaan ini, dalam teorinya, hanyalah kekuasaan untuk menginterpretasi. Ketika kata-katanya amat eksplisit, sulit bagi sebuah pengadilan untuk memelintir maknanya. Para penyusun sadar sekali akan kekuasaan para hakim untuk "menafsirkan" dengan cara yang lihai. Mereka juga menyadari bahwa jika jaring kata-katanya dijalin

dengan cukup erat, pengadilan mungkin terpaksa melakukan apa yang dikatakan. Karena itu para penyusun akan tergoda untuk menumpuk kata demi kata yang hampir serupa artinya, berusaha untuk menambal setiap lubang dan memalang setiap pintu. Hasilnya adalah undang-undang seperti ini:

> Departemen harus memastikan, menetapkan dan memutuskan standar-standar, peraturan-peraturan atau regulasi yang sepantasnya mengenai perancangan, konstruksi, lokasi, pemasangan, kinerja, perbaikan dan pemeliharaan sarana penyimpanan, pengelolaan, penggunaan, dan transportasi dengan tangki atau tronton tangki yang berisi bahan bakar elpiji, dan mengenai pemberian aroma untuk bahan bakar dimaksud, agar sarana tersebut menjadi aman.[98]

Kata-kata ini dimuat dalam sebuah statemen yang menyatakan, komisi industri harus menetapkan peraturan untuk memastikan pengelolaan gas yang aman. Istilah demi istilah ditumpuk karena adanya kekhawatiran bahwa lembaga tertentu akan membajak kekuasaan komisi tersebut atau karena kebiasaan yang tersisa dari masa-masa ketika kekhawatiran tersebut bisa lebih dimaklumi. Gaya kode-kode *civil law* amat berbeda dari gaya perundangan *common law*. Di negara-negara *civil law*, tidak seorang pun mempersoalkan primernya kedudukan kode. Karena itu kode-kode mereka cenderung memuat proposisi-proposisi dengan cakupan luas dan umum. Kode Napoleon tahun 1804 konon diarahkan pada prinsip-prinsip umum "dengan konsekuensi yang beragam" dengan tidak "memuat hal-hal yang rinci."[99] Sebaliknya, undang-undang common law merupakan mosaik dan tempelan-tempelan yang terbentuk dari lusinan istilah dan ungkapan-ungkapan yang panjang dan melelahkan.[100]

Apa yang terjadi pada undang-undang juga terjadi pada dokumen-dokumen hukum lainnya: wasiat, kontrak, dan perwalian. Secara historis, pengadilan menafsirkan kekuasaan wali dengan amat sempit, untuk melindungi hak-hak ahli waris atau penerima manfaat. Wali tidak bisa mengambil keuntungan dari transaksi apa pun melalui perwaliannya; mereka harus menjalankan perwaliannya dengan seksama, menanamkan dana perwalian secara aman, dan memisahkan antara kepemilikan perwalian dari kepemilikan sendiri. Peraturan-peraturan ini paling masuk akal bila para walinya adalah amatir dan membutuhkan bimbingan. Dewasa ini bank-bank besar dan perusahaan memiliki peran dominan dalam pengelolaan dana perwalian. Mereka tidak ingin pengadilan turut campur

tangan atau ahli waris mengajukan gugatan atas hal-hal yang tidak terduga. Perusahaan-perusahaan mengontrol penyusunan surat perwalian (*trust*). Mereka menggunakan dua teknik penyusunan untuk mengamankan kepentingan mereka – pertama, bahasa yang mengandung diskresi bebas dan kedua, bahasa yang amat panjang dan teliti. Kedua teknik ini seringkali dikombinasikan. Perjanjian perwalian akan menetapkan diskresi total atas dana yang hendak diinvestasikan bila dipandang sesuai oleh wali. Dokumen pun memuat daftar investasi-investasi yang diperbolehkan dengan amat detail: saham, obligasi, uang kertas, real estate, hipotek, dll. Daftar tersebut nampaknya tidak diperlukan bila kita memahami statemen umumnya dari permukaan saja. Kekaburan yang tidak pasti maupun kata-kata sinonim yang berlebihan adalah upaya menghalangi terjadinya perkara hukum, menghindari kekuasaan pengadilan, dan mencegah agar para ahli waris tidak melakukan gugatan hukum.[101]

Begitu ditetapkan, bahasa hukum menjadi konservatif. Pengadilan common law pada masa lalu memberikan penekanan pada teks-teks, yakni kata-kata yang benar-benar tertulis, dan tidak membolehkan bukti dari luar menyentuh maksud atau maknanya. Dalam kasus-kasus wasiat, perwalian, akta, perundangan, atau kontrak, mereka mengesampingkan konteks – perilaku para pihak yang terkait. Dalam hukum kontrak, *parol evidence rule* (ketentuan mengenai bukti lisan)[102] memperlihatkan kecenderungan ini. Dalam hukum wasiat, pengadilan tidak akan mendengarkan seseorang yang bersaksi bahwa ia telah mendengar mendiang mengatakan sesuatu; makna dari wasiat harus berasal dari teks, dari "empat sudut" dokumen, seperti istilah pengadilan. Barangkali ketentuan-ketentuan ini dimaksudkan agar pekerjaan pengadilan sebagai pembuat-keputusan menjadi lebih mudah. Pada saat yang sama, penekanan pada teks mengandung tujuan bisnis dan ekonomi. Bahasa bisa distabilisasi dan distandardisasi. Bahasa yang terstandardisasi pada gilirannya akan mengarah pada interpretasi yang handal dan bisa diprediksi – dan terstandardisasi.[103] Pengadilan-pengadilan dengan filosofi umum seperti ini sangat memperhatikan ungkapan kata-kata. Jika seorang penyusun menyimpang dari kata-kata yang lazim, pengadilan mungkin akan keheranan mengapa bisa terjadi hal demikian. Seorang pengacara pun akan berpikir dua kali sebelum meninggalkan tatacara kebiasaannya. Kebutuhan akan rasa aman mendorong orang untuk menggunakan kata-kata yang lebih banyak.

Common law menggunakan format tertentu untuk mengarahkan perilaku orang. Ia memanfaatkan "kata-kata magis." Pada Abad Pertengahan

dan jauh hingga masa-masa modern, jika kita ingin mengalihkan sebuah kepemilikan kepada orang lain, aktenya harus menyebutkan si penerima dan "para ahli waris"-nya.[104] Bahkan jika kita menulis: "Saya menghibahkan tanah ini kepada Smith, untuk ia miliki secara mutlak dan selamanya, untuk ia manfaatkan sekehendak dia," Smith tidak akan mendapatkan tanah itu. Pemberi hibah *diharuskan untuk* mengatakan "kepada Smith dan para ahli warisnya." Ini mungkin terkesan keras kepala atau bahkan tolol. Namun *ada* manfaat rasional di sini: kegigihan untuk berpegang pada format tertentu akan cenderung menstandardisasi akte, mengurangi ketidakteraturan penyusunan. Ide umumnya tetap valid. Sebuah cek bank, yang *harus* baku, menggunakan "kata-kata ajaib" yakni *perintah* atau *pembawa* dan tidak menenggang penyimpangan apa pun. Tentu saja teknikalitas dan format yang ekstrim akan sia-sia kecuali bila para teknisi, yang mengetahui pekerjaan mereka, yang mengerjakan penyusunannya. Kata-kata magis *tercetak* di cek. Hanya pengacara dan *conveyancer* (orang yang bekerja menyusun surat pengalihan hak milik) yang membuat akte. Pelajaran dari sejarah hukum sepertinya sudah jelas. Kata-kata ekstra tidak perlu biaya, dan para penyusun akan menghadapi masalah bila mereka mengabaikan kata-kata tersebut. Karena itu setiap kali pengacara mengetahui ada kata-kata magis, ia akan menggunakannya, dan hasilnya pun cukup pantas dan singkat. Bila memang ia kurang yakin kata mana yang magis dan kata mana yang biasa, ia bisa secara acak menimbun kata demi kata, dengan sedikit harapan bahwa pada akhirnya ia akan menemukan kata "*Rumpelstiltskin.*"* [105] □

CATATAN AKHIR

* Surat resmi dalam sistem common law yang digunakan untuk membawa pihak tertentu ke depan pengadilan atau hakim.

[1] Dengan beberapa perkecualian, lihat Joseph Borkin, *The Corrupt Judge* (1962).

[2] James C. Scott, *Comparative Political Corruption* (1972). Scott mendefinisikan korupsi sebagai "perilaku yang menyimpang dari tugas-tugas formal sebuah peranan publik ... untuk memperoleh kekayaan, status ... atau kepentingan pribadi; atau pelanggaran atas peraturan yang melarang jenis-jenis kepentingan pribadi tertentu" (h. 4).

[3] Yang, paling tidak menurut Herbert Kaufmann dalam *The Forest Ranger: A Study in Administrative Behavior* (1960), menjadi model kejujuran.

[4] Mengenai hal ini, lihat Harry Kalven dan Hans Zeisel, *The American Jury* (1966).

[5] "Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and of Conflict Resolution," 7 *J. Conflict Resolution* 26 (1963); lihat juga Torstein Eckhoff, "The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict Resolution," dalam Britt-Mari Blegvad, ed., *Contributions to The Sociology of Law* (1966), h. 148.

[6] Stewart Macaulay dan Elaine Walster, "Legal Structures and Restoring Equity," 27 *J. Soc. Issues*, no. 2, 173, 180 (1970).

[7] Lihat, secara umum, Lawrence M. Friedman, "The Idea of Right as a Social and Legal Concept," 27 *J. Soc. Issues*, no. 2, 189 (1971).

[8] Pandangan ini dikemukakan oleh Wesley N. Hohfeld dalam tulisannya, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning," 23 *Yale L. J.* 16 (1913).

[9] Sebenarnya ada kesangsian teknis mengenai hak-hak "bawaan" ini; lihat *Fleming v. Nestor*, 363 U. S. 603 (1960); Lawrence M. Friedman, "Social Welfare Legislation: An Introduction," 21 *Stan. L. Rev.* 217, 232 (1969); tetapi dalam praktiknya hak tersebut nyaris dipandang mutlak, dan orang-orang pun memandangnya demikian.

[10] Ada beberapa perkecualian: jumlah pemilih yang ternyata lebih banyak dari yang diperkirakan hanya akan menciptakan sedikit masalah; pemerintah bisa mencetak surat suara tambahan, dll.

[11] Bahkan membludaknya jumlah pemilih bisa berarti antrian yang begitu panjang sampai-sampai sistem pemilihan bisa menjadi kacau.

[12] Prof. Richard A. Cloward, dari Columbia University School of Social Work, dikaitkan dengan pendekatan ini. *New York Times*, 1 Agustus 1968, h. 23, kol. 4.

[13] John Dollard, et. al., dalam studi yang terkenal, *Frustration and Aggression* (1939), mendefinisikan agresi sebagai "tindakan dengan respon-tujuan untuk melukai sebuah organisme" (h. 11); para pengarang secara khusus menyebut gugatan hukum sebagai semacam "perubahan bentuk agresi" (h. 41).

Dollard berpegang pada tesis dasar bahwa "agresi selalu merupakan konsekuensi dari rasa frustrasi" (h. 1). Karena itu seorang pengklaim yang kecewa bisa bereaksi secara agresif.

[14] Tentu saja tidak semua pengadilan memproses klaim dengan cara pemberian format legal seperti dalam pengertian Barat modern.

[15] John H. Merryman dan V. Vigoriti, "When Courts Collide: Constitution and Cassation in Italy," 15 *Am. J. Comp. L.* 665 (1967).

[16] Lihat Lawrence M. Friedman, "On Legalistic Reasoning: A Footnote to Weber," 1966 *Wis. L. Rev.* 148.

[17] Lihat h. 116.

[18] Seragam adalah "sertifikat legitimasi," sebuah "statemen simbolis bahwa seorang individu berpegang pada ... peran-peran yang terstandardisasi." Nathan Joseph dan Nicholas Alex, "The Uniform; a Sociological Perspective," 77 *Am. J. Sociology* 719, 722, 723 (1972).

[19] Sebuah kasus banding berarti menantang opini pengadilan yang lebih rendah. Dengan demikian, keputusan pengadilan yang lebih rendah tersebut harus dijustifikasi. Akan tetapi pengadilan yang lebih tinggi itulah yang melakukan justifikasi.

[20] Bagaimanapun juga, banyak dari jenis terakhir ini yang tetap menerima ide perubahan; namun demikian perubahan dipandang sebagai hal yang luar biasa.

[21] Michael L. Rodkinson, *The Babylonian Talmud* (1916), jil. 5, h. 133.

[22] Mengenai teori hukum Islam, lihat Joseph Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence* (1953); Ahmad Hasan, *The Early Development of Islamic Jurisprudence* (1970), h. 33-56.

[23] Herbert Danby, ed., *The Mishnah* (1933), h. 308.

[24] Noel James Coulson, *A History of Islamic Law* (1964), h. 81; lihat Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society* (1954), h. 247.

[25] Haim H. Cohn, "Secularization of Divine Law," dalam Haim H. Cohn, ed., *Jewish law in Ancient and Modern Israel* (1971), h. 1, 32; David Bonderman, "Modernization and Changing Perceptions of Islamic Law," 81 *Harv. L. Rev.* 1169 (1968).

* Canon, kumpulan dari berbagai kriteria, prinsip, dan standar penilaian yang dipandang baku dan diterima umum.

[26] Meskipun kasus-kasus "pertama kali" kadangkala juga muncul.

[27] John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (1968), h. 80; lihat juga Rupert Cross, *Precedent in English Law* (1961).

[28] Dawson, h. 94.

[29] Richard A. Wasserstrom, The Judicial Decision, *Toward a Theory of Legal Justification* (1961), h. 15.

[30] Pada masa-masa modern, karena besarnya penekanan pada "rasionalitas," kebiasaan-kebiasaan ini telah dimodifikasi, tetapi pengadilan tetap amat lihai dalam kasus-kasus "istimewa".

* Oracle, pendeta kuno yang menjadi wahana bagi dewa untuk berbicara kepada manusia.

[31] *Blackstone Commentaries*, 69.

[32] Konsep sains seperti ini saja sudah tidak ilmiah. Lihat Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962).

[33] Lihat John H. Merryman, *The Civil Law Tradition* (1969), h. 65-72.

* *Code*, kumpulan hukum perundangan yang digabung menjadi satu secara sistematis, biasanya meliputi tema khusus tertentu. Dengan demikian ada kode perpajakan, kode pendidikan, kode asuransi, kode kendaraan bermotor, dan seterusnya. Selain itu, ada juga bidang perundangan yang tidak dikodifikasi. Meskipun terlihat permanen, kode-kode terus diamandemen oleh lembaga-lembaga legislatif.

[34] Lihat John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (1968), sebuah studi perbandingan yang menarik mengenai hukum-kasus di Jerman, Prancis, dan Inggris.

[35] Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia* (1955).

[36] Sebenarnya ada semacam legislasi pada kaum Lozi – perundangan raja-raja Lozi – namun kaum Lozi memandang bahwa peraturan-peraturan baru tidak bisa dibuat dari hukum kasus (*ibid.*, h. 246-252).

[37] *Ibid.*, h. 1.

[38] Jan Vansina, "A Traditional Legal System: The Kuba," dalam Hilda Kuper dan Lea Kuper, eds., *African Law: Adaptation and Development* (1965), h. 97, 109.

[39] Lihat Stuart Schlegel, *Tiruray Justice* (1970), h. 163; kaum Tiruray yang hidup di perbukitan Mindanao di Filipina tidak memiliki peraturan hukum yang terlembagakan. "Pengakuan akan validitas ditujukan pada peraturan moral tertentu untuk kasus-kasus tertentu, namun peraturan moral demikian tetap tinggal sebagai peraturan moral saja."

[40] Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society*, h. 63-64.

[41] Harold J. Berman, *Justice in the U. S. S. R.* (1963), h. 31-32. Untuk periode yang serupa di China masa Maois, lihat Jerome A. Cohen, *The Criminal Process in the People"s Republic of China 1949-1963. An Introduction* (1968), h. 9-10; Otto Ulc, dalam *The Judge in a Communist State. A View from Within* (1972), h. 32-3, menuturkan bagaimana para hakim Czech diperintahkan untuk mengusahakan agar keputusan mereka mencerminkan "hakikat kelas dalam setiap kasus civil law," sebuah pedoman yang sulit untuk diikuti. Lihat juga, Jesse Berman, "The Cuban Popular Tribunals," 69 *Colum. L. Rev.* 1317 (1969).

[42] Per Olof Bolding, "Reliance on Authorities or Open Debate?: Two Models of Legal Argumentation," 13 *Scandinavian Studies in Law* 59 (1969).

[43] Hofstadter, J., yang memberikan opini berbeda dalam kasus *New York City Housing Authority v. Watson*, 27 Misc. 3d 618, 620, 207 N. Y. S. 2d 920, 923 (Sup. Ct., 1960).

[44] Richard A. Daynard, "The Use of Social Policy in Judicial Decision Making," 56 *Cornell L. Rev.* 919 (1971).

[45] 387 U. S. 4 (1967). Untuk penjelasan menarik mengenai pengadilan anak-anak sebelum Gault, lihat David Matza, *Delinquency and Drift* (1964).

[46] Lihat Harold J. Berman, *Justice in the U. S. S. R.* (1963).

[47] Dan tentu saja mereka terorganisir dan dibayar dengan cara yang berbeda dari para pengacara sebelum tahun 1918.

[48] Lihat Richard D. Schwartz dan James C. Miller, "Legal Evolution and Societal Complexity," 70 *Am. J. Sociology* 159 (1964).

[49] Lihat Vilhelm Aubert, "Law as a Way of Resolving Conflicts: The Case of a Small Industrialized Society," dalam Laura Nader, ed., *Law in Culture and Society* (1969), h. 282.

[50] Judith Shklar, *Legalism* (1964), h. 1; Peter Blau, *The Dynamics of Bureaucracy* (1963), h. 239; Philippe Nonet, *Administrative Justice* (1969), h. 265.

[51] 329 Mass. 488 (1952); kasus tersebut dibahas oleh Henry Hart dan Albert Sakes dalam buku mereka, *The Legal Process* (ed. tentatif, 1956), jil. II, h. 1288, sebagai contoh buruk interpretasi harfiah atas undang-undang.

[52] 224 S C. 105, 77 S. E. 2d 583 (1953).

[53] *Adams v. Lindsell*, 1 B & L. 681 (1818); kontrak dipandang berlaku ketika sudah diposkan.

[54] *Paramour v. Yardley*, 2 Plow. 539, 541, 2 Eng. Rep. 794, 797 (K. B., 1580). Jawabannya adalah kalimat yang pertama: "Karena wasiat yang terakhir mencabut berlakunya wasiat yang pertama, maka dengan penalaran yang sama pula bagian terakhir dari wasiat itu akan mencabut berlakunya bagian pertama wasiat, bila keduanya saling bertentangan."

[55] Lihat Lon L. Fuller, *Legal Fictions* (1967).

[56] William S. Holdsworth, *History of English Law* (1924), jil. V., h. 140.

[57] C. K. Ogden, *Bentham"s Theory of Fictions* (1951), h. xviii.

[58] Dikutip dalam Oliver R. Mitchell, "The Fictions of the Law: Have They Proved Useful of Detrimental to its Growth?" 7 *Harv. L. Rev.* 249, 250 (1839).

* Sekumpulan peraturan dan doktrin hukum yang disusun untuk melengkapi, mengembangkan, atau mengubah sebuah sistem hukum yang dipandang sempit dan kaku.

[59] Sir Henry Maine, *Ancient Law* (1861), h. 24, 26. Lihat A. K. R. Kiralfy, "Law Reform by Legal Fictions, Equity and Legislation in English Legal History," 10 *Am. J. Legal Hist.* 3 (1966), yang secara kritis menilai tesis Sir Henry dengan landasan sejarah.

[60] Lihat T. O. Elias, *The Nature of African Customary Law* (1956), h. 176-186.

[61] William S. Holdsworth, *History of English Law* (1922), jil. I, h. 240.

[62] Lihat Fuller, h. 58-70, yang lebih menekankan pada maksud-maksud intelektual dan kognitif yang ada pada fiksi.

[63] *Jee v. Audley*, 1 Cox Eq. Cas. 324 (1787).

[64] Lihat, 1 *Blackstone Commentaries*, 457.

[65] Sebagai contoh, persoalan itu bisa dikatakan terkait dengan peraturan mengenai interpretasi atas surat wasiat dan konsekuensi yang muncul dari adanya ambiguitas tertentu.

[66] Lihat Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949).

[67] Islam, misalnya, Joseph Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence* (1953), h. 98-90; dalam hukum Yahudi, lihat H. L. Strack, *Introduction to the Talmud and Midrash* (1959).

[68] Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949).

[69] 217 N. Y. 382, 111 N. E. 1050 (1916).

[70] Mengenai hal ini, lihat Martin Shapiro, "Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or *Stare Decisis*?" 2 *Law in Transition Q.* 134 (1964).

[71] Sering dikatakan bahwa pada dasarnya common law adalah buatan-hakim; bahwa para hakim mengembangkan peraturan-peraturan fundamental hukum. Ini akan bergantung pada pendapat kita mengenai apa yang dipandang sebagai hal fundamental. Pengadilan tidak pernah menciptakan struktur sistem hukum atau prosedur-prosedur hakikinya. Terkadang pengadilan menjabarkan banyak prinsip hukum "pribadi"; apakah hal itu fundamental atau tidak fundamental akan bergantung pada opini. Bagaimanapun juga, pihak lain yang biasanya merumuskan pekerjaan pengadilan, yang menentukan garis batasnya. Kemajuan-kemajuan yang dibuat melalui fiksi-fiksi jurisdiksi tergolong perkecualian.

[72] Lihat Shapiro catatan *supra* 70.

[73] Hermann L. Strack, *Introduction to the Talmud and Midrash* (1959), h. 93-98.

[74] H. F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (1954), h. 472.

[75] Lihat Karl N. Llewellyn, "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes are to be Construed," 3 *Vand. L. Rev.* 395 (1950), menyebutkan bahwa setiap peraturan harus ada satu peraturan pengimbangnya.

[76] Lihat, misalnya, Karl Engisch, *Einfuhrung in das Juristische Denken* (4th ed., 1956).

[77] Lihat, misalnya, peraturan-peraturan yang digariskan oleh Hakim Brandeis dalam sebuah opini sepakat pada kasus *Ashwander v. TVA*, 297 U. S. 288, 346-8 (1936). Sebenarnya peraturan-peraturan tersebut terutama dimaksudkan untuk kehati-hatian, peraturan untuk menghindari persoalan konstitusional, sebisa mungkin. Brandeis membentuk peraturan ini dari kasus-kasus terdahulu. Sejak itu peraturan tersebut seringkali dikutip. Peraturan tersebut tidak semata-mata mengatur tentang pengambilan kesimpulan; hal itu juga membahas tentang kesempatan untuk menggugat, yakni mengenai siapa yang bisa mengajukan proses hukum dalam sebuah kasus konstitusional. Namun ada unsur logika yang kuat dalam peraturan-peraturan *Ashwander*. Peraturan ketujuh, misalnya, menyatakan bahwa ketika sebuah produk hukum Kongres ditentang, pengadilan harus "memastikan lebih dahulu apakah ada kemungkinan untuk menafsirkan produk hukum tersebut sehingga persoalannya bisa dihindari."

[78] Sebaliknya, peraturan-peraturan *Ashwander* pada pokoknya adalah peraturan mengenai ketundukan. Peraturan-peraturan ini harus dipahami dengan melihat latar belakang sejarah konstitusional. Konstitusi federal memuat beberapa ungkapan yang amat bersayap –, misalnya; "proses hukum yang benar." Pengadilan-pengadilan Amerika pada akhir abad kesembilan belas dan awal abad keduapuluh menggelembungkan makna ungkapan ini dengan luar biasa. Mereka dengan berani

menggunakan doktrin konstitusional untuk menekan hukum-hukum negara bagian dan produk hukum Kongres yang tidak mereka sepakati. Dampak dari uji materinya, hingga tahun 1930, bersifat konservatif; Brandeis bertanya-tanya akan hal itu. Selain itu, ia merasa bahwa hal itu menurunkan kepercayaan publik terhadap pengadilan. Dalam peraturan-peraturan *Ashwander*, ia bermaksud mengkodifikasikan pengekangan-diri dan membatasi lingkup "pemerintahan oleh pihak yudikatif."

[79] Jika ia melangkah keluar dari jalurnya, atasannya akan menegurnya dan barangkali menghukumnya. Hal ini turut menguatkan ketundukannya.

[80] J. Gillis Wetter, *The Styles of Appellate Judicial Opinions, a Case Study in Comparative Law* (1960).

[81] *Ibid.*, h. 30-31.

[82] Lihat K. Zweigert dan H. Kotz, *Einfuhrung in die Rechtsvergleichung* (1971), jil. 1, h. 140-141.

[83] Wetter, catatan *supra* 80, h. 32.

[84] Pada masa lalu tingkat opini berbeda lebih rendah, lihat Karl ZoBell, "Division of Opinion in the United States Supreme Court: A History of Judicial Disintegration," 44 *Cornell L. Q.* 186, 205 (1959); untuk keragaman dalam hal opini berbeda, lihat Henry R. Glick dan Kenneth N. Vines, *State Court Systems* (1973), h. 79.

[85] Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* (1951), h. 157.

[86] Lihat David Mellinkoff, The Language of the Law (1963); Lawrence M. Friedman, "Law and Its Language," 33 *Geo. Wash. L. Rev.* 563 (1964).

[87] Mellinkoff, catatan *supra* 86, halaman 441.

* Perjanjian perwalian dengan ketentuan bahwa apabila pihak penerima manfaat menggunakan harta atau dana perwalian sebagai jaminan kredit (atau hal-hal yang tidak bijaksana) kepada *pihak ketiga*, maka pihak wali dilarang memberikan harta atau dana itu kepada *pihak ketiga* tersebut. Perwalian jenis ini biasanya dibuat dengan tujuan melindungi pihak penerima manfaat yang belum atau tidak mampu mengelola uang atau harta.

** Ketentuan hukum yang mengatur tentang ganti rugi akibat kelalaian (dalam kecelakaan); dalam ketentuan ini, meskipun pihak penggugat (yang meminta ganti rugi) yang melakukan kelalaian, namun hal itu tidak jadi soal apabila si tergugat (yang dimintai ganti rugi) sebenarnya masih bisa menghindarkan terjadinya kecelakaan karena memiliki kesempatan memadai (meskipun sedikit) pada saat-saat terakhir sebelum terjadi kecelakaan. Artinya, meskipun penggugat lalai, namun kelalaiannya tidaklah menjadi penyebab kecelakaan karena sebenarnya si tergugat masih bisa menghindarinya. Dalam kecelakaan bermobil atau bermotor, biasanya *last clear chance*-nya adalah ketika seorang pengemudi terlanjur menyimpang garis tengah jalan, dan hal ini terlihat oleh pengemudi dari arah berlawanan yang terus maju tanpa berusaha menghindar, sehingga menyebabkan tabrakan dan dengan

demikian bertanggung jawab atas luka-luka pengemudi pertama yang terlanjur menyimpang garis tengah jalan.

''' Easement: Hak untuk turut menggunakan tanah atau properti orang lain untuk tujuan tertentu, misalnya sebagai jalan lewat dan keluar masuk ke tanah sendiri yang posisinya "terkurung," sebagai tempat lewat jalur air selokan bawah tanah, dan lain-lainnya.

, Attestation clause: Bagian dari sebuah perjanjian yang menyatakan bahwa saksi-saksi yang bertanda tangan telah mengetahui dan menyaksikan dibuatnya perjanjian tersebut.

[88] A. M. Carr-Saunders dan P. A. Wilson, "Professions," 12 *Encyc. Soc. Sci* 476; Ernest Greenwood, "Attributes of a Profession," 2 *Soc. Work* no. 3, 45 (1957); Wilbert E. Moore, *The Professions: Roles and Rules* (1970), h. 10-12.

' Peraturan dalam common law yang membatalkan perwalian yang isinya 'mengikatkan' sebuah properti atau tanah untuk selamanya (atau beberapa abad atau beberapa generasi) hanya kepada penerima manfaat dan keturunannya dengan tidak bisa dialihkan atau dijual kepada pihak lain. *Rule against perpetuities* membatasi 'pengikatan' seperti itu maksimal 'seumur hidup' ditambah dua puluh satu tahun.

, Jadi, perwaliannya tidak akan berlaku apabila berbunyi 'Hak atas tanah ini akan dipegang oleh anak saya John, dan setelah kematiannya, hak ini akan dipegang oleh para keturunannya saja sampai tahun 2500, sesudahnya hak itu bisa dialihkan ke pihak lain'; sebaliknya, bisa diterima apabila bunyinya adalah 'tanah ini akan dipegang oleh anak saya John selama hidupnya, dan sesudah itu oleh anaknya, David, dan selama 20 tahun oleh anak keturunannya yang akan datang, sebelum bisa dialihkan ke pihak lain.'

[89] Sumpah diperkirakan pada awalnya merupakan semacam "pengutukan diri" secara bersyarat. Dalam hukum modern, sumpah tetap mengandung nada ancaman pembalasan tuhan namun dengan tatacara yang "subjektif." Hal itu terarah pada orang yang mengambil sumpah dan bergantung pada keyakinan religiusnya. Helen Silving, "The Oath," 68 *Yale L. J.* 1329, 1337, 1371 (1959).

[90] *Brown v. Board of Education*, 349 U. S. 294, 301 (1955); lihat George Christie, "Legal Language," 48 *Minn. L. Rev.* 885 (1964).

[91] 48 Stat. 1083, diamandemen, 47 U. S. C. 307 (a), (b) (1936).

[92] 26 Stat. 209 (1890); lihat William Letwin, *Law and Economic Policy in America, the Evolution of the Sherman Antitrust Act* (1965).

[93] Stewart Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study," 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963).

[94] Henrich Triepel, *Vam Stil des Rechts* (1946), h. 90.

[95] Lihat Theodore T. F. Plucknett, *Statutes and Their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century* (1922).

[96] Lihat Henry C. Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws* (2nd ed., 1911), h. 367-77.

[97] J. G. Sutherland, *Statutes and Statutory Construction* (1891), h. 510; sekalipun demikian hukum-hukum "perbaikan" harus ditafsirkan secara bebas.

[98] Wis. Stat. 101.16 (2). Perhatikan kata "aman" yang kabur, di samping ungkapan-ungkapan yang bertele-tele.

[99] Ini adalah pandangan para penyusun, dikutip dalam P. A. Fenet, *Recueil Complet des Travaux Preparatoires du Code Civil* (1827), jil. I, h. 470; lihat Andre Tunc, "The Grand Outlines of the Code," dalam Bernard Schwartz, ed., *The Code Napoleon and the Common Law World* (1956), h. 19, 26-27.

[100] Perbandingan ini tidak sepenuhnya berlaku. Seperti telah kami katakan, ada banyak undang-undang yang bercakupan umum dan kabur di negara-negara common law. Di mana-mana, regulasi riil, entah dalam bentuk undang-undang atau peraturan-peraturan yang diarahkan ke sana, harus diperinci dengan seksama. Sejauh mana perbedaan di antara negara-negara modern dalam hal gaya kode pajak penghasilan atau peraturan parkirnya?

[101] Kebiasaan menyusun undang-undang dan dokumen-dokumen seperti ini mungkin tergolong agak usang. Dewasa ini pengadilan kemungkinan akan menafsirkan undang-undang dengan cara yang cukup wajar dan menghargai statemen umum tentang kekuasaan wali. Dewasa ini para penyusun juga merespon dengan baik perubahan pemahaman yang terjadi dalam kultur hukum abad keduapuluh.

[102] Lawrence M. Friedman, *Contract Law in America* (1965), h. 7. "Inti dari ketentuan ini adalah: ketika perundingan telah menghasilkan kesepakatan tertulis yang nampaknya mencakup segenap tema perundingan, pengadilan akan memandang bahwa kesepakatan itu meliputi pihak-pihak yang terkait, dan pengadilan tidak akan menghiraukan bukti-bukti, lisan atau tertulis, yang terjadi sebelum periode perundingan tersebut, jika bukti tersebut bertentangan dengan kesepakatan tertulisnya."

[103] Lihat Lawrence M. Friedman, "Law, Rules, and the Interpretation of Written Documents," 59 *Nw. U. L. Rev.* 751 (1965).

[104] *2 Blackstone"s Commentaries*, 107.

[105] Dalam sebuah dongeng rakyat Jerman ada manusia cebol bernama Rumpelstiltskin yang bersedia menolong orang asalkan orang itu mampu menebak siapa namanya.

[105] Sikap ini pun kemungkinan sudah tidak diperlukan lagi pada masa sekarang. "Kata-kata magis" tetap berguna, seperti nampak jelas pada contoh cek di atas. Tetapi para penyusun wasiat dan surat perwalian pada masa sekarang memiliki ruang yang lebih lapang. Pengadilan tidak banyak menginterpretasi dokumen-dokumen demikian karena sebagian besarnya tidak pernah sampai ke pengadilan. Dan jika memang sampai, pengadilan juga tidak akan berpegang secara membudak kepada teksnya, tidak menjadikan teks sebagai satu-satunya sumber penafsiran.

BAB X

PERUBAHAN SOSIAL DAN PERUBAHAN HUKUM

Dalam bab-bab di depan kita telah membahas sistem hukum secara statis, sebagai perpaduan dari berbagai unsurnya, seperti yang mungkin kita lihat pada satu titik waktu tertentu. Tentu saja sistem-sistem hukum tidak statis. Mereka senantiasa bergerak, senantiasa berubah. Sistem-sistem sosial perlu dilihat sebagai sebuah keseimbangan (*equilibrium*), tetapi dalam faktanya mereka juga terpapar pada konflik dan perubahan yang tidak ada hentinya.[1] Bab ini membahas perubahan sosial dan perubahan hukum.

Satu proposisi *umum* mengenai perubahan hukum sudah tersirat dalam bab-bab di depan, yakni, bahwa perubahan hukum yang besar akan mengikuti dan bergantung pada perubahan sosial. Tidak setiap perubahan dalam sistem hukum tergolong perubahan besar; kebanyakan perubahannya terhitung amat kecil. Perubahan dari jenis apa pun, termasuk penambahan sebuah koma dalam undang-undang, adalah contoh dari perubahan hukum. Sebagai konsekuensinya, sebagian dari perubahan ini tidak perlu dipandang sebagai produk kekuatan sosial di luar. Semua itu bisa dipandang sepenuhnya sebagai gejala internal – urusan kepentingan sempit dan tugas rutin para pengacara dan hakim.

