



YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK



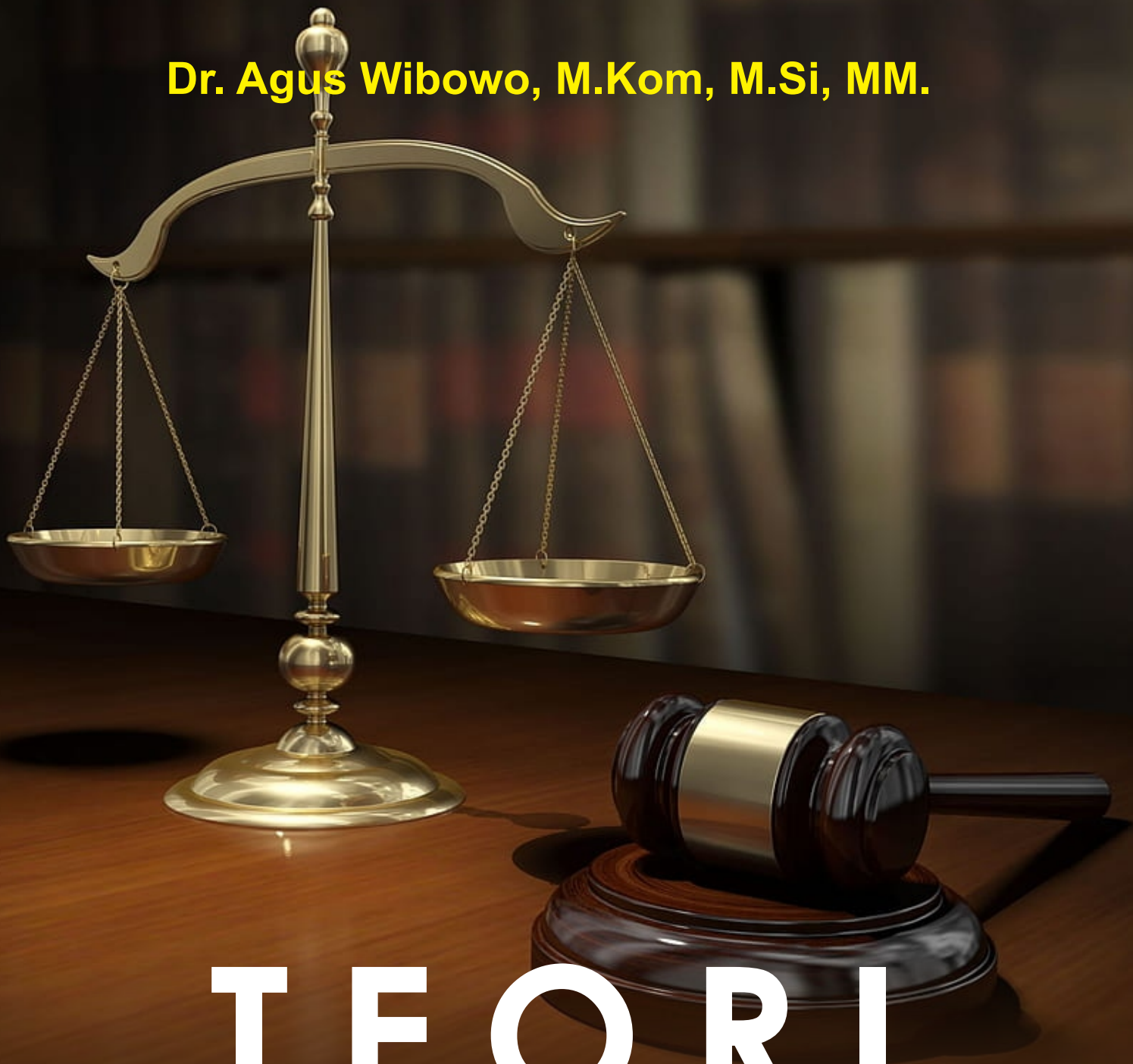
TEORI HUKUM UMUM

Analisis Aturan, Penalaran dan Konstitusi



Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.



TEORI HUKUM UMUM

Analisis Aturan, Penalaran dan Konstitusi



YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

PENERBIT :
YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK
Jl. Majapahit No. 605 Semarang
Telp. (024) 6723456. Fax. 024-6710144
Email : penerbit_ypat@stekom.ac.id

ISBN 978-634-7227-19-5 (PDF)



9

786347

227195

TEORI HUKUM UMUM
Analisis Aturan, Penalaran dan Konstitusi

Penulis :

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.

ISBN : 978-634-7227-19-5

Editor :

Dr. Joseph Teguh Santoso, S.Kom., M.Kom.

Penyunting :

Dr. Mars Caroline Wibowo. S.T., M.Mm.Tech

Desain Sampul dan Tata Letak :

Irdha Yuniato, S.Ds., M.Kom

Penebit :

Yayasan Prima Agus Teknik Bekerja sama dengan
Universitas Sains & Teknologi Komputer (Universitas STEKOM)

Anggota IKAPI No: 279 / ALB / JTE / 2023

Redaksi :

Jl. Majapahit no 605 Semarang

Telp. 08122925000

Fax. 024-6710144

Email : penerbit_ypat@stekom.ac.id

Distributor Tunggal :

Universitas STEKOM

Jl. Majapahit no 605 Semarang

Telp. 08122925000

Fax. 024-6710144

Email : info@stekom.ac.id

Hak cipta dilindungi undang-undang

Dilarang memperbanyak karya tulis ini dalam bentuk dan dengan cara
apapun tanpa ijin dari penulis

KATA PENGANTAR

Puji syukur kami panjatkan ke hadirat Tuhan Yang Maha Esa, karena berkat rahmat dan karunia-Nya, kami dapat menyusun karya ini yang berjudul "*Teori Hukum Umum*". Karya ini hadir sebagai upaya untuk memahami dan menjelaskan konsep-konsep dasar dalam hukum umum, yang merupakan salah satu pilar penting dalam sistem hukum di berbagai negara.

Hukum umum, atau yang sering disebut sebagai common law, memiliki peran yang sangat signifikan dalam pembentukan dan pengembangan sistem hukum. Teori hukum umum tidak hanya mencakup prinsip-prinsip dasar yang mengatur hubungan antara individu dan negara, tetapi juga mencakup aspek-aspek yang lebih luas, seperti keadilan, kepastian hukum, dan perlindungan hak asasi manusia. Dalam konteks globalisasi dan perkembangan teknologi yang pesat, pemahaman terhadap teori hukum umum menjadi semakin penting untuk menghadapi tantangan-tantangan baru yang muncul.

Bab 1 ini membahas peran hakim sebagai pembentuk aturan dalam sistem hukum umum. Penulis menjelaskan bahwa hakim tidak hanya menerapkan hukum yang ada, tetapi juga berkontribusi dalam menciptakan dan mengembangkan aturan hukum melalui keputusan yang mereka buat. Hal ini menunjukkan bahwa keputusan hakim dapat memiliki dampak jangka panjang terhadap perkembangan hukum. Dalam bab 2 ini, penulis mengkategorikan berbagai jenis hukum yang ada dalam sistem hukum umum. Penjelasan mengenai perbedaan antara hukum umum dan hukum statutori, serta bagaimana keduanya saling berinteraksi, memberikan pemahaman yang lebih baik tentang keragaman dalam sistem hukum dan bagaimana berbagai jenis hukum berfungsi dalam praktik.

Bab 3 ini membahas prinsip-prinsip dasar yang mendasari penalaran hukum dalam sistem hukum umum. Penulis menjelaskan bagaimana hakim dan praktisi hukum menggunakan logika dan analisis untuk mencapai keputusan yang adil dan konsisten. Pemahaman tentang prinsip-prinsip ini penting untuk memahami bagaimana hukum diterapkan dalam kasus-kasus konkret. Dalam bab 4 ini, penulis menyoroti pentingnya pemikiran analogis dalam hukum. Dengan menggunakan analogi, hakim dapat menarik kesimpulan dari kasus-kasus sebelumnya untuk memutuskan kasus yang baru. Bab ini menunjukkan bagaimana pemikiran analogis membantu menjaga konsistensi dan keadilan dalam penerapan hukum.

Bab 5 ini membahas hubungan antara keputusan yang beralasan dan teori hukum. Penulis menjelaskan bahwa keputusan hukum yang baik harus didasarkan pada argumen yang kuat dan logis. Hal ini menekankan pentingnya transparansi dan akuntabilitas dalam proses pengambilan keputusan hukum. Dalam bab 6 ini, penulis mengeksplorasi hubungan antara hukum alam, hukum umum, dan konstitusi. Penjelasan mengenai bagaimana prinsip-prinsip hukum alam dapat mempengaruhi interpretasi dan penerapan hukum umum memberikan wawasan tentang dasar filosofis yang mendasari sistem hukum.

Bab 7 ini membahas pentingnya teks dan konteks dalam memahami konstitusi dan hukum umum. Penulis menekankan bahwa hukum harus dipahami dalam konteks sosial dan politiknya, dan bahwa hukum umum berfungsi sebagai alasan publik yang dapat diakses oleh masyarakat. Dalam bab 8 ini, penulis mengkritik gagasan bahwa ada konstitusi hukum umum yang bersifat universal. Penjelasan mengenai mitos ini menunjukkan bahwa pemahaman tentang konstitusi dalam konteks hukum umum sering kali dipengaruhi oleh interpretasi yang berbeda-beda, dan bahwa tidak ada satu model tunggal yang dapat diterapkan secara universal.

Dalam penyusunan karya ini, kami berusaha untuk mengkaji berbagai aspek teori hukum umum, termasuk sejarah, prinsip-prinsip dasar, serta penerapannya dalam konteks hukum modern. Kami berharap karya ini dapat memberikan wawasan yang lebih mendalam bagi para pembaca, baik akademisi, praktisi hukum, maupun masyarakat umum yang tertarik untuk memahami lebih jauh tentang hukum umum. Semoga karya ini bermanfaat dan dapat menjadi referensi yang berguna dalam studi hukum.