Secara teoretis kita bisa membedakan *empat* tipe perubahan hukum, menurut *titik awal* perubahannya dan *titik dampak* akhirnya.[2]

1. Perubahan yang berawal *dari luar* sistem hukum, yakni, dari masyarakat, tetapi mempengaruhi sistem hukum saja dan berakhir di sana seperti sebuah peluru yang ditembakkan dan sampai ke sasarannya.
2. Perubahan yang berawal *dari luar* sistem hukum dan *melewati* sistem hukum tersebut (dengan atau tanpa proses internal tertentu) kemudian sampai ke titik dampak di luar sistem hukum, yakni, di masyarakat.

3. Perubahan yang berawal *dari dalam* sistem hukum dengan menghasilkan dampak *di dalam* sistem hukum juga.
4. Perubahan yang berawal *dari dalam* sistem hukum, kemudian menembus sistem hukum tersebut dengan dampak akhir *di luar*-nya, yakni di masyarakat.

Kita akan mulai dari tipe ketiga – perubahan-perubahan *internal formal*. Banyak perubahan dalam hukum yang agaknya termasuk dalam kategori ini, yakni, mereka berawal dan berakhir di dalam hukum tanpa dorongan atau dampak eksternal. Setiap tahun ada ratusan hukum dan tindakan hukum baru di setiap sistem hukum yang dibuat untuk memperbaiki detail-detail prosedur atau rutinitas hukum. Badan-badan legislatif meloloskan rancangan "perubahan teknis," sebagian berupa perubahan yang amat kecil: mengubah sebuah kata "dan" atau kata "atau," mengoreksi salah tulis. Namun demikian, perubahan lainnya menyandang nama besar "reformasi hukum" dan mengklaim signifikansi tertentu.

Reformasi hukum adalah bahasan utama para ahli hukum. Para ahli menyusun, menggolongkan, dan mengkodifikasi hukum. Di Amerika Serikat, asosiasi-asosiasi hukum, American Law Institute, dan pihak legislatif membentuk komisi-komisi yang semuanya menjalankan "reformasi hukum" sebagai salah satu tugasnya. Begitu pula berbagai "komisi revisi hukum" di negara-negara bagian. Di Inggris, Law Comission menjalankan tugas ini. Organisasi-organisasi reformasi hukum bekerja merevisi undang-undang, mengusahakan tatanan yang lebih baik atau lebih logis. Mereka mengkodifikasi doktrin-doktrin yang kabur dan menyatukan peraturan-peraturan yang tercerai-berai ke dalam satu paket; mereka memperbaiki format dan formalitas hukum. Biasanya mereka mensistematisasi hukum tanpa banyak perubahan substantif. Mereka memikirkan tatacara penelusuran data bagi para pengacara praktik dan bagaimana meningkatkan efisiensi pengadilan. Bahkan ada contoh-contoh tertentu reformasi hukum, dalam pengertian teknis, yang dibuat melalui keputusan yudisial. Sebuah pengadilan bisa meringkas, mengklasifikasi, atau memperbaiki doktrin, membuat statemen ulang mengenai persoalan tertentu atau merevisi sebaris ketetapan.

Biasanya para perevisi hukum tidak banyak memperhatikan segi dampak. Mereka umumnya beranggapan bahwa hukum yang "lebih baik" akan membuahkan hasil yang nyata di alam tindakan. Dalam praktiknya setiap ahli hukum komersial di Amerika turut berperan dalam Uniform

Commercial Code – mereka menyusunnya, mendiskusikannnya, mengkritiknya, menulis tentangnya, mendesak pemberlakuannya, dan mencatat perkembangannya. Namun terlepas dari segala hal yang mereka ketahui, hanya sedikit dari ketentuan *kode** tersebut yang berpengaruh pada dunia bisnis, atau akan mengubah perilaku para bankir atau konsumen, atau mempengaruhi sembarang orang di luar kampus hukum. Pada pokoknya kodenya adalah hanya murni kode saja – sistem murni, "reformasi" murni.[3] Banyak hukum "model" dan kode hukum yang juga mendatangkan sedikit efek saja pada masyarakat luas. Kenyataan bahwa, misalnya, Kode Sipil Jerman (*Burgerliches Gesetzbuch*) bisa bertahan tanpa berubah melewati tahun-tahun pertama rezim Hitler, sebuah masa revolusi fundamental dalam struktur-struktur pemerintahan, telah menunjukkan demikian kecilnya konsekuensi-konsekuensi sosial dari kode tersebut.[4]

Tentu saja tidak semua reformasi hukum hanya merupakan perubahan bentuk saja. Pemberontakan atas organisasi pengadilan sudah pernah terjadi. Kodifikasi juga bisa memiliki makna yang amat politis. Kodifikasi bisa menjadi sarana untuk menjinakkan kekuasaan absolut. Sebelum hukum Koloni Teluk Massachusetts dikodifikasi, hanya ada sedikit pembatasan atas kekuasaan hakim untuk melakukan diskresi (pertimbangan pemikiran). Kode-kode hukum kolonial, yang berasal dari pergulatan politik, berfungsi sebagai perjanjian damai yang merumuskan apa yang bisa dan tidak bisa diperbuat oleh para hakim.[5] Magna Carta juga merupakan kode jenis ini. Kode Napoleon sendiri memiliki tujuan politik: Ia menjadi bagian dari gerakan untuk memangkas otoritas para hakim sembari memperluas kekuasaan revolusioner para pembuat hukum.[6] Hukum pidana dikodifikasi di banyak negara, termasuk Amerika Serikat, untuk mencegah para hakim agar tidak menciptakan pidana-pidana baru di balik *common law* atau kekuasaan diskresioner mereka.

Meski demikian, pada umumnya reformasi hukum modern adalah "reformasi" hanya dalam pengertian sempit si penyusun. Profesi tersebut, dalam segi tertentu, adalah profesi yang rabun. Para ahli hukum, yang secara harfiah mencurahkan kehidupan dan karir mereka untuk "melakukan reformasi," beserta para reformer hukum profesional dan para perevisi undang-undang, secara alamiah akan melebih-lebihkan dampak pekerjaan mereka. Reformasi tersebut pasti berpengaruh pada cara orang berperilaku. Namun demikian, bahkan seorang pengacara yang meragukan bahwa "reformasi" menghasilkan sedikit pengaruh bagi dunia pun mungkin ingin meneruskan pekerjaannya itu. "Memperbaiki" hukum, dalam pengertian

estetis atau sistematis, akan memuaskan kebutuhan seorang profesional, entah hal itu memuaskan kebutuhan sosial atau tidak. Profesinya harus terjustifikasi, harus tampil peduli atas kebaikan publik. Menjalankan reformasi hukum mirip dengan pekerjaan seorang dokter yang menangani para pasien miskin. Selain itu, kritikan pihak luar akan mentah dengan sendirinya bila para pengacara mengakui bahwa ada hal yang cacat pada kuil keadilan mereka dan bahwa mereka sendiri sedang mengusahakan perbaikan. Profesi tersebut "membersihkan rumahnya sendiri." Reformasi hukum juga merupakan pekerjaan pengacara; hanya para pengacara yang bisa melakukannya. Dengan demikian melalui reformasi hukum para pengacara menegaskan klaim monopoli atas praktik mereka.

Perlu dijelaskan lebih lanjut mengenai salah satu jenis perubahan formal murni. Sebagian tindakan hukum (*legal act*) memberikan cap formal berupa persetujuan atas perilaku yang telah dilaksanakan, atau mengkodifikasi sebuah keadaan sosial baru atau peraturan mengenai perbuatan atau sikap yang sudah ada. Kita bisa menamakan tindakan hukum seperti ini sebagai *ratifikasi*. Pencabutan sebuah "undang-undang yang sudah mati" adalah sebuah tindakan ratifikasi. Sebuah undang-undang atau peraturan yang tidak terpakai, apa pun riwayatnya, akan "berlaku" hanya dalam pengertian teknisnya saja. Akan merupakan perubahan formal murni semata ketika kita membuang mayatnya dari buku-buku hukum.

Tentu saja penghapusan semacam itu bisa mengandung fungsi yang bermanfaat, meskipun kecil. Seseorang mungkin secara tidak sengaja menginjak mayat tersebut dan terluka. Hukum-hukum yang sudah mati juga membahayakan hubungan publik dengan sistem hukum. Inilah yang terjadi pada *wager of law*,* sebuah contoh terkenal tentang fosil hidup. Dalam hukum Inggris zaman pertengahan, para tersangka bisa mendatangkan para "penguat sumpah," untuk bersumpah bahwa sumpah si tersangka adalah benar dan tulus; dalam jenis-jenis kasus tertentu, hal ini dipandang memadai untuk membersihkan tersangka dari tanggung jawab. Peraturan *wager of law* yang telah usang selama berabad-abad itu tidak pernah dihapus secara formal. Suatu ketika dalam sebuah kasus, para pengacara secara keliru menyebutkan dalam pembelaan mereka tentang hak teknis para tergugat untuk memperoleh '*wager of law*' mereka. Peristiwa ini terjadi tahun 1824, ketika seorang tersangka mengajukan klaim atas hak tersebut, mendatangkan para penguat sumpahnya, dan ia pun dibebaskan. Kasus tersebut menjadi salah satu mata rantai kejadian yang pada akhirnya menuntun Parlemen membuang mayat *wager of law* pada 1833.[7]

Tindakan ini hanyalah meratifikasi perubahan yang telah terjadi untuk tujuan praktis berabad-abad sebelumnya. *Trial by battle* (Pengadilan melalui duel) juga dihapuskan pada 1819, setelah sebuah kasus pengadilan tahun 1818 menyatakan bahwa hal demikian "masih tergolong sebagai metode pembuktian yang legal dalam sidang banding untuk kasus pembunuhan."[8]

Insiden-insiden ini menunjukkan bahwa kebanyakan dari hal-hal "kuno" dalam *common law* bersifat stabil dan, kecuali dalam peristiwa tertentu, amat tidak merugikan. *Common law* mempertahankan fosil-fosil substansi atau prosedur tertentu. *Common law* bergerak maju kasus demi kasus, terkadang dengan agak pelan; ia cenderung untuk melewati saja institusi-institusi yang sudah usang alih-alih menghapusnya. Segenap pemerintah Inggris, di atas kertas, adalah benda antik peninggalan dari masa-masa monarki absolut. Sisa-sisa masa lalu secara keseluruhan hanya sedikit efeknya terhadap perilaku. Pendidikan hukum cenderung untuk mengesampingkan hukum yang hidup dan walhasil mungkin melebih-lebihkan sisa masa lalu tersebut. Tidak seorang pun yang cukup peduli kepada barang antik tersebut dengan cara "mereformasi"-nya – tidak seorang pun, kecuali para para ahli hukum yang kemungkinan membahas tema tersebut lebih banyak dari semestinya. Dalam hukum Eropa, ideologi "sains hukum" menjadi daya dorong yang luar biasa bagi para ahli hukum untuk mendalami "masalah-masalah" yang serupa; seluruh barisan profesor bisa terlibat dalam pertikaian mengenai cacat-cacat konseptual yang remeh, atau retakan-retakan pada bangunan kode hukum.

Dengan begitu reformasi hukumnya muncul setelah ada *insiden* yang menarik perhatian orang-orang ke arah suatu sisa masa lalu yang merugikan atau memalukan. Atau, para ahli hukum itu atas prakarsa mereka sendiri mungkin bertindak sebagai penopang atas nama efisiensi atau keadilan. Insiden kemungkinan memainkan peran lebih besar di negara-negara *common law* daripada di negara-negara *civil law* di mana para ahli hukum selalu menganalisis dan menganalisis ulang hukum formalnya. Di kedua wilayah, para ahli hukum memprakarsai reformasi hukum terutama sejak munculnya fakultas hukum di universitas. Mereka menelisik dan mengoreksi hukum yang usang. Kode-kode, ketetapan-ketetapan model, dan statemen ulang dari abad keduapuluh satu adalah produk dari semangat mereka.

Fenomena umum lainnya bisa disebut sebagai *ratifikasi tersembunyi*. Untuk Amerika, kita bisa menggunakan Married Women"s Property Act

sebagai contohnya. Dalam *common law*, ketika seorang perempuan menikah, suamilah yang memegang kontrol atas harta miliknya. Di bawah Married Women"s Property Act, perempuan mendapatkan hak untuk mengelola harta miliknya sendiri. Pada tahun 1839, Mississippi sebagai pelopornya meloloskan undang-undang pertama yang hanya mengatur beberapa situasi. Pada generasi berikutnya, negara-negara bagian lain memberlakukan hukum mereka sendiri dengan cakupan peraturan yang lebih luas. Secara keseluruhan, hukum-hukum ini terlihat mengandung perubahan dasar pada status hukum, ekonomi, dan sosial kaum perempuan. Kita mungkin membayangkan bagaimana hal tersebut pada masa itu menjadi tema perdebatan yang seru.

Akan tetapi studi yang cermat atas riwayat kemunculan peraturan di atas ternyata menunjukkan situasi yang tenang-tenang saja. Hukum-hukum tersebut nampaknya muncul dari awang-awang. Mereka tidak memicu perdebatan, respon, atau kegemparan dalam pemberitaan. Fakta yang ganjil ini mengisyaratkan bahwa hukum tersebut nampaknya bukan merupakan perubahan mendadak seperti kelihatannya. Dalam kenyataannya, sudah sejak lama kaum perempuan yang menikah mengelola sendiri harta milik mereka.[9] Terutama di Inggris, para perempuan melewati saja peraturan-peraturan formal yang mengandung ketentuan-ketentuan mahal dan teknis. Ketentuan-ketentuan ini dimungkinkan di Amerika Serikat, namun pemilik tanah adalah kelas yang lebih besar jumlahnya dibandingkan di Inggris, dan keahlian hukum yang dibutuhkan kurang jumlahnya. Hukum pun dibuat untuk menghilangkan hambatan-hambatan ini; setelahnya kaum perempuan bisa melakukan secara langsung dan lugas apa yang sebelumnya hanya bisa dilakukan dengan cara yang rumit dan tidak langsung. Hukum tersebut bukannya tidak berarti, namun, dari kacamata sosial, semua itu lebih merupakan ratifikasi alih-alih sebuah inovasi.[10]

Perubahan hukum seringkali muncul di tengah-tengah berlangsungnya rangkaian peristiwa. Perubahan hukum meratifikasi langkah-langkah yang telah diambil; untuk langkah-langkah yang belum diambil, perubahan hukum tersebut menghasilkan inovasi atau terlihat demikian. Seringkali sulit dikatakan apa persisnya peranan yang dimainkan hukum formal dalam rangkaian peristiwa itu, baik berkenaan dengan awal mula dan dampaknya. Sebuah pengadilan menghapuskan hukuman mati, tetapi selama beberapa waktu sebelumnya secara misterius negara bagian terkait sudah enggan menggunakannya. Negara bagian lainnya menghapuskan

hukum perzinaan yang tidak terpakai. Sejauh mana semua tindakan hukum ini merupakan inovasi alih-alih ratifikasi? Apakah penghapusan sebuah hukum yang sudah mati mengandung efek pemicu atau efek simbolik tertentu? Tidak cukup ada pengetahuan mengenai dampak perilaku hukum, belum lagi perubahan sosial jangka-panjang, yang bisa digunakan untuk memberikan jawaban pasti mengenai kasus tertentu.

PERUBAHAN FORMAL DENGAN KONSEKUENSI EKSTERNAL

Bisakah sebuah perubahan formal murni menghasilkan konsekuensi sosial yang berarti? Anggapan orang banyak akan mengiyakannya. Kongres mengamandemen peraturan tertentu, yang "dimaksudkan" sebagai klarifikasi kecil atau perbaikan kata-kata, namun kejadian yang bersifat "kebetulan" tersebut bisa mengarah pada konsekuensi-konsekuensi yang luar biasa.

Bisa dipastikan bahwa inilah yang *nampaknya* terjadi: Tetapi apa buktinya? Perubahan hukum mungkin sekadar alat, sebuah kesempatan. Sebagian perubahan sosial sudah bergemuruh di bawah tanah; kekuatannya tinggal menemukan penyaluran atau hal lainnya; hampir tidak jadi soal apa penyalurannya. Jika kita mengandaikan sebaliknya, kita menyangkal premis dasar teori sosial mengenai hukum dan memberikan bobot yang luar biasa kepada peraturan-peraturan dan konsep-konsep abstrak itu sendiri. Ambillah satu contoh yang familiar: Pengadilan-pengadilan Amerika pada akhir abad kesembilan belas menggunakan kalimat proses hukum yang benar untuk melindungi kepentingan-kepentingan bisnis. Akan gagabah bila kita menganggap bahwa "kebetulan" di pihak para penyusun menyebabkan terjadinya hal ini. Hukum adalah bagian dari kultur umum, namun biasanya bukan merupakan sektor yang terpenting. Kita tidak perlu gigih menolak "kebetulan" demikian, bila bukti-buktinya kuat, tetapi dalam teorinya, hipotesis "kebetulan" adalah keliru, dan harus ada beban pembuktian yang berat sebelum hal itu bisa digunakan untuk membahas peristiwa sejarah manapun.

Gaya hukum memperkeruh persoalan ini. Ketika seorang pengacara berargumentasi, ia harus menemukan kaitan hukum tertentu sebagai tempat bergantung argumen-argumennya. Jika kliennya ingin atau harus mendasarkan sebuah klaim pada Konstitusi, si pengacara harus menemukan klausa tertentu untuk menopang kasusnya. Konstitusi amat membantu hal itu; di sana termuat banyak ungkapan-ungkapan yang kabur dan lentur, seperti "proses hukum yang benar" atau "perlindungan hukum yang

sama." Dalam fase yudisial ketika berlangsungnya pergulatan regulasi bisnis pada akhir abad kesembilan belas, argumen-argumen dan keputusan mengerucut pada Amandemen Keempatbelas yang memuat kata-kata yang sesuai dan masuk akal. Seperti sudah kami katakan, keliru kalau kita mengklaim bahwa kata-katalah yang "menyebabkan" para hakim mengambil pendirian konservatif, atau "menyebabkan" pergulatan ekonomi di mana kata-kata tersebut digunakan, atau menentukan hasil kasusnya. Tentu saja kata-kata dan doktrin bisa berpengaruh pada seperti apa hasilnya. Sejarah Amerika mungkin akan menempuh arah yang *agak* berbeda, jika proses hukumnya berjalan menurut ungkapan dan kata-kata yang berbeda. Namun demikian, sejauh mana perbedaannya? Ungkapan dan doktrin-doktrin berpeluang kecil untuk mempengaruhi kebijakan sosial. Dunia hukum penuh dengan sarana dan ungkapan-ungkapan. Jika salah satunya tidak bekerja, selalu ada yang lainnya.

Hal serupa bisa dikatakan berkenaan dengan munculnya peraturan rekan-kerja (*fellow-servant* rule). Peraturan abad kesembilan belas ini memiliki arti penting dalam hubungan kerja. Peraturan tersebut membatalkan hak seorang pekerja untuk menggugat ganti rugi kepada majikannya, jika kelalaian yang mengakibatkan kecelakaan disebabkan oleh "rekan-kerja." "Kasus terkemuka" dan yang paling awal adalah *Priestley v. Fowler*, yang diputuskan di Inggris tahun 1837.[11] Pekerja yang terluka dalam *Priestley v. Fowler* adalah seorang pembantu tukang jagal. Hakimnya, Lord Abinger, hampir tidak bisa memperkirakan akibat dari keputusannya itu bagi kehidupan pekerja pabrik. Lord Abinger menggunakan contoh-contoh dan analogi yang diambil terutama dari dunia pembantu rumah tangga. Opininya jelas janggal dan keliru, namun doktrin tersebut merembet cepat seperti kobaran api di negeri-negeri di kedua tepian laut Atlantik.

Bagaimana kita bisa menjelaskan sejarah kejadian ini? Cara *paling masuk akal* untuk membahas *Priestley v. Fowler* adalah sekadar sebagai insiden, sebuah kait untuk menggantungkan doktrin, sebuah kasus yang sesuai untuk dikutip. Dua kasus Amerikanya sepenuhnya berlatar dunia industri; semuanya berasal dari kecelakaan di perusahaan kereta api.[12] Para hakim mengambil doktrin tersebut, mengolahnya, memperluasnya, dan menempanya untuk memenuhi kebutuhan, dalam pandangan mereka, sebuah masyarakat industri. Ini tidak berarti bahwa hukum akan melangkah ke arah yang berbeda tanpa adanya kasus *Priestley v. Fowler*. Pengadilan akan menyusun doktrin yang sama atau yang serupa dari kepingan-kepingan hukum lainnya. Peraturan rekan-kerja adalah hal yang "benar" pada

masanya, bagi sebuah masyarakat bersuasana bisnis. Apa pun yang telah dilakukan oleh Lord Abinger, hukum ganti rugi pada paruh pertama abad kesembilan belas lebih cenderung pada pemilik usaha alih-alih pada para pekerja.

PERUBAHAN SOSIAL DENGAN HASIL-HASIL YANG MURNI TEKNIS

Tipe perubahan hukum lainnya juga umum terjadi. Kekuatan-kekuatan luar menekan sistem hukum, tetapi yang dihasilkan adalah perubahan hukum yang murni formal, tanpa menghasilkan perbedaan apa pun bagi masyarakat. Badai yang hebat hanya menghasilkan bisikan halus bagi wilayah hukum. Satu-satunya pertanyaan adalah mengapa hal ini terjadi. Landasan teoretis buku ini menolak salah satu kemungkinan penjelasan: bahwa hukum secara asli bersifat tidak responsif, tidak bisa menyerap tuntutan-tuntutan yang disodorkan padanya, dan berputar di orbitnya sendiri yang sunyi. Dalam faktanya, teori-teori sosial mengenai hukum memprediksi terjadinya perubahan hukum tipe ketiga ini dalam keadaan tertentu yang khas. Jika ada dua atau lebih kekuatan sosial, yang seimbang dayanya, sama-sama menyodorkan tuntutan yang saling bersaing terhadap sistem hukum, akibat hukumnya akan nol. "Nol" dalam sistem hukum bisa berarti nol secara harfiah (tidak ada perubahan sama sekali), atau perubahan tanpa guna, teknis, dan tak bertaring. Dengan demikian "peluru yang telah ditembakkan" bukan mengindikasikan bahwa sistemnya tidak merespon melainkan menunjukkan adanya kebuntuan: kedua tim seimbang kekuatannya, keduanya menarik tambang sama kuatnya.

HUKUM DAN PERUBAHAN SOSIAL YANG BESAR

Ada satu tipe terakhir yang masih harus dibahas. Tuntutan-tuntutan sosial menghasilkan perubahan di bidang hukum yang pada gilirannya mengarah pada perubahan sosial yang besar. Dalam masa-masa modern, sarana pokok untuk proses ini adalah legislasi, walaupun adakalanya sebuah keputusan pengadilan (kasus aborsi, misalnya) bisa sama berbobotnya. Di Amerika Serikat, hukum-hukum budak buronan, Social Security Act, hukum pajak penghasilan, dan Economic Opportunity Act nampaknya menuntun atau mengarahkan jalannya perubahan sosial. Yang lebih signifikan lagi adalah gabungan undang-undang atau peraturan – New

Deal, misalnya, atau gabungan hukum yang menetapkan Inggris sebagai negara kesejahteraan; barangkali juga jaringan berbagai peraturan ganti-rugi pada abad kesembilan belas yang menangani kecelakaan-kecelakaan kerja. Di sebagian negara, dekrit presiden menjadi sarana pokok bagi perubahan. Tentu saja kita bisa memperdebatkan tanpa akhir apakah perubahan tertentu tergolong "besar" atau "kecil." Normalnya, perubahan hukum, khususnya perubahan buatan hakim, berlangsung dalam dosis-dosis kecil.[13] Namun demikian, perubahan-perubahan revolusioner juga terjadi – rekayasa sosial yang cermat dan massif melalui hukum.

Perubahan revolusioner di dalam dan melalui hukum merupakan tema yang amat luas. Kita hanya akan membahas beberapa garis besarnya saja.

Pertama, kita bisa membagi perubahan besar menjadi dua tipe, *perancangan* (*planning*) dan *peruntuhan* (*disruption*), yakni perubahan positif dan negatif. Yang kami maksud dengan peruntuhan atau disrupsi adalah perubahan melalui penghancuran atau pelucutan suatu tatanan hukum yang mapan. Perancangan adalah perubahan yang melembagakan tatanan hukum *baru*. Dalam realitasnya, keduanya biasanya berpadu. "Revolusi" biasanya mengacu pada keduanya: penghancuran yang lama dan pembentukan yang baru. Revolusi-revolusi hukum juga memiliki kedua aspek tersebut. Pemerintah Soviet, ketika berusaha mengatur kehidupan keluarga dan hukum di kalangan Muslim Asia Tengah, berusaha meruntuhkan tradisi lama kaum Muslim dan, pada saat yang sama, menggantikannya dengan kode-kode Soviet.[14]

Perancangan dalam pengertian harfiahnya merupakan ciri yang umum di dunia modern –paling menonjol terutama di negara-negara sosialis, namun kekuatan-kekuatan industri Barat dan negara-negara baru juga melaksanakan perancangan dengan kadar lebih banyak atau lebih sedikit.[15] Dewasa ini setiap masyarakat nampaknya percaya pada suntikan massal hukum dari pusat. Perubahan sosial yang disengaja, melalui hukum, menjadi sifat dasar dunia modern.

"Revolusi" dalam pengertian harfiahnya merupakan bentuk terjelas dan tergamblang dari disrupsi atau peruntuhan ini. Akan tetapi bentuk yang lebih lunak juga ada di mana-mana. Uji materi seringkali bersifat disruptif. Pengadilan-pengadilan Amerika membubarkan program-program dan institusi-institusi sejak dari Missouri Compromise sampai jalur pipa minyak Alaska. Para reformer aktivis telah memainkan peran sensasional dalam kehidupan Amerika dalam dasawarsa terakhir. Ralph Nader adalah contoh yang paling terkenal. Nader pada dasarnya adalah

seorang penyelidik dan penyebar informasi, namun ia juga seorang pengacara yang terlatih dan begitu pula kebanyakan "serangan-serangan"-nya. Ia memicu penggunaan proses hukum sebagai alat ungkit perubahan sosial. Sebagian besar kerjanya secara teknis bersifat disruptif; ia berfokus pada perkara-perkara hukum dan injungsi, juga menghentikan langkah pemerintah bila tidak memenuhi standar-standar etika dan kebijakannya. Disrupsi hukum bisa mengambil bentuk yang ilegal – menutup jalan, menuangkan darah ke dokumen wajib militer, dan bentuk-bentuk pembangkangan sipil tertentu. Sarana yang legal dan sah (legitimate) mencakup gugatan hukum; terutama setelah kasus *Brown v. Board of Education*,[16] para reformer kerap pergi ke pengadilan untuk mengusik banyak tatanan lama dan mapan. Penggunaan perkara hukum ini meneruskan pola khas Amerika sebelumnya, yang telah dibahas dalam bab mengenai kultur hukum, tetapi dengan bentuk yang lebih besar lagi. Kasus-kasus yang paling menonjol diajukan ke pengadilan federal dan melibatkan persoalan-persoalan konstitusional. Namun pergerakan meluber dari batas-batas ini. Pergerakan sama gencarnya dalam memblokir jalan raya dan bandar udara dengan ketika mengecam kebrutalan polisi atau pemisahan rasial. Bahayanya muncul dari fakta bahwa hal itu bersifat disruptif. Pengadilan-pengadilan bisa menghentikan prosesnya dengan cukup mudah, tetapi mereka tidak ahli dalam mengganti atau memola ulang jalannya proses yang telah mereka halangi sendiri. Jelas, pengadilan-pengadilan federal sudah menetapkan garis batas distrik sekolah; mereka mengatur bagaimana bus sekolah harus mengangkut anak-anak dari satu tempat ke tempat lainnya; mereka telah menjatah ulang porsi pemilih di negara-negara bagian; mereka telah menghidupkan perusahaan-perusahaan kereta api yang bangkrut. Yang lebih penting, mereka telah melontarkan penentangan yang harus disambut oleh lembaga-lembaga pemerintah lainnya; dengan cara ini, disrupsi membuka jalan menuju perancangan. Mahkamah agung California menghapuskan dasar hukum bagi sistem pembiayaan sekolah-sekolah di negara bagian tersebut.[17] Ini jelas merupakan disrupsi, namun hal itu mendorong California untuk merancang alternatif lain.

Disrupsi melalui pengadilan telah banyak dipuji dan juga dicela orang. Hal tersebut nampaknya cenderung berlanjut, terlepas dari apa pun warna politik dari para hakim yang baru. Citra-diri hakim aktivis bukan milik Mahkamah Agung belaka. Hal itu berlaku lebih luas. Citra-ciri demikian memang bukan merupakan konsep-diri kebanyakan hakim, melainkan sikap kalangan minoritas yang berpengaruh, dan sepanjang ada pelanggan

yang memerlukan semangat itu, akan ada peluang lebih besar lagi untuk menjalankannya.

Akankah gejala Amerika ini menyebar ke negara-negara lainnya? Disrupsi kreatif dari tipe pengadilan mempersyaratkan sejumlah kondisi yang jarang ditemukan. Prasyarat yang pertama adalah profesi hukum aktivis. Dari dulu sudah ada pengacara politik di Amerika Serikat, namun jumlah mereka meningkat pada tahun 1960-an, disponsori dan didanai oleh pemerintah federal dan juga oleh yayasan-yayasan pribadi. Uang merupakan hal yang penting; seorang pengacara muda tidak lagi harus hidup miskin dan kumuh untuk bisa menjalankan idealismenya. Para pengacara kepentingan publik memenangkan sebagian kasus terkenal dan mendapatkan publikasi mencolok. Berita-berita itu pada gilirannya membantu menarik hati orang-orang yang berpikiran sosial untuk masuk ke praktik hukum. Adapun pada tahun 1974, jatah uang federal nampaknya mulai mengering. Hal ini menimbulkan keraguan pada masa depan pergerakan ini, tetapi tidak seorang pun yang memprediksi bahwa jarum jamnya akan berbalik arah.

Para hakim aktivis adalah prasyarat kedua. Beberapa negara, di samping Amerika Serikat, bisa memenuhi ketentuan ini. Seorang hakim yang aktif tidak selalu merupakan seorang hakim yang liberal, melainkan hakim yang tidak takut mengubah peraturan atau membongkar sebuah sistem atau, karena terbutakan oleh mitologi, tanpa sadar memainkan peran revolusioner. Tak pelak lagi, kebanyakan hakim Amerika bersifat pasif dan maksimal maju dengan perlahan atau inkremental, namun sebagian kecil dari mereka bisa menghasilkan riwayat uji materi yang subur. Para hakim yang mengecam New Deal, yang menghancurkan hukum pajak penghasilan pertama, yang meruntuhkan hukum pekerja anak, dan yang mengakhiri hukuman mati adalah para hakim aktivis.

Suatu pergerakan sosial yang murni, yang nilai-nilainya dimiliki bersama oleh paling tidak sebagian hakim, adalah prasyarat ketiga. Ini merupakan ketentuan yang lemah, dan kebanyakan masyarakat bisa memenuhinya. Prasyarat yang terkuat, barangkali, adalah yang terakhir. Kalangan elite – para pemegang kekuasaan – harus menerima hasil-hasil perkara yang disruptif, suka atau tidak suka. Jelas, tidak ada negara sosialis atau otoritarian yang akan menenggang sesuatu sedemikian jauhnya seperti format uji materi Amerika, belum lagi bentuk-bentuk disrupsi yang lebih besar. Struktur-struktur hukum mereka dibentuk bukan untuk mengakomodasi pola-pola perilaku ini. Akan tetapi persoalannya lebih mendalam

daripada sekadar strukturnya. Di Uni Afrika Selatan, ketika pengadilan tinggi menunjukkan tanda-tanda interferensi lunak terhadap kebijakan rasial pemerintah, pemerintah langsung menghantamkan kekuasaan intervensinya.[18]

Mayoritas dominan di Amerika Serikat juga bisa menjungkirbalikkan kinerja pengadilan, jika mereka cukup marah dan jengkel. Pada suatu ketika mereka pernah melakukan hal itu. Yang mengherankan adalah kontrarevolusi semacam itu jarang sekali berhasil. Untuk sebagian sebabnya adalah karena pihak mayoritas, yang terkadang mencakup orang-orang kaya dan berpengaruh, membiarkan pengadilan melangkah bebas. Di sisi lain, kebanyakan orang juga merasa bahwa pengadilan bermanfaat bagi mereka atau kelompok mereka atau masyarakat, mereka percaya pada pengadilan atau percaya pada pengadilan yang independen, atau mereka tidak bersedia mengambil risiko, karena alternatif-alternatifnya tidak diketahui atau tak terjangkau oleh pikiran. Dalam pengertian tertentu, sikap setuju bisa jadi bertentangan dengan kepentingan mayoritas. Namun seperti telah kami sebutkan, kepentingan bukan tuntutan. Keputusan untuk mendesakkan kepentingan – mengubahnya menjadi sebuah tuntutan – bergantung pada kultur hukum, yakni pada ide-ide mengenai kapan saat yang tepat dan berguna untuk memunculkan tuntutan kepada hukum dan jenis tuntutan seperti apa. Doktrin-doktrin liberal pada abad kesembilan belas membantu mencegah kelas pekerja dari penggunaan kekuasaan laten untuk mereformasi negara sesuai dengan kepentingan mereka. Keyakinan pada negara semi-kesejahteraan mungkin mendorong kelas menengah atau bahkan kelas atas yang berkuasa untuk membiarkan reformasi disruptif bergerak menuju pengadilan.

Kekuasaan yudisial mungkin memiliki kejayaan yang bersifat sementara. Hal itu jelas tidak berlangsung selamanya. Dan selalu ada batas yang tidak bisa dilampaui oleh pengadilan, atau, jika mereka tetap melangkahinya, kepentingan-kepentingan dominan tidak lagi akan mendiamkannya. Persoalannya akan lebih mendalam daripada sekadar pengaturan angkutan bus dan lebih luas daripada sekadar lokasi bandar udara. Sekalipun begitu, sikap diam tanda setuju merupakan fakta sosial yang besar, suatu prasyarat bagi perubahan sosial melalui perkara hukum, yang dimiliki bersama atau cenderung dimiliki bersama oleh beberapa masyarakat. Pengadilan-pengadilan Amerika telah memperlihatkan kekuatan menakjubkan dalam menyulut atau mengarahkan perubahan sosial, menggunakan bentuk-bentuk lama dan konservatif. Revolusi ini berjalan lambat

dan mahal ongkos pembuatannya, dan akan sangat sulit untuk dijual ke luar negeri.