Semarang, Juni 2025

Penulis

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Kata Pengantar	ii
Daftar Isi	iv
BAB 1 HAKIM SEBAGAI PEMBUAT ATURAN	1
1.1 Konsekuensi Moral Dari Keputusan Pengadilan	1
1.2 Pendekatan Terhadap Preseden.....	3
1.3 Aturan Preseden Yang Ditinjau Kembali	14
BAB 2 BEBERAPA JENIS HUKUM	20
2.1 Hukum Perundang-Undangan	20
2.2 Hukum Adat	28
2.3 Yurisprudensi	34
BAB 3 PRINSIP PENALARAN HUKUM DALAM HUKUM UMUM	46
3.1 Empat Gagasan Dasar	46
3.2 Prinsip Dasar Penalaran Hukum	51
3.3 Kesimpulan	66
BAB 4 A SIMILIBUS AD SIMILIA PEMIKIRAN ANALOGI DALAM HUKUM	68
4.1 Penghakiman, Preseden, Dan Contoh	68
4.2 Penalaran Analogi: Konsepsi Hukum Umum Klasik	69
4.3 Dialektika Aturan Dan Kasus.....	73
4.4 Pemikiran Analogi Dalam Hukum	81
4.5 Pemikiran Analogi Dalam Hukum: Tingkat Penilaian Reflektif	94
4.6 Kesimpulan	97
BAB 5 KEPUTUSAN YANG BERALASAN DAN TEORI HUKUM	98
5.1 Ketiadaan Kewajiban Alasan Dalam Putusan Hakim	100
5.2 Catatan, Laporan, Dan Alasan	101
5.3 Beberapa Fitur Penting Dari Sistem Common Law	102
5.4 Hukum Administrasi.....	104
5.5 Fungsi Pengadilan: Temuan Dan Alasan	106
5.6 Perubahan Tatanan Pengadilan.....	109
5.7 Daya Tarik Pembeneran.....	109
BAB 6 HUKUM ALAM, HUKUM UMUM, DAN KONSTITUSI	123
6.1 Hukum Umum.....	125
6.2 Hukum Alam	129
6.3 Kesimpulan	134
BAB 7 TEKS, KONTEKS, DAN KONSTITUSI HUKUM UMUM SEBAGAI NALAR PUBLIK ...	136
7.1 Pendahuluan	136
7.2 Hukum Umum Dan Undang-Undang.....	137
7.3 Nalar Dan Wewenang	142
7.4 Nalar Dan Tradisi	147
7.5 Kesimpulan	151
BAB 8 MITOS KONSTITUSI HUKUM UMUM	154
8.1 Pendahuluan	154
8.2 Catatan Sejarah	156
8.3 Analisis Filosofis	172
DAFTAR PUSTAKA	180

BAB 1

HAKIM SEBAGAI PEMBUAT ATURAN

Sumber hukum yang diakui oleh pengadilan hukum umum secara umum dipahami tidak hanya mencakup undang-undang dan konstitusi tetapi juga keputusan pengadilan sebelumnya. Pengacara mengandalkan preseden pengadilan dalam menasihati klien, dan pengadilan mengutip preseden dalam pendapat mereka. Namun, apa yang dilakukan atau seharusnya dilakukan pengadilan dengan preseden merupakan masalah yang sangat rumit.

Dalam bab ini, kami menguraikan pandangan yang saling bertentangan tentang peran preseden yang tepat dalam pengambilan keputusan pengadilan dan mempertahankan salah satu pandangan tersebut. Posisi kami adalah bahwa, tergantung pada kualifikasi tertentu, pengadilan dapat melayani tujuan sistem hukum dengan sebaik-baiknya dengan memperlakukan aturan yang diumumkan dalam kasus-kasus sebelumnya sebagai sesuatu yang mengikat. Dengan kata lain, pengadilan harus menerapkan aturan yang diumumkan sebelumnya untuk mengajukan kasus yang termasuk dalam ketentuan aturan tersebut, bahkan ketika penilaian terbaik pengadilan sendiri, dengan mempertimbangkan semua hal, menunjukkan hasil yang berbeda.

Dalam mempertahankan pendekatan ini terhadap aturan preseden, kami mengadopsi sudut pandang otoritas imajiner yang merancang sistem hukum. Kami berasumsi bahwa subjek sistem hukum ini memiliki serangkaian tujuan umum dan nilai moral yang sama, tetapi tidak selalu setuju tentang apa yang dituntut oleh tujuan dan nilai tersebut dalam situasi tertentu. Dengan demikian, tujuan utama sistem hukum, dan alasan mengapa subjeknya menggunakan otoritas imajiner kami untuk merancangnya, adalah untuk menyelesaikan secara damai dan benar kontroversi yang muncul tentang cara terbaik untuk melaksanakan tujuan dan nilai bersama dalam kehidupan sehari-hari. Dengan asumsi ini, pertama-tama kami mempertimbangkan konsekuensi yang tak terelakkan dari keputusan pengadilan sebelumnya. Kemudian, kami menetapkan posisi terdepan tentang preseden dan mempertahankan pendekatan yang berorientasi pada aturan. Akhirnya, kami membahas beberapa detail dan kualifikasi yang diperlukan dari pendekatan pilihan kami.

1.1 KONSEKUENSI MORAL DARI KEPUTUSAN PENGADILAN

Kami berasumsi bahwa keputusan pengadilan dalam sistem hukum yang kami pertimbangkan dapat diakses publik bukan hanya hasil spesifiknya yang tercatat, tetapi pengadilan juga mengeluarkan pendapat yang menjelaskan fakta-fakta yang disajikan dan menjelaskan alasan kesimpulannya. Mengingat bentuk publisitas ini, pengadilan tidak dapat mengabaikan keputusan pengadilan sebelumnya karena keputusan sebelumnya mengubah lanskap pengambilan keputusan.

Konsekuensi moral yang paling signifikan dari keputusan pengadilan termasuk dalam kategori ketergantungan. Ketergantungan muncul dalam beberapa cara. Yang paling jelas, para

pihak dalam kontroversi awal harus menyesuaikan perilaku mereka dengan ketentuan keputusan. Pihak yang bersengketa A dan B, setelah mengajukan suatu poin dan mematuhi perintah perbaikan pengadilan, seharusnya tidak menghadapi kemungkinan bahwa perselisihan mereka akan dibuka kembali. Selain dampak langsung pada pihak-pihak, dalam sistem keputusan publik, pihak lain yang mengamati hasil kasus sebelumnya cenderung mengharapkan keputusan yang konsisten di masa mendatang dan akan menyesuaikan perilaku mereka sesuai dengan itu. Aktor C, yang aktivitasnya mirip dengan aktivitas A yang menjadi masalah dalam A versus B, cenderung mengubah aktivitasnya jika pengadilan dalam A versus B memutuskan secara merugikan A.

Tentu saja, harapan C akan konsistensi hanya masuk akal sejauh pengadilan biasanya mencapai keputusan yang konsisten; jika mereka secara teratur mengabaikan kasus sebelumnya, ketergantungan C tidak pada tempatnya. Oleh karena itu, fakta bahwa pihak nonpihak telah mengandalkan bukanlah alasan independen bagi pengadilan untuk menyesuaikan diri dengan keputusan sebelumnya.

Namun, masyarakat yang berusaha memajukan tujuan bersama memiliki alasan untuk menumbuhkan harapan pengambilan keputusan yang konsisten oleh pengadilan. Sumber kesalahan moral yang signifikan mungkin sumber paling signifikan di antara individu yang beritikad baik adalah kurangnya koordinasi. Seorang aktor yang ingin bertindak dengan benar mungkin tidak dapat melakukannya jika tindakan terbaiknya sendiri bergantung pada tindakan orang lain yang pilihannya tidak dapat diprediksi. Jika kebaikan moral tindakan D dipengaruhi oleh apa yang dilakukan C, maka betapapun bijak dan termotivasinya D, ia tidak dapat memutuskan dengan tepat bagaimana cara melanjutkan kecuali ia tahu apa yang akan dilakukan C.

Namun, jika pengadilan menyelesaikan perselisihan secara konsisten, D dapat memperkirakan bahwa C akan mematuhi keputusan yang relevan dan bertindak sesuai dengan itu. Dengan demikian, praktik pengambilan keputusan yang konsisten, yang menghasilkan harapan akan konsistensi, berfungsi untuk mengurangi kesalahan moral. Lebih jauh, dengan alasan independen ini untuk konsistensi peradilan, harapan para pelaku (seperti C) menjadi wajar, dan keputusan yang gagal menghormatinya akan menimbulkan kerugian.

Alasan lain yang sering dikutip untuk mendukung konsistensi dengan keputusan sebelumnya adalah bahwa dengan memutuskan secara konsisten, pengadilan memperlakukan pihak yang bersengketa secara setara. Jika pengadilan memutuskan untuk B dalam perselisihan B dengan A, dan X kemudian melakukan kepada Y apa yang A lakukan kepada B, pengadilan yang mengadili X versus Y harus memutuskan untuk Y untuk memastikan bahwa A dan X (dan B dan Y) diperlakukan sama di bawah hukum.

Meskipun argumen ini tampak dangkal, kami percaya bahwa argumen ini keliru. Salah satu kesulitannya adalah bahwa keadaan perselisihan tidak pernah identik. Dengan kata lain, argumen tersebut sebenarnya bukan argumen untuk perlakuan yang sama, tetapi argumen untuk perlakuan yang sama dalam kasus-kasus yang dianggap relevan serupa karena beberapa alasan substantif. Jika alasan-alasan tersebut membenarkan keputusan untuk B, dan jika alasan-alasan tersebut menguntungkan Y pada tingkat yang sama atau lebih besar, maka

pengadilan memang harus memutuskan untuk Y.

Namun perhatikan bahwa dalam hal ini, alasan-alasan substantif dalam kasus Y, bukan kesetaraan, yang melakukan pekerjaan tersebut. Dalam beberapa kasus, tentu saja, kasus masing-masing pihak sama-sama berjasa, sehingga pengadilan dalam mencapai keputusan untuk satu pihak atau pihak lain hanya memilih hasil untuk mengakhiri perselisihan. Dalam kasus seperti itu, keputusan pada dasarnya adalah pilihan alokasi, dan kesetaraan atau, lebih tepatnya, keadilan komparatif mungkin memiliki beberapa pengaruh. Namun, jika ada manfaat moral relatif yang dipermasalahkan dalam perselisihan antara X dan Y, sehingga satu pihak lebih berhak mendapatkan keputusan yang menguntungkannya daripada yang lain, kita gagal melihat bagaimana kesetaraan dapat membenarkan memperlakukan satu pihak dengan cara yang tidak pantas bagi pihak tersebut.

Argumen untuk perlakuan yang sama terhadap A dan X muncul hanya ketika pengadilan kedua pengadilan yang mengadili X percaya bahwa pengadilan pertama keliru dan bahwa A seharusnya menang. Pengadilan kedua mungkin memiliki alasan untuk berhenti sejenak dan mempertimbangkan sebelum mencapai kesimpulan ini. Akan tetapi, dengan asumsi bahwa pengadilan kedua merasa yakin dan benar, fakta bahwa pengadilan pertama secara keliru memutuskan terhadap A bukanlah terlepas dari pertimbangan ketergantungan alasan bagi pengadilan kedua untuk melakukan kesalahan serupa terhadap X. Ironisnya, jika perlakuan yang sama memaksakan persyaratan moral pada pengadilan untuk memutus kasus-kasus sekarang secara konsisten dengan keputusan-keputusan masa lalu yang keliru, moralitas itu sendiri akan bergeser seiring waktu ke arah yang seharusnya merupakan amoralitas.

Berbagai pertimbangan yang telah kami uraikan di bagian ini ketergantungan dan, bagi mereka yang menolak kesimpulan kami tentang perlakuan yang sama, kesetaraan adalah alasan mengapa pengadilan harus mempertimbangkan keputusan masa lalu dalam penalaran tentang kasus saat ini. Itu belum tentu menjadi alasan mengapa pengadilan harus mengikuti preseden, dalam arti mencapai kesimpulan yang konsisten dengan keputusan preseden tetapi berbeda dari penilaian terbaik mereka sendiri, dengan mempertimbangkan semua hal, mengenai manfaat dari kasus saat ini. Dengan kata lain, ketergantungan dan kesetaraan bukanlah alasan untuk memperlakukan keputusan sebelumnya sebagai otoritatif. Itu hanya mewakili dampak moral keputusan sebelumnya terhadap dunia.

1.2 PENDEKATAN TERHADAP PRESEDEN

Kami mulai dengan menguraikan dua model preseden model alami dan model aturan dan mengidentifikasi kelemahan yang melekat pada masing-masing. Dari keduanya, kami percaya model aturan akan menghasilkan keputusan yang lebih baik dalam jangka panjang daripada model alami. Kami kemudian mengambil beberapa model preseden alternatif yang berupaya memberikan batasan tetapi juga mengizinkan pengadilan untuk mengubah atau mengabaikan aturan ketika mereka menghasilkan hasil yang tidak tepat. Menurut pandangan kami, tidak satu pun dari alternatif ini yang berhasil.

A. Model Alami Preseden

Salah satu pandangan preseden menyatakan bahwa pengadilan harus memberikan

keputusan sebelumnya bobot moral apa pun yang secara intrinsik mereka miliki dalam proses penalaran yang mempertimbangkan semua hal.⁹ Dengan kata lain, pengadilan harus mempertimbangkan harapan yang wajar dari para pelaku, termasuk harapan para pihak di hadapan mereka yang mungkin telah terbentuk berdasarkan keputusan sebelumnya, dan harapan nonpihak yang telah merencanakan kegiatan mereka di sekitar keputusan masa lalu dan secara wajar mengharapkan konsistensi di masa depan.

Pengadilan juga harus mempertimbangkan kepentingan masyarakat dalam mendorong kegiatan yang bergantung pada harapan konsistensi peradilan dan kapasitas keputusan yang konsisten untuk mengurangi kesalahan dengan menyediakan koordinasi. (Seperti yang kami katakan, kami tidak percaya bahwa perlakuan yang sama memberikan alasan lebih lanjut untuk konsistensi dengan keputusan masa lalu; tetapi bagi mereka yang tidak setuju dengan kami tentang hal ini, perlakuan yang sama juga menjadi pertimbangan.) Namun, proses penalaran ini tidak pernah menghasilkan putusan yang berbeda dari kesimpulan pengadilan sendiri tentang keputusan apa yang terbaik jika mempertimbangkan semua hal, dengan mempertimbangkan dampak masa lalu. Keputusan pengadilan di masa lalu tidaklah berwibawa. Keputusan tersebut tidak memiliki pengaruh terhadap keputusan saat ini, selain dari konsekuensi moral yang relevan (ketergantungan dan kesetaraan) dan, mungkin, nilai epistemiknya.

Jika hakim adalah penalaran sempurna yang beroperasi dengan informasi yang sempurna, penalaran moral partikularistik dan mempertimbangkan segala hal ini akan menjadi ideal dan wajib secara moral. (Selanjutnya, kami akan menyebut bentuk penalaran ini sebagai "penalaran moral ATC.") Memberikan kewenangan pada preseden, selain dari bobot moral alaminya, hanya dapat menggantikan atau mendistorsi penilaian yang benar. Namun, pada kenyataannya, hakim, seperti penalaran lainnya, pasti akan melakukan kesalahan. Oleh karena itu, penalaran moral ATC, yang dijalankan secara tidak sempurna, akan menghasilkan sejumlah hasil yang tidak sempurna. Selain kurangnya informasi dan kesalahan penilaian yang biasa, pengadilan sangat rentan untuk melakukan kesalahan dalam mengukur nilai perlindungan dan dorongan untuk mengandalkan keputusan masa lalu.

Hakim bernalar dalam konteks perselisihan tertentu. Dalam kasus apa pun, situasi para pihak di hadapan pengadilan akan lebih menonjol daripada harapan para pelaku jarak jauh atau manfaat umum dari penyelesaian. Akibatnya, keputusan pengadilan mungkin gagal memberikan dasar yang memadai untuk koordinasi.

B. Model Aturan Preseden

Alternatif untuk penalaran moral ATC dalam memutuskan kasus adalah memperlakukan aturan yang diumumkan dalam opini sebelumnya sebagai "aturan serius". Aturan serius, sebagaimana kami menggunakan istilah tersebut, adalah resep, yang berlaku untuk berbagai kasus, yang menjalankan kewenangan preemptif atas para pembuat keputusan. Dalam ranah aturan preseden, pengadilan diharapkan untuk menahan diri dari penalaran moral ATC. Peran pengadilan adalah mengidentifikasi aturan (jika ada) yang berlaku untuk sengketa yang sedang dihadapi, menyimpulkan hasil yang ditentukan oleh aturan tersebut, dan memutuskan sesuai dengan itu. Apakah rasional bagi pengadilan untuk

menerapkan aturan dengan cara ini adalah pertanyaan lain; kami berasumsi bahwa, secara rasional atau tidak, pengadilan mampu menerapkan model aturan preseden.

Identifikasi aturan yang berlaku, tentu saja, memerlukan interpretasi. Kami berasumsi bahwa interpretasi, untuk tujuan ini, berarti memahami maksud pengadilan yang mengumumkan aturan tersebut. Akibatnya, pemahaman yang berorientasi pada aturan tentang preseden memberi pengadilan sebelumnya kewenangan untuk menyelesaikan sengketa di masa mendatang dengan mengumumkan aturan. Otoritas penyelesaian ini pada gilirannya menyiratkan bahwa resolusi yang dimaksudkan oleh pengadilan pertama adalah resolusi yang akan diadopsi, tanpa masukan lebih lanjut dari para pelaksana aturan selanjutnya.

Otoritas preemptif dari aturan-aturan serius juga menyiratkan bahwa jika dua aturan bertentangan dengan cara yang tidak dapat diselesaikan dengan interpretasi, satu aturan harus direvisi atau dibatalkan. Aturan-aturan serius tidak dapat ditimbang satu sama lain dalam konteks; aturan-aturan tersebut hanya dapat dipatuhi atau ditolak. Di sisi lain, aturan-aturan preseden serius tidak menyediakan badan hukum lengkap yang mampu menyelesaikan setiap kasus yang mungkin timbul. Kita akan kembali lagi ke pertanyaan tentang bagaimana pengadilan harus melanjutkan ketika tidak ada aturan sebelumnya yang mengatur kasus yang sedang dihadapi.

Pengambilan keputusan menurut aturan-aturan yang ditetapkan dalam kasus-kasus sebelumnya secara inheren lebih rendah daripada penalaran moral ATC yang sempurna. Salah satu kesulitannya adalah sifat umum aturan-aturan: Suatu aturan mendiktekan hasil tertentu di seluruh rentang kasus yang diidentifikasi oleh predikat aturan tersebut. Yang paling dapat diharapkan dari aturan umum adalah bahwa, secara keseluruhan, lebih sedikit (atau kurang parah) kesalahan akan terjadi jika aturan tersebut diikuti secara universal daripada yang akan terjadi jika semua orang yang tunduk pada aturan tersebut bertindak berdasarkan penilaian terbaik mereka sendiri dengan menggunakan penalaran moral ATC.

Suatu aturan dapat memenuhi kriteria peningkatan keseluruhan pada penalaran yang tidak dibatasi, sehingga memenuhi syarat sebagai aturan yang baik dan diinginkan, dan meskipun demikian menghasilkan hasil yang salah dalam beberapa kasus yang diaturinya. Konsekuensi ini tidak dapat dihindari; tidak dapat dihindari dengan mengecualikan kasus-kasus di mana aturan menghasilkan hasil yang salah, karena siapa pun yang ditugasi untuk mengidentifikasi kasus-kasus yang dikecualikan tunduk pada kesalahan penilaian individu yang sama yang dirancang untuk dicegah oleh aturan tersebut. Dengan kata lain, akan ada kasus-kasus di mana aturan preseden yang baik menghasilkan hasil yang buruk.

Selain itu, pendekatan preseden yang memperlakukan aturan yang diumumkan dalam kasus sebelumnya sebagai mengikat pengadilan selanjutnya dapat mengukuhkan aturan yang secara substantif tidak diinginkan yaitu, tidak diinginkan terlepas dari sifatnya yang terlalu inklusif dan kurang inklusif. Aturan mungkin gagal untuk memperbaiki penalaran moral ATC yang tidak dibatasi, baik karena aturan tersebut salah dipahami sejak awal, atau karena keadaan yang berubah telah membuatnya usang. Kecuali jika otoritas aturan tersebut dikualifikasi dengan cara tertentu, aturan tersebut akan tetap menjadi preseden yang

mendahului penalaran moral ATC oleh pengadilan.