PERUBAHAN HUKUM-MAKRO: TEORI-TEORI EVOLUSI HUKUM[19]

Sampai sejauh ini pembahasan kita tidak menyinggung tentang *arah* mana yang ditempuh oleh perubahan hukum. Adakah pola-pola dalam perubahan hukum? Bisakah kita berbicara tentang *evolusi* hukum – sistem-sistem hukum sebagai satu keseluruhan, peraturan-peraturan atau doktrin individu, atau sistem-sistem peraturan? Adakah "hukum" mengenai perkembangan hukum?

Berkenaan dengan pertanyaan *evolusi hukum*, literatur yang membahasnya ada yang sudah ditulis lebih dari seabad yang lalu, sebagiannya amat terkenal. Namun demikian ada persoalan tertentu mengenai apakah istilah "evolusi" bisa diterapkan pada hukum. Evolusi berarti kemajuan dari bentuk rendah atau sederhana menuju bentuk yang lebih tinggi atau lebih kompleks. Dalam biologi, evolusi adalah sebuah proses yang alamiah dan otomatis. Jalur dari protozoa menuju manusia tidak "disengaja" oleh pihak tertentu atau oleh mata rantai apa pun di antara keduanya. Begitu juga "kemajuan" biologis bukan merupakan suatu kemestian. Amuba tetap hidup bersama dan terkadang di dalam diri manusia. Dalam hukum, teori evolusi akan berarti, pertama, bahwa kita bisa mengidentifikasi tahapan-tahapan tinggi dan rendah dalam pertumbuhan hukum – tahapan A, B, dan C, dan kedua, bahwa kita bisa mengatakan sesuatu yang valid secara empiris terkait dengan urutan atau tahapan-tahapan itu. Ini tidak berarti bahwa semua sistem hukum harus mencapai tahapan tertinggi, tahapan C, tetapi bila memang demikian maka tahapan A dan B harus dilalui lebih dulu.[20]

Upaya pencarian tahapan atau pola-pola demikian sudah dimulai sebelum Darwin. Karya Sir Henry Maine, *Ancient Law*, sebuah risalah rintisan, muncul pada tahun 1861. Maine berpendapat bahwa sistem-sistem hukum memang berubah menurut pola atau urutan tertentu; ia menelusuri hal itu dari kode Romawi pertama, Lempeng Dua Belas, sampai ke hukum masa abad kesembilan belas, pada masa hidupnya. Tentu saja alur pertumbuhannya tidak seragam dan pasti; terkadang hal itu agak berbelok-belok, namun garis besarnya jelas. Menurut Sir Henry, hukum kuno bersifat patriarkhal; yang menjadi satuan hukum adalah keluarga, bukan individu, sebagai tempat melekatnya hak dan kewajiban.[21]

Dalam hukum Romawi, seperti dalam masyarakat biblikal, ayah adalah raja dan kepala keluarga, *de fakto dan de jure*. Negara berkembang dari keluarga; raja atau kepala suku mengambil model otoritasnya dari kekuasaan patriarkhal ini. Kewajiban dan hak seseorang bergantung pada kedudukannya dalam keluarga dan kedudukan keluarganya dalam tatanan sosial. Status kelahiran secara pasti menentukan kedudukan hukum dan sosial seseorang. Masyarakat kuno adalah masyarakat status.

Kondisi primitif ini tidak berlangsung selamanya. "Pergerakan masyarakat-masyarakat menuju kemajuan," tulis Sir Henry dalam salah satu bagian yang termasyhur, "memiliki keseragaman dari satu segi. Di sepanjang jalur yang ditempuhnya terdapat ciri runtuhnya secara bertahap ketergantungan keluarga, digantikan oleh tumbuhnya kewajiban individu. Individu semakin lama semakin menggantikan keluarga, sebagai satuan yang dibebani tanggung jawab oleh *civil law*." Prinsip apa yang menggantikan *status* sebagai landasan organisasi sosial? Prinsip pengatur yang baru ini adalah *kontrak*. "Sepertinya kita terus bergerak menuju suatu fase tatanan sosial di mana semua hubungan [hukum] berpijak dari kesepakatan bebas di antara para Individu." Yang menata masyarakat modern adalah daya kerja, bukan status kelahiran; pencapaian individu, bukan status atau keturunan.[22] Penekanan pada perolehan, pada kontrak, pada individu, adalah akibat – atau inti – dari berabad-abad evolusi. "Pergerakan masyarakat-masyarakat menuju kemajuan," dalam kaidah umum Sir Henry, "hingga sekarang adalah pergerakan dari Status menuju Kontrak."[23]

Sir Henry bukan satu-satunya teoretisi ilmu sosial yang melihat adanya pola seperti ini dalam sejarah lembaga-lembaga hukum; Emile Durkheim, dalam karyanya yang terkenal, *The Division of Labor in Society*, mengemukakan sebuah teori perkembangan hukum. Menurut Durkheim, dalam masyarakat primitif hanya ada sedikit atau tidak ada sama sekali pembagian kerja. Peraturan-peraturan dan norma-norma sosial nyaris sama bagi semua orang; semua itu "universal." Setiap orang memegangnya, dan semua itu berfungsi sebagai semacam kekuatan perekat dalam masyarakat. Durkheim menyebut prinsip kerekatan dalam masyarakat-masyarakat ini sebagai "solidaritas mekanis." Pelanggaran norma mengancam landasan solidaritas sosial. Karena itu, hukum kuno cenderung bersifat pidana. Hukumnya sederhana dan represif; institusi-institusinya tidak terspesialisasi. Seluruh bagian masyarakat menegakkan hukum entah dengan cara langsung atau melalui institusi-institusi yang "merepresentasikan" segenap masyarakat.

Sebaliknya, masyarakat modern disatukan oleh "solidaritas organis" – kesalingtergantungan dan pembagian kerja muncul dari tindakan disengaja. Masyarakatnya kompleks; bagian-bagiannya amat terspesialisasi. Perhatian utama hukum modern adalah pada kontrak; melalui kontrak, orang-orang menata hubungan mereka yang kompleks dan tak terhitung jumlahnya. Karena kontrak dan hukum kontrak menjadi pusat kegiatan masyarakat, hukumnya pun kebanyakan bercorak sipil dan "mengganti kerugian." Tujuannya bukan untuk menghukum melainkan untuk "memulihkan keadaan." Untuk menyelaraskan berbagai hubungan yang rumit, masyarakat pun mengembangkan segala jenis lembaga dan dewan, masing-masingnya diarahkan pada sejenis transaksi tertentu.[24]

Weber juga membahas perkembangan hukum dengan panjang lebar. Ia memang tidak mengemukakan teori evolusi hukum, tetapi ia merasa heran dengan adanya kesenjangan antara masyarakat Barat dengan masyarakat lain yang lebih kuno. Ia bertekad mencurahkan masa seumur hidupnya untuk mengungkap misteri dunia Barat dan tatanan sosial ekonominya yang khas tersebut. Menurut Weber, rasionalitas mengatur masyarakat Barat modern yang kapitalis;[25] rasionalitas merembes ke dalam agama, pemerintah, kehidupan ekonomi, dan hukum.

Weber membagi sistem-sistem hukum menjadi empat tipe dasar, berdasar apakah pembuatan dan penciptaan hukumnya bersifat *rasional substantif* atau *rasional formal* atau *irasional substantif* atau *irasional formal*. Proses hukum bersifat "irasional formal" bila tatacara keputusannya tidak "dikontrol oleh akal pikiran." Seorang *orakel* berbicara, namun tidak memberikan alasan-alasannya; perkataannya tidak bisa diprediksi dan tidak bisa dikontrol. Sepuluh Perintah Tuhan diberlakukan dengan cara irasional formal: Musa, yang mengklaim mendapat wahyu langsung dari Tuhan, menyodorkan lempengan tersebut dan mengumumkan: "Inilah hukum." *Trial by battle* (pengadilan melalui duel) atau siksaan merupakan cara-cara irasional untuk menyelesaikan sengketa. Tidak ada cara yang bisa digunakan untuk menarik ketentuan umum dari hasil-hasilnya atau menggunakan akal pikiran untuk memprediksi hasil-hasil yang akan datang. Bahkan pengadilan oleh para juri dalam hukum Inggris, menurut pengamatan Weber, memiliki citarasa irasional; seperti *orakel* atau *ordeal* (siksaan), hal itu tidak bisa dikontrol oleh penalaran.[26]

Sebaliknya, pembuatan dan penciptaan hukum yang "rasional" mengikuti prinsip dan peraturan-peraturan umum. Para ahli hukum atau hakim yang rasional tidak menggunakan atau bereaksi terhadap hal-hal yang

magis, ia juga tidak goyah oleh faktor-faktor konkret dari kasus khusus. Tema hukum modern adalah rasionalitas formal – sebuah pendekatan yang amat profesional, legalistik, dan abstrak terhadap hukum." Hukum modern hanya mempertimbangkan "karakteristik umum yang tidak mendua dari fakta-fakta kasus"; secara eksplisit ia berlandaskan atas prinsip umum. Dalam hukum rasional formal, "karakteristik fakta yang relevan secara hukum diungkap melalui analisis makna yang logis." Dengan demikian, "konsep-konsep hukum yang pasti dalam bentuk peraturan-peraturan yang amat abstrak pun dirumuskan dan diterapkan."[27] Sistem hukum rasional bersifat universalistik; sistem hukum irasional bersifat partikularistik. Sistem hukum rasional mengarah pada kontrak, bukan pada status.[28] Weber tidak menyatakan secara terus-terang bahwa yang rasional lebih baik dari yang irasional atau bahwa yang irasional merupakan bentuk keadilan yang lebih rendah. Bagaimanapun juga, yang irasional, karena tidak memiliki prinsip dan kepastian konseptual, tidak menghasilkan hukum yang jelas dan bisa diprediksi; karenanya, hal itu mungkin tidak sesuai dengan dunia modern yang sibuk dan birokratis. Karena itu hukum modern bersifat rasional; hukum kuno yang pra-modern dan primitif bersifat irasional atau paling tidak bertempat lebih rendah pada skala rasionalitas.

Kesepakatan umumnya adalah bahwa, dalam pengertian tertentu, hukum modern bersifat lebih "rasional" daripada hukum kuno. Talcott Parsons maju selangkah lebih ke depan; ia melihat rasionalitas hukum sebagai sebuah sebab atau prasyarat modernisasi, bukan sebagai akibatnya. Menurut Parsons, sebuah sistem hukum yang universalistik amat "penting artinya bagi berlangsungnya evolusi lebih jauh lagi" pada masyarakat – sebuah "universalitas evolusi."[29] Ini berarti bahwa "alih-alih muncul hanya sekali," "berbagai sistem yang beroperasi dalam kondisi yang berlainan cenderung akan terus menemuinya," seiring kemajuan yang mereka alami dari satu tahapan ke tahapan lainnya. Di bagian lain dari tulisan yang sama, Parsons mendefinisikan sebuah universalitas sebagai sebuah "kompleksitas struktur dan proses-proses perkembangan yang jalinannya akan meningkatkan kemampuan adaptasi jangka panjang dari sistem-sistem yang hidup pada tahapan tertentu, di mana hanya sistem yang bisa mengembangkan kompleksitas saja yang bisa mencapai level lebih tinggi dalam hal kemampuan adaptasi umumnya." Sebuah "sistem hukum general" tergolong dalam universalitas semacam itu. Parsons mendefinisikan sebuah sistem hukum general sebagai sebuah "sistem terpadu yang

terdiri atas norma-norma universalistik, yang bisa diterapkan pada masyarakat sebagai satu keseluruhan alih-alih pada beberapa sektor fungsional atau segmental saja, yang amat umum dalam hal prinsip dan standar-standarnya, dan relatif independen dari lembaga-lembaga keagamaan yang melegitimasi tatanan normatif masyarakat dan independen dari kelompok-kelompok kepentingan dalam sektor operatif, terutama pemerintah." Ciri-ciri yang tersirat dari definisi ini, secara keseluruhan, adalah ciri-ciri *formal* hukum; untuk sebagian besar, hal tersebut juga merupakan variasi dari tema yang disebut oleh Weber sebagai *rasionalitas formal.*

Lebih baru lagi, Marc Galanter mencoba mendefinisikan apa yang membuat sebuah sistem hukum menjadi "modern."[30] Ia mengemukakan sebelas ciri yang menurutnya membentuk "gugusan ciri khas yang menandai sistem-sistem hukum masyarakat industri pada abad terkini."[31] Norma-norma hukum modern bersifat "seragam dan berlaku sama dalam penerapannya"; peraturan yang sama berlaku pada semua orang dalam masyarakat. Hukum modern juga "transaksional." Hak dan kewajiban muncul dari "transaksi"; hak dan kewajiban tidak "mengumpul dalam gugusan-gugusan abadi" yang melekat pada seseorang karena kelahiran atau kedudukannya. Sistem hukum bersifat hierarkhis atau birokratis; ia memiliki rantai perintah yang teratur. Sistemnya "rasional," artinya hal itu bisa dipelajari. Masyarakat menghargai peraturan-peraturan hukum, karena semua itu berguna—"instrumental ... untuk menghasilkan tujuan yang dipilih secara sengaja." Seiring makin kompleksnya sistem hukum, para profesional mengelola hukum; para pengacara menggantikan "lembaga-lembaga yang hanya bersifat umum." Sistemnya "bisa dirubah"; sistem tidak mengandung sifat "tetap yang suci." Ia juga bersifat "politis," yakni, terkait dengan negara yang memegang monopoli atas hukum. Pada akhirnya, fungsi-fungsi legislatif, yudisial, dan eksekutif "terpisah-pisah dan terbedakan" dalam hukum modern.

Richard Schwartz dan James C. Miller[32] menggunakan data antropologis dalam usaha mereka menemukan pola evolusi hukum. Dengan mengambil bahan-bahan yang berasal dari lima puluh satu masyarakat, mereka menunjukkan bahwa dimungkinkan untuk "memeringkat" perkembangan institusi-institusi hukum. Ada empat peringkat. Sebagian masyarakat yang menempati tempat terendah dari empat peringkat tersebut tidak memiliki polisi, pengacara (penasihat hukum), dan bentuk-bentuk mediasi. Kelompok tertinggi memiliki ketiganya. Kelihatannya masyarakat pertama-tama mengembangkan mediasi, kemudian polisi, dan akhirnya

penasihat hukum. Tidak ada masyarakat yang memiliki penasihat tetapi tanpa mediasi dan polisi; hampir tidak ada masyarakat yang memiliki polisi namun tanpa mediasi. Hanya ada tujuh masyarakat dalam sampel (termasuk Imperium Romawi, Czechoslovakia, dan Inggris pada masa Elizabeth) yang beralih ke tahapan "penasihat hukum." Sebagian besar dari lima puluh satu masyarakat tersebut tidak mengenal tulisan. Walhasil, meskipun studi tersebut menarik, tetapi hanya memperlihatkan sedikit segi evolusi hukum dalam periode-periode sejarah. Pada intinya, Sir Henry Maine membahas segi-segi yang terabaikan oleh Schwartz dan Miller.

Philip Selznick mengemukakan sebuah teori lanjutan mengenai apa yang bisa kita sebut sebagai evolusi-mikro – bagaimana "hukum" berkembang dalam organisasi-organisasi alih-alih, atau selain, dalam masyarakat secara keseluruhan. Menurut Selznick, tujuan pokok sebuah sistem hukum atau subsistem hukum adalah "legalitas."[33] "Legalitas" tidak ada dalam sebuah sistem jika peraturan-peraturannya dibuat "secara sewenang-wenang," yakni, tanpa konsultasi dengan "kepentingan-kepentingan yang sesuai," di mana tidak ada "hubungan yang jelas antara peraturan yang diumumkan dengan tujuan resmi yang hendak dicapai," dan di mana peraturan-peraturan "mencerminkan kebijakan yang tidak beraturan," "didasarkan atas ketidaktahuan atau kekeliruan," dan "tidak mengandung prinsip kritik bawaan." Ada satu tahapan yang lebih tinggi, yang disebut oleh Selznick sebagai "keadilan formal," di mana sistemnya bersifat birokratis dan legalistik. "Keadilan formal" merupakan sebuah perbaikan namun masih mengandung legalitas penuh. Ketika tingkatan langka tersebut tercapai, hukum memusatkan diri pada "penyelesaian masalah" yang sesungguhnya, "dituntun oleh komitmen kepada rasionalitas, otonomi personal, dan cita-cita sosial yang bersifat umum."[34] Seluruh bagian masyarakat bisa bergerak naik ke peringkat legalitas, begitu pula bagian-bagiannya, dan dinamika yang sama bisa juga berlangsung dalam "sistem hukum" sebuah pabrik, sekolah, rumah sakit, atau penjara, selain dalam sebuah negara sebagai satu keseluruhan.

Selznick memperoleh dukungan, atau paling tidak analogi, untuk teorinya dari literatur yang membahas tentang "kemajuan moral" pada anak-anak. Sebagian peneliti mengklaim bahwa anak-anak melewati tahapan-tahapan tertentu ketika mereka mempelajari peraturan-peraturan. Setiap tahapan memiliki sendiri gaya argumen dan penilaian tentang perilaku moral.[35] Bahkan anak-anak yang sangat kecil pun paham bahwa jika mereka tidak berperilaku dengan baik mereka bisa dihukum. Anak-

anak yang lebih besar berpegang pada ide yang lebih canggih: konsep hukum dan ketertiban. Peraturan harus ditaati bukan karena risiko hukuman, melainkan karena masyarakat akan kacau tanpa ada peraturan. Masa-masa selanjutnya, sebagian anak belajar dan berpegang pada "prinsip-prinsip moral yang lebih otonom."[36] Dalam sebuah studi terkini, anak-anak dari berbagai umur diminta untuk mengomentari pendapat mengenai hukum tertentu bagi sebuah masyarakat imajiner yang baru dibentuk di sebuah pulau terpencil. Hukum tersebut menyatakan bahwa, "orang-orang yang berusia lebih dari empat-puluh lima tahun diharuskan untuk melakukan pemeriksaan kesehatan setiap tahunnya"; dan bahwa "orang-orang [harus] mengecat rumah mereka paling tidak sekali setiap lima tahun." Hanya 4 persen dari kelompok anak usia sebelas tahun yang berpendapat bahwa pemeriksaan kesehatan mungkin "melanggar kebebasan individu"; angka ini naik menjadi 30 persen pada anak-anak berusia delapan belas tahun. 83 persen anak usia sebelas tahun menerima hukum tersebut tanpa bersikap kritis, dan hanya 41 persen anak usia delapan belas tahun yang bersikap demikian.[37]

Kita bisa tergoda untuk menyorotkan hasil-hasil ini pada layar yang lebih luas lagi. Jenis-jenis hukum tertentu dan sikap-sikap tertentu terhadap hukum lebih "primitif," lebih "kekanakan"; yang lainnya lebih "dewasa" atau lebih "maju." Dengan demikian ada semacam gerak kemajuan alamiah atau evolusi dalam kehidupan sosial dan dalam hukum.

Namun kita perlu hati-hati di sini. Evolusi *penilaian* moral di kalangan anak-anak tidak selalu membuktikan atau memprediksi *perilaku* hukum di kalangan orang dewasa. Selain itu, studi-studi tersebut menguji sikap anak terhadap sekelompok proposisi yang sempit cakupannya. Bagaimana kita bisa tahu bahwa hal-hal tersebut merupakan sampel yang tepat dari semesta proposisi hukum? Banyak norma, peraturan parkir, misalnya, yang barangkali tetap berada pada level untung rugi yang bersifat "primitif"; dalam kehidupan orang dewasa, norma-norma mengenai pembunuhan dan pemerkosaan mungkin semakin diboboti oleh ide-ide moralitas dan tradisi.[38] Argumen dasar buku ini adalah bahwa norma-norma dan peraturan-peraturan sangat beragam jenisnya. Mereka muncul dalam paket-paket yang berlainan, didukung oleh cap-cap legitimasi yang berlainan, dan diberlakukan melalui teknik-teknik yang kadarnya berlainan.

Selznick sepertinya meyakini adanya satu pola legalitas yang terbaik, yang sesuai untuk semua institusi, paling tidak bila institusi tersebut cukup besar dan kompleks. Keyakinan itu adalah asumsi belaka, tidak lebih.

Keyakinan itu juga tidak memiliki landasan empiris. Sesungguhnya, jika persoalannya memang sepasti itu, jika "legalitas" merupakan proses otomatis, bukan hasil pergulatan berkesinambungan, kita tidak perlu ada yang mendorong orang-orang dan institusi untuk bergerak ke arah tujuan ini; teori tersebut sebenarnya lebih bersifat deskriptif alih-alih normatif.

TEORI-TEORI EVOLUSI: BEBERAPA MASALAH

Teori-teori evolusi mengidap sejumlah masalah umum dan khusus. Salah satunya adalah fenomena yang mereka kaji. Teori-teori tersebut cenderung untuk mengambil bukti dari bagian-bagian hukum yang paling formal. Sulit untuk melakukan hal yang sebaliknya. Perilaku informal mudah musnah, seperti jaringan lunak pada hewan-hewan; para sejarawan, seperti para paleontolog, harus mengandalkan tulang-belulang. Tipologi Weber dibangun terutama dari pemikiran hukum formal. Hukum lalu lintas London atau Munich tentu saja termasuk bagian dari sistem hukum Inggris atau Jerman. Namun demikian, semua itu tidak "rasional" dalam pengertian Weber, juga Weber tidak banyak memberikan perhatian padanya. Jika kita mengamati sistem-sistem hukum secara keseluruhan, garis batas antara hukum modern dan non-modern sebenarnya tidak jelas. Hukum modern jelas lebih birokratis, tidak cenderung pada unsur magis dan ritual, tetapi apakah lebih "rasional" dibanding hukum kuno seperti pengertian Weber?

Kaidah umum Sir Henry mengenai pergerakan dari status menuju kontrak mengandung aroma khas liberalisme abad kesembilan-belas. Dalam masa pemerintahan yang aktif seperti sekarang, sebagian dari kita melihat adanya gejala "kembali ke status." Abad setelah masa Sir Henry nyaris tidak bergerak menuju arah kontrak bebas. Ekonomi-ekonomi terencana nampaknya tidak begitu "kontraktual" dibandingkan Inggris pada masa Victoria. Dengan begitu apakah ekonomi terencana merupakan langkah berikutnya dalam evolusi hukum? Dalam negara-negara kesejahteraan modern, termasuk Skandinavia atau Inggris, memang belum ada gejala kembali ke status dalam pengertian harfiah, namun slogan "kontrak bebas" nyaris tidak menandai situasi yang ada. Manfred Rehbinder menunjukkan bahwa titik fokus hukum modern bukan status melainkan peranan. Individu yang dijunjung pada abad kesembilan belas telah mati; yang menggantikan kedudukannya adalah pemain peran, manusia yang melakukan interaksi sosial.[39]

Para cendekiawan dalam abad terkini tentu saja tidak bisa melangkah lebih jauh dari data yang ada. Buku *Ancient Law* dimulai dengan pembahasan mengenai kode Romawi yang paling awal. Lempeng Dua Belas adalah sebuah kode, tetapi hal itu tidak mencakup semua hukum Romawi. Pasti sudah ada ketentuan hukum lainnya; Lempeng Dua Belas jelas bukan yang paling pertama, pasti ada hukum sebelumnya yang telah hilang. Pengetahuan baru telah memunculkan keraguan terhadap asumsi-asumsi faktual Durkheim dan Maine. Para antropolog modern telah meninggalkan teori patriarkhal,[40] dan studi-studi lapangan tidak mendukung tesis Durkheim bahwa hukum masyarakat sederhana cenderung bersifat "pidana."

Masalah paling umum bagi para teoretisi evolusi adalah masalah sebab dan akibat. Sebagai contoh, bagaimana kita akan memahami sebelas ciri yang dikemukakan Galanter? Apakah semua itu merupakan sebab atau akibat? Jika sebuah sistem hukum memiliki ciri-ciri ini, atau menggunakannya, atau memiliki kombinasi tertentu, apakah dengan demikian standar kehidupannya meningkat? Apakah industrinya berkembang, apakah angkatan bersenjatanya termodernisasi, apakah kebijakannya menjadi lebih demokratis? Jika memang ada, apa konsekuensi-konsekuensi sosialnya? Tidak ada jawaban yang jelas, dan dimungkinkan sepenuhnya bahwa ciri-ciri tersebut adalah akibat belaka. Ketika masyarakat mengalami modernisasi, masyarakat tersebut cenderung untuk membentuk ulang hukumnya melalui sebelas cara ini. Ada kemungkinan juga bahwa ciri-ciri tersebut tidak terkait sama sekali dengan modernisasi, korelasinya semu saja. Negara-negara di mana orang mengenakan dasi pada umumnya lebih kaya daripada negara-negara di mana orang tidak mengenakannya, namun kita tidak bisa memodernisasi sebuah negara dengan mengubah pakaian para penduduknya.

Pada pokoknya, para teoretisi jarang mengkaji secara tuntas persoalan sebab dan akibat ini. Parson, misalnya, bersikukuh bahwa sistem hukum Inggris adalah "prasyarat fundamental" bagi modernisasi, bahwa "bukan kebetulan" bila Revolusi Industri bermula di sana.[41] Akan tetapi ia tidak mengemukakan satu pun bukti.

Tidak adanya teori umum telah mempermalukan *seluruh* skema evolusi hukum. Ini adalah kegagalan yang serius. Mekanisme apa yang membangkitkan perkembangan hukum? Mengapa kita harus membayangkan bahwa perkembangannya berjalan dalam satu arah? Akan lebih masuk akal bila kita mengasumsikan bahwa tipe-tipe sistem hukum akan berbeda sesuai dengan tipe sistem sosial di mana sistem hukum tersebut melekat. Jika

faktor-faktor A, B, dan C menciptakan sebuah sistem hukum dari tipe X, maka kita bisa memperkirakan akan adanya sistem hukum tipe X kapan saja ada faktor A, B, dan C, apa pun periodenya. Dalam pembahasan tentang penalaran hukum, misalnya, kami mengemukakan bahwa kondisi-kondisi tertentu akan menghasilkan sebuah sistem penalaran tertutup jika saja semua kondisi itu ada. Sistem terbuka dan sistem tertutup muncul dan lenyap dalam masyarakat seiring datang dan perginya faktor-faktor yang memunculkannya.

Evolusi hukum berpegang pada semacam anggapan tentang kemajuan dan bahwa hal itu berlangsung dalam satu arah: tertata dan berurutan. Tidak diragukan bahwa sistem-sistem hukum memang berubah dan bahwa masa lalu tidak pernah terulang. Sejarah hukum tidak berputar balik. Hukum orang-orang Yunani dan Romawi sudah mati. Namun demikian, secara keseluruhan teori evolusi tidak memperhatikan detail-detail; ia membahas perubahan menurut satu, dua, atau beberapa ciri abstrak saja. Urutan teratur dalam satu arah yang diasumsikan oleh banyak teoretisi mungkin sekali tidak pernah terjadi. Seiring perjalanan waktu, sistem-sistem menjadi legalistik, tersentralisasi, penuh dengan perkara, berayun ke depan dan belakang. Masyarakat-masyarakat yang kompleks memiliki sejarah yang kompleks pula. Hukum Rusia, misalnya, berganti dari hukum tsar menjadi legalitas revolusioner, legalisme NEP (New Economy Policy) pada awal tahun 1920-an, teror Stalinisme yang tanpa hukum, dan kemudian lahirnya kembali sebagian formalisme hukum. Dalam banyak segi, sejarah memberikan banyak pelajaran, namun sejarah ternyata tidak menguatkan ide evolusi satu arah. Dalam faktanya, hal yang sama juga berlaku pada jalur-jalur perubahan di sistem nasional manapun atau kelompok sistem manapun. Akan tetap sama bila kita mengamati periode waktu yang lebih panjang.

Evolusi-mikro mengandung masalah yang serupa. "Hukum" institusi-institusi tidak bergerak hanya dalam satu arah. Sistem-sistem bergeser dari kategori ke kategori, ke depan dan ke belakang, masuk dan keluar. Jika kita mengamati, bukan saja pengadilan, tetapi *segenap* sistem hukum, semua produk hukum, peraturan-peraturan, semua institusi yang menggunakan atau menjalankannya, kita akan melihat bahwa hukum Amerika dan Inggris, juga negara-negara lainnya, amat mungkin lebih ketat, formal, dan rutin dibandingkan keadaannya dua atau tiga abad yang lalu. Sistem-sistem hukum dewasa ini memang *harus* formal dan rutin. Wilayah-wilayah yang "terbuka" memang penting, namun tidak bisa ada terlalu banyak

hal tersebut. Ini sudah merupakan keperluan yang jelas dalam masyarakat modern. Cek bank harus distandardisasi; akan ada terlalu banyak ragam cek kalau individualitas ditenggang. Pelanggaran parkir tidak bisa dipertengkarkan satu demi satu. Masa yang akan datang mungkin akan terus berlangsung seperti jalur yang tengah ditempuh sekarang ini atau berbelok ke arah yang amat tidak terduga. Siapa yang bisa mengatakan tipe tatanan apa yang paling bagus untuk semua masyarakat yang ada ?

Bahkan asumsi-asumsi normatif dalam evolusi-mikro pun bisa dipertanyakan. Handler dan Hollingsworth menulis bahwa "distribusi manfaat secara diskresioner" merupakan "masalah paling liat dan serius dalam pemerintahan negara kesejahteraan."[42] Salah satu saran yang diajukan adalah dengan mengganti keadaan tanpa format dengan format tertentu, mengurangi kebebasan menafsirkan dan diskresi, dan memberlakukan peraturan-peraturan yang lugas. Mereka berpendapat, dan banyak pihak yang sepakat, bahwa di sini sebuah sistem yang lebih mekanis akan lebih adil daripada sebuah sistem di mana para pekerja sosial menilai dengan cermat dan rasional masing-masing kasus tertentu.[43] Hal ini tidak dengan sendirinya meruntuhkan apa yang dikemukakan oleh Selznick. Selznick bisa berargumen bahwa sistem peradilan anak-anak yang lama, terlepas dari retorikanya, adalah sistem yang rendah legalitasnya. Para hakim dan pekerja sosial bertindak secara sewenang-wenang; para tersangka muda itu tidak berperan serta secara sesuai; peraturan-peraturannya bias dan kacau. Inilah sebabnya mengapa legalitas formal mengandung keunggulan yang pasti. Masalahnya, sulit bagi kita untuk membedakan tahapan "sewenang-wenang" dari tahapan legalitas otonom yang bermoral dan penuh pertimbangan. Terkadang keduanya terlihat begitu mirip. Proses yang bagi seseorang dipandang "sewenang-wenang" bisa jadi merupakan solusi yang otonom dan penuh pertimbangan bagi orang lainnya.

Apakah "legalitas," dalam pengertian Selznick, selalu merupakan hal yang bernilai? Tahapan yang tertinggi tidak pelak lagi akan lebih mahal harganya daripada formalisme – dari segi uang dan waktu. Akankah hal itu benar-benar lebih baik dari penanganan denda parkir yang serampangan? Tidak diragukan lagi bahwa hal itu memang akan lebih baik untuk digunakan mengadili pembunuh. Terkadang ada alasan kuat untuk tidak mengemudikan sebuah perahu, mengelola sebuah universitas, atau bahkan sebuah negara dengan "legalitas" yang ketat. Tidak diragukan lagi bahwa memang ada banyak keperluan akan legalitas, tetapi keperluan itu bisa dan seringkali terlampaui.

Jika kita meninggalkan teori-teori evolusi hukum, tidak berarti kita harus berhenti menarik garis perbedaan antara berbagai tipe sistem hukum. Tidak seorang pun yang bisa mengacaukan antara *muatan* hukum Inggris modern dengan hukum masa Edward I, atau hukum kaisar Augustus, atau hukum kaum Lozi. Tidak satu pun dari yang tersebut yang memiliki hukum perkeretaapian atau peraturan mengenai penyadapan telepon. Setiap alat dan teknik baru, setiap jenis organisasi sosial yang baru, akan membawa serta perubahan tertentu pada norma-norma hukum. Dalam hukum, terlepas dari pernyataan Maitland mengenai hukum, substansi menjadi sektor penuntun; prosedur dan format akan mengikuti substansi dan muncul untuk memenuhi tujuan substansi.

Apakah hukum modern juga berbeda dari segi *struktur*? Di permukaan, hal ini nampak benar. Birokrasi menjadi ciri khas negara dan hukum pada masa sekarang; pemerintah mengatur bisnis dengan amat teliti dan membagikan milyaran dolar untuk tunjangan kesejahteraan. Dalam masyarakat modern dan teknologis, hukum harus lebih bersifat pasti, formal, dan "legal" dengan lebih sedikit ruang untuk norma-norma akal sehat dibandingkan, misalnya, hukum pada kaum Lozi. Kemungkinan tidak ada aspek struktural yang mutlak baru pada hukum modern, kecuali berupa perpaduan antara yang lama dan yang baru.

Barangkali perbedaan terbesar antara hukum modern dan non-modern bersifat kultural. Kita telah membahas pergeseran dalam teori-teori legitimasi dari yang tradisional ke yang instrumental. Weber memandang bahwa hukum Barat lebih rasional daripada sistem-sistem lainnya. Ia menggunakan perkataan itu dalam pengertian khusus. Mengenai apakah hukum modern bekerja lebih baik daripada hukum kuno akan bergantung pada tujuan sistem hukumnya. Dimungkinkan bahwa sistem-sistem kuno mampu merekatkan masyarakat mereka lebih baik daripada yang dihasilkan oleh hukum Meksiko atau hukum Swedia dewasa ini atau bahwa mereka jelas-jelas lebih baik dalam hal memuaskan kebutuhan masyarakatnya. Mengenai persoalan apakah hukum modern bersifat rasional atau tidak, orang-orang berpendapat bahwa hal itu memang sudah demikian adanya atau, yang lebih penting, bahwa hal itu memang sudah seharusnya.

GERAK EVOLUSI PERATURAN-PERATURAN

Setiap perubahan hukum merupakan peristiwa sejarah yang unik. Kekuatan-kekuatan sosial, sejarah, dan kultur terus-menerus mempengaruhi

sistem hukum, mengubah peraturan-peraturan hukum; atau memperlambat, memolakan, dan menghaluskan perubahannya. Setiap perubahan hukum memiliki sejarah kehidupannya sendiri. Namun jelas ada pola-pola umum tertentu – jalur-jalur yang cenderung untuk ditempuh oleh perubahan hukum.[44]

Peraturan-peraturan hukum nampaknya terus berubah. Hal ini tidak mengherankan; perubahan sosial itu sendiri berlaku merata di mana-mana. Para pembuat peraturan bekerja di dalam institusi-institusi, mereka menerima tuntutan-tuntutan, dan mereka meresponnya. Selain itu, institusi-institusi juga berinteraksi satu dengan lainnya. Orang-orang yang bekerja di dalamnya memiliki atasan dan bawahan. Mereka ingin tugas mereka terlaksana dengan baik; mereka memiliki nilai-nilai; mereka ingin memenuhi tuntutan yang dihadapkan pada mereka dari dalam dan dari luar, agar mendapat pujian, dan agar terhindar dari masalah dan celaan sebisa mungkin. Mereka ingin melindungi pekerjaan mereka; sebagian juga ingin mempertahankan atau meluaskan kekuasaan mereka.