Selain itu, sifat adjudikasi menimbulkan risiko khusus bahwa aturan yang ditetapkan dalam opini pengadilan tidak akan memenuhi kriteria manfaat bersih. Pengadilan mengumumkan aturan dalam rangka menyelesaikan sengketa tertentu. Bukti, argumen, dan pikiran hakim disesuaikan dengan fakta yang ada, sementara situasi lain yang dicakup oleh aturan potensial tetap relatif tidak jelas.

Akibatnya, pengadilan bukanlah pembuat aturan yang ideal. Mengingat kesulitan-kesulitan ini, kami tetap percaya bahwa sistem aturan yang berwenang akan menghasilkan hasil yang lebih baik daripada sistem penalaran moral ATC. Kami telah mencatat bahwa individu cenderung mengandalkan keputusan pengadilan dan, yang lebih penting, bahwa jika pengadilan melindungi ketergantungan dengan mencapai keputusan yang konsisten dari waktu ke waktu, semua pelaku akan memperoleh manfaat dari koordinasi. Memungkinkan pengadilan untuk menetapkan aturan yang berwenang berkontribusi dalam dua cara untuk melindungi ketergantungan.

Pertama, keumuman aturan meningkatkan cakupan dari apa yang telah diselesaikan dengan andal. Kedua, kewenangan preemptif dari aturan preseden memastikan bahwa ketergantungan tidak akan diremehkan dalam pengambilan keputusan di masa mendatang. Penalaran moral ATC, yang dilakukan dengan sempurna, memperhitungkan kebutuhan untuk melindungi dan mendorong ketergantungan; namun, seperti yang telah kami catat, pengadilan yang berfokus pada perselisihan tertentu mungkin melupakan pertimbangan-pertimbangan yang jauh dari jenis ini. Pendahuluan penalaran alami dalam cakupan aturan preseden menghilangkan bahaya itu.

Beberapa manfaat praktis lainnya mengikuti dari penyelesaian yang lebih luas yang dimungkinkan oleh aturan preseden dan dari kendala-kendala yang diberikan aturan yang berwenang pada pengadilan. Aturan yang berlaku dapat mengurangi biaya pengambilan keputusan pengadilan dan, setidaknya dalam beberapa keadaan, mendorong penyelesaian secara pribadi. Dengan membatasi kebijaksanaan, aturan preseden juga mengurangi peluang bias dalam pengambilan keputusan dan dengan demikian meningkatkan kepercayaan publik terhadap imparialitas pengadilan. Oleh karena itu, secara keseluruhan, kami percaya bahwa aturan preseden yang berwenang adalah, atau setidaknya memiliki kapasitas untuk menjadi, lebih unggul daripada penalaran moral ATC kasus per kasus.

Cara lain untuk menyatakan hal ini adalah, meskipun aturan preseden yang mengikat akan menyebabkan beberapa pengadilan melakukan kesalahan padahal jika tidak demikian, otoritas yang mengawasi sistem peradilan secara keseluruhan dan mengamati tingkat kesalahan dalam penalaran moral ATC kasus per kasus akan lebih memilih agar semua pengadilan mematuhi aturan preseden. Kesimpulan kami dapat disempurnakan dan dibahas di bawah ini. Namun, pertama-tama, kita harus mempertimbangkan apakah pendekatan lain terhadap preseden, yang tidak terlalu mendahului penalaran pengadilan, dapat memberikan kompromi yang berguna antara penalaran moral ATC kasus per kasus dan aturan.

C. Alternatif

Pengadilan dan ahli teori telah menolak pendekatan berbasis aturan yang ketat

terhadap preseden karena beberapa alasan.¹⁹ Seperti yang telah dijelaskan, aturan yang serius membatasi pengambilan keputusan moral yang spesifik oleh pengadilan, sehingga membatasi kemampuan mereka untuk mengoreksi hasil yang salah dan tidak adil. Aturan juga menghalangi inovasi hukum. Terakhir, pendekatan berbasis aturan terhadap preseden menjadikan pengadilan sebagai pembuat aturan dan dengan demikian bertentangan dengan asumsi tradisional bahwa pengadilan menerapkan daripada membuat hukum.

Kekhawatiran ini telah menyebabkan berbagai deskripsi alternatif tentang peran preseden dalam pengambilan keputusan, di mana keputusan sebelumnya membatasi pengadilan selanjutnya tetapi tidak mendahului penalaran dan inovasi yudisial. Dalam berbagai bentuk, posisi kompromi semacam ini telah dianut secara luas. Untuk tujuan diskusi, kami membaginya, secara kasar, menjadi dua kelompok: pendekatan berbasis hasil terhadap preseden dan pendekatan berbasis koherensi terhadap preseden. Menurut pandangan kami, tidak ada kelompok yang menghasilkan kompromi yang efektif antara penalaran moral ATC dan aturan preseden.

1. Model Hasil Dari Preseden

Dalam bentuknya yang paling umum, apa yang kita sebut model hasil preseden mengakui keputusan sebelumnya sebagai sesuatu yang mengikat tetapi juga mengizinkan pengadilan untuk membedakan kasus preseden yang secara faktual berbeda dari kasus sebelumnya. Pendekatan terhadap preseden ini menarik karena tampaknya mengakomodasi evolusi hukum dalam kerangka kendala. Pengadilan harus memperlakukan keputusan sebelumnya sebagai sesuatu yang benar dan mencapai hasil yang sama ketika dihadapkan dengan masalah yang sama.

Namun, ketika preseden dapat dibedakan, pengadilan selanjutnya bebas untuk mencapai hasil yang bertentangan, bahkan ketika pendapat sebelumnya menyatakan aturan yang tampaknya mengatur perselisihan selanjutnya dan menuntut hasil yang berbeda. Tidak mengherankan, pandangan preseden ini populer di kalangan Realis Hukum Amerika, yang berusaha membebaskan penalaran hukum dari apa yang mereka pandang sebagai perhatian buatan terhadap aturan doktrinal.

Praktik pembedaan preseden sering kali dicirikan sebagai bentuk kepatuhan aturan yang memenuhi syarat. Aturan yang ditetapkan oleh pengadilan sebelumnya bersifat otoritatif, kecuali bahwa pengadilan selanjutnya dapat mengubahnya dengan mempersempit cakupannya. Dengan kata lain, pengadilan selanjutnya merancang versi baru dari aturan yang mendukung hasil dari kasus preseden tetapi mengecualikan kasus selanjutnya berdasarkan beberapa fakta baru yang penting. Sebagai ilustrasi, misalkan sebuah kasus preseden (P) melibatkan lima jenis fakta: a, b, c, d, dan e. Pengadilan dalam perkara P memutuskan hasil X dan merumuskan suatu aturan sebagai berikut: "Jika terdapat fakta a, b, dan c, maka berlaku X." Sementara itu, fakta d dan e hanya disebutkan dalam putusan, namun tidak dibahas secara substantif.

Kemudian muncul perkara baru (N) yang melibatkan fakta a, b, c, d, dan f. Dalam menyikapi perkara ini, pengadilan dapat memilih untuk membedakan (distinguish) kasusnya dari preseden P dengan menunjukkan bahwa fakta f merupakan elemen baru yang relevan,

dan oleh karena itu, merumuskan ulang aturan preseden sebagai: "Jika a, b, dan c, serta tidak terdapat fakta f, maka X."

Alternatifnya, pengadilan dapat membedakan kasus tersebut dengan menyoroti bahwa perkara baru tidak mencakup fakta e, dan selanjutnya menyusun kembali aturan preseden sebagai: "Jika a, b, c, dan e, maka X." Dalam kedua pendekatan tersebut, pengadilan memperjelas batas penerapan preseden dengan mengidentifikasi fakta relevan yang menentukan cakupan dan pembatasan analogi hukum.

Namun dalam praktiknya, merujuk secara langsung pada aturan yang dirumuskan dalam preseden sering kali menyesatkan. Hal ini karena, dalam pendekatan yang sedang dibahas, aturan yang dinyatakan dalam putusan sebelumnya sebenarnya tidak memainkan peran utama dalam penalaran yudisial pada perkara-perkara selanjutnya. Tidak ada satu pun aturan preseden yang sekaligus cukup determinatif untuk secara pasti menetapkan hasil, dan pada saat yang sama cukup komprehensif untuk mencakup seluruh kemungkinan keadaan dari setiap sengketa yang mungkin muncul.

Akibatnya, setiap perkara baru hampir pasti akan mengandung fakta tambahan atau berbeda yang tidak dijangkau oleh predikat dari aturan preseden, sehingga fakta tersebut dapat berfungsi sebagai dasar pembeda (*distinguishing factor*). Jika setiap pengadilan memiliki kebebasan untuk membedakan setiap preseden berdasarkan fakta tambahan semacam ini, maka kewenangan yang dimiliki oleh preseden tidak terletak pada aturan yang secara eksplisit dirumuskan oleh pengadilan sebelumnya, melainkan pada hubungan faktual antara kasus dan hasilnya.

Dalam praktik membedakan preseden, pengadilan tidak benar-benar mengandalkan aturan normatif yang diumumkan, melainkan membandingkan konfigurasi fakta dalam kasus sebelumnya (misalnya a, b, c, d, dan e) dengan konfigurasi dalam kasus baru (misalnya a, b, c, d, dan f). Perbedaan faktual antara keduanya membuka ruang untuk membedakan dan, dalam beberapa kasus, mengabaikan aturan preseden. Oleh karena itu, pendekatan ini dikenal sebagai *model hasil (result model)* dari preseden.

Model ini memandang preseden tidak sebagai otoritas normatif berdasarkan rumusan aturan, tetapi sebagai pola hasil yang berakar pada konfigurasi fakta tertentu. Meskipun demikian, model ini menimbulkan pertanyaan penting: sejauh mana hasil dalam konteks fakta tertentu dapat benar-benar membatasi hasil pada kasus selanjutnya?