Institusi-institusi hukum juga memiliki batas-batas. Masyarakat menetapkan batas-batas atas jurisdiksi dan otoritas mereka. Terkadang batas-batas ini kabur; terkadang lebih jelas. Betapa pun juga, kebanyakan institusi hukum tunduk pada semacam pengawasan, semacam kekuatan, batasan tertentu mengenai cakupan kerja tertentu. Batas-batas tersebut ditentukan oleh hukum, adat istiadat, opini publik, terkadang bahkan oleh unsur-unsur fisik. Ada keraguan tertentu mengenai persisnya lokasi batas-batas itu. Sebagian institusi tidak begitu mampu beradaptasi dibandingkan yang lainnya; sebagiannya memiliki lebih sedikit ruang untuk mencari kekuasaan baru atau untuk memenuhi tuntutan-tuntutan baru. Kemampuan beradaptasi bisa merupakan persoalan di tingkat personel – orang-orangnya kaku atau luwes, penghindar risiko atau pencari risiko. Bagaimanapun juga, yang lebih penting artinya adalah konsep mengenai otoritas legitimasi, yang didefinisikan secara sosial oleh publik untuk lembaga; hal itu mengelilingi setiap lembaga seperti sebuah pagar gaib yang beraliran listrik. Tentu saja sebagian dari pagar ini lebih mudah dipindah-pindah dan lebih luwes daripada yang lainnya.

Apa yang dilakukan para birokrat dan hakim adalah tindakan hukum, dan seperti berbagai tindakan hukum lainnya, semua itu merupakan respon atas berbagai motif. Sebuah pengadilan rendah yang memutuskan apakah hendak mengubah peraturan atau tidak, akan mempertimbangkan kemungkinan sanksi-sanksi (pengadilan tinggi mungkin akan memberikan

teguran, atau bisa jadi ada sanksi dari lembaga-lembaga pemerintah lainnya); apa kata publik, termasuk pihak yang berperkara; dan apa kata nurani para hakim itu sendiri, hasil pendidikannya, pemahamannya mengenai tindakan yang benar atau peranannya atas kasus tersebut. Setiap lembaga, entah itu pengadilan, petugas polisi, atau Securities and Exchange Commission (Badan Pengawas Pasar Modal), akan bertindak menurut tekanan dari tiga kelompok faktor ini. Peraturan-peraturan yurisdiksi tidak lain adalah perwujudan dari hal-hal tersebut dalam bentuk konkret.

Sebuah lembaga mengeluarkan peraturan-peraturan dan keputusan-keputusan. Lembaga yang membuat peraturan cenderung lebih penting daripada lembaga yang hanya membuat keputusan. Bila lembaga membuat keduanya, mereka cenderung untuk merasa bahwa peraturan-peraturan mereka lebih penting daripada produk-produk mereka yang lain. Peraturan bisa bersifat objektif dan diskresioner.[45] Sebuah peraturan tergolong objektif bila isinya lugas dan tidak mendua. Sebuah peraturan diskresioner hanya bisa terlaksana sesudah melalui penggunaan pertimbangan. Kita tidak mungkin menarik garis batas yang tegas dan kukuh di antara kedua tipe peraturan tersebut. Sebuah peraturan yang menyatakan bahwa seseorang boleh memilih pada usia delapan belas, sudah kami katakan, relatif bersifat objektif; sebagai perbandingan, sebuah peraturan yang menyatakan bahwa pengemudi mobil bertanggung jawab atas kerugian yang "disebabkan" oleh "kelalaiannya" bersifat diskresioner.

Sistem hukum, pada saat-saat tertentu, memunculkan peraturan-peraturan baru dan mengubah bentuk dan isi peraturan-peraturan lama. Sebagian peraturan lama bersifat diskresioner; sebagian lainnya tidak. Perubahannya juga berlangsung dalam dua arah. Segmen tertentu yang vital dari sistem hukum bergerak ke arah pengurangan ketidakpastian. Mereka yang menjalankan peraturan ingin agar pengadilan atau lembaga-lembaga lainnya mendefinisikan peraturan lebih jauh lagi, membuatnya lebih pasti, menurunkan risiko dan biaya yang berasal dari ketidakpastian. Pada saat yang sama, tekanan-tekanan baru memadati sistem hukum; tuntutan-tuntutan ini menjebol peraturan-peraturan yang telah mapan dan memunculkan ketidakpastian. Peraturan-peraturan diskresioner muncul di tempat-tempat yang dulunya terdapat peraturan-peraturan objektif. Peraturan-peraturan diskresioner tidak stabil. Kemudian semua itu terdorong ke arah kekhususan (*specificity*) lebih jauh lagi. Namun, bila tidak ada orang yang menentangnya, sebuah wilayah peraturan objektif yang mapan kemungkinan besar akan tetap stabil.

Para pembuat dan pelaksana hukum menghabiskan banyak waktu mereka untuk melakukan perbaikan, pemilahan, dan penjelasan atas peraturan-peraturan umum. Untuk sebagian, hal tersebut disertakan dengan peraturan-peraturan itu sendiri (seringkali berupa undang-undang), sebagian lagi dibuat oleh lembaga-lembaga yang diberi delegasi dan wewenang membuat sub-subperaturan. Regulasi pabrik pada abad kesembilan belas diawali oleh peraturan-peraturan perundangan yang kabur; para majikan diharuskan untuk menjaga "keselamatan" tempat kerja. Seorang pekerja bisa menggugat majikannya, jika pabrik si majikan tidak aman untuk bekerja dan si pekerja menderita luka. Akan tetapi "selamat atau aman" adalah konsep yang kabur, dan proses untuk mencari tahu apakah seorang pekerja memiliki alasan untuk menggugat pun menjadi mahal dan tidak pasti. Pemberlakuan serius baru dimulai ketika negara-negara bagian membentuk lembaga khusus yang mengatur keselamatan kerja di pabrik-pabrik.[46] Lembaga-lembaga tersebut memberlakukan peraturan-peraturan. Sebagian peraturan bercorak diskresioner; yang lainnya amat spesifik. Lembaga mungkin menentukan secara spesifik bahwa sebuah pabrik dipandang "aman" hanya jika memiliki sistem pemadam api, lantai yang tahan api, jendela dengan jenis dan ukuran tertentu, dll. *Undang-undang*-nya bisa tetap amat diskresioner asalkan sub-subperaturannya objektif.

Jika *rutinitas* penting, berarti dibutuhkan sekali peraturan-peraturan yang objektif, dan rutinitas terkait dengan volume. Transaksi-transaksi yang mengalir melalui sebuah sistem dalam jumlah besar harus distandardisasi. Para pengguna peraturan bisa berpijak pada peraturan-peraturan dan memprediksi bagaimana sistem akan beroperasi.

Semua ini merupakan syarat-syarat umum, dan semua itu menunjukkan bahwa peraturan-peraturan hukum yang hidup akan *bergerak menuju objektivitas* sebagai bagian dari daur hidupnya. Sebuah peraturan disebut hidup jika para konsumen hukum menggunakannya, jika ia diterapkan dalam perilaku nyata oleh lembaga tertentu, atau jika ia mendapat penentangan dan kontroversi. Peraturan-peraturan yang hidup cenderung berbentuk mekanis dan kuantitatif. Mereka memiliki titik sandar teoretis yang sepenuhnya kuantitatif atau mekanis. Sebuah peraturan mencapai titik ini dengan salah satu dari dua cara. Pertama, para pembuat peraturan yang berada di bawah tekanan mungkin dengan sendirinya memodifikasi peraturan menjadi bentuk kuantitatif, mengganti semua ketentuan diskresioner. Cara lainnya adalah dengan memecah sebuah peraturan yang

kabur menjadi beberapa bagian kuantitatif. Dengan begitu, hukum bisa secara prismatis memecah sebuah peraturan mengenai keselamatan kerja di pabrik menjadi sub-subperaturan mengenai ukuran jendela, daya beban lantai, dan seterusnya.[47]

Semakin *kuantitatif* peraturan, semakin ia terarah pada penerapan atau penggunaan mekanis. Peraturan objektif adalah peraturan yang secara umum mengandung ketentuan-ketentuan bilangan. Ini tidak berarti bilangan angka merupakan hal yang ajaib, namun dalam masyarakat kita, konsep angka termasuk di antara konsep yang paling mekanis dan objektif. Sebuah kata memiliki makna objektif bila setiap orang sepakat dengan maknanya, bila tidak ada kontroversi mengenai cakupannya. Orang-orang sepakat bahwa dua belas buah jeruk sama dengan satu lusin jeruk, dan mereka sepakat mengenai berapa banyak dua belas jeruk itu. Mereka juga sepakat mengenai apa yang dimaksud dengan sebuah jeruk. Mereka mungkin tidak sepakat mengenai rasa, nilai, atau keindahan dari satu lusin jeruk tersebut; atau mengenai berapa buah jeruk bisa dipandang "banyak" atau "cukup." Makna dari kata berusia delapan-belas-tahun jauh lebih pasti daripada kata "cukup tua" atau "matang" atau "dewasa."

Banyak peraturan yang bersifat kuantitatif, sungguhpun tidak ada bilangan angka yang muncul secara jelas di dalam teksnya. Istilah *tidak satu pun* termasuk istilah kuantitatif. Sebuah peraturan yang memuat secara lugas kata tidak berarti kuantitatif; ketentuan angkanya adalah nol. Ini merupakan tipe umum dari sebuah peraturan yang bisa kita sebut sebagai *peraturan penolakan*. Mahkamah Agung pernah memutuskan bahwa tidak satu pun kasus yang menentang penjatahan distrik pemilihan umum yang akan diterima gugatannya. Ini adalah peraturan penolakan. Hal itu objektif dan kuantitatif. Kebalikan dari peraturan penolakan adalah *peraturan penerimaan*. Sebuah peraturan penerimaan juga bersifat kuantitatif. Di sana terkandung atau tersirat kata "semua"; dan sebuah proposisi dengan kata "semua" bisa dibalik dan dikatakan dengan cara lain menjadi sebuah peraturan dengan kata "tidak." Dengan begitu, peraturan yang menyatakan bahwa pengadilan harus menerima semua kasus banding dengan ancaman hukuman mati bisa dikatakan dengan cara lain sebagai peraturan bahwa tidak satu pun kasus banding dengan ancaman hukuman mati yang bisa ditolak oleh pengadilan.

Tentu saja sebuah peraturan hukum tidak berubah bentuk dengan sendirinya. "Kecenderungan" peraturan untuk bergerak menuju bentuk kuantitatif bukan berupa perubahan fisik; tidak satu pun unsur bawaan

dalam sebuah peraturan yang mendorongnya ke arah ini. Segala sesuatu bergantung pada kekuatan luar. Kecuali untuk perubahan teknis atau "reformasi hukum" murni, hanya *penentangan* saja yang bisa menghasilkan perubahan peraturan.[48] Banyak proposisi hukum, peraturan-peraturan lama, undang-undang lama, dan doktrin-doktrin lama yang tidak pernah sampai mendapat penentangan atau interpretasi di depan pengadilan atau lembaga lainnya. Sebagian merupakan peraturan mati; yang lainnya peraturan yang telah disepakati dengan kuat. Di pengadilan, ongkos perkara yang tinggi menjadi tameng yang mengitari banyak peraturan hukum. Semakin tinggi ongkos perkara, semakin sedikit kesepakatan yang dibutuhkan untuk melindungi sebuah peraturan dari penentangan. Lebih banyak orang yang bersedia mengeluarkan uang $100 untuk memperjuangkan sebuah peraturan baru dibandingkan yang bersedia mengeluarkan $1000. Namun demikian terkadang negara mensubsidi penentangan, dan terkadang ada orang yang ingin atau perlu menentang sebuah peraturan sedemikian gigihnya sehingga mereka mau mengatasi halangan apa pun. Tidak ada peraturan yang sepenuhnya stabil dewasa ini, apa pun bentuknya, jika para pengacara publik, atau para kliennya, atau Klub elite Sierra dengan gigih ingin meruntuhkannya. Tidak ada peraturan ganti rugi yang sepenuhnya aman jika berjuta-juta dolar dibelanjakan untuk menggulingkannya, betapa pun kecil kemungkinan hal itu.

Dari segi tertentu, apa yang dikatakan Jerome Frank jelas benar. Hasil dari sebuah perkara hukum tidak pernah pasti. Hasilnya mungkin nampak sudah tertentukan menurut teori hukum. Namun pihak yang berperkara harus selalu menyadari risiko dan hal-hal tidak kelihatan yang mempengaruhi peluang-peluang aktualnya. Risikonya banyak: hakim dan kepribadiannya; juri, jika ada, dan kebiasaannya; keahlian dan kecerobohan pengacara dari kedua belah pihak. Selalu ada kemungkinan bahwa seseorang akan berdalih palsu dengan cara meyakinkan. Selalu ada peluang terjadi kekeliruan dalam persidangan. Fakta-fakta dan bagaimana cara menyajikannya selalu menjadi persoalan; bukti-bukti yang nampaknya sekukuh batu bisa kemudian ternyata tidak diterima karena alasan-alasan teknis.

Persoalan-persoalan yang tergolong amat rutin memiliki unsur ketidakpastian paling sedikit – hutang-piutang, kasus-kasus parkir, perceraian yang disepakati. Persoalan apa pun yang dipersengketakan dengan sungguh-sungguh akan mengandung risiko. Polisi akan "memenangkan" semua kasus parkir mereka, tetapi tidak bila pengendara motor yang gigih tiba

di pengadilan. Hal tersebut akan mengubah gambarannya secara drastis. Persoalan-persoalan yang tidak mengandung risiko tidak diajukan ke pengadilan, dan segala sesuatu yang diajukan ke pengadilan tidak mungkin tanpa risiko. Dengan demikian kita berbicara tentang hasil persidangan dengan kacamata peluang kemungkinan (*probabilitas*), seperti prediksi datangnya hujan. Ketika orang atau kelompok tertentu memutuskan untuk menentang sebuah peraturan, mereka membuat taksiran mengenai ongkosnya. Sebuah penentangan di pengadilan akan membutuhkan uang. Juga ada pertimbangan mengenai hal-hal yang ganjil. Jika kita menentang peraturan ini, atau interpretasinya, mencoba mengakhirinya, atau membelokkannya, atau menguaknya dengan cara baru, seberapa besar kemungkinan kita menang? Sebagian peraturan sangat gamblang dalam pengertian formalnya. Para pengemudi di jalan raya [Amerika Serikat] harus mengemudikan kendaraannya di jalur kanan jalan. Tidak seorang pun yang menentang peraturan ini. Penentangan atas hal ini tidak layak untuk diperjuangkan – tidak ada peluang sama sekali bahwa pengadilan bisa dibujuk untuk mengubahnya. Misalkan seorang pengemudi ditangkap karena mengemudi sambil mabuk di sisi kiri jalan. Secara teoretis pengacaranya *bisa* membuat pembelaan dengan berargumen bahwa peraturan jalannya tidak valid atau bahwa perkataan "kanan" dalam hukum sebenarnya berarti "kiri." Argumen-argumen seperti itu memiliki peluang yang amat kecil untuk berhasil sehingga kita bisa juga menaksirnya pada titik nol. Karena itu tidak seorang pun yang akan menentang peraturan itu.

Dengan begitu kita bisa mengatakan jenis-jenis peraturan apa yang yang lebih kecil kemungkinannya untuk ditentang dan dirubah. Jawabannya, di permukaan, tidak mengejutkan: peraturan-peraturan yang paling mahal biayanya untuk dirubah. Ini termasuk peraturan-peraturan yang, pertama-tama, secara formal bersifat lugas dan yang kedua, dilindungi oleh konsensus sosial yang kuat. Kedua aspek tersebut saling terkait. Andaikan dibutuhkan biaya $1.000.000 untuk mengajukan sebuah kemungkinan penentangan, sementara peluang menangnya satu di antara seribu. Ini akan mencegah setiap orang yang tidak beruang atau setiap orang yang berpikir bahwa perubahannya tidak sebanding dengan harganya. Akan tetapi *mengapa* penentangannya sedemikian mahal ongkosnya? *Mengapa* peluang menangnya sedemikian kecil? Jelas, ongkos penggunaan pengacara, pengadilan, dan proses hukum akan menjelaskan sebagian di antaranya, namun hanya sebagian. Sisanya berasal dari liatnya peraturan. Semakin kuat dukungan sosial terhadap sebuah ketentuan hukum, semakin

mahal dan sulit untuk merubuhkannya. Sebuah peraturan kuantitatif memiliki sumber kekuatan ekstra. Ia ditopang oleh kesepakatan (konsensus) besar mengenai apa yang dimaksud oleh peraturan tersebut. Jika peraturan itu secara prosedur sah (*legitimate*), ia masih memiliki tiang penopang lainnya. Jika, sebagai tambahan, sebagian kelompok yang berkuasa dalam masyarakat mendapat manfaat dari peraturan tersebut, kemungkinan peraturan itu tidak akan bisa digoyahkan sama sekali. Dalam kenyataan, tidak ada hal yang tidak pasti, dan tidak satu halpun yang tidak bisa digoyahkan.

Dengan demikian peraturan-peraturan kuantitatif hanyalah satu kasus khusus dari kategori yang lebih besar, yakni, peraturan-peraturan yang ditopang oleh satu atau lebih tipe konsensus sosial. Jika sebuah undang-undang menetapkan bahwa usia pilih adalah delapan belas tahun, kita hanya akan membuang tenaga saja bila berargumentasi di pengadilan bahwa akan lebih baik bila usia pilihnya adalah tujuh belas, sembilan belas, atau dua puluh lima tahun. Tidak seorang pun yang akan mendengarkan argumennya. Pengadilan akan merasa terikat oleh kata-kata undang-undang. Pengadilan selalu "terikat" oleh hukum; apa yang membuat ungkapan *ini* benar-benar mengikat adalah karena maknanya yang begitu lugas. Namun yang disebut makna lugas hanyalah penggunaan kata-kata tertentu yang maknanya disepakati oleh orang-orang, sehingga hakim tidak bisa mempermainkan "interpretasi"-nya. Kalau tidak pengadilan hanya akan menjadi sebuah forum yang payah tempat orang berusaha mengubah usia pilih; peraturan-peraturan memiliki kekuatan formal yang besar dan legitimasi yang besar. Dalam faktanya, Amerika Serikat memang telah mengubah usia pilih dari dua-puluh satu menjadi delapan belas. Pengadilan tidak memainkan peran apa pun dalam perubahan ini. Pengadilan tidak bisa menggeser usia pilih dari dua puluh satu ke delapan belas, menggeser inchi demi inchi, dari satu kasus ke kasus lain, dengan mengeksploitasi kemenduaan di dalam doktrin. perubahan demikian harus dilakukan melalui serangan fundamental, dengan sebuah kampanye menuntut hukum baru dan amandemen konstitusi (Amandemen Ke-26, diratifikasi pada 1971). Prosesnya mahal dan berliku-liku, tetapi hal itu berhasil.

Sebuah undang-undang yang menetapkan usia pilih diuntungkan oleh konsensus ganda: pertama, berkenaan dengan makna kata-katanya dan kedua, berkenaan dengan bagaimana para hakim harus bereaksi terhadap kata-kata demikian. Betapa pun juga, konsensus substantifnya mungkin goyah – sebagian orang mungkin berpendapat bahwa usia

delapan belas tahun itu terlalu tua atau terlalu muda; sebagian mungkin ingin menyelesaikan masalahnya satu per satu, kasus demi kasus. Jika demikian, peraturannya akan menjadi tidak stabil, namun bukan di pengadilan. Inilah yang persisnya terjadi pada peraturan lama, yang menetapkan usia pilih pada dua puluh satu tahun. Peraturannya berubah – tetapi bukan melalui pengadilan.

Sebaliknya, konsensus yang kuat mengenai sebuah situasi akan melindungi sebuah peraturan atau doktrin sekalipun kata-kata di dalamnya tidak objektif. Oliver Wendell Holmes dalam sebuah tulisan terkenal menyatakan bahwa hak kebebasan berbicara tidak berarti hak untuk berteriak dengan "kata-kata pedas" di sebuah teater yang penuh orang. Namun mengapa? Amandemen Pertama, yang menetapkan hak kebebasan berbicara, tidak mengatakan apa pun mengenai berteriak, kata-kata pedas, atau teater yang penuh orang, begitu juga halnya dengan kasus-kasusnya. Maksud Holmes adalah bahwa opini umum tidak akan memaafkan tindakan semacam itu, mereka tidak akan menganggap hal itu sebagai cara berekspresi yang sah. Pada abad kesembilan belas, tidak ada orang yang secara serius berargumen bahwa hak kebebasan berbicara melindungi pornografi. Saat itu tidak terpikirkan bahwa "kebebasan berbicara" bisa diartikan bahwa orang-orang bisa telanjang di atas panggung.

Sekali lagi, ada tiga jenis konsensus yang mempengaruhi stabilitas peraturan – konsensus mengenai kata-kata, konsensus mengenai peranan institusi, dan konsensus mengenai hasil-hasil. Sebuah peraturan yang ditopang dengan kuat oleh ketiganya akan amat sulit dan mahal untuk dirubah. Barangkali, dari ketiganya, yang terlemah dan paling rentan adalah konsensus mengenai makna kata-kata, paling tidak dalam jangka panjang, dan berkenaan dengan *kata-kata tertentu.* Banyak peraturan yang secara formal kelihatannya lugas tetapi dalam praktiknya kacau balau. Perkara hukum atau penentangan yang berulang-ulang akan memunculkan kompleksitas; makna kata-katanya menjadi tidak sesuai; doktrin-doktrin mencerminkan kebingungan dan kontroversi yang bergolak di dunia luar. Ketidakpastian memicu penentangan lebih lanjut, karena pengalaman menunjukkan bahwa peraturannya memiliki titik-titik lemah, bahwa peraturan tersebut lentur seperti karet. Ambiguitas telah mengambil alih Statute of Frauds yang semula diloloskan di Inggris pada abad ketujuh belas.[49] Teksnya menetapkan bahwa sebagian kategori kontrak tidak berlaku kecuali bila dibuat dalam bentuk tertulis; teks tersebut lugas. Tetapi kalangan bisnis, pengadilan, dan pihak yang berperkara nampaknya tidak

sepakat dengan hal tersebut. Undang-undang tersebut mengedepankan formalitas; secara umum hal ini sesuai untuk praktik perdagangan, namun tidak lazim kalau orang harus menulis memo untuk *semua* transaksi. Pembacaan secara harfiah atas undang-undang tersebut, karena menyalahi kelaziman dan tidak mengacu pada kesepakatan riil atas alasan teknis, terkadang mengarah pada hasil-hasil yang "tidak berimbang." Selama berabad-abad muncul opini-opini yang menyerang undang-undang tersebut; risalah-risalah telah ditulis untuk membahas hukum kasusnya. Makna kata-katanya telah dibelokkan secara radikal.

Pihak yang berperkara biasanya tidak menentang undang-undang lugas yang mendapat dukungan luas. Namun adakalanya, apa pun alasannya, para pihak tersebut merasa perlu mempersoalkan sesuatu dengan menentang apa yang berlaku umum, artinya, mereka menyerang sebuah peraturan yang *secara formal* bersifat lugas dan secara institusional juga stabil. Semua ini biasanya menghasilkan kekalahan, tetapi penentangannya memunculkan semacam ketidakpastian, semacam ketidakseimbangan. Penggugatnya mungkin seorang aneh terasing yang ingin membuang uangnya. Namun jika ia mewakili kekuatan sosial tertentu, tindakannya bisa memberikan pesan bagi publik, memicu perdebatan, mengawali sebuah proses. Jika ada cukup banyak orang yang menyerang sebuah peraturan yang, dalam teorinya, sudah mapan, mereka memiliki peluang bagus untuk menggulingkan peraturan tersebut. Tetapi di sini kita perlu selalu bertanya: *Mengapa* ada begitu banyak orang yang menyerang peraturan mapan ini? Mereka, atau para pengacara mereka, atau keduanya sekaligus, mulai merasakan adanya suasana perubahan tertentu, atau kalau tidak persoalannya sedemikian vital bagi mereka sehingga mereka tidak bisa atau tidak mau melihat "kenyataan." Para pelopor dalam kasus-kasus hak sipil memperlihatkan intensitas ketabahan semacam ini. Biaya pengadilan yang tinggi berlaku sebagai kekuatan konservatif atau, lebih tepatnya, sebagai kekuatan pengarah. Mereka melindungi pengadilan dari hal apa pun kecuali gugatan-gugatan yang dikenal dengan baik. Mereka mengukuhkan peranan pengadilan dengan menunjukkan bagaimana sebenarnya kekuasaan dipegang. Gugatan-gugatan yang tidak dikenal bisa mencuat, namun hanya jika para pembawanya amat gigih, atau jumlahnya amat banyak atau amat berkuasa atau kaya, atau jika perubahannya secara halus meraih kekuatan publik, sehingga secara sekilas bisa dikatakan bahwa saatnya sudah tiba. Ringkasnya, biaya yang ada tidak menutupi semua jalur evolusi, tetapi semua itu menaikkan harga perubahannya.

Ketika peraturan-peraturan yang tidak pasti terus ditentang, muncul respon alamiah berupa upaya mengemas kembali segenap peraturan tersebut dengan cara lebih mekanis, yakni, menjadi lebih objektif. Kami akan mengambil peraturan-peraturan buatan hakim sebagai contoh. Bagaimana sebuah pengadilan bereaksi terhadap penentangan yang tidak lazim? Setiap kasus bisa dipandang sebagai penentangan, namun kebanyakan di antaranya kecil kadarnya. Perkara hukum adalah urusan normal pengadilan. Permintaan akan perubahan biasanya tersamar sebagai perubahan kecil. Kasus-kasus biasa tidak mengancam pengadilan sebagai sebuah institusi.

Namun demikian adakalanya sebuah kasus yang muncul tergolong amat rumit atau baru. Kasus tersebut mungkin mengandung penentangan serius dan memancing atau mengancam timbulnya krisis. Bagaimanapun juga akan ada gunanya bila kita menarik garis batas antara krisis *berulang* dan krisis *yang tidak berulang*. Dua kasus terkenal Mahkamah Agung memperlihatkan apa yang membuat sebuah krisis bisa digolongkan *tidak berulang*. Dalam kasus *Wilson v. Girard*,[50] seorang serdadu Amerika yang bermarkas di Jepang menjaga sebuah senapan mesin. Di dekatnya, di sebuah ladang, para warga sipil Jepang tengah mengumpulkan selongsong peluru bekas. Girard meletakkan sebuah selongsong peluru ke dalam sebuah pelontar granat, menembakkannya, dan mengakibatkan seorang perempuan tewas. Kemarahan besar timbul di Jepang. Menurut perjanjian yang ada, Amerika Serikat bisa bersikeras mengadili Girard di pengadilan Amerika, tetapi pemerintah sebagai respon atas tekanan Jepang melepas jurisdiksinya. Girard mengajukan gugatan ke pengadilan federal, mengklaim haknya atas pengadilan Amerika. Melalui suatu keputusan singkat dan mengena, Mahkamah Agung menolak permintaannya. Unsur politiknya jelas. Setelah itu, Girard diadili pihak Jepang, yang memutuskan ia bersalah, dan memberikan hukuman yang cukup ringan. Insiden tersebut mereda sendiri dalam perjalanan sejarah. Yang dibutuhkan di sini adalah penyelesaian yang sigap dan tegas, dan pengadilan bersedia untuk itu.

Kasus Penyitaan Pabrik Baja yang terkenal pada tahun 1952[51] adalah contoh lain dari krisis yang tidak berulang. Perang Korea tengah berlangsung ketika terjadi pemogokan di pabrik baja. Untuk mengatasi pemogokan tersebut, Presiden Truman menyita industri tersebut. Tindakan ini tergolong berani dan hampir tidak pernah terjadi sebelumnya; hal tersebut memunculkan badai kontroversi. Apakah Truman telah melanggar batas kekuasaannya sebagai presiden? Ini menjadi persoalan pokok

dalam kasus tersebut, yang dengan cepat berpindah ke Mahkamah Agung untuk dipecahkan. Pada satu segi, kasus tersebut membidik tema jantung kekuasaan presiden. Namun dalam kenyataannya, kasus ini menjadi kasus yang tidak berulang. Sebagian presiden pada masa mendatang mungkin akan menyita sebuah industri besar lagi. Jika demikian, ia jelas akan mengutip kasus sebelumnya sebagai preseden (kasus pendahulu). Akan tetapi dalam sistem Amerika, seorang presiden tidak menyita industri dasar setiap hari atau karena alasan yang remeh. Setiap penyitaan akan mensyaratkan situasi yang sulit, gawat, dan istimewa; masing-masing akan tergantung pada masanya; masing-masing akan rentan secara politik. Faktor-faktor ini melunturkan pentingnya arti preseden sampai nyaris pada titik lenyapnya.

Sebuah krisis tergolong tidak berulang apabila hanya sebagian orang atau kejadian tertentu yang memunculkannya. Karena itu, secara paradoksal, banyak krisis yang sama sekali tidak dianggap sebagai krisis oleh pengadilan sebagai institusi. Pengadilan memutuskannya dengan efisien dan dengan cara yang cukup memuaskan. Masyarakat membutuhkan dan ingin agar lembaga tertentu yang sah (*legitimate*) dan tidak berpihak bisa meredakan krisis yang tidak berulang itu. Krisis yang berulang secara institusional jauh lebih serius. Sebuah problema atau persoalan baru mungkin muncul dari latar belakang sosial. Pengadilan mungkin memberikan respon mengiyakan bagi sebagian tuntutan yang baru dan gigih. Kekuatan-kekuatan sosial, yang menyerang dari setiap sisi persoalan, riuh meminta penanganan dan penyelesaian masalah. Ini adalah krisis yang tidak bisa dihapus dengan sekali pukul. Satu kasus akan menyebabkan kasus lainnya.

Pengadilan yang rasional akan berusaha memangkas krisis agar lebih mudah ditangani. Ia akan berusaha membuat peraturan yang bisa menghalau masalah – sebuah peraturan yang bisa ia delegasikan kepada pihak lain. Tentu saja, solusinya harus "benar." Solusi tersebut harus sah dan tepat dalam pandangan pengadilan, dan harus "menyelesaikan" masalah bagi dunia luar. Namun peraturan tersebut harus memiliki format yang benar pula. Peraturan yang ideal harus bisa menjawab persoalan apa pun yang mungkin akan diajukan oleh orang-orang yang menggunakannya, juga bisa mengakhiri gugatan hukum yang tidak ada hentinya. Peraturannya sebisa mungkin harus objektif dan kuantitatif. Peraturan-peraturan yang objektif dan kuantitatif mudah dijalankan di pengadilan-pengadilan rendah, lembaga-lembaga lain, dan di kalangan publik. Peraturan demikian mengundang tergalangnya konsensus sosial mengenai

makna kata-kata yang terkandung dan juga mengenai peranan pengadilan. Walhasil peraturan yang ideal akan berupa peraturan yang memuat bilangan, atau peraturan penolakan, atau peraturan dengan istilah-istilah yang amat lugas.[52]

Kasus-kasus penjatahan ulang pada 1960-an mengilustrasikan pergerakan doktrin ke arah format kuantitatif. Di Amerika Serikat, lembaga legislatif negara bagian menarik garis perbatasan untuk distrik-distrik pemilihan umum. Sungguhpun demikian, banyak lembaga legislatif yang enggan mengubah garis tersebut meskipun telah terjadi perubahan jumlah penduduk. Garis distrik yang kaku ini dengan cara tertentu lebih menguntungkan wilayah-wilayah pedesaan daripada kota-kota besar dan daerah pinggiran kota. Konstitusi-konstitusi negara bagian menghendaki penjatahan ulang secara periodik, tetapi lembaga legislatif yang didominasi oleh anggota dari pedesaan tidak menghiraukannya. Di banyak negara bagian – California, misalnya – majelis tinggi di lembaga legislatif bahkan lebih bias daripada majelis rendahnya. Enam juta orang di wilayah kota Los Angeles memiliki satu suara di senat California; begitu pula halnya tiga wilayah pedesaan yang hanya memiliki populasi 14.000 orang.[53]

Dalam faktanya, kebijakan baru dan variasi-variasi kecil juga mendorong munculnya serangan-serangan baru. Dalam kasus *Gomillion v. Lightfoot* (1960),[54] para penggugat mengeluh bahwa perbatasan Tuskegee, Alabama, telah direkayasa untuk menghalangi orang-orang kulit hitam sehingga mereka tidak memiliki hak suara dalam pemilihan wilayah kota. Mahkamah setuju dan membatalkan garis perbatasan tersebut. Mahkamah mengatakan, kasus *Gomillion* berbeda sepenuhnya dari kasus *Colegrove v. Green*, di mana tidak ada persoalan rasial. Sekalipun demikian, mudah bagi kita untuk melihat *Gomillion* sebagai isyarat lain adanya kelemahan dalam peraturan penolakan. Dengan kata lain, peraturan penolakan tidak lagi nampak sebagai kata *tidak* yang lugas. Ia menyisakan sebuah kemungkinan, dan sebuah kata mungkin, berbeda dari kata tidak, bukan merupakan istilah kuantitatif. Sebuah peraturan penolakan dengan kelemahan seperti ini kehilangan klaim formalnya untuk berlaku.

Dalam kasus *Baker v. Carr* (1962),[55] mayoritas Mahkamah mengesampingkan peraturan penolakan. Para penggugat dalam kasus terkenal ini menyerang penjatahan majelis Tennessee. Mereka mengklaim bahwa banyak orang di negara bagian tersebut yang tidak terwakili dan dengan begitu tidak mendapatkan "perlindungan hukum yang sama." Pendirian Mahkamah Agung was singkat saja: bahwa para penggugat telah menyam-

paikan keluhan yang sah dan berhak untuk dipertimbangkan. Kasus tersebut disidangkan kembali secara seksama.