Bentuk pembatasan yang paling masuk akal dalam kerangka model hasil adalah melalui logika *a-fortiori*: jika alasan yang mendasari hasil dalam preseden memiliki kekuatan yang setara atau lebih besar dalam konteks perkara baru, maka pengadilan seharusnya mencapai hasil yang serupa meskipun pengadilan tersebut secara independen mungkin menilai bahwa hasil itu salah jika tidak ada preseden yang mengikat. Dengan demikian, otoritas preseden ditopang bukan oleh aturan eksplisit, melainkan oleh daya logis dari hasil sebelumnya dalam konfigurasi fakta yang relevan.

Dengan kata lain, preseden dapat dibedakan hanya jika alasan untuk hasil preseden lebih lemah dalam kasus selanjutnya daripada dalam kasus preseden. Namun, penalaran *a-fortiori* mengalami sejumlah kesulitan, baik dalam pelaksanaannya maupun dalam efek

sistemiknya. Untuk menentukan apakah kasus baru menyajikan alasan yang lebih lemah atau lebih kuat untuk hasil tertentu daripada kasus sebelumnya, pengadilan harus menetapkan bobot, dan hasil yang cenderung menjadi bobot tersebut, pada berbagai fakta yang ada dalam setiap kasus.

Kesulitan awal adalah bahwa akses pengadilan terhadap fakta-fakta kasus preseden terbatas pada uraian yang diberikan oleh pengadilan preseden. Misalkan, misalnya, pendapat dalam kasus preseden hanya menyatakan bahwa penggugat terluka saat mengendarai mobil yang diproduksi oleh tergugat dan menyetujui putusan untuk tergugat. Jika, dalam kasus-kasus mendatang, pengadilan merasa terikat untuk mengikuti preseden dan menolak semua klaim oleh pengemudi yang terluka terhadap produsen mobil, maka pengadilan preseden yang cerdas (atau pengadilan preseden yang tidak berpikir) akan memiliki dampak yang kuat pada kasus-kasus mendatang hanya dengan meminimalkan uraian faktanya.

Namun, kemungkinan besar pengadilan selanjutnya akan berasumsi bahwa fakta-fakta yang tidak disebutkan oleh pengadilan preseden tidak ada dan karenanya memenuhi syarat sebagai dasar untuk membedakan kasus baru. Jika demikian, kendala yang diberlakukan oleh kasus preseden minimal, jika tidak ilusi. Kami telah mencatat bahwa pengadilan selanjutnya hampir selalu dapat mengidentifikasi beberapa fakta tentang kasusnya sendiri yang tidak muncul dalam catatan kasus preseden. Mengingat bahwa, menurut definisi, pengadilan selanjutnya percaya bahwa keputusan preseden itu salah, sangat mungkin untuk menyimpulkan bahwa fakta-fakta baru ini memberi bobot pada hasil yang baru.

Misalnya, pendapat preseden dapat mengungkapkan bahwa penggugat terluka ketika mobil yang dipasarkan dengan roda yang cacat mogok di jalan raya. Dalam kasus selanjutnya, penggugat terluka ketika mobil berharga tinggi yang dipasarkan dengan roda yang cacat mogok di jalan raya. Jika pengadilan preseden memutuskan untuk terdakwa, dan pengadilan selanjutnya ingin memutuskan untuk penggugat, pengadilan selanjutnya hanya perlu berasumsi bahwa fakta "berharga tinggi" tidak ada dalam kasus preseden karena pendapat preseden tidak menyebutkannya.

Efek ini dapat dikurangi dengan menerapkan gagasan relevansi: Harga mobil tidak relevan dengan hasil kasus. Namun, sulit untuk melihat bagaimana pengadilan dapat membuat penentuan relevansi ini tanpa merujuk pada beberapa standar yang digunakan untuk mengukur relevansi. Standar tersebut mungkin merupakan aturan hukum yang tidak disebutkan yang ditemukan dalam kasus preseden: Harga mobil tidak relevan menurut aturan bahwa kewajiban kehati-hatian tidak berubah seiring dengan harga. Namun, pendekatan berbasis hasil terhadap preseden seharusnya beroperasi tanpa bantuan aturan. Jika tidak, pendekatan tersebut hanyalah versi model aturan preseden yang menggunakan aturan implisit yang ditemukan dalam kasus preseden serta aturan eksplisit.

Sebagai alternatif, pengadilan dapat menggunakan sebagai standar relevansinya beberapa prinsip yang diambil dari kasus-kasus masa lalu secara keseluruhan. Alternatif ini adalah "model prinsip" yang kami bahas di subbagian berikut, jadi kami akan menunda kritik kami terhadap model ini sampai saat itu. Di sini cukup untuk mengatakan bahwa jika model prinsip gagal, seperti yang kami katakan, dan model hasil bukan sekadar versi model aturan

yang mengakui pertimbangan aturan implisit, maka model hasil tidak memiliki standar relevansi yang diperlukan bagi preseden untuk membatasi pengadilan berikutnya.

Teka-teki kedua yang terkait adalah apa sebenarnya arti dari mengatakan bahwa sebuah fakta mengarah ke hasil tertentu. Agaknya, sebuah fakta mengarah ke hasil peradilan ketika sebuah keputusan yang menguntungkan satu pihak atau pihak lain mengingat fakta itu, akan menghasilkan kebaikan di dunia atau akan memajukan atau sesuai dengan prinsip yang dianggap benar. Membuat penentuan ini bukanlah tugas yang sederhana. Pengadilan harus terlibat dalam proses penalaran yang rumit (apakah adil dan efisien untuk mendukung harapan keselamatan yang lebih tinggi pada konsumen yang membayar harga tinggi?) atau merujuk, sekali lagi, ke aturan yang tidak disebutkan (tugas kehati-hatian bervariasi, atau tidak bervariasi, dengan harga).

Jika kita mengecualikan kemungkinan merujuk ke aturan, maka model hasil preseden tidak akan secara signifikan mengurangi kesalahan penalaran alami. Dengan asumsi pengadilan memiliki akses ke serangkaian fakta yang bermanfaat dan dapat menetapkan kecenderungan pada fakta-fakta tersebut, ada pula masalah bobot. Untuk membandingkan kekuatan fakta yang berbeda untuk atau terhadap suatu hasil, pengadilan harus menggunakan metrik yang menetapkan bobot pada fakta-fakta dalam mata uang yang sama. Jika tidak ada metrik tersebut yaitu, jika berbagai fakta menjadi kunci bagi berbagai prinsip dan kebijakan yang tidak diurutkan secara leksikal atau dapat direduksi menjadi prinsip utama yang sama, maka perbandingan tidak mungkin dilakukan.

Jika ada metrik umum, seperti utilitas atau kesejahteraan yang sama, penentuan kapan satu kasus dikendalikan oleh kasus lain menjadi murni kuantitatif. Perhitungan bobot sekarang mungkin dilakukan secara prinsip, tetapi preseden yang salah akan menghasilkan hasil yang merusak. Misalnya, anggaplah kita mengukur dampak hasil peradilan berdasarkan jumlah manfaat yang dihasilkannya. Dalam kasus preseden, pengadilan secara keliru memutuskan untuk terdakwa ketika keputusan untuk penggugat, mengingat serangkaian fakta yang relevan, akan menghasilkan sepuluh manfaat lagi.

Analisis *a-fortiori* menunjukkan bahwa mulai dari titik ini, pengadilan harus memutuskan untuk terdakwa dalam semua kasus di mana keseimbangan utilitas menguntungkan penggugat dengan sepuluh utilitas atau kurang, tidak peduli seberapa tidak terkait kasus tersebut. Dengan cara ini, kasus gugatan dapat menjadi preseden untuk kasus kontrak yang sama sekali tidak mirip dengannya. Di bawah model hasil yang menerapkan metrik umum untuk perbandingan kasus, konsekuensi dari keputusan yang salah bersifat sistemik.

Misalkan pengadilan preseden secara tidak benar memutuskan bahwa serangkaian fakta a, yang menguntungkan penggugat, lebih besar daripada serangkaian fakta b, yang menguntungkan terdakwa. Kasus baru muncul yang melibatkan serangkaian fakta x untuk penggugat dan serangkaian fakta y untuk terdakwa, dan pengadilan memutuskan bahwa y lebih besar daripada x. Pengadilan mungkin tetap dibatasi untuk memutuskan untuk penggugat jika x lebih besar daripada a dan b lebih besar daripada y.

Dengan kata lain, jika pada kenyataannya ada suatu metrik umum yang dengannya

fakta-fakta dapat ditimbang dan kasus-kasus dapat dibandingkan di seluruh bidang hukum, maka bahkan beberapa keputusan yang keliru akan membuat seluruh doktrin hukum menjadi tidak koheren.

Selain itu, badan preseden pasti mencakup kasus-kasus yang diputuskan dengan benar serta kasus-kasus yang diputuskan secara salah. Jika demikian, maka setiap kasus selanjutnya akan dibatasi pada arah yang berlawanan dan tidak dapat didamaikan. Misalkan dalam kasus preseden di mana keseimbangan utilitas menguntungkan penggugat dengan satu utilitas, penggugat menang. Dalam kasus preseden lainnya, keseimbangan utilitas menguntungkan penggugat dengan sepuluh utilitas, tetapi tergugat menang. Sekarang semua kasus selanjutnya di mana keseimbangan utilitas menguntungkan penggugat antara satu dan sepuluh utilitas adalah kasus *a-fortiori* untuk penggugat dan tergugat.

Model hasil preseden memiliki keutamaan untuk menyesuaikan dengan deskripsi pengadilan sendiri tentang perlakuan mereka terhadap keputusan sebelumnya. Pengadilan mengaku mempelajari dan mengikuti preseden, dan mereka bersusah payah untuk membedakan preseden yang ingin mereka hindari. Namun apa pun yang dikatakan pengadilan, mereka tidak dapat menerapkan model hasil preseden dengan cara yang ditentukan oleh logikanya. Kemungkinan besar, proses pembedaan kasus-kasus tersebut merupakan bentuk penalaran moral ATC, atau partikularisme yang peka terhadap aturan, yang dipadukan dengan kecenderungan konservatif yang muncul dari keyakinan pengadilan bahwa mereka dibatasi oleh hasil kasus-kasus sebelumnya.