Baker v. Carr memancing munculnya banyak komentar, sebagian amat kritis. Kasus tersebut mengesampingkan peraturan penolakan dan merintis jalan evolusi lebih jauh. Badan legislatif mungkin telah menangkap tanda-tandanya dan mencari cara penyelesaian mereka sendiri. Secara formal peraturan dalam *Baker v. Carr* tidak stabil. Ia tidak mengandung objektivitas; ia bisa bertahan hanya jika ia mengarah pada kompromi di luar pengadilan atau sampai pada sumber konsensus tertentu, atau jika persoalannya sedemikian remehnya sehingga tidak lagi mengusik hukum. *Baker v. Carr* bergerak mengarah pada solusi dalam *pengertian substantif*, namun dalam pengertian formal hal itu merupakan langkah *menjauh* dari solusi yang stabil. Ia meruntuhkan peraturan objektif dan menggantinya dengan peraturan diskresioner. Dalam waktu satu tahun setelah kasus *Baker v. Carr*, ada tujuh puluh lima kasus penjatahan ulang yang mengantri di pengadilan-pengadilan federal.[56] Semua badan legislatif dibayang-bayangi oleh persoalan hukum. Perubahan-perubahan kecil pun dibuat oleh beberapa badan legislatif. Kelompok-kelompok reformasi yang mulai mencium aroma kemenangan menolak keadaan seperti ini. Mahkamah Agung merasa terdorong untuk menangani persoalan mendasar yang mengemuka: Standar-standar apa yang harus dijadikan sebagai pedoman penjatahan ulang? Dengan kata lain, mahkamah dituntut untuk mengemas solusinya, kemudian menyerahkannya pada pengadilan-pengadilan yang lebih rendah dan lembaga-lembaga lainnya.

Apa yang terjadi kemudian menjadi hal yang termasyhur. Dengan sigap, Mahkamah bergerak ke arah solusi *formal*. Enam buah kasus, yang diawali oleh *Reynolds v. Sims*[57] (1964), menggariskan, pada intinya, bahwa negara-negara bagian harus melakukan penjatahan untuk majelis-majelis mereka atas dasar jumlah populasi yang teliti. Tentu saja bahasa kasus tersebut penuh perhitungan, menekankan perlunya penanganan masing-masing situasi secara cermat dan individual dan menerima bahwa negara bagian tidak perlu membuat garis batas penjatahan dengan ketepatan "matematis." Namun demikian secara keseluruhan Mahkamah tidak membuat peraturan diskresioner. Peraturan aktualnya seringkali secara longgar disebut sebagai "satu orang satu suara." Ungkapan ini menghilangkan sebagian detail peraturan tersebut tetapi secara akurat mencerminkan kandungan intinya. Mahkamah menyusun sebuah peraturan yang bisa

memecahkan masalah *secara formal* – pendek kata, sebuah peraturan kuantitatif.

Tentu saja sebuah peraturan yang lugas dan tegas hanyalah upaya untuk menyelesaikan sebuah masalah. Sebuah peraturan juga harus "menyelesaikan" masalah sosial dan institusional. Ini terjadi bila peraturan tersebut diterima oleh cukup banyak orang sehingga biaya penentangannya, dibandingkan dengan peluang perubahannya, akan mencegah kelompok-kelompok yang masih menentangnya. Jika tidak demikian, kelompok-kelompok ini akan terus mengajukan penentangan atas peraturan tersebut, dan Mahkamah harus mengalah atau kehilangan sebagian pengaruh atau prestisenya. Mahkamah tidak bisa mengetahui sebelumnya bagaimana persoalannya akan terselesaikan. Dalam kasus-kasus penjatahan ulang, reaksi serta-merta yang muncul tidak menyenangkan. Ada teriakan-teriakan marah dari para politisi yang dirugikan, ada usulan-usulan amandemen konstitusi,[58] kecaman-kecaman di media massa, dan komentar-komentar pedas di dalam berkala *law review*. Tetapi kemudian semua itu berlalu; sekarang keputusannya telah dibentengi dengan kukuh dan tenang. Bahkan selama periode protes, oposisi berusaha mendekati Kongres, bukan Mahkamah – sebuah isyarat keputusasaan, vis-à-vis Mahkamah, kalau bukan isyarat persetujuan diam-diam.

Dengan demikian ada banyak faktor penentu agar sebuah peraturan stabil. Yang pertama, dan tak pelak lagi yang terpenting, adalah tingkat dukungan masyarakat. Dukungan ini tidak bisa diukur dengan menghitung per kepala jumlah warga.[59] Sistem hukum memiliki banyak segi, sudut, dan institusi. Sebuah institusi seringkali memiliki konstituennya sendiri yang khusus; dukungan konstituen ini lebih penting dibandingkan seluruh publik. Pengadilan-pengadilan federal, misalnya, telah memainkan peran khusus sebagai penjaga hak-hak minoritas. Kelompok-kelompok minoritas adalah pelanggan penting bagi pengadilan. Peraturan-peraturan yang tidak bisa diterima oleh mereka akan cenderung untuk tidak stabil, yakni, terbuka bagi penentangan berulang-ulang, sungguhpun mayoritas nasional (dan mayoritas dewan kota Jackson Mississippi yang gigih) mendukung peraturan-peraturan tersebut.

Bentuk atau format sebuah peraturan juga mempengaruhi kestabilannya. Hal ini lebih sedikit pengaruhnya dibandingkan tingkat dukungan publik, namun bukan berarti remeh. Objektivitas merupakan hal yang vital bagi penerapan hukum. Penggunaan sebuah peraturan selalu bersifat konkret. Petugas menahan atau tidak menahan Mr. Smith. Sebuah peng-

adilan memberikan atau tidak memberikan tanah Blackacre kepada penggugat. Seorang penggugat mendapat $10.510,63 atas kerugian yang diderita-nya. Akan merupakan hal yang absurd bila sebuah putusan pengadilan menyebutkan "dalam jumlah yang wajar"; persoalannya harus diakhiri dengan pasti; hal-hal lainnya melalui delegasi. Demikian pula, keputusan-keputusan banding juga merupakan pilihan ganda; semua itu berbentuk pilihan ya atau tidak saja, menolak atau menyetujui.

Objektivitas mempengaruhi biaya penentangan sebuah peraturan. Sebuah peraturan yang lugas dan terang, peraturan yang matematis, lebih aman dari serangan dibandingkan sebuah peraturan yang kabur. Seperti telah kami tunjukkan, ini hanyalah kasus khusus dari proposisi yang lebih umum: bahwa apa yang membuat sebuah peraturan stabil adalah dukungan sosialnya. Objektivitas, paling tidak di mata masyarakat, mempengaruhi penilaian sosial mengenai legitimasi tindakan pengadilan. Semakin lugas makna kata-kata dalam sebuah hukum, semakin kencang pengadilan dituntut untuk mengikutinya sebagaimana yang tertulis. Tentu saja lembaga-lembaga lainnya mungkin memiliki kebebasan bertindak yang lebih besar – badan legislatif, misalnya, yang memiliki legitimasi primer.

Peraturan penjatahan ulang mengikuti alur pergerakan dari format diskresioner menuju format objektif. Alur ini umum berlaku, tetapi sama sekali tidak pasti; ia bukan "hukum." Begitu pula, sebuah peraturan tidak bergerak dengan kecepatan tertentu. Sebagian peraturan membutuhkan waktu berabad-abad untuk berubah format menjadi lebih objektif. Segala sesuatunya bergantung pada kekuatan dan kemauan pihak-pihak yang berperkara, yakni kekuatan sosial yang menggerakkannya. Dalam sistem hukum, pada sembarang waktu, banyak peraturan yang berada dalam keadaan bergerak; yang lainnya stabil dan diam. Banyak peraturan yang bisa dilihat tengah bergerak menuju bentuk kuantitatif. Pada saat yang sama, sebagian peraturan yang merepresentasikan keseimbangan dan kompromi-kompromi lama tengah diserang. Serangan-serangan itu, jika cukup kuat dan sering, bisa memecah peraturan-peraturan yang secara formal terhitung stabil dan mendorong mereka untuk mulai berjalan mencari solusi-solusi baru yang lebih bisa diterima. Peraturan-peraturan dan para pembuat peraturan, menyembul keluar dari lubang, berlarian seperti kelinci-kelinci yang ketakutan sampai menemukan tempat berdiam baru yang mungkin lebih permanen.

Pada sembarang waktu, kita bisa menemukan persoalan tertentu yang solusi formalnya tidak bisa diprediksi. Kekuatan-kekuatan yang ada dalam

keadaan amat berimbang, pengadilan terbagi dan bingung, masyarakat berbeda pendapat mengenai sarana dan tujuan mereka. Di sini segalanya menjadi tidak pasti dan tidak tentu; pihak-pihak yang berperkara akan terus menguji batas-batas doktrin. Pada saat ini, hukum tentang kecabulan (pornografi) ada dalam keadaan tersebut. Konsensus abad ke-19 mengenai batas-batas ungkapan seksual telah sepenuhnya runtuh.[60] Tidak ada konsensus baru yang menggantikannya. Mudah untuk memimpikan adanya sebuah peraturan yang menyediakan stabilitas formal. Pengadilan bisa mengakhiri, sekali dan selamanya, sensor apa pun atas buku-buku. Namun sebagian besar publik tidak bersedia menerima hal ini; dan pengadilan tidak hendak melangkah terlalu jauh. Tidak satu pun test kecabulan yang bisa diterima oleh pengadilan. Test semacam itu juga sulit dirancang. "Test" yang ada hanya merupakan rumusan-rumusan kosong. Tidak ada landasan logikanya. Opini publik dari kedua pihak berlangsung sengit. Tidak nampak adanya pendelegasian yang stabil; persoalannya terpancang kaku. Pengadilan-pengadilan membahas film-film dan buku *tertentu* saja, satu demi satu; mereka mengusahakan generalisasi tetapi secara lemah, doktrin-doktrin pun terombang-ambing.[61]

Pengadilan-pengadilan *common law*, sesuai tradisi, telah menyangkal bahwa mereka membuat peraturan-peraturan baru. Bahkan dewasa ini pada umumnya para hakim mengubah hukum dengan cara bertahap, sepotong demi sepotong. Perilaku yudisial dikehendaki agar berlangsung pelan, evolusioner, merayap di sepanjang jalurnya. Tradisi lebih menyukai perubahan di bawah tanah. Tradisi mendukung peraturan-peraturan yang kabur dan kualitatif, peraturan-peraturan yang kosong isinya, peraturan-peraturan yang bisa dikembangkan melalui peraturan lain yang kecil kadar diskresinya dan menyamarkan fakta perubahan. Akan tetapi ide-ide tradisional ini menjadi perintang bagi pengadilan ketika tekanan yang ada menuntut peraturan baru. Seperti sudah kita lihat, peraturan-peraturan yang stabil cenderung kuantitatif. Bagaimana sebuah pengadilan bisa *mempertemukan* kebutuhan konstitusionalnya akan peraturan yang stabil dengan hambatan-hambatan kultural ini? Pengadilan memiliki beberapa teknik tersendiri. Mereka, misalnya, bisa menyerap istilah kuantitatif yang memiliki legitimasi atau makna independen, entah dari dalam sistem hukum atau dari dunia luar. Contoh dari teknik demikian bisa dilihat pada *rule against perpetuities*, yakni peraturan yang membatalkan perwalian yang isinya 'mengikatkan' sebuah properti atau tanah untuk selamanya (atau beberapa generasi) hanya kepada penerima manfaat dan keturunan-

nya dengan tidak bisa dialihkan atau dijual kepada pihak lain.[62] Peraturan tersebut berkembang perlahan-lahan dan mencapai titik perhentian kuantitatif sekitar tahun 1800. Dalam format terakhirnya yang kemudian dipandang klasik, peraturan ini membatasi 'pengikatan' seperti itu maksimal 'seumur hidup' ditambah dua puluh satu tahun. Mengapa dua puluh satu tahun? Menurut common law, dua puluh satu tahun adalah usia ketika seseorang menginjak masa dewasa, usia ketika seorang anak meninggalkan "dunia ayahnya," dan memasuki "dunia akil balignya sendiri."[63] Ada maksud tertentu mengapa peraturan dikemas dengan cara di atas, sebagian di antaranya terkait dengan jarak dari kelahiran sampai masa dewasa menurut hukum. Namun demikian angka dua puluh satu juga memberikan manfaat tersendiri bagi peraturan tersebut; yakni, angka itu sudah mengandung nilai hukum. Dengan demikian pengadilan bisa memasukkan angka tersebut ke dalam peraturan baru tanpa terlihat melanggar batas-batas institusionalnya.

SISTEM-SISTEM PERATURAN

Sampai di sini kita telah membahas tentang pola-pola perubahan dalam peraturan-peraturan individual. Tetapi logika yang sama juga berlaku pada sistem-sistem peraturan, jaringan peraturan yang saling terkait. Para pembuat-peraturan akan menggerakkan sistem-sistem peraturan ke arah bentuk kuantitatif yang objektif karena alasan dan dalam kondisi yang hampir sama seperti pada peraturan tunggal. Konsep kuncinya, sekali lagi, adalah penentangan (*challenge*). Seorang pemegang otoritas pasti akan lebih memilih untuk mengambil keputusan dengan bebas. Seorang guru lebih suka mengatur kelasnya sendiri, seorang hakim pengadilannya sendiri. Otoritas tidak menyukai peraturan-peraturan yang mengikat. Namun ketika mendapat penentangan, otoritas akan berbalik menuju kekhususan (*specificity*) yang lebih dalam lagi. Di muka sudah kami tunjukkan bahwa kodifikasi seringkali berfungsi sebagai semacam perjanjian yang membatasi kekuasaan hakim. Di samping itu, kita melihat bagaimana masyarakat membutuhkan "hukum" formal ketika konsensus runtuh. Kekhususan memiliki kadar formalisasi yang lebih tinggi daripada tanpa kekhususan. Semakin sedikit kadar kepercayaan (*trust*), semakin sedikit persetujuan terhadap diskresi, semakin besar kebutuhan akan peraturan-peraturan yang tegas dan lugas. Karena itulah, bidang-bidang hukum yang hidup bergulat mengusahakan kompromi yang bisa diterima di

antara pihak-pihak yang berlawanan; semua ini menghasilkan bentuk kuantitatif. Pengamatan seperti ini berlaku pada segenap "bidang" hukum, pada kode-kode dan undang-undang, di samping peraturan-peraturan yudisial. Hal ini juga berlaku pada pergerakan antarinstitusi, sebagai contoh, *dari* hukum buatan-hakim menuju hukum kode.

Ada satu pola umum yang biasa terjadi dan bisa menjelaskan hal ini. Pola tersebut berlangsung sebagai berikut: Pertama, satu otoritas mengumumkan sebuah peraturan. Peraturan berlaku untuk sebuah situasi kehidupan yang saat itu atau kemudian menjadi tema konflik. Dalam proses tarik ulur, di bawah tekanan yang ada, peraturan yang satu itu pun pecah. Pengadilan dan lembaga-lembaga lainnya pun mengembangkan sistem yang semakin kompleks. Akhirnya kelompok-kelompok dari berbagai pihak mengusahakan solusi hukum baru dalam bentuk kompromi. Bentuk yang baru ini kemungkinan lebih matematis, lebih objektif daripada hukum sebelumnya.

Kami akan menggunakan hukum kecelakaan kerja sebagai contoh sederhana.[64] Kita bisa mengambil peraturan rekan-kerja (*fellow-servant*) sebagai titik awalnya. Peraturan ini tergolong peraturan penolakan yang gamblang. Seorang pekerja yang mengalami kecelakaan tidak bisa menggugat majikannya, jika yang menjadi penyebab kecelakaan adalah kelalaian rekan-kerjanya, yakni pekerja lainnya. Dalam masyarakat industri modern, peraturan tersebut membatalkan ganti rugi akibat kecelakaan yang dialami pekerja tersebut. Pihak "majikan"-nya kebanyakan adalah perusahaan-perusahaan besar atau enterprener yang tidak hadir di tempat. Kelalaian dalam pekerjaan bisa dipastikan merupakan kelalaian rekan-kerja. Si pekerja tentu saja bisa menggugat rekan kerjanya, namun para pekerja tidak memiliki uang dan asuransi.

Seperti telah kami sebutkan, peraturan rekan kerja bisa ditelusuri pangkalnya pada kasus *Priestley v. Fowler* di Inggris yang diputuskan pada 1837.[65] Empat tahun kemudian, sebuah pengadilan Amerika menggunakan peraturan itu dalam sebuah kasus perusahaan kereta api.[66] Pada tahun 1860-an, peraturan tersebut berlaku secara universal. Peraturan itu akhirnya dihapus setelah negara-negara bagian menggunakan sistem kompensasi pekerja; sistem ini mereka jalankan satu demi satu antara tahun 1911 dan 1948.

Peraturan rekan kerja merupakan peraturan yang keras tetapi, secara formal, stabil. Walaupun demikian, setelah disertai antusiasme selama satu generasi, peraturan itu mulai kehilangan kekuatan politiknya. Ketika

peraturan itu digunakan untuk pertama kalinya, hal itu sesuai dengan apa yang menurut penguasa dipandang perlu untuk membantu pertumbuhan ekonomi. Transportasi dan manufaktur harus diutamakan.[67] Tahapan yang amat populer ini tidak berlangsung selamanya. Begitu jalan-jalan kereta api sudah dibangun, misalnya, semangat tinggi untuk mendukungnya berkurang. Munculnya serikat-serikat pekerja juga menambah pertentangan yang semakin sengit. Dalam kasus-kasus pengadilan, para hakim tidak kebal dari rasa simpati. Peraturan tersebut memang obat keras; orang-orang menjadi lumpuh atau tewas dalam kecelakaan kerja, membuat keluarganya dalam keadaan kekurangan. Sulit rasanya untuk tidak memutuskan pemberian ganti rugi bagi para korban. Para hakim dan juri pun mulai memanipulasi peraturan. Sebagian pihak yang berperkara pun menang.

Bagaimanapun juga, hal ini membuat peraturan tersebut menjadi lemah; dan kelemahan tersebut menimbulkan efek yang tak terelakkan: Ini mendorong semakin banyaknya perkara hukum. Pengadilan pun membuat "perkecualian-perkecualian." Dalam waktu singkat peraturan tersebut menjadi tidak lugas lagi; ia tidak bisa lagi menyelesaikan masalah meskipun *secara formal*. Hanya loyalitas berkesinambungan yang bisa menjamin efisiensi peraturan, dan peraturan tersebut tidak mendapat loyalitas demikian. Peraturan tersebut berusaha mencegah munculnya ribuan gugatan hukum, namun ia tidak bisa menghentikan gugatan-gugatan kecelakaan kerja. Semakin lemah peraturan itu, semakin kecil peluangnya mencapai tujuan. Berbagai pihak dan pengacara melihat adanya kelemahan tersebut dan mengajukan lebih banyak kasus lagi. Pada titik puncak perjalanan karirnya, peraturan sederhana itu telah mengembangbiakkan berbagai macam sub peraturan yang kompleks, perkecualian, dan perkecualian atas perkecualian. Berbagai risalah ditulis untuk membahas pokok bahasannya. Sebuah risalah mengenai hukum majikan dan pekerja yang dipublikasikan pada 1913 menghabiskan tidak kurang dari 524 halaman untuk membahas sub-sub peraturannya saja.[68] Secara harfiah ada ribuan kasus yang berkaitan dengan peraturan rekan-kerja dan keputusan pengadilan rendah yang tak terhitung banyaknya.

Sistem-sistem peraturannya pun kemudian mencakup undang-undang dan berbagai bagian dari undang-undang. Hal ini juga memperlihatkan runtuhnya konsensus atas doktrin dan berkembangnya kelompok-kelompok penekan yang menentangnya. Sudah sejak tahun 1855 sebuah hukum Georgia dengan tegas memangkas peraturan mengenai kasus-kasus per-

usahaan kereta api.[69] Dua puluh lima negara bagian pun merevisi peraturan tersebut, tetapi kasus kecelakaan kereta api sudah terlanjur menjadi sumber pokok gugatan perkara hukum. Dari tahun ke tahun, lembaga legislatif pun membahas peraturan tersebut semakin dalam.

Dalam periode ini, peraturannya sedemikian kompleksnya sehingga tidak bermanfaat bagi pihak manapun, pihak perusahaan maupun pihak pekerja. Kebanyakan pekerja tidak mendapatkan ganti rugi; namun pihak perusahaan pun menghabiskan banyak uang untuk membayar asuransi, biaya pengacara, dan ongkos-ongkos sengketa lainnya. Tahapan ini mulai menyemaikan kompromi. Kompriminya berwujud kompensasi pekerja, yang mengakhiri peraturan rekan-kerja sekali dan selamanya.[70] Hukum kompensasi mewajibkan majikan bertanggung jawab atas kecelakaan kerja dengan cara *without fault* (tidak memandang siapa penyebabnya). Akan tetapi hukum itu juga memberikan batas-batas yang ketat mengenai jumlah pertanggungannya. Di bawah sistem ganti rugi yang lama, juri bebas menentukan *besarnya* ganti rugi. Namun di Wisconsin, misalnya, di bawah hukum tahun 1911, jika sebuah kecelakaan mengakibatkan "ketidakmampuan sementara," pekerja tidak bisa menerima ganti rugi lebih dari 65 persen dari upahnya sementara ia mengalami ketidakmampuan. Jumlah total ganti ruginya tidak boleh lebih dari empat kali lipat upah tahunan si pekerja.[71] Pendek kata, sistem yang baru lebih seksama, objektif, dan pasti. Peraturan tersebut dimaksudkan agar bersifat kuantitatif dan lugas – sebuah titik pijak baru yang diharapkan stabil, seperti *rule against perpetuities* atau peraturan satu orang satu suara. Hukum tersebut merupakan kompromi substantif. Dari situ bisa dihemat biaya sengketa yang besar dibandingkan sistem yang lama. Ia mengkompromikan persoalan, memberikan manfaat tertentu bagi kedua pihak, memperkecil kemungkinan gugatan hukum, dan membagikan hasil penghematannya untuk pihak pemodal dan pihak pekerja itu sendiri.

Jadi, hukum kecelakaan industri berkembang dalam tiga tahapan. Pada tahapan pertama, muncul peraturan –sederhana, objektif, lugas. Pada tahapan kedua peraturannya ambruk; ia menjadi "penuh sesak dengan perkecualian." Pada tahapan ketiga, sistem hukumnya mulai dari awal lagi. Ia mengkodifikasikan sistem-peraturan yang baru, yang sebagian besar terdiri atas peraturan-peraturan lugas. Ada kemiripan yang mencolok dengan kisah penjatahan ulang suara. Di sana sebuah peraturan mekanis, peraturan penolakan, ambruk; berikutnya ada periode kegoncangan yang kompleks; kemudian muncul titik pijak yang stabil, yang

sekali lagi bersifat kuantitatif dan mekanis. Dalam kasus tertentu, satu peraturan tunggal berubah bentuknya; dalam kasus lainnya, satu peraturan dipecah menjadi sekumpulan peraturan dan berakhir sebagai satu kodifikasi besar.

Teori-teori sosial mengenai hukum mengisyaratkan bahwa pada sembarang keadaan peraturan-peraturan yang ada mencerminkan kekuatan-kekuatan sosial yang membawakan tema peraturan tersebut. Terkadang salah satu kelompok kepentingan mendominasi. Dalam kasus-kasus pengadilan, satu pihak menang dan pihak lainnya kalah. Kompromi bukannya tidak lazim, tetapi hal itu sama sekali bukan merupakan norma yang pasti. Di setiap sistem peraturan, baik yang yudisial maupun yang legislatif, atau kedua-duanya, sedikit sekali kemungkinan salah satu pihak menang sepenuhnya dan yang lain kalah total. Sistem hukum agaknya akan memantulkan *setiap* kekuatan sosial sesuai kadar pengaruh dan kekuasaan mereka masing-masing. Namun demikian tidak satu pun kelompok kepentingan yang memiliki kekuasaan mutlak dan tidak satu pun yang tanpa kekuasaan sama sekali, paling tidak dalam teori.[72]

Masalah perubahan hukum agak mirip dengan paradoks Zeno, perlombaan antara kura-kura dan kelinci. Kondisi hukum manapun berada dalam semacam keseimbangan. Kepentingan setiap orang tercermin sesuai kadar kekuasaannya. Kalau begitu bagaimana bisa ada perubahan? Penjelasan yang paling sederhana adalah karena konteks luarnya mengalami perubahan. Peta kekuasaan bergeser. Perang, tindakan Tuhan, teknologi baru, dan perkembangan atau penurunan ekonomi akan mengubah hubungan sosial, dan sesudahnya perubahan hukum pun mengikutinya dengan patuh dan cepat.

Perubahan sikap atau persepsi juga bisa menjadi pemicu, mengubah jenis atau kadar tekanan dunia sosial terhadap sistem hukum. Seperti telah kami sebutkan, *kepentingan* dalam bentuk abstrak tidak akan membentuk hukum. Apa yang membentuk hukum adalah *tuntutan*—kekuatan sosial yang benar-benar dijalankan. "Kepentingan" yang digagas oleh sebuah "kelompok kepentingan" bukan merupakan fakta dunia nyata seperti seekor kuda atau angin topan; hal itu hanya merupakan persepsi. Persepsi datang dan pergi. Orang-orang yang berpendapat bahwa Los Angeles memerlukan lebih banyak jalan raya bisa berubah menjadi orang-orang yang berpendapat bahwa jalan raya akan membuat kota kacau. Para reformer mengajukan argumentasi, melakukan persuasi, memobilisasi, mengolah, dan memanipulasi opini. Pada pokoknya reformer me-

lakukan persuasi dengan cara mengarahkan persepsi orang mengenai kepentingan. Seorang reformer yang sukses akan menghasilkan pengaruh dalam kadar tertentu untuk menentang institusi-institusi hukum. Ia mempersuasi orang-orang untuk menulis surat kepada anggota kongres atau mengajukan gugatan hukum – atau bahkan untuk membuat kerusuhan di jalanan. Yang sama pentingnya, orang-orang harus percaya atau bisa dipersuasi bahwa mereka dibenarkan dan dimungkinkan untuk menuntut kepada hukum apa yang mereka pandang sebagai kepentingan atau kebutuhan mereka.

Pada sembarang keadaan, banyak peraturan dan sistem-peraturan yang terpaku di tahapan tengah-tengah dari tiga tahapan perkembangan di atas.[73] Tahapan ini tidak stabil dan tidak efisien. Biaya dolar yang dihabiskan untuk perkara hukumnya mahal, belum lagi banyak ongkos lain yang tidak tentu. Terkadang tercapai satu titik di mana kelompok-kelompok kepentingan yang bertarung akhirnya menyadari betapa besar kerugian mereka karena tidak adanya efisiensi ini; mereka sadar bahwa mereka bisa bergerak maju tanpa banyak kerugian menuju satu tahapan hukum yang baru dan lebih baik. Mereka bisa menghemat biaya sengketa dan membaginya di antara mereka sendiri. Hal ini juga merupakan satu sumber perubahan hukum. Kita bisa memandang kompensasi para pekerja di atas, misalnya, sebagai kesepakatan tersirat antara kalangan bisnis dan kalangan pekerja bahwa mereka bisa mencapai kemajuan bila mereka bisa menghapus peraturan-peraturan ganti rugi yang lama, tidak menggunakan pengacara, asuransi, dan gugatan hukum, menghemat belanja biaya-biaya ini, dan membagi-baginya di antara mereka sendiri.

Dengan kata lain, pada tahapan pertama tampil satu kepentingan dominan atau sudut pandang populer tertentu yang berhasil membuat diberlakukannya sebuah peraturan atau menggunakannya sesuai kehendaknya. Peraturan itu biasanya bersifat lugas; peraturan itu akan mendistribusikan hak, barang, atau kekuasaan seperti yang diinginkan oleh kepentingan dominan. Peraturan rekan-kerja menjadi alat kalangan bisnis dan perusahaan kereta api; orang-orang yang berpengaruh pun agaknya mendukungnya.

Tahapan kedua mungkin muncul akibat berubahnya peta kekuatan di luar hukum itu sendiri. Pada tahun 1880, para pekerja mulai menggalang kekuatan; perusahaan kereta api tidak lagi menjadi kesayangan opini publik. Namun kalangan bisnis pada umumnya dan kereta api pada khususnya masih tetap kuat. Ini merupakan tahapan konflik, pergulatan,

dan penyesuaian –dan dengan demikian, merupakan tahapan kompleksitas hukum. Efisiensi formal membukakan jalan bagi terjadinya inefisiensi. Hukum menjadi "kacau," ruwet, dan sulit. Gesekan-gesekan menghasilkan berbagai peraturan dan peraturan-tandingannya. Sistem-peraturan merepresentasikan secara akurat keseimbangan kekuatan yang ada. Masyarakat pun terpecah karena persoalan kecelakaan kerja. Sistem-peraturan mencerminkan perpecahan ini. Betapa pun halnya, dengan sendirinya inefisiensi tidak bermanfaat bagi kekuatan-kekuatan yang bertanding. Inefisiensi hanya menguntungkan para juru tengah – di antaranya para pengacara dan pengelola asuransi.

Sebelum sampai pada tahapan ketiga, inefisiensi bertambah menggelembung dan semakin mencolok. Karena itu mulai muncul gagasan rasional untuk menghemat biaya dan membaginya melalui rumusan kompromi tertentu. Terobosan rasionalitas seperti itu memang tidak terelakkan lagi; ia mungkin tumbuh dengan lambat atau cepat; seringkali para reformer mendorong tumbuhnya hal itu; perselisihan ideologis dan kebencian di antara kelompok mungkin memperlambat terjadinya hal itu. Awal barunya akan berupa sebuah peraturan atau sistem peraturan yang segar dan lugas; ia tetap mencerminkan hubungan kekuasaan yang ada tetapi dengan cara yang lebih efisien daripada peraturan-peraturan tahapan kedua sebelumnya. Tahapan ketiga adalah tahapan kompensasi para pekerja.

Apa yang digambarkan di atas adalah model, suatu gambaran, suatu pola, bukan suatu teori. Ini adalah sebuah model yang sesuai dengan kenyataan dalam banyak segi. Ia membantu menjelaskan mengapa bidang hukum tertentu "ruwet" atau "kacau" sementara yang lainnya lugas dan sederhana. Tidak ada cara untuk memprediksi seberapa lama sebuah peraturan atau sistem-peraturan akan tinggal di sebuah tahapan. Hal itu bergantung kepada kepentingan, persepsi, dan peristiwa-peristiwa. Sebagian sistem-peraturan terperosok begitu dalamnya di tahapan kedua sehingga kita mungkin bertanya-tanya kapan ia akan muncul ke permukaan. Perlu kita ingat bahwa profesi hukum memiliki kepentingan mencari untung di tahapan kedua, tahapan kompleksitas, dan akan berjuang untuk mempertahankannya, dengan sekuat daya. Pergulatan untuk memperjuangkan kata "*no-fault*"* dalam hukum kecelakaan kendaraan bermotor merupakan pergulatan menuju tahapan ketiga dengan melangkahi (kata-kanlah) mayat para pengacara yang mencari uang dari perkara kecelakaan.

Tentu saja ada pola-pola lain yang terjadi dalam proses perubahan hukum. Titik awalnya (tahapan pertama) mungkin berupa sebuah per-

aturan yang *kabur*, peraturan dengan pendelegasian penuh. Hal itu mungkin juga bersumber dari adanya kekuasaan dominan. Sebelum kasus *Gault*, sebuah peraturan pendelegasian penuh memberikan dominasi besar bagi para hakim pengadilan anak-anak.[74] Saat ini sistemnya bergerak dengan cepat, namun ke arah mana tidak jelas. Situasi-situasi sosial yang berbeda melahirkan titik awal yang berbeda pula.[75] Sebuah peraturan yang mengatur tentang kepemilikan pribadi harus bersifat gamblang; sementara, sebuah peraturan yang mengatur tentang bagaimana negara bagian bisa menjalankan dominasinya, seperti seorang guru kelas zaman dulu atau seorang hakim Puritan, bisa saja bersifat umum dan kabur, mendelegasikan kekuasaan yang besar kepada dirinya sendiri atau kepada pihak lain. Bagaimanapun juga, peraturan-peraturan itu muncul bersumber dari latar belakang sosial. Peraturan-peraturan berubah ketika latar sosialnya berubah. Mereka naik dan turun seiring naik dan turunnya kekuatan-kekuatan sosial, seperti sebuah gelombang pasang yang patuh kepada pengaruh kekuatan yang tidak kasat mata. □

CATATAN AKHIR

[1] William J. Chambliss dan Robert B. Seidman, *Law, Order and Power* (1971), h. 18.

[2] Lihat Lawrence M. Friedman, "Law Reform in Historical Perspective," 13 *St. Louis U. L. J.* 351 (1969); Lawrence M. Friedman dan Jack Ladinsky, "El Derecho como Instrumento de Cambio Social Incremental," *Derecho*, no. 27, 22 (Lima, 1969); lihat juga Joel B. Grossman dan Mary H. Grossman, eds., *Law and Change in Modern America* (1971), h. 1-10; William M. Evan, "Law as an Instrument of Social Change," dalam Alvin W. Gouldner dan S. M. Miller, eds., *Applied Sociology* (1965), h. 285.

* Code, kumpulan hukum perundangan yang digabung menjadi satu, biasanya meliputi tema tertentu. Ada kode perpajakan, kode pendidikan, kode asuransi, dst.

[3] Nyaris tak terbantahkan bahwa apabila kodenya adalah murni kode saja, maka tidak akan ada konsekuensi perilaku, apa pun pendapat kita mengenai ketentuan-ketentuannya.

[4] Hellmut G. Isele, "Ein Halbes Jahrhundert deutsches Burgerliches Gesetzbuch," 150 *Archiv fur die Civilistische Praxis* 1, 15-20 (1949).

[5] Lihat George Haskins, *Law and Authority in Early Massachusetts* (1960), h. 123.

[6] John H. Merryman, *The Civil Law Tradition* (1969), h. 29-31; Jacques Godechot, *Les Institutions de la France sous la Revolution et L"Empire* (2nd ed., 1968), h. 691-696.

* Sebuah prosedur pembelaan yang bisa digunakan oleh seseorang di pengadilan lama Inggris. Seorang tergugat diizinkan untuk membuat sebuah pernyataan, bersumpah bahwa hal itu benar, dan menghadirkan satu atau dua orang lainnya yang juga bersumpah bahwa pernyataan si tergugat benar adanya. Praktik seperti ini lazim di pengadilan-pengadilan feodal dan tetap bertahan hingga waktu lama di pengadilan-pengadilan common law.

[7] 3 dan 4 Will. IV, bab 42, 13.

* *Trial by battle* (juga disebut sebagai *wager of battle*, *trial by combat* atau *judicial duel*) adalah metode hukum kuno yang digunakan apabila dalam sengketa di antara dua pihak tidak ada saksi-saksi, pengakuan bersalah, atau bukti pengadilan yang memadai.

[8] William S. Holdsworth, *History of English Law* (3rd ed., 1922), jil. I, h. 310. Kasus tersebut adalah *Ashford v. Thornton*. 1 B. and Ald. 457 (1818).

[9] Mengenai hukum tentang perempuan menikah selama periode kolonial Amerika, lihat Richard Morris, *Studies in the History of American Law* (2nd ed., 1959), h. 135-172.

[10] Kay Ellen Thurman, "The Married Women"s Property Acts" (tesis M. L. L., University of Wisconsin Law School, 1966).

[11] 3 M & W. 1 (Ex., 1837).

[12] *Murray v. South Carolina RR. Co.*, 1 McM. 385 (S. C., 1841); *Farwell v. Boston and Worcester Railroad Corp.*, 45 Mass. (4 Metc.) 49 (1842).

[13] Lihat Martin Shapiro, "Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or Stare Decisis?" 2 *Law in Transition Q.* 134 (1964); Lawrence M. Friedman dan Jack Ladinsky, "El Derecho como Instrumento de Cambio Social Incremental," *Derecho*, no. 27, 22 (Lima, 1969).

[14] Gregory Massell, "Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu: the Case of Soviet Central Asia," 2 *Law and Society Rev.* 179 (1968).

[15] Lihat Robert B. Seidman, "Law and Economic Development in Independent, English-Speaking, Sub-Saharan Africa" 1966 *Wis. L. Rev.* 999.

[16] 347 U. S. 483 (1954).

[17] *Serrano v. Priest* 5 Cal. 3rd 584, 487 P. 2d 1241 (1971).

[18] Pada tahun 1952, Divisi Banding Mahkamah Agung Afrika Selatan menyatakan sebagai hal yang tidak konstitusional sebuah undang-undang yang menghalangi hak suara di "Cape Coloureds." Parlemen Afrika Selatan langsung meloloskan sebuah undang-undang yang menetapkan hak atas dirinya untuk berkedudukan sebagai pengadilan tinggi dan membatalkan keputusan tersebut diatas. Undang-undang berikutnya lebih jauh lagi menghalangi uji materi, International Commission of Jurists, *South Africa and the Rule of Law* (1960), h. 15-16.

[19] Lihat Lawrence M. Friedman, "On Legal Development," 24 *Rutgers L. Rev.* 11, 16ff. (1969); Leopold Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory* (1971), bab 5, membahas teori-teori evolusioner dari sejumlah pemikir sejak dari

Montesquieu sampai Hoebel; David W. Trubek "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development." 82 *Yale L. J.* 1 (1972); Geoffrey Sawer, *Law in Society* (1965), bab IV; Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie* (1972), jilid I, h. 132ff.

[20] Lihat Richard Schwartz dan James C. Miller, "Legal Evolution and Societal Complexity," 70 *Am. J. Sociology* 159 (1964).

[21] Lihat, misalnya, Maine, *Ancient Law*, h. 244-303.

[22] Sebuah peranan dikatakan bersifat "bawaan" bila pemegangnya mendapatkannnya secara otomatis sebagai hasil dari ciri objektif tertentu atau hubungannya dengan hal-hal lain yang berada di luar kontrolnya ... lahir dalam sebuah keluarga tertentu, urutan kelahiran, jenis kelamin, dan usia .... Suatu peranan dikatakan "perolehan" jika hal itu bukan merupakan "bawaan." " Harry M. Johnson, *Sociology: A Systematic Introduction* (1960), h. 140.

[23] Maine, catatan *supra* 21, h. 170.

[24] Lihat Schwartz dan Miller, catatan *supra*, h. 159-169, terutama h. 166, yang membahas tentang validitas empiris hipotesis Durkheim. Para pengkaji proses hukum terus menggunakan ide Durkheim sebagai sumber wawasan dan hipotesis, khususnya terkait dengan hukum pidana. Lihat, misalnya, Kai Erikson, *Wayward Puritans* (1966).

Sosiolog Ferdinand Tonnies membuat pembedaan antara dua jenis solidaritas yang amat mirip dengan pembedaan Durkheim. *Gemeinschaft* berarti sebuah komunitas status – lingkungan yang "akrab, pribadi, dan khas yang ada secara bersama-sama .... Dalam *Gemeinschaft* keluarga, seseorang hidup sejak dari lahir dan seterusnya terikat pada keluarga dalam senang dan susah." *Gessellschaft* berarti "kehidupan publik," sebuah "struktur imajiner dan mekanis" – hubungannya bersifat "bisnis, bepergian atau ilmu pengetahuan." *Gemeinschaft* merupakan hal yang "tua"; *Gessellschaft* merupakan hal yang "baru dari segi nama" dan "gejalanya." Ferdinand Tonnies, *Community and Society (Gemeinschaft und Gessellschaft)*, ed., dan terj. Charles P. Loomis (1957), h. 33-34. Keterkaitan antara konsep Tonnies dengan konsep Maine juga cukup jelas. Tonnies mengutip pernyataan Maine mengenai "pergerakan dari Status menuju Kontrak" (ibid., h. 182-183).

[25] Lihat Bab VIII, h. 208. Mengenai konsep rasionalitas dalam karya Weber, lihat pengantar Talcott Parsons untuk karya Weber, *The Theory of Social and Economic Organization* (1964), h. 80; mengenai pemikiran hukum Weber, lihat David Trubek, "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism," 1972 *Wis. L. Rev.* 720.

* Oracle, orang (pendeta wanita Yunani kuno) yang menjadi wahana bagi dewa atau makhluk gaib untuk berbicara kepada manusia.

* Ordeal, sarana hukum kuno untuk membuktikan salah benarnya tersangka dengan memaparkan tersangka pada hal-hal yang berbahaya atau menyakitkan; diyakini bahwa upaya ini berlangsung di bawah kontrol kekuatan supranatural.

[26] Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society* (1954), h. 63, 79. Menurut Weber, pembuatan dan penciptaan hukum bersifat "irasional

substantif" bila keputusannya "dipengaruhi oleh faktor-faktor konkret yang ada pada kasus khusus dengan penilaian berlandaskan etika, emosi, atau politik, alih-alih norma-norma umum." Weber juga membuat perbedaan antara irasionalitas formal dan substantif dalam proses ekonomi. Lihat Max Weber, *The Theory of Social and Economic Organization* (1964), h. 181-185.

[27] Formalisme hukum menurut Weber bisa berupa dua tipe. Salah satunya, "karakteristik fakta yang relevan secara hukum yang sudah jelas dari sananya," artinya, berwujud "data-data yang masuk akal," misalnya sebuah tandatangan. *Ibid.*, h. 63. Yang kedua adalah tipe yang dibahas dalam teks.

Pembaca akan melihat bahwa deskripsi Weber mengenai rasionalitas formal lebih sesuai untuk hukum kontinental alih-alih dengan common law. Dan memang, common law, seperti yang diakui oleh Weber, agak sedikit goyah dalam hal rasionalitasnya.

"Rasionalitas substantif" berpijak pada "dorongan-dorongan etis, utilitarian dan ketentuan-ketentuan bijaksana lainnya, dan kaidah-kaidah politik," yang digunakan sebagai sumber norma-norma. Lihat h. 243; lihat juga Trubek, catatan supra 25, h. 746-748.

Para ilmuwan sosial lainnya juga merasakan kegunaan tipologi Weber; lihat, misalnya, Georges Gurvitch, *Sociology of Law* (1942), h. 203-226.

[28] Lihat Talcott Parsons, "Evolutionary Universals in Society," 29 *Am. Soc. Rev.* 339 (1964). Harry Johnson menjelaskan perbedaan antara universalisme dan partikularisme sebagai berikut:

Sebagian kewajiban berasal dari fakta bahwa orang lain memiliki kedudukan sosial tertentu .... Sebagai contoh, kewajiban seorang anak kepada ayahnya bergantung pada kedudukan sosial yang dimiliki si ayah dalam hubungannya dengan si anak; hal tersebut tidak banyak bergantung pada orang macam apa si ayah tersebut. Kewajiban demikian bersifat "partikularistik" ... Sebaliknya, peranan hakim di pengadilan bersifat amat "universalistik."

Seorang hakim diharuskan untuk membuat keputusan-keputusan, bukan atas dasar kedudukan sosial orang yang datang ke pengadilan tersebut, melainkan atas dasar kriteria keadilan yang sifatnya amat impersonal. Johnson, catatan *supra* 22, h. 138. Terlihat jelas hubungan antara konsep-konsep ini dengan status dan kontrak.

[29] Parsons, catatan *supra* 28, h. 339, 340-341, 351.

[30] Marc Galanter, "The Modernization of Law," dalam M. Weiner, ed., *Modernization* (1966), h. 153, 154-156.

[31] Sistem-sistem hukum non-modern seringkali menunjukkan sebagian dari ciri ini, dan masyarakat-masyarakat industri maju mungkin tidak memiliki satu atau lebih darinya. Dengan demikian ciri-ciri tersebut "bukan merupakan deskripsi, melainkan sebuah model," yang berguna untuk menandai "ciri-ciri umum yang menonjol" dalam sistem-sistem hukum masyarakat industri maju. *Ibid.*, h. 154.

[32] "Legal Evolution and Societal Complexity," 70 *Am. J. Soc.* 159 (1964); karya mereka telah diperluas pembahasannya oleh Howard Wimberley dalam "Legal Evolution: One Further Step," 79 *Am. J. Soc.* 78 (1973).

[33] Teori Selznick mengandung citarasa normatif yang kuat seperti halnya sebagian teori evolusi lainnya. Sulit untuk disangkal adanya gagasan bahwa apa yang modern dan rasional lebih baik daripada apa yang lama dan irasional.

[34] Philip Selznick, Law, *Society and Industrial Justice* (1969), bab 1, "Law, Society and Moral Evolution."

[35] Karya rintisannya adalah Jean Piaget, *The Moral Judgment of the Child* (1932).

[36] Lawrence Kohlberg, "Development of Moral Character and Moral Ideology," dalam M. Hoffman dan L. Hoffman, eds., *Review of Child Development Research*, Jil. 1 (1964), h. 383; June L. Tapp dan Lawrence Kohlberg, "Developing Senses of Law and Legal Justice," 27 *J. Soc. Issues*, no. 2, 65 (1971); Joseph Adelson dan Lynnette Beall, "Adolescent Perspectives on Law and Government," 4 *Law and Society Rev.* 495 (1970).

[37] Judith Gallatin dan Joseph Adelson, "Legal Guarantees of Individual Freedom: A Cross-National Study of the Dvelopment of Political Thought," 27 *J. Soc. Issues*, no. 2, 93 (1971). Studi tersebut menemukan adanya perbedaan di antara bangsa (antara anak-anak Amerika, Jerman, dan Inggris), tetapi perbedaannya tidak semencolok perbedaan perkembangan mereka.

[38] Lihat Bab IV, h. 68-69.

[39] Manfred Rehbinder, "Status, Contract, and the Welfare State," 23 *Stan. L. Rev.* 941 (1971).

[40] Lihat Robert Redfield, "Maine"s Ancient Law in the Light of Primitive Societies," 3 *Western Pol. Q.* 574 (1950).

[41] Talcott Parsons, "Evolutionary Universals in Society," 29 *Am. Soc. Rev.* 339, 353 (1964).

[42] Joel F. Handler dan Ellen Jane Hollingsworth, "Reforming Welfare: The Constraints of the Bureaucracy and the Clients," 118 *U. Pa. L. Rev.* 1167, 1184 (1970); lihat juga Kenneth C. Davis, *Discretionary Justice* (1969).

[43] Kalangan liberal pada umumnya juga menyetujui perkembangan terbaru dalam hukum anak-anak. Mereka berpendapat bahwa para hakim harus menggunakan lebih sedikit diskresi dan bahwa kepatuhan yang lebih erat kepada format hukum akan melindungi anak-anak lebih baik daripada sistem yang lama. Kenneth Davis menghendaki lebih banyak peraturan umum untuk proses administratif.

[44] Lihat Lawrence M. Friedman, "Legal Rules and the Process of Social Change," 19 *Stan. L. Rev.* 786 (1967).

[45] Lihat Bab II; Lawrence M. Friedman, "Law, Rules, and Interpretation of Written Documents," 59 *Nw. U. L. Rev.* 751 (1965).

[46], misalnya, *Wis. Laws 1911*, bab 485, at 584.

[47] Istilah "para pembuat-peraturan" di sini tentu saja tidak hanya mengacu pada mereka yang ada pada level perundangan; dengan kata lain, "peraturan yang hidup" harus diartikan mengacu pada sebuah peraturan berikut semua sub-subperaturannya ke bawah.

[48] Dalam perkara hukum, biasanya yang menjadi penentang adalah penggugat, untuk tergugat kurang begitu lazim. Peraturan akan bertahan atau runtuh dalam kasus yang dibawa oleh penggugat atau ketika ditentang oleh tergugat dalam pembelaannya. Adakalanya sebuah pengadilan "atas kehendak sendiri" mengubah doktrin yang tidak dipersoalkan oleh pihak manapun dalam kasus tersebut. Meskipun demikian, di sini sudah ada seseorang yang mengajukan penentangan sebelumnya, atau penentangannya bisa dikatakan berada di awang-awang.

[49] 28 Ch. II, ch. 3 (1677).

[50] 354 U. S. 524 (1957).

[51] *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579 (1952); latar belakang dan proses kasus tersebut dijabarkan dalam Alan Westin, *The Anatomy of a Constitutional Law Case* (1958).

[52] Sebuah peraturan penolakan sepertinya terlalu negatif untuk bisa menyelesaikan masalah-masalah yang menekan atau untuk memenuhi tuntutan-tuntutan sosial yang baru. Dalam faktanya sebuah peraturan penolakan bisa bersifat inovatif dan dramatis; sebagai contoh, sebuah peraturan yang menetapkan bahwa tidak satu pun cabang pemerintahan yang boleh menyensor buku apa pun, atas alasan apa pun, termasuk buku cabul atau bahwa tidak satu pun pengadilan yang boleh memeriksa tindakan-tindakan presiden.

[53] *Silver v. Jordan*, 241 F. Supp. 576 (S. D. Cal. 1964), *aff'd per curiam*, 381 U. S. 415 (1965), mengakhiri sistem ini.

[54] 364 U. S. 339 (1960).

[55] 369 U. S. 186 (1962).

[56] R. Hanson, *The Political Thicket* (1965), h. 57.

[57] 377 U. S. 533 (1964).

[58] Lihat Alexander M. Bickel, *Politics and the Warren Court* (1965), h. 148ff.

[59] Lihat Bab VI, h. 162-165.

[60] Untuk latar belakangnya, lihat Norman St. John-Stevas, *Obscenity and the Law* (1956), h. 100-171. Mahkamah Agung Amerika Serikat tidak menghasilkan keputusan apa pun dalam kasus kecabulan (obscenity, pornografi) dan kebebasan berbicara sampai ketika muncul kasus *Roth v. U. S.* 354 (1957). Persoalannya, apa yang tergolong cabul, telah diperkarakan berulang kali pada masa sebelumnya. Keputusan Hakim Woolsey, dalam kasus *U. S. v. One Book Called "Ulysses,"* 5 F. Supp. 182 (S. D. N. Y. 1933), menjadi kasus pertama.

[61] Lihat Raymond F. Sebastian, "Obscenity and the Supreme Court; Nine Years of Confusion," 19 *Stan. L. Rev.* 167 (1966). Belakangan Mahkamah Agung berusaha melemparkan kembali seluruh persoalannya kepada negara-negara bagian.

Sejauh mana keberhasilannya, hanya waktu yang akan membuktikan. *Miller v. California*, 413 U. S. 15 (1973).

[62] Rumusan klasik peraturan tersebut di Amerika dibahas oleh John Chipman Gray, *The Rule Against Perpetuities* (1886).

[63] *1 Blackstone's Commentaries*, 453.

[64] Lihat Lawrence M. Friedman dan Jack Ladinsky, "Social Change and the Law of Industrial Accidents," 57 *Colum. L. Rev.* 50 (1967).

[65] 150 Eng. R. 1030 (Ex. 1837), tetapi lihat Bab VII, h. 171.

[66] *Murray v. South Carolina RR.* SS S. C. L. (1 McMul.) 385 (1841); diikuti segera oleh kasus terkenal *Farwell v. Boston & W. RR.*, 45 Mass. (4 Metc.) 49 (1842).

[67] Lihat J. Willard Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States* (1956); Stanley L. Kutler, *Privilege and Creative Destruction, the Charles River Bridge Case* (1971).

[68] Bagian ini membahas peraturan tentang wakil-ketua, yakni peraturan bahwa seorang pekerja bisa menggugat, jika kelalaiannya disebabkan oleh pekerja lain yang bertugas sebagai pengawas, seorang "wakil-ketua." Teksnya ditulis oleh C. Labatt, *Commentaries on the Law of Master and Servant*, 4 jil. (1913).

[69] Ga. Acts 1855, No. 103. Para pekerja kereta api bisa mendapatkan ganti atas kerugian yang disebabkan oleh rekan-kerja mereka, sepanjang mereka sendiri tidak turut melakukan kelalaian.

[70] Undang-undang pertama yang lolos dalam kasus uji adalah undang-undang Wisconsin, yang diberlakukan dalam kasus *Borgnis v. Falk Co.*, 147 Wis. 227, 133 N. W., 209 (1911); sebelumnya undang-undang New York telah dihapuskan, *Ives v. South Buffalo Ry.*, 201 N. Y. 271, 94 N. E. 431 (1911). Mississippi menjadi negara bagian terakhir yang memberlakukan hukum kompensasi, Miss. Laws 1948, ch. 354.

[71] Wis. Laws 1911, ch. 50, 2394-9(d).

[72] Dalam praktiknya, sebagian kelompok menguasai, apa pun arah dan tujuan mereka, sub-sub bidang tertentu yang dipandang oleh masyarakat sebagai wilayah mereka; dan sebagian kelompok sedemikian rendahnya sehingga mereka sedikit saja atau sama sekali tidak ada artinya arti.

[73] Lihat, salah satu di antaranya, penjelasan mengenai undang-undang dan praktik hukuman kurungan untuk kasus hutang-piutang di New York dalam Peter J. Coleman, *Debtors and Creditors in America: Insolvency, Imprisonment for Debt, and Bankruptcy, 1607-1900* (1974), h. 121.

[*] Dalam ketentuan *no-fault*, perusahaan asuransi akan memberikan uang sesuai besarnya kerugian kepada orang yang mengalami kecelakaan, terlepas dari siapa pun penyebab atau pihak yang bersalah dalam kecelakaan tersebut.

[74] Bagaimanapun juga, dalam segi tertentu kekuasaan para hakim pengadilan anak-anak bersumber dari peraturan yang menyatakan bahwa pengadilan yang lebih tinggi tidak akan mengusik keputusan hakim pengadilan anak-anak. Hal ini tentu saja termasuk sebuah peraturan penolakan.

[75] Perlu diulangi bahwa penyebutan peraturan sebagai "titik awal" hanya dimaksudkan untuk tujuan analisis saja. Dalam kehidupan hukum yang riil, kita tidak akan menemukan "tahapan-tahapan" yang tegas. Setiap peraturan bisa merupakan awal, tengah, dan akhir itu sendiri.

KEPUSTAKAAN

Abington School District v. Schempp, 374 U. S. 203 (1963)
Adams v. Lindsell, 1 B & L. 681 (1818)
Ashford v. Thornton. 1 B. and Ald. 457 (1818)
Ashwander v. TVA, 297 U. S. 288, 346-8 (1936)
Baker v. Carr , 369 U. S. 186 (1962)
Borgnis v. Falk Co., 147 Wis. 227, 133 N. W., 209 (1911)
Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954)
Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co. v. Minnesota 134 U. S. 418 (1890)
Colegrove v. Green, 328 U. S. 549 (1946)
Doubleday & Co. v. New York, 335 U. S. 848 (1948)
Dred Scott v. Sandford, 19 How. 393 (1857)
Furman v. Georgia, 408 U. S. 238 (1972)
Gideon v. Wainwright , 372 U. S. 335 (1963)
Engel v. Vitale, 370 U. S. 421 (1962)
Farwell v. Boston and Worcester Railroad Corp., 45 Mass. (4 Metc.) 49 (1842)
Fleming v. Nestor, 363 U. S. 603 (1960)
Gomillion v. Lightfoot, 364 U. S. 339 (1960)
In re Gault, 387 U. S. 1 (1967)
Ives v. South Buffalo Ry., 201 N. Y. 271, 94 N. E. 431 (1911)
Jee v. Audley, 1 Cox Eq. Cas. 324 (1787)
Joseph v. Sears Roebuck & Co., 224 S C. 105, 77 S. E. 2d 583 (1953)
Lochner v. New York 198 U. S. 45 (1905)
Luther v. Borden, 17 U. S. (7 How.) I (1894)
MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N. Y. 111 N. E. 1050 (1916)
Miller v. California, 413 U. S. 15 (1973)

Murray v. South Carolina RR. Co., 1 McM. 385 (S. C., 1841)

New York City Housing Authority v. Watson, 27 Misc. 3d 618, 620, 207 N. Y. S. 2d 920, 923 (Sup. Ct., 1960)

Paramour v. Yardley, 2 Plow. 539, 541, 2 Eng. Rep. 794, 797 (K. B., 1580)

People v. Doubleday & Co., 297 N. Y. 687, 77 N. E. 296 (1947)

Priestley v. Fowler, [10 3 M. W. 1 (1837)

Reynolds v. Sims, 377 U. S. 533 (1964)

Riggs v. Palmer, 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889)

Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973)

Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957)

Schechter Poultry Corp. v. U. S. 295 U. S. 495 (1935)

Serrano v. Priest 5 Cal. 3rd 584, 487 P. 2d 1241 (1971)

Silver v. Jordan, 241 F. Supp. 576 (S. D. Cal. 1964), *aff'd per curiam*, 381 U. S. 415 (1965)

Smith v. Hiatt, 329 Mass. 488 (1952)

Wilson v. Girard, 354 U. S. 524 (1957)

Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 U. S. 579 (1952)

U. S. v. O"Brien 391 U. S. 367 (1968)

U. S. v. One Book Called "Ulysses," 5 F. Supp. 182 (S. D. N. Y. 1933)

Abel Smith, Brian, Michael Zander, dan Rosalind Brooke, *Legal Problems and the Citizen, A Study in Three London Boroughs* (1973)

Adamany, David W., "Legitimacy, Realigning Elections, and the Supreme Court," 1973 *Wis. L. Rev.* 790

——, "The Party Variable in Judges Voting: Conceptual Notes and a Case Study," 63 *Am. Pol. Sci. Rev.* 57 (1969)

Adelson, Joseph, dan Lynnette Beall, "Adolescent Perspectives on Law and Government," 4 *Law and Society Rev.* 495 (1970)

Aebersold, Peter, *Die Verwahrung und Versorgung vermindert Zurechnungsfahiger in der Schweiz* (1972)

Alford, Robert, *Bureaucracy and Participation: Political Cultures in Four Wisconsin Cities* (1969)

Allott, Antony, "The Unification of Laws in Afrika," 16 *Am. J. Comp. L.* 51 (1968)

Almond, Gabriel, dan G. Bingham Powell, Jr., *Comparative Politics, a Developmental Approach* (1966)

——, dan Sidney Verba, *The Civic Culture* (1963)

Andenaes, Johannes, "Deterrence and Specific Offenses," 38 *U. Chi. L. Rev.* 537 (1971)

——, "The General Preventive Effects of Punishment," 114 *U. Pa. L. Rev.* 949, 962 (1966)

Antunes, George, dan A. Lee Hunt, "The Impact of Certainty and Severity of Punishment on Levels of Crime in American States: An Extended Analysis," 64 *J. Crim. L. and Criminology* 486 (1973)

Arnold, William R., "Race and Ethnicity Relative to Other Factors in Juvenile Court Dispositions," 77 *Am. J. Sociology* 211 (1971)

Asbury, Herbert, *The Great Illusion* (1950)

Atkinson, David N., dan Dale A. Neuman, "Judicial Attitudes and Defendant Attributes: Some Consequences for Municipal Court Decision Making," *J. Public L.* 69 (1970)

Aubert, Vilhelm, "Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and Conflict Resolution," 7 *J. Conflict Resolution* 26 (1963)

——, *Element of Sociology* (1967)

——, "Law as a Way of Resolving Conflicts: The Case of a Small Industrialized Society," dalam Laura Nader, ed., *Law in Culture and Society* (1969)

——, ed., *Sociology of Law* (1969)

——, "Some Social Functions of Legislation," 10 *Acta Sociologica* 98 (1967)

Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, aslinya diterbitkan tahun 1832 (1954)

Ball, Harry V., "Social Structure and Rent-Control Violations," 65 *Am. J. Sociology* 598 (1960)

——, et. al., "Law in Change: Sumner Reconsidered," 67 *Am. J. Sociology* 532 (1962)

——, dan Lawrence M. Friedman, "The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: A Sociological View," 17 *Stan. L. Rev.* 197, 220 (1965)

Bandura, Albert, *Aggression: A Social Learning Analysis* (1973)

Banfield, Edward C., *Political Influence* (1961)

Banton, Michael, *The Policeman in the Community* (1964)

Barch, A. M., D. Trumbo, dan J. Nangle, "Social Setting and Conformity to a Legal Requirement," 55 *J. Abnormal and Soc. Psychology* 396 (1957)

Barkun, Michael, *Law Without Sanctions* (1968)

Bean, Frank D., dan Robert G. Cushing, "Criminal Homicide, Punishment, and Deterrence: Methodological and Substantive Reconsiderations," 52 *Soc. Sci. Q.* 277 (1971)

Beaney, William M., dan Edward N. Beiser, "Prayer and Politics: The Impact of Engel and Schempp on the Political Process," 13 *J. Pub. L.* 475 (1964)

Becker, Howard S., *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance* (1963)

Becker, Theodore L., *Comparative Judicial Politics, the Political Functionings of Courts* (1970)

——, *Political Behavioralism and Modern Jurisprudence* (1961)

Beiser, Edward N., "Lawyers Judge the Warren Court," 7 *Law and Society Rev.* 139 (1972)

Bentham, Jeremy, *Theory of Legislation* (4th ed., 1882)

Berkowitz, Leonard, dan Nigel Walker, "Laws and Moral Judgments," 30 *Sociometry* 410 (1967)

Berman, Harold J., *Justice in the U. S. S. R.* (1963)

Berman, Jesse, "The Cuban Popular Tribunals," 69 *Colum. L. Rev.* 1317 (1969)

Bernstein, Marver H., *Regulating Business by Independent Commission* (1955)

Bickel, Alexander M., "Mr. Taft Rehabilitates the Court," 79 *Yale L. J.* 1 (1969)

——, *Politics and the Warren Court* (1965)

Binder, Leonard, "National Integration and Political Development," 58 *Am. Pol. Sci. Rev.* 622 (1964)

Black, Donald J., "The Social Organization of Arrest," 23 *Stan. L. Rev.* 1087, 1104-05 (1971)

——, "The Boundaries of Legal Sociology," 81 *Yale L. J.* 1086, 1096 (1972)

Black, Henry C., *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws* (2nd ed., 1911)

Blackstone, Sir William, Commentaries on the Laws of England (1765-69)

Blankenburg, Erhard, "Die Selektivitat Rechtlicher Sanktionen," 21 *Kolner Zeitschrift fur Soziologie und Sozialpsychologie* 805, 608 (1969)

Blau, Peter, *The Dynamics of Bureaucracy* (1963)

Blegrad, Britt-Mari P., ed., *Contributions to the Sociology of Law* (1966)

———, Jette Moller Nielsen, "Recht als Mittel des sozialen Wandels," dalam *Zur Effektivitat des Rechts, vol. 3, Jahrbuch fur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (1972)*

Blum, Walter J., dan Harry Kalven, Jr., "The Art of Opinion Research: A Lawyer"s Appraisal of an Emergin Science," 24 *U. Chi. L. Rev.* 1, 15-19 (1956)

Blumberg, Abraham, "The Practice of Law as Confidence Game: Organizational Cooptation of a Profession," 1 *Law and Society Rev.* no. 2, 15 (1967)

Blumenwitz, Dieter, "Das Sezessionsrecht Innerstaatlicher Rechtsgemeinschaften," 3 *Verfassung und Recht in Ubersee* 429, 436-437 (1970)

Bohannon, Paul, "The Differing Realms of the Law," dalam 67 *Am. Anthropologist*, no. 6; part 2, 33, 35 (1965)

Bolding, Per Olof, "Reliance on Authorities or Open Debate?: Two Models of Legal Argumentation," 13 *Scandinavian Studies in Law* 59 (1969)

Bonderman, David, "Modernization and Changing Perceptions of Islamic Law," 81 *Harv. L. Rev.* 1169 (1968)

Bonn, Robert L., "The Predictability of Nonlegalistic Adjudication," 6 *Law and Society Rev.* 563 (1972)

Bordua, David J., dan Edward W. Haurek, "The Police Budget"s Lot," 13 *Am. Behav. Scientist* 667 (1970)

Borkin, Joseph, *The Corrupt Judge* (1962)

Box, Steven, dan Julienne Ford, "The Facts Don"t Fit: On the Relationship between Social Class and Criminal Behaviour," 19 *Soc. Rev.* 31 (1971)

Brinkmann, Gerhard, " Die Diskrimierung der Nicht-Juristen in allgemeinen hoheren Verwaltungsdiensten der Bundesrepublik Deutschland," 129 *Zeitschrift fur die Gesamte Staatswissenschaft*, no. 1, 150 (1973)

Brooker, Frank, "The Deterrent Effects of Punishment: the Canadian Case," 14 *Canadian J. Criminology and Corrections*, no. 1, 68 (1972)

Broom, L., dan P. Selznick, *Sociology* (ed. 4, 1968)

Buchanan, James dan Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (1962)

Cahn, Edward, "Jurisprudence," 30 *N. Y. U. L. Rev.* 150 (1955)

Calabresi, Guido, *The Costs of Accidents* (1970)

Campbell, Donald T., dan H. Laurence Ross, "The Connecticutt Crackdown on Speeding: Time-Series Data in Quasi-Experimental Analysis," 3 *Law and Society Rev.* 3 (1968)

Cappelletti, Mauro, *Procedure Orale et Procedure Ecrite* (1971)

——, *Judicial Review in the Contemporary World* (1971)

Carbonnier, Jean, *Sociologie Juridique* (1972)

Carlin, Jerome, *Lawyers on Their Own, A Study of Individual Practitioners in Chicago* (1962)

——, Jan Howard, dan Sheldon L. Messinger, *Civil Justice and the Poor, Issues for Sociological Research* (1967)

Carr-Saunders, A. M., dan P. A. Wilson, "Professions," 12 *Encyc. Soc. Sci* 476

Carter, James C., *Law, Its Origin, Growth and Function* (1907)

Casper, Jonathan D., *American Criminal Justice, the Defendant"s Perspective* (1972)

Chaiken, Jan M., Michael W. Lawless, Keith A. Stevenson, *The Impact of Police Activity on Crime: Robberies on the New York City Subway System* (1974)

Chambliss, William, "Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions," 1967, *Wis. L. Rev.* 703

——, dan Robert B. Seidman, *Law, Order and Power* (1971)

Chevigny, Paul, *Police Power: Police Abuses in New York City* (1969)

Chiricos, Theodore G., and Gordon P. Waldo, "Punishment and Crime: An Examination of Some Empirical Evidence," 18 *Social Problems* 200 (1970)

Christie, Nils, "Temperance Boards and Interinstitutional Dillemas: A Case Study of a Welfare Law," 12 *Social Problems* 415 (1965)

"Civil Commitment of the Mentally Ill," 14 *U. C. L. A. L. Rev.* 823 (1967)

Claster, Daniel S., "Comparison of Risk Perception between Delinquents and Nondelinquents," 58 *J. Crim L. C. & P. S.* 80 (1967)

Cloward, Richard, dan Lloyd Ohlin, *Delinquency and Opportunity* (1960)

Cohen, Julius, Reginald A. Robson dan Alan P. Bates. [50 *Parental Authority: The Community and the Law* (1958)

Cohn, Bernard S., "Some Notes on Law and Change in North India," dalam Paul Bohannon, ed., *Law and Warfare, Studies in the Anthropology of Conflict* (1967)

Cohn, Haim H., "Secularization of Divine Law," dalam Haim H. Cohn, ed., *Jewish law in Ancient and Modern Israel* (1971)

Coke, Sir Edward, *Commentaries on Littleton* (1628)

Cole, George F., "The Decision to Prosecute," 4 *Law and Society Rev.* 331, 332 (1970)

Coleman, Peter J., *Debtors and Creditors in America: Insolvency, Imprisonment for Debt, and Bankruptcy, 1607-1900* (1974)

Collier, Jane F., *Law and Social Change in Zinacantan* (1973)

Colombotos, John, "Physicians and Medicare: A Before-After Study of the Effects of Legislation on Attitudes," 34 *Am. Soc. Rev.* 318 (1969)

Conard, Alfred, et. al., *Automobile Accident Costs and Payments* (1964)

Conklin, John E., "Criminal Environment and Support for the Law," 6 *Law and Society Rev.* 247 (1971)

Cooperider, Luke, review Cohen, Robson, dan Bates, 57 *Mich. L. Rev.* 1119 (1959)

Coulson, Noel James, *A History of Islamic Law* (1964)

Cramton, Roger C., "Driver Behavior and the Legal Sanctions: A Study of Deterrence," 67 *Mich. L. Rev.* 421 (1969)

Cross, Rupert, *Precedent in English Law* (1961)

Currie, Elliott P., "Crimes Without Criminals: Witchcraft and Its Control in Renaissance Europe," 3 *Law and Society Rev.* 7 (1968)

Curtis, Charles R., "A Better Theory of Legal Interpretation," 3 *Vand. L. Rev.* 407 (1950)

Dahl, Robert A., *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent* (1967)

——, *Who Governs? Democracy and Power in an American City* (1961)

——, dan Charles E. Lindblom, *Politics, Economics, and Welfare* (1953)

Danby, Herbert, ed., *The Mishnah* (1933)

Danelski, David J., "Conflict and Its Resolution in the Supreme Court," 11 *J. Conflict Resolution* 71, 76-79 (1967)

——, *A Supreme Court Justice is Appointed* (1964)

——, "Values as Variables in Judicial Decision-Making: Notes Toward a Theory," 19 *Vand. L. Rev.* 721 (1966)

Dannick, Lionel I., "Influence of an Anonymous Stranger on a Routine Decision to Act or Not to Act: An Experiment in Conformity," 14 *Sociological Q.* 127 (1973)

David, Rene, "A Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries," 37 *Tul. L. Rev.* 187 (1963)

——, dan John E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today* (1968)

Davis, Kenneth C., *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry* (1969)