2. Model Prinsip

Pendekatan lain yang telah memperoleh dukungan di antara para ahli teori menyatakan bahwa pengadilan harus menyelesaikan perselisihan berdasarkan “prinsip” hukum yang berasal dari keputusan-keputusan sebelumnya. Pengadilan yang menghadapi perselisihan tertentu mensurvei keputusan-keputusan sebelumnya dan baik melihat atau membangun prinsip atau alasan mendasar yang menjelaskan keputusan-keputusan tersebut. Prinsip yang dihasilkan menyediakan sumber hukum yang berwenang dalam kasus yang sekarang sedang diajukan ke pengadilan.

Jika kasus saat ini tampaknya termasuk dalam ketentuan-ketentuan peraturan peradilan yang diumumkan sebelumnya, prinsip tersebut juga dapat berfungsi sebagai dasar untuk membedakan dan membatasi aturan tersebut. Pada saat yang sama, prinsip-prinsip hukum tidak mengatur hasil dalam cara aturan yang berlaku umum. Isi materi hukum dapat menunjukkan beberapa prinsip yang valid tetapi saling bertentangan yang relevan dengan sengketa tertentu, dalam hal ini pengadilan harus menentukan bobot relatif prinsip-prinsip tersebut sebagaimana diterapkan pada sengketa tersebut.

Penjelasan tentang pengambilan keputusan yudisial ini menyiratkan keberadaan badan hukum yang dibentuk dan didefinisikan oleh koherensi internal. Dengan mengidentifikasi prinsip-prinsip yang menghubungkan dan menjelaskan keputusan sebelumnya dan memperluas prinsip-prinsip tersebut ke sengketa baru, pengadilan membentuk kasus-kasus masa lalu dan masa kini menjadi keseluruhan yang konsisten.

Selain itu, setelah sejumlah keputusan dasar ditetapkan, kewajiban untuk mencari

koherensi memberikan solusi (meskipun mungkin bukan solusi unik) untuk setiap kasus yang mungkin muncul. Pengadilan dapat menentukan jawaban untuk setiap sengketa baru dengan mengacu pada prinsip-prinsip yang melekat dalam keputusan sebelumnya.

Seperti model hasil preseden, model prinsip dirancang untuk mencapai kompromi antara penalaran moral ATC dan aturan preseden yang serius. Namun, pendekatan berbasis hasil dan berbasis prinsip berbeda dalam beberapa hal. Pertama, model prinsip memperhitungkan susunan materi hukum yang lebih luas daripada model hasil. Model hasil membatasi otoritas preseden kasus-kasus sebelumnya pada kombinasi fakta dan hasil yang terungkap; aturan yang diumumkan oleh pengadilan sebelumnya tidak relevan.

Di bawah model prinsip, aturan yang diumumkan, serta alasan pembenaran, dihitung sebagai bukti prinsip hukum, meskipun aturan yang diumumkan tidak berwibawa sebagai aturan. Kedua, sebagaimana dicatat, otoritas prinsip hukum di bawah model preseden berbasis prinsip tidak mutlak dalam rentang kasus apa pun. Di bawah model hasil, kesimpulan bahwa kasus selanjutnya mengikuti *a-fortiori* dari fakta dan hasil kasus sebelumnya mengakhiri musyawarah.

Namun, suatu asas hukum dapat diterapkan pada kasus tertentu namun gagal menentukan hasil jika asas-asas lain yang bersaing juga berlaku. Terakhir, model asas memberikan dampak yang lebih luas pada keputusan preseden daripada model hasil. Kekuatan preseden di bawah model hasil terbatas pada implikasi, jika ada, dari fakta-fakta yang tumpang tindih. Sebaliknya, serangkaian asas yang dapat diturunkan dari data hukum memberikan badan otoritas yang komprehensif, meskipun dapat berubah, untuk keputusan-keputusan di masa mendatang.

Sejumlah sarjana hukum terkemuka telah mendukung dan mengembangkan gagasan pengambilan keputusan menurut asas-asas hukum. Roscoe Pound memasukkan asas-asas hukum ke dalam filsafat hukum fungsionalisnya, dengan menyatakan bahwa hukum tidak hanya terdiri dari aturan-aturan tetapi juga asas-asas tingkat tinggi yang berfungsi sebagai "titik awal yang berwenang untuk penalaran hukum dalam semua kasus yang serupa." Dalam pendekatan hukum berbasis proses mereka, Henry Hart dan Albert Sacks mengidentifikasi "elaborasi yang beralasan" dari asas-asas yang ditemukan dalam badan hukum sebagai ciri khas pengambilan keputusan yudisial.

Gagasan tentang asas hukum kemudian dihidupkan kembali oleh Ronald Dworkin, yang menjadikannya landasan konsepsinya tentang "integritas" dalam hukum. Menurut Dworkin, hakim yang ideal menggunakan akal dan penilaian moral untuk mengembangkan asas-asas keputusan terbaik yang dapat memenuhi persyaratan "sesuai" dengan keputusan sebelumnya dan kemudian memutuskan kasus di hadapannya sesuai dengan itu.⁴⁶ Dengan kata lain, hakim Dworkin mencari koherensi dengan preseden yang ada tetapi juga terlibat dalam penalaran moral untuk mencapai hasil terbaik yang mungkin dalam batasan yang diberikan oleh koherensi.

Asas hukum memiliki beberapa keuntungan yang tampak dibandingkan aturan yang mengikat. Pengadilan dibatasi oleh hukum, tetapi mereka tidak diharuskan untuk menekan penilaian moral terbaik mereka dalam menyelesaikan perselisihan; sebaliknya, mereka

berpartisipasi dalam perumusan prinsip-prinsip yang mengatur dan mempertimbangkan prinsip-prinsip yang bertentangan. Masalah aturan preseden yang keliru atau usang diselesaikan dengan menempatkan otoritas keputusan sebelumnya dalam presep yang lebih lunak dari tatanan yang lebih tinggi. Dengan demikian, hukum dapat berkembang seiring dengan masyarakat, tetapi laju perubahannya terkendali karena masa lalu dan masa kini dihubungkan oleh prinsip-prinsip umum. Terakhir, prinsip-prinsip hukum memberikan panduan bagi pengadilan, dan kesinambungan dalam hukum, dalam kasus-kasus yang tidak diatur oleh aturan yang sudah ada sebelumnya.

Menurut pandangan kami, gambaran yang menarik ini menyesatkan. Alih-alih memberikan kompromi yang menyenangkan, prinsip-prinsip hukum menggabungkan fitur-fitur terburuk dari penalaran moral ATC dan aturan-aturan preseden yang mengikat, sementara pada saat yang sama menghilangkan keuntungan dari keduanya.

Prinsip-prinsip hukum yang melekat dalam badan hukum dalam beberapa hal kurang pasti daripada aturan-aturan preseden yang ditetapkan oleh pengadilan-pengadilan sebelumnya. Yang paling jelas, prinsip-prinsip cenderung lebih samar dan lebih bergantung pada ketentuan-ketentuan yang sarat nilai daripada aturan-aturan yang ditetapkan yang menentukan hasil-hasil untuk kasus-kasus di masa mendatang. Misalnya, prinsip bahwa tidak seorang pun boleh mendapat untung dari suatu kesalahan tidak memberikan panduan yang pasti karena prinsip tersebut tidak mendefinisikan pengertian tentang kesalahan dan keuntungan.

Sebagai perbandingan, aturan yang menyatakan bahwa seorang ahli waris yang dihukum karena membunuh leluhur yang darinya ia berharap untuk mewarisi tidak boleh mengklaim bagian dari harta leluhur jauh lebih mudah untuk diterapkan. Aturan tersebut mungkin kurang inklusif, seperti ketika pembunuh bunuh diri sebelum diadili, tetapi aturan tersebut menghindari penyimpangan ke dalam konsep pelanggaran yang tidak terbatas. Di luar masalah bentuk, penilaian tentang koherensi dalam badan hukum cenderung tidak dapat diakses dan tidak stabil. Beberapa prinsip dapat memenuhi syarat sebagai penjelasan yang masuk akal untuk materi hukum yang ada, sehingga menimbulkan ruang untuk ketidaksepakatan tentang mana yang paling sesuai dengan materi tersebut serta yang paling diinginkan secara keseluruhan.

Selain itu, bahkan ketika serangkaian prinsip yang memenuhi syarat tidak kontroversial, prinsip-prinsip yang bersaing dalam rangkaian tersebut harus dipertimbangkan. Kami telah mencatat bahwa prinsip-prinsip hukum tidak menentukan hasil: Prinsip-prinsip tersebut merupakan "titik awal" untuk penalaran, atau pertimbangan yang harus diberi "bobot", yang mungkin bertentangan satu sama lain dalam kasus tertentu. Proses logis yang harus digunakan hakim untuk mempertimbangkan dua atau lebih prinsip yang bertentangan dalam konteksnya sulit dipahami, dan dalam hal apa pun tampaknya tidak kalah rentan terhadap kontroversi dan kesalahan daripada penalaran moral ATC tentang hasil terbaik.

Sumber ketidakpastian lebih lanjut adalah bahwa data yang menjadi dasar pengambilan prinsip (keputusan dan opini) berubah dengan setiap keputusan baru. Keputusan baru tidak hanya ditambahkan ke badan hukum, tetapi sejumlah keputusan yang ada mungkin

perlu dihilangkan atau didiskon sebagai akibat dari ketidakkonsistenan. Persyaratan koherensi atau "kesesuaian" dengan data hukum yang ada tidak dapat menjadi persyaratan keselarasan sempurna dengan semua keputusan sebelumnya: Agar dapat dilaksanakan, persyaratan tersebut harus dibatasi pada beberapa proporsi ambang batas keputusan, yang di luar itu hakim bebas untuk mengabaikan kasus-kasus yang membangkang. Bahkan, seorang hakim yang mencari prinsip kualifikasi terbaik dapat diharapkan untuk membuang sebanyak mungkin kasus yang tidak disetujuinya sesuai dengan ambang batas kesesuaian yang diizinkan. Dan itu pada gilirannya berarti bahwa setiap keputusan baru akan membuka jalan bagi prinsip baru dengan menjadikan kasus masa lalu lain layak untuk dibuang.