Dawson, John P., *The Oracles of the Law* (1968)

Daynard, Richard A., "The Use of Social Policy in Judicial Decision-Making," 56 *Cornell L. Rev.* 919 (1971)

Degler, Carl N., *Neither Black nor White, Slavery and Race Relations in Brazil and the United States* (1971)

Dershowitz, Alan M., "Increasing Community Control over Corporate Crime: A Problem in the Law of Sanctions," 71 *Yale L. J.* 280 (1961)

Dicey, A. V., *Lectures on the Revelation between the Law and Public Opinion in England, during the Nineteenth Century* (1905)

Dickinson, John, *Administrative Justice and the Supremacy of Law* (1927)

Dolbeare, Kenneth, *Trial Courts in Urban Politics* (1967)

——, dan Phillip E. Hammond, *The School Prayer Decisions, from Court Policy to Local Practice* (1971)

Dollard, John, et. al., *Frustration and Aggression* (1939)

Dror, Yehezkel, "Law and Social Change," 33 *Tulane L. Rev.* 787 (1959)

Durkheim, Emile, *The Division of Labor in Society* (1933)

Duster, Troy, *The Legislation of Morality: Laws, Drugs, and Moral Judgment* (1970)

Dworkin, Gerald, *Odger"s Construction of Deeds and Statutes* (5th ed., 1967)

Dworkin, Ronald, "The Model of Rules," 35 *U. Chi. L. Rev.* 14 (1967)

Dye, Thomas R., *Politics, Economics, and the Public: Policy Outcomes in the American States* (1966)

Easton, David, *A Framework for Political Analysis* (1965)

——, *A Systems Analysis of Political Life* (1965)

Ebel, Wilhelm, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland* (2nd ed., 1958)

Eckhoff, Torstein, "Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence", 9 *Scandinavian Studies in Law* 9, 16-17 (1965)

——, "The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict Resolution," dalam Britt-Mari Blegvad, ed., *Contributions to The Sociology of Law* (1966)

Ehrenzweig, Albert A., "Reimbursement of Counsel Fees and the Great Society," dalam Jacobus tenBroek, ed., *The Law of the Poor* (1966)

Ehrlich, Eugen, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (1936)

Ehrlich, Isaac, "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement," 1 *J. Legal Studies* 259, 261 (1972)

Eley, Lynn W., dan Thomas W. Casstevens, *The Politics Fair Housing Legislation* (1968)

Elias, T. O., *The Nature of African Customary Law* (1956)

Elkins, Stanley M., *Slavery, A Problem in American Institutional and Intellectual Life* (1959)

Elms, Alan C., ed., *Role Playing, Reward, and Attitude Change* (1969)

Engisch, Karl, *Einfuhrung in das Juristische Denken*, (ed. 3., (1964)

Engstrom, Richard L., dan Michael W. Giles, "Expectations and Images: A Note on Diffuse Support for Legal Institutions," 6 *Law and Society Rev.* 631 (1972)

Erickson, Maynard L., dan Jack P. Gibbs, "The Deterrence Question: Some Alternative Methods of Analysis," 54 *Soc. Sci. Q.* 277 (1973)

Erikson, Kai T., *Wayward Puritans, A Study in the Sociology of Deviance*, (1965)

Erskine, Hazel, "The Polls: Capital Punishment," 34 *Public Opinion Q.* 290 (1970)

Eulau, Heinz, dan John D. Sprague, *Lawyers in Politics, A Study in Professional Convergence* (1964)

Evan, William M., "Law as an Instrument of Social Change," dalam Alvin W. Gouldner dan S. M. Miller, eds., *Applied Sociology* (1965)

——, "Public and Private Legal Systems," dalam William M. Evan, ed., *Law and Sociology* (1962)

Fagen, Richard, *Politics and Communication* (1966)

Fair, Daryl R., "An Experimental Application of Scalogram Analysis to State Supreme Court Decision," 1967 *Wis. L. Rev.* 449

Fallers, Lloyd A., *Law Without Precedent* (1969)

Farrand, Max, ed., *Laws and Liberties of Massachusetts, 1648* (1929)

Feeley, Malcolm, "Coercion and Compliance, a New Look at an Old Problem," 4 *Law and Society Rev.* 505 (1970)

Feest, Johannes, "Compliance with Legal Regulations: Observation of Stop Sign Behavior," 2 *Law and Society Rev.* 447 (1968)

——, dan Erhard Blankenburg, *Die Definitions macht der Polizei* (1972)

Fenet, P. A., *Recueil Complet des Travaux Preparatoires du Code Civil* (1827), jil. I

Ferrari, Vincenzo, *Successione per Testamento e Trasformazioni Sociali* (1972)

Festinger, Leon, dan James C. Carlsmith, "Cognitive Consequences of Forced Compliance," 58 *J. Abnormal & Soc. Psychology* 203 (1959)

Finman, Ted, dan Stewart Macaulay, "Freedom to Dissent: The Vietnam Protests and the Words of Public Officials," 1966 *Wis. L. Rev.* 632

Fox, Sanford J., "Juvenile Justice Reform: An Historical Perspective," 22 *Stan. L. Rev.* 1187 (1970)

Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind* (1930)

Freund, Julien, *The Sociology of Max Weber* (1968)

Friedenberg, Edgar Z., "The Side Effects of the Legal Process," dalam Robert Paul Wolff, ed., *The Rule of Law* (1971)

Friedland, N., J. Thibaut dan L. Walker, "Some Determinants of the Violation of Rules," 3 J. *Applied Soc. Psychology* 103 (1973)

Friedman, Lawrence M., *Contract Law in America* (1965)

——, "Freedom of Contract and Occupational Licensing, 1890-1910: A Legal and Social Study," 53 *Calif. L. Rev.* 487 (1965)

——, *Government and Slum Housing: A Century of Frustration* (1968)

——, *A History of American Law* (1973)

———, "The Idea of Right as a Social and Legal Concept," 27 *J. Soc. Issues*, no. 2, 189 (1971)

——, "Law and Its Language," 33 *Geo. Wash. L. Rev.* 563 (1964)

——, "Law, Order and History," 16 *S. D. L. Rev.* 242 (1971)

——, "Law Reform in Historical Perspective," 13 *St. Louis U. L. J.* 351 (1969)

——, "Law, Rules, and the Interpretation of Written Documents," 59 *Nw. U. L. Rev.* 751 (1965)

——, "Legal Culture and Social Development," 4 *Law and Society Rev.* 29 (1969)

——, "On Legal Development," 24 *Rutgers L. Rev.* 11 (1969)

——, "Legal Rules and the Process of Social Change," 19 *Stan. L. Rev.* 786, 791-792 (1967)

——, "On Legalistic Reasoning: A Footnote to Weber," 1966 *Wis. L. Rev.* 148

——, "Social Welfare Legislation: An Introduction," 21 *Stan. L. Rev.* 217, 232 (1969)

——, dan Jack Ladinsky, "El Derecho como Instrumento de Cambio Social Incremental," *Derecho*, no. 27, 22 (Lima, 1969)

——, ——, "Social Change and the Law of Industrial Accident," 67 *Colum. L. Rev.* 50, 72-77 (1967)

——, dan Stewart Macaulay, *Law and the Behavioral Sciences* (1969)

Fromkin, Howard L., dan Timothy C. Brock, "Erotic Materials: A Commodity Theory Analysis of the Enhanced Desirability that May Accompany Their Unavailability," 3 *J. Applied Soc. Psychology* 219 (1973)

Fuller, Lon L., *The Morality of Law* (1964)

Galanter, Marc, "The Modernization of Law," dalam M. Weiner, ed., *Modernization* (1966)

Gallatin, Judith, dan Joseph Adelson, "Legal Guarantees of Individual Freedom: A Cross-National Study of the Dvelopment of Political Thought," 27 *J. Soc. Issues*, no. 2, 93 (1971)

Gans, Herbert J., *The Levittowners, Ways of Life and Politics in a New Suburban Community* (1967)

——, *The Urban Villagers* (1962)

Gardiner, John A., *Traffic and Police, Variations in Law Enforcement Policy* (1969)

Garfinkel, Harold, "Conditions of Successful Degradation Ceremonies," 81 *Am. J. Sociology*, 420 (1956)

Geis, Gilbert, "The Heavy Electrical Equipment Antitrust Cases of 1961," dalam Gilbert Geis, ed., *White Collar Criminal* (1968)

Gelfand, Donna M., Donald P. Hartmann, Patrice Walker, dan Brent Page, "Who Reports Shoplifters? A Field-Experimental Study," 25 *J. Personality and Soc. Psychology* 276 (1973)

Geny, Francois, *Methode d"Interpretation et Sources en Droit Prive Positif.* Terj. Jaro Mayda (1963)

Gibbs, Jack P., "Crime, Punishment and Deterrence," 48 *Southwestern Soc. Sci. Q.* 515 (1968)

——, "Definitions of Law and Empirical Questions," 2 *Law and Society Rev.* 429 (1968)

Gifford, Daniel J., "Communications of Legal Standards, Policy Development, an Effective Conduct Regulation," 56 *Cornell L. Rev.* 409, 410 (1971)

Glaser, Daniel, *The Effectiveness of a Prison and Parole System*, Edisi Ringkas (1969)

Glass, Gene V., George C. Tia dan Thomas O. Maguire, "The 1900 Revision of German Divorce Laws: Analysis of Data as a Time-Series Quasi-Experiment," 5 *Law and Society Rev.* 539 (1971)

Glick, Henry R., *Supreme Courts in State Politics, an Investigation of the Judicial Role* (1971)

——, dan Kenneth M. Vines, *State Court Systems* (1973)

Gluckman, Max, *The Ideas in Barotse Jurisprudence* (1965)

——, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia* (1955)

Godechot, Jacques, *Les Institutions de la France sous la Revolution et L"Empire* (2nd ed., 1968)

Goffman, Erving, *Stigma, Notes on the Management of Spoiled Identity* (1963)

Goldman, Sheldon, dan Thomas P. Jahnige, "Eastonian Systems Analysis and Legal Research," 2 *Rutgers-Camden L. Rev.* 285 (1970)

Goldstein, Stephen R., "The Scope and Sources of School Board Authorit to Regulate Students Conduct and Status: A Nonconstitutional Analysis," 117 *U. Pa. L. Rev.* 373 (1969)

Golunskii, S. A., dan M. S. Strogovich, "The Theory of the State and Law," dalam *Soviet Legal Philosophy*, terj. Hugh W. Babb (1951)

Goodhart, Arthur L., "Determining the Ratio Decidendi of a Case," 40 *Yale L. J.* 161, 163 (1930)

Graham, Fred P., "A Contemporary History of American Crime," dalam Hugh D. Graham dan Ted R. Gurr, eds., *Violence in America: Historical and Comparative Perspectives* (1969)

Graham, Howard Jay, *Everyman"s Constitution* (1968)

Gray, John Chipman, *The Nature and Sources of the Law* (1909)

——, *The Rule Against Perpetuities* (1886)

Green, Christopher, *Negative Taxes and the Poverty Problem* (1967)

Green, Edward, "Inter- and Intra-Racial Crime Relative to Sentencing," 55 *J. Crim. C. & P. S.* 348 (1964)

Green, Justin J., John R. Schimdhauser, Larry L. Berg, dan David Brady, "Lawyers in Congress: A New Look at Some Old Assumptions," 26 *Western Pol. Q.* 440 (1973)

Greenwood, Ernest, "Attributes of a Profession," 2 *Soc. Work* no. 3, 45 (1957)

Greer, Scott, *Urban Renewal and American Cities* (1965)

Grosman, Brian A., *The Prosecutor: An Inquiry into the Exercise of Discretion* (1969)

Grossman, Joel, "Role Playing and the Analysis of Judicial Behavior: The Case of Mr. Justice Frankfurter," 11 *J. Pub. L.* 285, 293 (1962)

——, "Social Backgrounds and Judicial Decision-Making," 79 *Harv. L. Rev.* 1551 (1966)

——, dan Mary H. Grossman, eds., *Law and Change in Modern America* (1971)

Grupp, Stanley E., dan Warren C. Lucas, "The Marihuana Muddle as Reflected in California Arrest Statistics and Disposition," 5 *Law and Society Rev.* 251, 262 (1970)

Gurr, Ted Robert, *Why Men Rebel* (1970)

Gurvitch, Georges, *Sociology of Law* (1942)

Gusfield, Joseph, "Moral Passage: The Symbolic Process in Public Designations of Deviance," 15 *Social Problems* 175 (1967)

——, *Symbolic Crusade, Status Politics and the American Temperance Movement* (1963)

Hahm, Pyong-Choon, "The Decision Process in Korea," dalam G. Schubert dan D. Danelski, ed., *Comparative Judicial Behavior* (1969)

Hakman, Nathan, "The Supreme Court"s Political Environment: the Processing of Noncommercial Litigation," dalam Joel B. Grossman dan Joseph Tanenhaus, eds., *Frontiers of Judicial Research* (1969)

Hamer, John H., "Dispute Settlement and Sanctity: an Ethiopian Example," 45 *Anthropological Q.* 232 (1972)

Handler, Joel, "Controlling Official Behavior in Welfare Administration," dalam Jacobus ten Broek, ed., *The Law of the Poor* (1966)

——, ed., *Family Law and the Poor, Essays by Jacobus tenBroek* (1971)

——, *The Lawyer and His Community, The Practicing Bar in a Middle Sized City* (1967)

——, dan Ellen J. Hollingsworth, *The "Deserving Poor," A Study of Welfare Administration* (1971)

——, ——, "Reforming Welfare: The Constraints of the Bureaucracy and the Clients," 118 *U. Pa. L. Rev.* 1167, 1184 (1970)

Hanson, R., *The Political Thicket* (1965)

Harris, Richard, *A Sacred Trust* (1966)

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, (1961)

Hart, Henry, dan Albert Sakcs, *The Legal Process* (ed. Tentatif, 1956)

Hasan, Ahmad, *The Early Development of Islamic Jurisprudence* (1970)

Haskins, George, *Law and Authority in Early Massachusetts* (1960)

Haynes, Evan, *The Selection and Tenure of Judges* (1944)

Heldrich, Andreas, "Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung," 34 *Rabels Zeitschrift fur auslandisches und internationales Privatrecht* 427 (1970)

Hines, N., William "Personal Property Joint Tenancies: More Law, Fact, and Fancy," 54 *Minn. L. Rev.* 509 (1970)

Hirschman, Albert, *Development Projects Observed* (1967)

Hoebel, E. Adamson, *The Law of Primitive Man, A Study in Comparative Legal Dynamics* (1954)

Hohfeld, Wesley N., "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning," 23 *Yale L. J.* 16 (1913)

Holdsworth, William S., *History of English Law* (1924), jil. V

Holmes, Oliver W., Jr., "The Path of the Law," 10 *Harv. L. Rev.* 457, 461 (1897)

Horwitz, Morton, "The Emergence of an Instrumental Conception of American Law, 1780-1820," dalam Donald Fleming dan Bernard Bailyn, eds., *Law in American History* (1971)

Hunter, Floyd, *Community Power Structure* (1953)

Huntington, Samuel P., "The Marasmus of the ICC: The Commission, The Railroads and the Public Interest," 61 *Yale L. J.* 467 (1952)

Hurst, J. Willard, *The Growth of American Law: The Lawmakers* (1954)

——, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States* (1956)

International Commission of Jurists, *South Africa and the Rule of Law* (1960)

Isaac, Paul E., *Prohibition and Politics: Turbulent Decades in Tennessee 1885-1920* (1965)

Isele, Hellmut G., "Ein Halbes Jahrhundert deutsches Burgerliches Gesetzbuch," 150 *Archiv fur die Civilistische Praxis* 1, 15-20 (1949)

Ishwaran, K., "Customary Law in Village India," 5 *Int"l J. Comp. Sociology* 226 (1964)

Jacob, Herbert, "Black and White Perceptions of Justice in the City," 6 *Law and Society Rev.* 69, 78 (1971)

——, *Debtors in Court, the Consumption of Government Services* (1969)

James, Dorothy B., "Role Theory and the Supreme Court," 30 *J. Politics* 160 (1968)

Jaros, Dean, dan Robert I. Mendelsohn, "The Judicial Role and Sentencing Behavior," 11 *Midwest J. Pol. Sci.* 471 (1967)

Jeffrey, C. Ray, "Social Change and Criminal Law," 13 *Am. Behav. Scientist* 523 (1970)

Johnson, Harry M., *Sociology: A Systematic Introduction* (1960)

Johnson, Richard M., *The Dynamics of Compliance* (1967)

Jolowicz, H. F., *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (1954)

Jones, Harry, *The Efficacy of Law* (1969)

Joseph, Nathan, dan Nicholas Alex, "The Uniform; a Sociological Perspective," 77 *Am. J. Sociology* 719, 722, 723 (1972)

Kalven, Harry, Jr., "Please Morris, Don"t Make Trouble": Two Lessons in Courtroom Confrontation," 27 *J. Soc. Issues*, no. 2, 219 (1971)

——, dan Hans Zeisel, *The American Jury* (1966)

Kaplan, John, *Marijuana, the New Prohibition* (1970)

——, "The Prosecutional Discretion: A Comment," 60 *Nw. U. L. Rev.* 174 (1965)

Kaufman, Harry, "Legality and Harmfulness of a Bystander"s Failure to Intervene as Determinants of Moral Judgment," dalam J. Macaulay dan L. Berkowitz, eds., *Altruism and Helping Behavior* (1970)

Kaufman, Herbert, *Administrative Feedback* (1973)

Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, terj. Max Knight (ed. 2, 1967)

Key, V. O., *Public Opinion and American Democracy* (1965)

King, Harry, seperti dituturkan kepada William J. Chambliss, *Box Man, a Professional Thief"s Journey* (1972)

Kiralfy, A. K. R., "Law Reform by Legal Fictions, Equity and Legislation in English Legal History," 10 *Am. J. Legal Hist.* 3 (1966)

Klein, Herbert S., *Slavery in the Americas, a Comparative Study of Virginia and Cuba* (1967)

Koch, Hartmut, dan Gisela Zenz, "Erfahrungen und Einstellungen von Klagern in Mietprozessen," dalam Manfred Rehbinder dan Helmut Schelsky, ed., *Zur Effectivitat des Rechts*, vol. 3, Jahrbuch fur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (1972)

Kohlberg, Lawrence, "Development of Moral Character and Moral Ideology," dalam M. Hoffman dan L. Hoffman, eds., *Review of Child Development Research*, Jil. 1 (1964)

Kolko, Gabriel, *Railroads and Regulation, 1877-1916* (1965)

Krislov, Samuel, "The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy," 72 *Yale L. J.* (1963)

Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions* (1962)

Kutler, Stanley L., *The Dred Scott Decision: Law or Politics?* (1967)

——, *Privilege and Creative Destruction, the Charles River Bridge Case* (1971)

Kwasniewski, Jerzy, "Motivation of Declared Conformity to a Legal Norm," *Polish Soc. Bull*, 1, 74 (1969)

La Fave, Wayne R., *Arrest: The Decision to Take a Suspect Into Custody* (1965)

Labatt, C., *Commentaries on the Law of Master and Servant*, 4 jil. (1913)

Lander, Byron G., "Group Theory and Individuals: The Origin of Poverty as a Political Issue in 1964," 24 *Western Pol. Q.* 514 (1971)

Landis, James M., *The Administrative Process* (1938)

Lane, Roger, "Urbanization and Criminal Violence in the Nineteenth Century: Massachusetts as a Test Case," dan Fred P. Graham, "A Contemporary History of American Crime," dalam Hugh D. Graham dan Ted R. Gurr, eds., *Violence in America: Historical and Comparative Perspectives* (1969)

Langdell, C. C., *Contracts* (1871)

Larson, Gustive O., *The Americanization of Utah for Statehood* (1971)

LaVoie, Joseph C., "Type of Punishment as a Determinant of Resistance to Deviation," 10 *Developmental Psychology* 181 (1974)

Lefkowitz, M., R. R. Blake, dan J. S. Mouton, "Status Factors in Pedestrian Violation of Traffic Signals," 51 *J. Abnormal and Soc. Psychology* 704 (1955)

Lefstein, Norman, Vaughan Stapleton dan Lee Teitelbaum, "In Search of Juvenile Justice: Gault and Its Implementation," 3 *Law and Society Rev.* 491 (1969)

Lemert, Edwin M., *Social Action and Legal Change: Revolution Within the Juvenile Court* (1970)

Lempert, Richard, "Strategies of Research Design in the Legal Impact Study," 1 *Law and Society Rev.* 111 (1966)

Letwin, William, *Law and Economic Policy in America, the Evolution of the Sherman Antitrust Act* (1965)

Lev, Daniel S., *Islamic Courts in Indonesia* (1972)

Levi, Edward H., *An Introduction to Legal Reasoning* (1949)

Levin, Martin A., "Policy Evaluation and Recidivism," 6 *Law and Society Rev.* 17, 32 (1971)

——, "Urban Politics and Judicial Behavior," 1 *J. Legal Studies* 193 (1972)

Levine, James P., "Implementing Legal Policies through Operant Conditioning: The Case of Police Practices," 6 *Law and Society Rev.* 195 (1971)

——, "Methodological Concerns in Studying Supreme Court Efficacy," 4 *Law and Society Rev.* 583 (1970)

Levine, Michael, "Is Regulation Necessary? California Air Transportation and National Regulatory Policy," 74 *Yale L. J.* 1416 (1965)

Levy-Bruhl, Henry, *Sociologie du Droit* (1961)

Lewis, W. David, *From Newgate to Dannemora, the Rise of the Penitentiary in New York, 1796-1848* (1965)

Lipsky, Michael, *Protest in City Politics: Rent Strikes, Housing and the Power of the Poor* (1970)

Litwak, Eugene, dan Henry J. Meyer, "A Balance Theory of Coordination between Bureaucratic Organizations and Community Primary Groups," 11 *Admin. Sci. Q.* 31 (1966)

Llewellyn, Karl N., *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* (1951)

——, "A Realistic Jurisprudence – the Next Step," 30 *Colum. L. Rev.* 431 (1930)

——, "Remarks on the Theory of Appellate Decision," 3 *Vand L. Rev.* 395 (1950)

——, "Some Realism about Realism", 44 *Harv. L. Rev.* 1222 (1931)

Lowi, Theodore J., "American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory," 16 *World Politics* 677 (1964)

——, *The End of Liberalism: Ideology, Policy, and the Crisis of Public Authority* (1969)

Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren* (1969)

——, *Rechtssoziologie* (2 jil. 1972)

Macaulay, Stewart, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study," 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963)

——, dan Elaine Walster, "Legal Structures and Restoring Equity," 27 *J. Soc. Issues*, no. 2, 173, 180 (1970)

MacCallum, Spencer, "Dispute Settlement in an American Supermarket, a Preliminary View," dalam Paul Bohannan, ed., *Law and Warfare, Studies in the Anthropology of Conflict* (1967)

McEntire, Davis, *Residence and Race* (1960)

McKenzie, Robert, and Allan Silver, *Angels in Marble, Working Class Conservative in Urban England* (1968)

MacKinnon, F. B., *Contingent Fees for Legal Services* (1964)

Magnarella, Paul J., "The Reception of Swiss Family Law in Turkey," 46 *Anthropological Q.* 100 (1973)

Main, Eleanor C., dan Thomas G. Walker, dalam "Choice Shifts and Extreme Behavior: Judicial Review in the Federal Courts," 91 *J. Soc. Psychology* 215 (1973)

Maine, Sir Henry, *Ancient Law* (1861)

Malinowski, Bronislaw, *Crime and Custom in Savage Society* (1926)

Malmstrom, Ake, "The System of Legal Systems," 13 *Scandinavian Studies in Law* 127 (1969)

Manne, Henry G., *Insider Trading and the Stock Market* (1966)

Markovits, Inga, *Sozialistisches und Burgerliches Zivilrechtsdenken in der DDR* (1969)

"Marx et le Droit Moderne," esei koleksi dalam jil. 12, *Archives de Philosophie du Droit* (1967)

Massell, Gregory J., "Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu, The Case of Soviet Central Asia," 2 *Law and Society Rev.* 179 (1968)

Matza, David, *Delinquency and Drift* (1964)

Mayhew, Leon, *Law and Equal Opportunity* (1968)

Mellinkoff, David, *The Language of the Law* (1963)

Meltsner, Michael, "Litigating against the Death Penalty: The Strategy behind Furman," 82 *Yale L. J.* 1111, 1137 (1972)

Merelman, Richard M., "Learning and Legitimacy," 60 *Am. Pol. Sci. Rev.* 548, 552 (1966)

Merryman, John H., *The Civil Law Tradition* (1969)

——, dan V. Vigoriti, "When Courts Collide: Constitution and Cassation in Italy," 15 *Am. J. Comp. L.* 665 (1967)

Merton, Robert K., *Social Theory and Social Structure* (1968)

Mileski, Maureen, "Courtroom Encounters: An Observation Study of a Lower Criminal Court," 5 *Law and Society Rev.* 473, 521-531 (1971)

Milgram, Stanley, "Liberating Effects of Group Pressure," 1 *J. Personality and Soc. Psychology* 127 (1965)

Miller, Loren, *The Petitioners. The Story of the Supreme Court of the United States and the Negro* (1966)

Mills, C. Wright, *The Power Elite* (1956)

Milner, Alan, tinjauan atas studi Cohen, Robson, dan Bates, 21 *U. Pitt. L. Rev.* 147 (1957)

Milner, Neal, "Comparative Analysis of Patterns of Compliance with Supreme Court Decisions," 5 *Law and Society Rev.* 119, 125-126 (1970)

Mitchell, Oliver R., "The Fictions of the Law: Have They Proved Useful of Detrimental to its Growth?" 7 *Harv. L. Rev.* 249, 250 (1839)

Moore, Wilbert E., *The Professions: Roles and Rules* (1970)

Morris, Richard, *Studies in the History of American Law* (2nd ed., 1959)

Morrison, Fred L., *Courts and the Political Process in England* (1973)

Moynihan, Daniel Patrick, *Maximum Feasible Misunderstanding: Community Action in the War on Poverty* (1969)

Muir, William K., Jr., *Prayer in the Public Schools: Law and Attitude Change* (1967)

Murphy, Walter, *Elements of Judicial Strategy* (1964)

Myers, D. G., F. B. Schreiber, dan J. Viel, "Effects of Discussion on Opinions Concerning Illegal Behavior," 92 *J. Soc. Psychology* 77 (1974)

Nader, Laura, "An Analysis of Zapotec Law Cases," 3 *Ethnology* 404 (1964)

Nagel, Stuart, "Political Party Affiliation and Judges Decisions," 55 *Am. Pol. Sci. Rev.* 843 (1961)

——, dan Felix V. Gagliano, "Attorney Characteristics and Courtroom Results," 44 *Feb. L. Rev.* 599 (1965)

Nelson, William E., "The Americanization of the Common law" (tesis Ph. D., Harvard University, 1971)

Nemeth, Charlan, dan Ruth H. Sosis, "A Simulated Jury Study: Characteristics of the Defendant and the Jurors," 90 *J. Soc. Psychology* 221 (1973)

Nonet, Philippe, *Administrative Justice* (1969)

Oaks, Dallin H. dan Warren Lehman, *A Criminal Justice System and the Indigent* (1968)

Ogburn, William F., *Social Change with Respect to Culture and Original Nature* (1950)

Ogden, C. K., *Bentham"s Theory of Fictions* (1951)

Otte, George, "Role Theory and the Judicial Process: a Critical Analysis," 16 *St. Louis U. L. J.* 420 (1972)

Packer, Herbert L., *The Limits of the Criminal Sanctions* (1968)

Talcott Parsons, "Evolutionary Universals in Society," 29 *Am. Soc. Rev.* 339 (1964)

——, *The System of Modern Societies*, (1971)

Paul, Arnold M., *Conservative Crisis and the Rule of Law: Attitudes of Bar and Bench. 1887-1895* (1969)

Petrick, Michael J., "The Supreme Court and Authority Acceptance," 21 *Western Pol. Q.* 5 (1968)

Piaget, Jean, *The Moral Judgment of the Child* (1932)

Platt, Anthony M., *The Child Savers: The Invention of Delinquency* (1967)

Plucknett, Theodore T. F., *A Concise History of the Common Law* (5th ed., 1956)

——, *Statutes and Their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century* (1922)

Podgorecki, Adam, "Public Opinion on Law," dalam Adam Podgorecki, et. al., *Knowledge and Opinion about Law* (1973)

——, et. al., *Knowledge and Opinion about Law* (1973)

Pospisil, Leopold, *Anthropology of Law, A Comparative Theory* (1971)

Pound, Roscoe, "The Economic Interpretation and the Law of Torts," 53 *Harv. L. Rev.* 365, 366 (1940)

——, *Interpretations of Legal History* (1923)

Powers, Edwin, *Crime and Punishment in Early Massachusetts, 1620-1692, a Documentary History* (1966)

Herman Pritchett, *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values, 1937-1947* (1948)

Prosser, William, *Handbook of the Law of Torts* (4th ed., 1971)

Pye, Lucian, *Politics, Personality and Nation Building* (1962)

Rabin, Robert L., "Agency Criminal Referrals in the Federal System: An Empirical Study of Prosecutional Discretion," 24 *Stan. L. Rev.* 1036 (1972)

Raz, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law," 81 *Yale L. J.* 823 (1972)

Redfield, Robert, "Maine"s Ancient Law in the Light of Primitive Societies," 3 *Western Pol. Q.* 574 (1950)

Rehbinder, Manfred, "Status, Contract and the Welfare State," 23 *Stan. L. Rev.* 941 (1971)

Reich, Donald R., "School-House Religion and the Supreme Court: A Report on Attitudes of Teachers and Principals and on School Practices in Wisconsin and Ohio," 23 *J. Legal Ed.* 123 (1971)

Reik, Theodore, *The Compulsion to Confess. On the Psychoanalysis of Crime and Punishment* (1959)

Rheinstein, Max, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society* (1954)

Riebschlager, Klaus, *Die Freirechtsbewegung* (1968)

Robertson, John A., dan Phyllis Teitelbaum, "Optimizing Legal Impact: A Case Study in Search of a Theory," 1973 *Wis. L. Rev.* 665

Rodgers, Harrell R., Jr., *Community Conflict, Public Opinion and the Law: The Amish Dispute in Iowa* (1969)

——, "Law as an Instrument of Public Policy," 17 *Am. J. Pol. Sci.* 638 (1973)

——, and Edward B. Lewis, "Political Support and Compliance Attitudes: A Study of Adolescents," 2 *Am. Pol. Q.* 61 (1974)

Rodkinson, Michael L., *The Babylonian Talmud* (1916), jil. 5

Romans, J. T., "Moral Suasion as an Instrument of Economic Policy," 56 Am. Econ. Rev. 1220 (1966)

Rosenberg, Maurice, *The Pretrial Conference and Effective Justice* (1964)

Rosenn, Keith S., "The Jeito, Brazil"s Institutional Bypass of the Formal Legal System and Its Developmental Implications," 19 *Am. J. Comp. L.* 514, 536 (1971)

Ross, H. Laurence, "Law, Science, and Accidents: the British Road Safety Act of 1967," 2 *J. Legal Studies* 1 (1973)

——, *Settled Out of Court, the Social Process of Insurance Claims Adjustments* (1970)

Rothman, David, *The Discovery of the Asylum, Social Order and Disorder in the New Republic* (1971)

Rubin, Jeffrey L., dan Roy J. Lewicki, "A Three Factor Experimental Analysis of Promises and Threats," 3 *J. Applied Social Psychology* 240 (1973)

Rubinstein, Amnon, "Law and Religion in Israel," dalam Haim H. Cohn, ed., *Jewish Law in Ancient and Modern Israel* (1971)

Rumble, Wilfrid E., Jr., *American Legal Realism, Skepticism, Reform, and the Judicial Process* (1968)

Runciman, W. G., *Relative Deprivation and Social Justice: A Study of Attitudes to Social Inequality in Twentieth Century England* (1966)

Rushing, William A., "Organizational Rules and Surveillance: Proposi-

tions in Comparative Organizational Analysis," 10 *Admin. Sci. Q.* 423 (1966)

St. John-Stevas, Norman, *Obscenity and the Law* (1956)

Salacuse, Jeswald D., *An Introduction to Law in French-Speaking Africa* (1969), jil. I

Salem, Richard G., dan William J. Bowers, "Severity of Formal Sanctions as a Deterrent to Deviant Behavior," 5 *Law and Society Rev.* 21 (1970)

Sawer, Geoffrey, *Law in Society* (1965)

Schacht, Joseph, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence* (1953)

Schafer, Jeffrey A., "Prosecution for Selective Service Offenses: A Field Study," 22 *Stan. L. Rev.* 356 (1970)

Scheff, Thomas, *Being Mentally Ill: A Sociological Theory* (1966)

Schlegel, Stuart A., *Tiruray Justice* (1970)

Schubert, Glendon, *Judicial Decision Making* (1963)

——, *The Judicial Mind* (1965)

——, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior* (1959)

Schumann, Karl F., dan Gerd Winter, "Zur Analyse des Strafverfahrens," 3 *Kriminologisches Journal* 136 (1971)

Schur, Edwin M., *Crimes without Victims* (1965)

——, *Labeling Deviant Behavior, Its Sociological Implications* (1971)

Schuyt, C. J. M., *Rechtssociologie, een Terreinverkenning* (1971)

——, dan Joop C. M. Ruys, "Die Einstellung gegenuber neuen sozialokonomischen Gesetzen," dalam *Zur Effektivitat der Rechts*, vol. 3, *Jahrbuch fur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1972)

Schwartz, Richard D., "A Learning Theory of Law," 41 *So. Cal. L. Rev.* 548, 578 (1968)

——, "Social Factors in the Development of Legal Control: A Case Study of Two Israeli Settlements," 63 *Yale L. J.* 471 (1954)

——, dan James C. Miller, "Legal Evolution and Societal Complexity," 70 *Am. J. Sociology* 159 (1964)

——, dan Sonya Orleans, "On Legal Sanctions," 34 *U. Chi. L. Rev.* 274 (1967)

——, dan Jerome H. Skolnick, "Two Studies of Legal Stigma," 10 *Social Problems*, 133 (1962)

Schwitzgebel, Ralph K., "Issues in the Use of an Electronic Rehabilitation System with Chronic Recidivists," 3 *Law and Society Rev.* 597 (1969)

Scott, James C., *Comparative Political Corruption* (1972)

Sebastian, Raymond F., "Obscenity and the Supreme Court; Nine Years of Confusion," 19 *Stan. L. Rev.* 167 (1966)

Segal, Ronald, *The Race War* (1967)

Seidman, Robert B., "Administrative Law and Legitimacy in Anglophonic Africa: A Problem in the Reception of Foreign Law," 5 *Law and Society Rev.* 161, 200-201 (1970)

——, "Law and Economic Development in Independent, English-Speaking, Sub-Saharan Africa" 1966 *Wis. L. Rev.* 999

Sellin, Thorstein, *The Death Penalty* (1859)

Selznick, Philip, *Law, Society and Industrial Justice* (1969)

Shapiro, Martin, "The Impact of the Supreme Court," 23 *J. Legal Ed.* 77, 80 (1970)

——, "Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or *Stare Decisis*?" 2 *Law in Transition Q.* 134 (1964)

——, "Toward a Theory of Stare Decisis," 1 *J. Legal Studies* 125 13 (1972)

Shklar, Judith, *Legalism* (1964)

Shonfield, Andrew, *Modern Capitalism, The Changing Balance of Public and Private Power* (1965)

Silving, Helen, "The Oath," 68 *Yale L. J.* 1329, 1337, 1371 (1959)

Simon, Rita J., *The Jury and the Defense of Insanity* (1967)

——, "Murder, Juries, and the Press," 3 *Transaction* 40 (1966)

Sinclair, Andrew, *Prohibition: The Era of Excess* (1962)

Sinclair, Upton, *The Jungle* (1906)

Singer, Barry F., "Psychological Studies of Punishment," 58 *Calif. L. Rev.* 405, 413-4 (1970)

Skidmore, Max J., *Medicare and the American Rhetoric of Reconciliation* (1970)

Skolnick, Jerome, "Social Research on Legality: A Reply to Auerbach," *Law and Society Rev.* 105, 107 (1966)

Smigel, Erwin O., *The Wall Street Lawyer* (1964)

Sociologie du Droit et de la Justice (1970)

Sofaer, Abraham D., "The Change of Status Adjudication: A Case Study of the Informal Agency Process," 1 *J. Legal Studies* 349 (1972)

Spradley, James P., *You Owe Yourself a Drunk* (1970)

Sprague, John D., *Voting Patterns of the United States Supreme Court* (1968)

Staff, Ilse, ed., *Justiz im Dritten Reich* (1964)

Stebbins, Robert A., *Commitment to Deviance, The Nonprofessional Criminal in the Community* (1971)

Stevens, Charles R., "Modern Japanese Law as an Instrument of Comparison," 19 *Am. J. Comp. L.* 665 (1971)

Stevens, Robert, "Two Cheers for 1870: The American Law School," dalam Donald Fleming dan Bernard Bailyn, eds., *Law in American History* (1971)

Stirling, Paul, "Land, Marriage and the Law in Turkish Villages," 9 *Int"l Social Sci. Bull.* 21 (1957)

Stone, Julius, *Human Law and Human Justice* (1965)

——, *Legal System and Lawyers" Reasonings* (1964)

——, *Social Dimensions of Law and Justice* (1966)

Stouffer, Samuel A., *Communism, Conformity, and Civil Liberties* (1955)

Strack, Hermann L., *Introduction to the Talmud and Midrash* (1959)

Sussman, M. B., J. N. Cates, dan D. T. Smith, *The Family and Inheritance* (1970)

Sutherland, Edwin, "The Diffusion of Sexual Psychopath Laws," 56 *Am. J. Sociology* 142 (1950)

——, *White Collar Crime* (1949)

——, "White Collar Criminality," dalam Gilbert Geis, ed., *White Collar Criminal* (1968)

Sutherland, J. G., *Statutes and Statutory Construction* (1891)

Sykes, Gresham, *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison* (1958)

Szasz, Thomas, *Law, Liberty, and Psychiatry* (1963)

Tanenhaus, Joseph, "The Cumulative Scaling of Judicial Decisions," 79 *Harv. L. Rev.* 1583 (1966)

Tapp, June L., dan Lawrence Kohlberg, "Developing Senses of Law and Legal Justice," 27 *J. Soc. Issues*, no. 2, 65 (1971)

——, dan Felice J. Levine, "Persuasian to Virtue, A Preliminary Statement," 4 *Law and Society Rev.* 565 (1970)

Tedeschi, James T., et. al., "Power, Influence and Behavioral Compliance," 4 *Law and Society Rev.* 521 (1970)

Teeven, James J., Jr., "The Deterrent Effects of Punishment: the Canadian Case," 14 *Canadian J. Criminology and Corrections*, no. 1, 68 (1972)

Teubner, Gunther, *Standards und Direktiven in Generalklauseln* (1971)

Thibaut, John, Laurens Walker, dan E. Allan Lind, "Adversary Presentation and Bias in Legal Decisionmaking," 86 *Harv. L. Rev.* 386 (1972)

Thompson, Victor, *The Regulatory Process in OPA Rationing* (1950)

Thorsell, Bernard A., dan Lloyd W. Klemke, "The Labelling Process: Reinforcement and Deterrent?" 6 *Law and Society Rev.* 393 (1972)

Thurman, Kay Ellen, "The Married Women"s Property Acts" (tesis M. L. L., University of Wisconsin Law School, 1966)

Timasheff, Nicholas S., *An Introduction to the Sociology of Law* (1939)

——, *Law and Morality: Leon Petrazycky* (1955)

Tittle, Charles R., "Crime Rates and Legal Sanctions," 16 *Social Problems* 409 (1969)

Tobias, J. J., *Crime and Industrial Society in the Nineteenth Century* (1972)

Tonnies, Ferdinand, *Community and Society (Gemeinschaft und Gessellschaft)*, ed., dan terj. Charles P. Loomis (1957)

Treves, Renato, *Giustizia e Giudici nella Societa Italiana* (1972)

Triepel, Henrich, *Vam Stil des Rechts* (1946)

David M. Trubek, "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism," 1972 *Wis. L. Rev.* 720

——, "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development," 82 *Yale L. J.* I (1972)

Tunc, Andre, "The Grand Outlines of the Code," dalam Bernard Schwartz, ed., *The Code Napoleon and the Common Law World* (1956)

Turk, Austin T., *Legal Sanctioning and Social Control* (1972)

Twining, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (1973)

Twiss, Benjamin, *Lawyers and the Constitution* (1942)

Ulc, Otto, dalam *The Judge in a Communist State. A View from Within* (1972)

Ulmer, S. Sidney, "The Political Party Variable in the Michigan Supreme Court," 11 *J. Public L.* 352 (1962)

——, "Social Background as an Indicator to the Votes of Supreme Court Justices in Criminal Cases: 1947-1956 Terms," 17 *Am. J. Pol. Sci.* 622 (1973)

Urofsky, Melvin I., dan David W. Levy, ed., *Letters of Louis D. Brandeis* (1972), jil. II

Vansina, Jan, "A Traditional Legal System: The Kuba," dalam Hilda Kuper dan Lea Kuper, eds., *African Law: Adaptation and Development* (1965)

Verba, Sidney, "Comparative Political Culture," dalam Lucian W. Pye dan Sidney Verba, eds., *Political Culture and Political Development* (1965)

Vines, Kenneth N., "Federal District Judges and Race Relations Cases in the Souht," 26 *J. Politics* 337 (1964)

Vose, Clement E., "Litigation as a Form of Pressure Group Activity", 319 *Annals* 20 (1958)

Waldo, Gordon P., dan Theodore G. Chiricos, "Perceived Penal Sanction and Self-Reported Criminality: A Neglected Approach to Deterrence Research," 19 *Social Problems* 522 (1972)

Walker, Nigel, *Crimes, Courts and Figures* (1971)

Walker, Thomas G., "A Note Concerning Partisan Influences in Trial Judge Decision Making," 6 *Law and Society Rev.* 645 (1972)

Walker, William L., dan John W. Thibaut, "An Experimental Examination of Pretrial Conference Techniques," 55 *Minn. L. Rev.* 1113 (1971)

Wasby, Stephen L., *The Impact of the United States Supreme Court, Some Perspectives* (1970)

Wasserstrom, Richard A., *The Judicial Decision, Toward a Theory of Legal Justification* (1961)

Way, H. Frank, Jr., "Survey Research on Judicial Decisions: The Prayer and Bible Reading Cases," 21 *Western Pol. Q.* 189 (1968)

Weber, Max, *The Theory of Social and Economic Organization*, ed. Talcott Parsons (1964)

Wenger, Dennis E., dan C. Richard Fletcher, dalam "The Effect of Legal Counsel on Admissions to a State Mental Hospital: A Confrontation of Professions," *J. Health and Soc. Behavior* 66 (1969)

Westin, Alan, *The Anatomy of a Constitutional Law Case* (1958)

Wetter, J. Gillis, *The Styles of Appellate Judicial Opinions, a Case Study in Comparative Law* (1960)

Wettick, R. Stanton, Jr., "A Study of the Assignment of Judges to Criminal Cases in Allegheny County – the Poor Fare Worse," 9 *Duquesne L. Rev.* 51 (1970)

Weyrauch, Walter O., "The Basic Law or Constitution of a Small Group," 27 *J. Soc. Issues* no. 2, 49 (1971)

——, *The Personality of Lawyers* (1964)

Wheeler, Stanton, "Socialization in Correctional Communities," 26 *Am. Soc. Rev.* 697 (1961)

Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1968)

Wilensky, Harold L., dan Charles N. Lebeaux, *Industrial Society and Social Welfare* (1958)

Wilson, James Q., *Varieties of Police Behavior* (1968)

Wimberley, Howard, "Legal Evolution: One Further Step," 79 *Am. J. Soc.* 78 (1973)

Woodward, C. Vann, *The Strange Career of Jim Crow* (2nd rev. ed., 1966)

Zander, Michael, *Lawyers and the Public Interest* (1968)

Zeisel, Hans, "Reflections on Experimental Techniques in the Law," 2 *J. Legal Studies* 107 (1973)

Zimring, Franklin E., *Perspectives on Deterrence* (1971)

——, dan Gordon J. Hawkins, Deterrence, *The Legal Threat in Crime Control* (1973)

ZoBell, Karl, "Division of Opinion in the United States Supreme Court: A History of Judicial Disintegration," 44 *Cornell L. Q.* 186, 205 (1959)

Zweigert, Konrad, dan H. Kotz, *Einfuhrung in die Rechtsvergleichung* (1971), jil. I

INDEKS

A

Abad Pertengahan, 324
Abinger, Lord, 360
aborsi, 120, 229, 361
Adams, Jane, 245
adat istiadat, 68
adat kebiasaan, 69, 256, 266, 275
Afrika, 261
agregasi kepentingan, 204
akal pikiran, 266
Allott, Antony, 284
Almond, 17
American Law Institute, 354
Amerika Latin, 261
Amerika Serikat, 3, 26, 39, 48, 54, 63, 78, 91, 99, 113, 119, 193, 201, 222, 225, 232, 234, 258, 301, 306, *332*; sejarah hukuman mati, 124
Andenaes, Johannes, 92
antitrust, 75
Aristoteles, ttg keadilan, 19
Aubert, Vilhelm, 77, 191, 296, 304; jenis-jenis tuntutan, 295; peranan pengacara, 320
Augustus, 377
Austin, John, definis hukum, 8
Australia, 72, 258

B

Badan Pengawas Pasar Modal, 379
Bahama, 261
bahasa dan gaya hukum, *335*
Bahasa hukum, *337*; fungsi, 338
Baker v. Carr (1962), kasus, 389, 390
Ball, Harry, 154
Banfield, definisi pengaruh, 222
Barbados, 261
Barkun, Michael, 9; pandangan ttg hukum, 38
barrister, 264
Bates, Alan P., 211, 214, 221
Belanda, 148
beneficiary, *338*
Bentham, Jeremy, 267; definisi fiksi hukum, 324
Berkowitz, 150
Berman, Harold, 316
Bibel, 310
Bill of Rights, 273
Birokrasi, 249, 377; kondisi umum, 317
Black, Donald, definisi hukum, 8
Blackstone, 313
Blau, Peter, 320
Bligh, Kapten, 172
Blumberg, Abraham, ttg hukum pidana, 242
Bohannon, Paul, 8

Bolivia, 262
Bordua, 122
Brazil, 80
Brown, kasus, 281
Brown v. Board of Education, kasus, 206, 363
Buchanan, 224

C

CAB, 166
Calabresi, Guido, 27, 65
Campbell, Donald, 71
capital gain, *338*
Cardozo, Benjamin, 225, 226; Hakim, 2; opini, 226
Carter, James C., 187
Casper, Jonathan, 108
Castro, Fidel, 318, 315
cestui que trust, *338*
Chambliss, William, 110, 111, 113; jenis-jenis kejahatan, 110; ttg sanksi, 83
Chile, 305
Cina, 237
civic-mindedness (kesadaran akan kepentingan umum), 146
class action, 75
Cohen, Julius, 211, 212, 214, 221
Coke, Lord, 266
Contingent fee, 175
conveyancing, 264
Cooley, Charles Horton, 74
CORE, 244
covenant, 264
Currie, Elliott, studi hukum di negara-negara represif, 243
Czechoslovakia, 371

D

Dahl, Robert A., 234
dampak hukum, 68, 256
Danelski, David, 227
DAR, 246
Darwin, 366
David, Rene, 285, 286
Dawson, John, teori preseden, 312
Daynard, Richard, 233
demokrasi, 149
demokrasi pluralis, 234
demokrasi rakyat Eropa Timur, 262
demokrasi yang sempurna, 213
Denmark, 92, 172
Departemen Kesehatan, 302
despachante, 80
Dewan Angkasa Sipil, 154
Dewan Hubungan Kerja Nasional, 10, 35
Dicey, A.V., definisi opini publik, 215
diferensiasi teknis, 267
diskresi (*discretion*), 39, 42, 48
diskresi bebas, 318
diskresi penuh, 49
diskriminasi, 237
doktrin konsiderasi, 262, 263
doktrin piring perak, 338
Doktrin preseden, 279
Doktrin standard, 281
doktrin *stare decisis*, 279
dokumen *habeas corpus*, 293
Durkheim, Emile, 22, 367, 374

E

easement, 264
Easton, David, definisi sistem politik, 6
Eckhoff, Torstein, 26
Economic Opportunity Act, 361

Edward I, 377
efek samping, 140, 164
efisiensi dan produktivitas, 267
Ehrlich, Eugen, 9
Ekonomi kapitalis, 256
ekonomi pasar, 45, 282
ekonomi sosialis, 256
Elizabeth II, 326
enforcement (pemberlakuan, penegakan), 118
equity, 325
Erikson, Kai, 22, 171
Eropa Barat, 261
estate, 264
Etiopia, 256
Euklid, 278
evolusi hukum, 366; pola-pola, 371

F

Fallers, Lloyd, 173
FCC, 166
Federalisme, 206, 273
federalisme kultural, 257, 258
fiksi, 325
Fiksi hukum, 324
fiksi substantif, 326
filsafat, 272
filsafat hukum, 312
filsafat keseimbangan kekuasaan, 272
filsafat taksonomi, 263
Finlandia, 26, 257
formalisme hukum, 375
fragmentasi kekuasaan, 272
Frank, Jerome, 45, 55
Friedenberg, Edgar Z., 242
Fuller, Lon, ttg hukum, 10

G

Gaius, *332*
Galanter, 374
Galanter, Marc, 370
Galileo, 278
Gallup, 211, 212
Garfinkel, Harold, upacara penurunan status, 126
Gaya Formal, *336*
Gaya hukum, fungsi, 339
Gaya Tradisi Besar, *336*
Gedung Putih, 224
gematria, *331*
General Motors, 213
George III, Raja, 304
Ghana, 261
Gideon, 73
Gideon v. Wainwright (1963), kasus, 73
Glick, Henry R., 233
Gluckman, Max, 314
Gomillion v. Lightfoot (1960), kasus, 389
Goodhart, Arthur, 226
Gray, John Chipman, definisi hukum, 1
Grossman, Joel, 228
Gusfield, Joseph, 67, 166, 167, 168, 192

H

habeas corpus, 292
hak, 299, 300, 305; aspek subjektif, 300; definisi, 297; maknanya pembicaraan sehari-hari, 298
hak asasi, 269
hak kebebasan berbicara, 386
Handler, 376
Hart, H. L. A., 190; ciri khas sistem

hukum, 16
hasrat untuk mematuhi, 145
Haurek, 122
Henry; 373; alat-alat penyelaras hukum, 325
Hill, Octavia, 245
Hitler, 97, 355
Hoebel, 8, 81; definisi hukum, 7
Hoffman, Hakim Julius, 105
Hollingsworth, 376
Holmes,
Holmes, Jr., Oliver Wendell, 385; definisi hukum, 8; hak kebebasan berbicara, 386
hukum (*law*), 19, 184, 187, 194, 207, 229, 320; asal-usul secara khusus, 196; asal-usul secara umum, 182; ciri-ciri formal, 370; dalam pemikiran Marxis, 186; empat tipe perubahan, *353*; fungsi, 20
hukum adat, 261, 314
hukum dagang, 258
hukum formal, 190
hukum ganti rugi, 237, 282, 297
hukum Hindu, 262
Hukum Islam, 189, 310
Hukum Jepang, 262
hukum kapitalis, 256
hukum keluarga, 237, 257, 258, 282
Hukum kesejahteraan sosial, 127
hukum klasik, 204
Hukum komersial, 264, 282
hukum kontrak, 343
hukum manorial, 259
hukum Minnesota, 184
hukum modern, arti penting konsep ilmu pengetahuan, 277
Hukum pengutipan, *332*
hukum pidana, 22, 242, 258
Hukum Romawi, 189, 367
hukum sipil, 176
hukum sosialis, 256
hukum Soviet, 189
Hukum metriil, 255
hukum tanah, 237, 258
hukum universal, 225
Hukum Yahudi, 310
hukum yang hidup, 9
hukuman, 104, 106
Hukuman cambuk, 101
hukuman mati, 94, 96, 97 101

I

ICC, 166
idealisme, 321
Ideologi, 236, 326
Ideologi *laissez-faire*, 236
Ideologi revolusioner, 326
ilmu alam, 278
ilmu hukum, 278
ilmu legislasi, 267
ilmu pengetahuan, 278; peran khusus dalam hukum modern, 278
ilmu politik modern, 226
imbalan, 104, 106
Imperium Romawi, 237, 371
Imperium Utsmani, 257
In re Gault, kasus, 239
India, 39, 258, 261
Indonesia, 258
Inggris, 117, 173, 206, 255, *336*; gaya pengadilan-pengadilan banding di, *335*
instrumentalisme, 273
interaksi, 168
Interstate Commerce Commission, 200, 207

intestasi, 103, 104
irasional formal, 368
irasional substantif, 368
Ishwaran, K., 258
Islam, 258, 311
Israel, 190
Israel modern, 257
Italia, 258, 305

J

Jamaica, 261
Jee v. Audley, kasus, 326
Jepang, 72, 203, 206, 256, 257
Jerman, 92, 148, 153, 305; gaya pengadilan-pengadilan banding di, *335*
Jerome, Jerome, 382
Jones, Harry, 154
Joseph v. Sears Roebuck & Co. (1953), kasus, 322

K

Kafka, 80
Kalven, Harry, 206
Kanada, 258
kanibalisme, 91, 143
Kapitalisme modern, 270
Kaplan, John, 114
Karisma, 149
Kasus Tarif Minnesota (1890), 184
Katolik Roma, 142, 147
keadilan, 19, 23, 65, 243
keadilan distributif, 19
keadilan formal, 371
keadilan komutatif, 19
Kebaikan publik, 267
kebaikan sosial, 316
kebebasan berbicara, 44, 300, 387
kebebasan sipil, 227
kebenaran, 339
kebenaran ilmiah, 316
kebijakan publik, 316
kebijakan rasional, 279
kebijakan sosial, 233
kecabulan (*obscenity*), 44
keharusan etis, 315
kehendak baik, 40
kejahatan, 277; jenis-jenis, 110
kejahatan ekspresif, 110, 113
kejahatan instrumental, 110
kekerasan, 277
kekuasaan, 223
kekuasaan formal, 273
kekuasaan imbangan atau tandingan, 273
kekuasaan politik, 276
kekuasaan potensial, 235
kekuasaan primer, 308
kekuasaan turunan, 308
kekuatan sosial, 201, 254
kelompok kepentingan, 398
kelompok primer, definisi, 74
kelompok tujuh Chicago, 105
kemajuan moral, 371
kemanfaatan umum, 267
Kenya, 261
kepatuhan, 64, 158
kepentingan, jenis-jenis, 197
kepentingan langsung, 198, 199
kepentingan reformasi, 198
kepentingan tidak langsung, 198
kepentingan-umum (*civic-mindedness*), 157
Kepercayaan (*trust*), 146, 157, 275, 276, 277
Keputusan, 33
kesadaran hukum revolusioner, 316

kesadaran nurani, 81, 84, 92, 145, 146, 160, 162, 256
kesadaran nurani orang banyak, 22
kesejahteraan umum, 316
keselamatan, 380
kesenjangan kultur, 202, 214
kesepakatan damai, 123
kesetaraan, 303
ketidaktertiban, 277
kewajiban, 315
keyakinan moral, 160
Kinsey, 169
kode, 256, 314
Kode Napoleon, 355
kode normatif umum, 9
Kode Prancis, 284
kode sipil, 285
Kode Sipil Jerman (*Burgerliches Gesetzbuch*), 355
Komisi Komunikasi Federal, 42
komisi revisi hukum, 354
kompetisi, 191
komunikasi, 73, 80
Komunisme Perang, 318
konfederasi longgar, 272
konflik kepentingan, 191, 295
konflik nilai, 296
konseptualisme, 279
Konstitusi, 272, 303, 318, *332*
Konstitusi Amerika Serikat, 184
kontrak bebas, 373
kontrol hukum, 190
kontrol informal, 190
kontrol sosial, 20
kontrol sosial primer, 20
Kontrol sosial sekunder, 20
konvensi partai politik, 204
Korea, 128
korupsi, 293; sebab sosial munculnya, 293
Kristen, 257, 258
Kristus, 149
Kuba, revolusi, 315
kultur hukum, 6, 17, 18, 257, 260, 334, 335; jenis-jenis, 293
kultur hukum eksternal, 293
kultur hukum internal, 293, 306
kultur hukum modern, 284
kultur politik, 17
kvutza (komunitas kolektif), 190

L

Lebeaux, 245
Ledakan hak, 303
ledakan hukum, 303
legalisme, 320, 321, 323; tipe-tipe, 322
legalisme NEP (New Economy Policy), 375
legalisme penghindaran, 322, 32
Legalisme revolusioner, 318
legalitas, 10, 371, 373, 376
legalitas kesejahteraan, 315, 316, 318
legalitas revolusioner, 315
legislasi, 325
legitimasi, 84, 147, 157, 161, 277, 279; definisi, 151; teori tradisional mengenai, 276; tipe-tipe dalam sistem hukum, 308; teori-teori, 276
legitimasi khusus, 309
Legitimasi primer, 308, 309
Legitimasi prosedural, 152
legitimasi rasional, 149
legitimasi turunan, 308
Lehman, 115, 116
Lempeng Dua Belas, 366, 374
Levi, Edward, mengenai penalaran

hukum, 327
Levin, Martin, 260
liberalisme ekonomi, 227
Litwak, Eugene, 116, 117
Llewellyn, Karl, 56, 55, 279, *336*
logika hukum, 331
Lord Abinger, 226
lotere, 26
Lousiana, 261

M

Macaulay, 173, 297
MacPherson v. Buick (1916), kasus, 328
MacPherson v. Buick Motor Co, kasus, 225
MacPherson v. Buick Motor Co., kasus, 2
Magna Carta, 355
Mahkamah Agung, 154
Maine, Henry, 324, 366, 371, 374
Majelis Tinggi Inggris, *336*
Malaysia, 261
Malinowski, Bronislaw, 9
Mao, 237
Married Women"s Property Act, 357, 358
Marshall, John, 206, *336*
Marxisme, 56
masyarakat, 20, 162
Masyarakat kuno, 367
masyarakat kurungan, 141
masyarakat modern, 368
masyarakat status, 367
Mayhew, Henry, 238, 239
mayoritas diam, 213
McCarthy, Joseph, 163
Meksiko, 78, 174, 377
mesin keadilan, 114
Meyer, Henry J., 116, 117
Mileski, Maureen, 127
Miller, James C., 370, 371
modernisasi hukum, 285
Modestinus, *332*
monarki absolut, 308
moralitas, 146, 157, 160
Mormon, 142
moshav (komunitas kooperatif), 190
Moynihan, Daniel, 246
Musa, 149
Muslim, 257, 258

N

NAACP, 244
Nader, Laura, 174
Nader, Ralph, 245
Nagel, Stuart, efek latar belakang, keahlian, dan, 228
nasihat, 127
nasionalisme, 285
nation-building, 285
negara, 8, 162
negara administratif, 278
Negara kesejahteraan, 236
negara kesejahteraan Inggris, 245
Negara modern, 162
Nelson, William E., 268
NEP (New Economy Policy), 375
nepotisme, 293
New Deal, 364
Nigeria, 261
Nonenforcement (pembiaran), 118
Nonet, Philippe, ttg legalisme, 321
norma, 68
norma bersama, 193, 194
norma kebijakan, 316

O

Oaks, 115, 116

Ogburn, William F., 202
opini publik, 81, 211, 212, 214, 215, 221, 268; dalam kultur modern, 247
Orleans, 157
Orleans, Sonya, 156
otonomi struktural, 258
otorisasi, 42, 50
otoritas, 307
otoritas karismatik, 308
otoritas rasional, 149
Otoritas tradisional, 149, 277
otoritas turunan, 309
Output hukum, 19

P

Packer, Herbert L., 98 121, 112
Pakistan, 261
Pantai Gading, 261
Papinian, *332*
parol evidence rule, *343*
Parsons, Talcott, pandangan terhadap hukum, 9, 269, 369, 374; ttg sistem hukum Inggris, 269
Pasar, 117
pasar bebas, 29, 117, 191
Pasar Bersama, 283
pasar kerja, 210
Pasteur, 278
Paulus, *332*
pelanggar pelawan, 170
pelanggaran, 64
pemahaman moral masyarakat, 211
Pembagian kerja, 267
pembangkangan, 316
pemerintah, 8
penalaran, 307
penalaran formal, 307
penalaran hukum (*legal reasoning*), 307, 309, 318, *335;* tipe-tipe, 310
Penalaran hukum formal, 307
penasihat hukum, 371
penegakan hukum, teknologi, 124
Penentangan (*challenge*), 309
pengacara, 77, 320, *337*
pengacara bawah tanah, 80
pengadilan, 7, 8, 306
pengadilan masyarakat, 7
Pengadilan Rakyat, 316
penghindaran, 64
penjara, 127
Penyitaan Pabrik Baja, kasus, 387
peralihan moral, 168
perancangan (*planning*), 362
Perancis, 78, 206
Perang Dingin, 163
Perang Dunia II, 129, 170
Perang Korea, 387
Perang Saudara, 184, *336*
Perang Saudara Amerika, 27
perang suci moral, 192
perang Vietnam, 27, 66, 114, 129, 170, 305
perasaan moral, 145
peraturan, 36; beberapa fungsi, 61; pesan atau objek, 36; Substansi, 37; yurisdiksional, 37
peraturan diskresioner, 39
peraturan *ejusdem generis*, *332*
peraturan formal, 43
peraturan interpretasi, 331, *334*
peraturan konstitusional, 28
peraturan mengenai logika, 331
peraturan mengenai prosedur dan hukum, 331
peraturan objektif, 41, 381
peraturan penerimaan, 381

peraturan penolakan, 381
perilaku hukum, 18, 80, 90, 257
perilaku hukum (*legal behavior*), 4, 5; definisi, 90; faktor-faktor yang mempengaruhi, 72; model-model, 81, 93
perilaku normatif, 84
Perubahan hukum, 358
peruntuhan (*disruption*),, 362
petani, 271
plaintiff (penggugat), 265
pluralisme, 234, 272, 282, 283
pluralisme horizontal, 257
Pluralisme hukum, 257
pluralisme kultural, 140, 282, 281, 295; dan struktural, 260
Podgorecki, Adam, 148
Polandia, 148, 230
poligami, 140, 168
pornografi, 151, 393
Pospisil, Leopold, 8
Pound, Roscoe, 188, 189
Powell, agregasi kepentingan, 204
Prancis, 39, 72, 255, 257, *336*; gaya pengadilan-pengadilan banding di, *335*
Priestley v. Fowler, kasus, 226, 360, 395
prinsip, 57; pengertian, 52
privilese, 42
proposisi hukum, *337*
psikiatri, 278

Q

Quebec, 261
Quran, 310

R

rasa keadilan (*fairness*),, 146
rasa kebenaran, 145, 146
rasa malu, 127, 128, 142
rasional formal, 368
rasional substantif, 368
rasionalitas hukum, 369
rasionalitas merembes, 368
rasionalitas substantif, 315
ratifikasi, 356
ratifikasi tersembunyi, 357
Ratu Elizabeth I, 9
Ratu Elizabeth II, 9
realisme, 55
realisme hukum, 45, 56, 279
reformasi, 198, 239, 246, 247, 355; definisi, 246
reformasi hukum, *354*, 284, 356
reformasi hukum modern, 355
reformasi hukum murni, 382
Reformasi publik, 246
reformasi sosial, 71
Rehbinder, Manfred, 373
rekayasa sosial (*social engineering*), 21, 226
residivisme, 98
Revolusi, 285, 318, 362, 365
revolusi fundamental, 355
Revolusi Industri, 267, 268, 282, 374
revolusi total, 319
Rhodesia Utara, 314
Riggs v. Palmer, kasus, 52
Robson, Reginald A., 211, 214, 221
Rosenberg, Maurice, 205
Ross, Laurence, 71
Roth v. United States, kasus, 3
rule against perpetuities, 393, 397
rule of law, 104, 223, 227, 243, 301
rumah sakit jiwa, 240
Rusia, 172

S

sabotase, 316
Sains, 313
sains hukum, 12, 183, 278, 314, 357
sakit jiwa, 241
San Quentin, penjara, 213
sanksi, 73, 93
Sanksi hukum, 93
Savigny, Friedrich Carl von, 91
Scheff, Thomas, 240, 241, 242
Schwartz, Richard, 156, 370, 157, 192, 371; proses formalisasi hukum, 190
Scott, James C., sebab sosial munculnya korupsi, 293
Securities and Exchange Commission, 379
Seidman, Robert, 256
Selznick, Philip, 10, 11, 372, 376, 371; tujuan pokok sebuah sistem hukum, 371
Sepuluh Perintah Tuhan, 308
Shakespeare, 106
Shapiro, Martin, 69
Shaw, Lemuel, *336*
Sherman Antitrust Act (1890), 123
Shklar, Judith, 320
Shonfield, Andrew, 272
Shylock, kisah, 294
sidik jari, 125, 278
Sinclair, Upton, 201
sistem *adversary*, 206
sistem formal, 309
Sistem hukum, 11
sistem hukum(*legal system*), 1, 6, 11, 19, 28, 46, 189, 194, 203, 207, 208, 214, 223, 256; ciri khas, 16; fungsi, 19; tipe-tipe, 310
sistem hukum formal, 270
sistem hukum general, 369
Sistem hukum rasional, 369
sistem inquisitorial, 206
sistem interpretasi tertutup, 331
sistem penalaran, 330
sistem politik, 6, 17
sistem terbuka, 310
sistem tertutup, 309
sistem yudisial, 230, 249, 273
Skeptisisme, 57
Skotlandia, 261
Smith v. Hiatt, kasus, 321, 322
Social Security Act, 209, 299, 361
solicitor, 264
solidaritas masyarakat, 22
solidaritas mekanis, 367
solidaritas organis, 368
sosialisme negara, 118
sosiologi, 278
Spanyol, 39
spesialisasi ilmiah, 267
Stalinisme, 375
stare decisis, 329, 330, *337*; doktrin, 312
Statute of Frauds, 385
Student Non-Violent Coordinating Committee, 244
suap, 293
Sumner, William Graham, 187
Sutherland, Edwin H., 238
Swedia, 26, 201, 293, 377; gaya pengadilan-pengadilan banding di, *335*
Swiss, 258
Sykes, Gresham, 100, 166

T

Talmud, 331, *332*
tarif kejahatan, 112
teguran, 127
Tekanan sosial, 292
tenBrock, Jacobus, 260
teori deduktif, 312
Teori evolusi, 263
teori evolusi, 366
teori evolusi hukum, 368
teori hukum instrumental, 268
Teori instrumental, 276
teori konspirasi, 184, 185
teori perilaku hukum, 92
teori preseden, 312
Teror Merah, 316
tes darah, 278
testasi, 104
The Court of Exchequer, *334*
The Federal Communications Commission, 340
The Sherman Act tahun 1890, 340
tindakan hukum (*legal act*), 5 90, 194, 254, 279, 356; bentuk-bentuk, 33; 61, 182
tindakan-hukum, 4
Torah, 310
tort (ganti rugi), 265
tradisi, 330
Tradisi Besar, *337*
tradisi hukum, 188, 189, *337*
transaksi, 370
Trial by battle (pengadilan melalui duel), 368, *357*
Trinidad, 261
Truman, 387
trust, 123, 264
Tullock, 224
tuntutan, 196, 292; macam-macam, 293
tuntutan formal, aspek-aspek, 293
tuntutan kepentingan, 295
tuntutan klaim atas hak, 295
tuntutan yang sah (*legitimate*), 293
tuntutan yang tidak sah (*illegitimate*), 293
kultur hukum modern, karakteristik, 281
Turki, 256

U

Uganda, 173
uji balistik, 125, 278
uji materi (*judicial review*), 305
Ulpian, *332*
umpan balik, 168
Uni Afrika Selatan, 237, 365
Uni Soviet, 118, 222, 255, 315, 316, 318
Uniform Code of Military Justice, 127
Uniform Commercial Code, 36, 39, 354
universalitas evolusi, 369
Urban League, 244

V

Verba, 17

W

wager of law, *356*
Walker, 150
Walster, 297
Wasserstrom, 312
Weber, Max, 8, 147, 222, 267, 308, 3 15, 368, 369, 373, 377; pembagian sistem-sistem hukum, 368; prinsip tertinggi

legitimasi, 149; ttg masyarakat modern, 267; ttg rasionalitas formal, 370; ttg sistem hukum Inggris, 269; bebrapa gaya pengadilan, *335*
Wetter, J. Gillis, *335*
Wilensky, 245
Wilson v. Girard, kasus, 387
Winterbottom v. Wright, kasus, 2

Y

Yahudi, 142, 198, 257, 258
Yurisprudensi, 279
yurisprudensi konseptual, 276

Z

Zaman Pertengahan, 341
zaman Renaissance, 243
Zapotex, kaum, 174
Zeisel, Hans, 206
Zeno, paradoks, 398
zona aman legitimasi, 330
zoning (pembagian daerah untuk pemilu), *338*