Karena alasan-alasan ini, prinsip-prinsip hukum tidak memiliki kapasitas aturan untuk mengekang kesalahan, menyediakan penyelesaian dan koordinasi, dan melindungi dan mendorong ketergantungan. Selain itu, prinsip-prinsip hukum secara umum dipahami untuk mengesampingkan aturan preseden. Oleh karena itu, model koherensi preseden yang bergantung pada prinsip hukum menghilangkan manfaat penyelesaian dan koordinasi aturan. Pada saat yang sama, prinsip hukum, seperti aturan, secara inheren lebih rendah daripada penalaran moral ATC yang ideal.

Persyaratan koherensi atau kesesuaian membatasi kemampuan pengadilan untuk mengikuti penilaian terbaik mereka sendiri dalam menyelesaikan perselisihan. Pengadilan tidak dapat mengabaikan semua keputusan masa lalu yang dianggapnya salah jika bisa, badan keputusan tidak akan memberikan kekuatan preseden dan pengadilan hanya akan terlibat dalam penalaran moral ATC murni. Oleh karena itu, pengadilan harus membangun atau menyimpulkan prinsipnya dari data yang mencakup setidaknya beberapa kesalahan oleh pengadilan sebelumnya. Dengan kata lain, prinsip hukum bukanlah prinsip moral, yang diperoleh melalui proses keseimbangan reflektif yang dimulai dari intuisi tentang hasil yang benar. Prinsip hukum adalah ajaran yang mencakup setidaknya beberapa hasil yang diyakini salah oleh pengadilan saat ini.

Tugas ganjil yang diberikan kepada pengadilan adalah menentukan asas-asas apa yang akan menjadi asas-asas moral yang benar di dunia di mana keputusan-keputusan keliru tertentu adalah benar. Jadi, jika kita berasumsi bahwa asas-asas hukum pada kenyataannya ada yaitu, bahwa pengambilan keputusan menurut asas-asas hukum dibatasi sampai batas tertentu oleh badan keputusan-keputusan sebelumnya maka, seperti halnya aturan, asas-asas hukum mengakar dalam kesalahan. Pengadilan mungkin memiliki lebih banyak ruang untuk mengoreksi kesalahan dan membawa perubahan dalam hukum daripada yang mereka miliki dalam sistem aturan-aturan preseden yang mengikat, tetapi penalaran mereka terdistorsi tanpa nilai penyelesaian kompensasi dari pengambilan keputusan menurut aturan.

1.3 ATURAN PRESEDEN YANG DITINJAU KEMBALI

Asumsikan bahwa kita benar dalam kesimpulan kita bahwa sistem aturan preseden yang mengikat lebih unggul daripada sistem preseden yang mengikat hanya melalui hasilnya dan yang memberi pengadilan kewenangan untuk membedakan preseden. Dan asumsikan juga bahwa kita benar bahwa sistem aturan preseden yang mengikat lebih unggul daripada

sistem preseden yang didasarkan pada prinsip-prinsip hukum.

Namun, sejumlah pertanyaan masih harus dijawab. Kami tidak berjanji untuk menjawabnya secara lengkap: Tujuan kami adalah untuk mengidentifikasi masalah yang perlu dipecahkan agar sistem aturan preseden yang mengikat menjadi menarik dan untuk menunjukkan bahwa masalah ini tidak terlalu sulit diatasi sehingga mendiskualifikasi aturan preseden sebagai fitur hukum yang masuk akal.

A. Identifikasi Aturan Preseden

Tujuan suatu aturan adalah untuk menyelesaikan kontroversi dan menyediakan koordinasi dalam kasus ketidakpastian dan ketidaksepakatan. Untuk tujuan tersebut, suatu aturan harus bersifat umum, yang mencakup berbagai kasus di masa mendatang. Aturan tersebut juga harus cukup pasti untuk diterapkan tanpa pertimbangan langsung terhadap pertanyaan yang ingin diselesaikannya.

Idealnya, aturan preseden akan muncul dalam bentuk ini dalam opini yang menyertai keputusan sebelumnya. Ketika ini terjadi, aturan tersebut tidak hanya mampu memandu keputusan di masa mendatang, tetapi pengadilan yang menulis opini tersebut kemungkinan telah menyusun aturan tersebut dengan mempertimbangkan kasus di masa mendatang. Namun, karena pengadilan enggan membuat undang-undang secara terbuka, aturan preseden yang eksplisit mungkin sulit ditemukan. Opini yudisial yang umum berisi deskripsi naratif tentang fakta, ringkasan argumen oleh para pihak, dan penjelasan tentang keputusan pengadilan; tetapi jarang menetapkan aturan eksplisit secara kanonik untuk masa mendatang.

Namun, model aturan preseden tidak selalu bergantung pada pengumuman aturan yang disengaja oleh pengadilan dalam bentuk kanonik. Versi model yang lebih luas juga akan mengakui aturan implisit yang berasal dari opini yudisial sebagai aturan yang berwibawa. Penjelasan pengadilan tentang alasannya, fakta-fakta yang secara khusus ditekankan, dan rujukannya ke kasus-kasus sebelumnya dapat mengungkapkan bahwa pengadilan mendukung, tanpa menyatakan secara eksplisit, aturan keputusan yang dapat diidentifikasi. Jika aturan ini dapat dipahami dengan keyakinan yang wajar dan dinyatakan kembali dalam bentuk kanonik, maka aturan ini dapat berfungsi sebagai aturan preseden yang serius.

Gagasan tentang aturan preseden implisit dibatasi dalam beberapa hal. Pertama, kewenangan aturan apa pun, termasuk aturan preseden, berasal dari kesepakatan umum di antara anggota masyarakat untuk memberi pembuatnya kewenangan untuk menyelesaikan kontroversi di masa mendatang; oleh karena itu, kekuatan dan makna aturan merupakan fungsi dari maksud pembuatnya. Oleh karena itu, aturan preseden implisit harus dipahami oleh pengadilan preseden untuk menempati tempat dalam badan hukum dan mengatur kasus-kasus di masa mendatang dengan cara seperti aturan.

Sebuah presep yang ditemukan oleh pengadilan berikutnya sebagai sesuatu yang melekat dalam pola keputusan-keputusan sebelumnya, tetapi tidak dipahami demikian oleh pengadilan-pengadilan sebelumnya, bukanlah aturan preseden. Kedua, aturan harus menentukan hasil. Oleh karena itu, agar aturan implisit memenuhi syarat sebagai aturan preseden, aturan tersebut harus dipahami oleh pengadilan preseden sebagai sesuatu yang memberikan jawaban atas semua perselisihan yang termasuk dalam ketentuan-ketentuannya

dan bukan sekadar sebagai prinsip yang harus ditimbang terhadap alasan-alasan lain untuk mengambil keputusan.

Perluasan model aturan untuk memasukkan aturan-aturan implisit mengandung beberapa risiko. Aturan yang tidak jelas akan kehilangan sebagian besar kapasitasnya untuk mengoordinasikan perilaku pribadi. Ada pula bahaya bahwa pengadilan preseden, meskipun memiliki aturan tersebut dalam pikirannya, tidak mempertimbangkan konsekuensinya dengan cermat sebagaimana yang seharusnya dilakukan jika terlibat dalam legislasi yang disengaja. Akibatnya, aturan tersebut mungkin dirancang dengan buruk.

Meskipun demikian, pengakuan terhadap aturan implisit mungkin diperlukan untuk mengamankan manfaat dari model aturan preseden, mengingat praktik pengadilan yang dominan saat ini. Di sisi lain, jika model aturan preseden diinginkan untuk sepenuhnya diinternalisasi oleh pengadilan, pengadilan mungkin mulai membuat aturan mereka eksplisit dan menyusunnya dengan lebih hati-hati.

B. Prasyarat untuk Otoritas Preseden

Manfaat suatu aturan bergantung pada kapasitasnya untuk membatasi kesalahan dalam berbagai kasus yang berlaku. Pengadilan preseden terkadang dapat mengumumkan aturan dalam bentuk umum dan pasti, tetapi melakukannya dengan sangat santai. Ketika ini terjadi, aturan tersebut kemungkinan besar akan gagal dalam tugasnya untuk mengurangi kesalahan. Jika pengadilan preseden sebenarnya tidak bermaksud pernyataannya untuk beroperasi sebagai aturan, tidak ada aturan yang ada. Jika memang dimaksudkan sebagai aturan, tetapi bertindak tanpa pertimbangan, maka tanpa penyempurnaan model, aturan tersebut mengikat pengadilan di masa mendatang.

Salah satu strategi yang mungkin untuk mencegah aturan yang tidak diinginkan tertanam adalah dengan menyaring aturan preseden untuk kecukupan pertimbangan dengan mempelajari proses yang menyertai adopsi aturan tersebut. Ringkasan dan argumen yang diajukan ke pengadilan preseden, misalnya, dapat mengungkapkan bahwa tidak ada perdebatan yang signifikan tentang pokok aturan tersebut. Jika demikian, pengadilan berikutnya dapat mengabaikan aturan tersebut dengan alasan bahwa aturan tersebut tidak dirumuskan dengan cukup hati-hati.

Namun, kondisi yang berfokus pada kualitas pertimbangan oleh pengadilan preseden dapat menimbulkan bahaya bagi sistem preseden. Penyelidikan tentang keseriusan pendekatan pengadilan preseden terhadap aturannya, terutama ketika dilakukan oleh pengadilan berikutnya yang meyakini bahwa aturan tersebut akan menghasilkan hasil yang salah, dapat merusak kebiasaan kepatuhan yang menjadi dasar sistem pengambilan keputusan berbasis aturan apa pun. Bagaimanapun, mungkin karena bukti refleksi yudisial tidak tersedia secara umum, penyelidikan terhadap latar belakang pertimbangan aturan preseden bukanlah ciri umum praktik hukum.

Kemungkinan lain yang mengandalkan kriteria yang lebih objektif dan karenanya menimbulkan lebih sedikit bahaya bagi kebiasaan mengikuti aturan, adalah menyaring aturan preseden untuk penerimaan yudisial. Aturan preseden, menurut kondisi ini, tidak mengikat pengadilan yang enggan sampai aturan tersebut disetujui oleh banyak pengadilan dari waktu

ke waktu. Baru kemudian, melalui pemeriksaan dan persidangan yang berulang, aturan tersebut memperoleh asumsi bahwa aturan tersebut akan mencegah lebih banyak kesalahan daripada yang akan ditimbulkannya jika diterapkan secara konsisten. Memang, ada bukti bahwa pengadilan sering menerapkan pengujian semacam ini.

Menariknya, kondisi penerimaan dan penggunaan yudisial dari waktu ke waktu mengubah asal usul aturan preseden. Penulisnya bukan lagi pengadilan yang pertama kali mengumumkan aturan tersebut, tetapi serangkaian pengadilan yang kemudian mengadopsinya. Namun, hal ini seharusnya tidak menimbulkan masalah serius bagi model aturan. Selama aturan tersebut berasal dari sumber yang berwenang, dan maknanya dipahami secara seragam, aturan tersebut dapat berfungsi sebagai aturan preseden yang serius. Yang lebih bermasalah untuk setiap uji "penerimaan yudisial" untuk aturan preseden adalah ketidakpastiannya yang inheren dan tak terelakkan.

Berapa banyak dan pengadilan mana yang harus menerima aturan tersebut? Haruskah mereka menerimanya dalam bentuk kanonik yang identik? Apa yang harus dilakukan aktor utama selama periode setelah aturan pertama kali diumumkan tetapi sebelum "diterima"? Pertanyaan-pertanyaan ini dan lainnya dapat dijawab dengan "memutuskan" model aturan-plus-penerimaan ini. ("Aturan tersebut harus diterima oleh tiga pengadilan dengan peringkat paralel dalam yurisdiksi dalam waktu sepuluh tahun, dst., dst.") Namun, pada akhirnya, kompleksitas tambahan dari suatu aturan untuk penerimaan dapat merusak keuntungan yang ingin dicapai oleh model aturan preseden. Model tersebut kemudian akan menjadi jauh lebih rumit daripada model aturan sederhana.

C. Pengambilan Keputusan Tanpa Aturan Preseden

Model aturan preseden mengharuskan pengadilan untuk mengikuti aturan preseden, tetapi tidak menyebutkan apa pun tentang bagaimana pengadilan harus melanjutkan kasus yang tidak tercakup dalam ketentuan aturan apa pun. Posisi default yang paling sederhana adalah bahwa pengadilan harus kembali ke penalaran moral ATC tanpa adanya aturan preseden. Alternatif yang mungkin, konsisten dengan praktik peradilan umum, adalah bagi pengadilan untuk bernalar dengan analogi, mencari kasus-kasus sebelumnya yang tampak serupa dan mencapai hasil yang paralel.

Sebagai masalah logika, kami mempertanyakan apakah opsi ini ada. Kesamaan antara kasus-kasus itu sendiri tidak berarti: Fakta bahwa dua penggugat berambut merah, misalnya, tidak berarti bahwa keduanya harus menang jika salah satunya berambut merah. Harus ada prinsip, atau "aturan yang menjamin analogi," yang memilih kesamaan yang relevan dengan hasil. Jika analogi didukung oleh aturan yang tersirat dalam pendapat sebelumnya, maka apa yang tampak sebagai penalaran analogis sebenarnya merupakan penerapan model aturan preseden, yang secara luas dipahami untuk mengenali aturan implisit. Jika tidak ada aturan implisit seperti itu, penjelasan terbaik dari penalaran analogis adalah bahwa pengadilan selanjutnya telah "menculik" suatu prinsip dari serangkaian kasus sebelumnya, yang mengidentifikasi kesamaan antara kasus-kasus tersebut dan kasus di hadapan pengadilan.

Proses penculikan ini mungkin atau mungkin bukan bentuk penalaran yang masuk akal, tetapi dengan asumsi demikian, penalaran dengan analogi sekarang menjadi contoh model

koherensi preseden dan mengalami cacat model tersebut. Secara khusus, prinsip retrospektif yang diambil dari serangkaian data keputusan yang tidak sempurna menggabungkan kesalahan keputusan sebelumnya tetapi tidak memiliki nilai penyelesaian dari suatu aturan. Seperti yang telah kami kemukakan, prinsip semacam ini tidak boleh dianggap berwibawa.

Jadi, sejauh penalaran analogis berbeda dari identifikasi aturan preseden implisit yang dimaksudkan oleh pengadilan preseden untuk beroperasi sebagai aturan, kami menolaknya sebagai sumber kendala preseden. Meskipun demikian, mungkin ada manfaat potensial untuk penalaran analogis sebagai kebiasaan profesional di antara pengacara dan hakim. Idealnya, pengadilan yang terlibat dalam penalaran moral ATC akan menguji prinsip-prinsip pengambilan keputusan yang potensial terhadap contoh-contoh penerapannya yang nyata dan imajiner.

Namun, pengadilan memiliki waktu yang terbatas untuk refleksi. Praktik mempelajari kasus-kasus masa lalu untuk mencari kesamaan yang relevan setidaknya memastikan bahwa mereka dihadapkan pada berbagai pola fakta yang dapat diterapkan pada hipotesis mereka sendiri, serta berbagai alur penalaran yang ditempuh oleh pengadilan-pengadilan sebelumnya. Karena alasan ini, pengadilan dapat membuat lebih sedikit kesalahan tanpa adanya aturan jika mereka yakin bahwa mereka mampu, dan bahkan berkewajiban untuk, bernalar dengan analogi dari kasus-kasus masa lalu.

D. Mengabaikan Aturan Preseden

Model aturan preseden mengharuskan pengadilan untuk mengikuti aturan preseden yang memenuhi syarat tanpa mempertimbangkan apakah hasil yang mereka tetapkan benar, dengan mempertimbangkan semua hal. Pengadilan tidak boleh menebak-nebak hasil aturan, dan mereka juga tidak boleh "membedakan" aturan yang tampaknya menghasilkan hasil yang salah dalam kasus tertentu.

Ketika aturan preseden dibenarkan sebagai aturan yaitu, ketika mengikuti aturan dalam semua kasus akan menghasilkan lebih sedikit kesalahan total daripada pertimbangan tanpa kendala maka hasil yang salah dalam kasus tertentu hanyalah produk sampingan dari keumuman aturan, yang tidak dapat dihindari tanpa kehilangan manfaat aturan. Namun, beberapa aturan tidak dibenarkan sebagai aturan: Mengikutinya dalam semua kasus tidak akan menghasilkan manfaat bersih atas penalaran moral ATC, baik karena aturan tersebut salah dipahami, atau karena keadaan yang berubah telah membuatnya usang. Keberatan yang paling meyakinkan terhadap model aturan preseden didasarkan pada kegagalannya untuk menawarkan jalan keluar dari aturan semacam ini: Akumulasi aturan yang tidak dapat dibenarkan melemahkan klaim bahwa aturan preseden yang serius akan meminimalkan tingkat kesalahan secara keseluruhan. Oleh karena itu, model aturan harus dibatasi oleh kewenangan untuk membatalkan.

Pendekatan yang paling langsung untuk membatalkan akan memerlukan penilaian yudisial atas pembenaran setiap aturan: Sebelum menerapkan aturan pada kasus tertentu, pengadilan akan menanyakan apakah aturan tersebut mencegah lebih banyak kesalahan secara keseluruhan daripada yang ditimbulkannya dengan menetapkan hasil yang salah. Namun, jenis penilaian ini menghadirkan tugas yang sulit, jika bukan tidak mungkin, bagi

pengadilan. Pengadilan harus mengevaluasi pembenaran keseluruhan aturan, tetapi pengadilan juga harus menahan diri untuk tidak mengevaluasi hasil yang ditentukan aturan untuk kasus yang sekarang dihadapinya. Meskipun dua fungsi pengadilan penilaian keseluruhan aturan dan penerapan aturan secara logis berbeda, pengadilan yang terlibat dengan fakta-fakta kasus tertentu mungkin menganggapnya tidak dapat dipisahkan secara praktis.

Alternatifnya, pengadilan dapat mengadopsi, atau badan legislatif dapat menetapkan, aturan untuk membatalkan. Namun, strategi ini pasti akan gagal. Aturan menyelesaikan kontroversi moral dengan mengganti resep sederhana untuk pertimbangan moral. Pertanyaan tentang kapan harus mengikuti aturan tidak dapat disederhanakan dengan cara ini. Aturan yang pasti untuk membatalkan (“Batalkan semua preseden yang berusia lebih dari sepuluh tahun”) mampu memandu pengadilan, tetapi pembenarannya sendiri dapat dipertanyakan, yang memerlukan banding ke aturan tingkat yang lebih tinggi.

Pada titik tertentu dalam kemunduran, penilaian moral tidak dapat dihindari jika masalah tersebut harus dipecahkan. Sebaliknya, standar yang tidak pasti (“Batalkan aturan preseden ketika alasan untuk membatalkannya mencapai kekuatan X”) tidak dapat berfungsi sebagai aturan. Penilaian moral sekali lagi diperlukan. Solusi terbaik, menurut pandangan kami, adalah mengadopsi anggapan yang mendukung aturan preseden: Pengadilan dapat membatalkan, tetapi hanya jika aturan tersebut jelas dan serius tidak dapat dibenarkan.⁶⁸ Standar kurangnya pembenaran yang jelas dan serius, untuk tujuan ini, adalah standar penilaian aturan secara keseluruhan, bukan standar penerapan aturan. Pengadilan harus menerapkan aturan pada kasus-kasus yang dihadapinya, bahkan jika mereka yakin bahwa hasilnya adalah kesalahan.

Jika pengadilan hampir yakin bahwa aturan tersebut, jika diikuti secara konsisten, akan menghasilkan lebih banyak kesalahan daripada yang dicegahnya, pengadilan dapat menolak untuk mengikuti aturan tersebut. Standar ini tidak ideal. Anggapan yang mendukung aturan mencegah pengadilan membatalkan beberapa aturan yang seharusnya dibatalkan. Sementara itu, ketidakjelasan yang tidak dapat dihindari dari anggapan tersebut berarti bahwa pengadilan akan berbeda dalam penilaian mereka tentang kapan aturan tersebut jelas tidak dapat dibenarkan, dan potensi perilaku peradilan yang bervariasi melemahkan nilai penyelesaian aturan itu sendiri sampai batas tertentu.

Akhirnya, bahkan ketika dibatasi oleh anggapan yang mendukung aturan, kewenangan untuk membatalkan yang meminta pengadilan untuk menilai pembenaran aturan tetapi tidak untuk mengevaluasi hasil yang mereka tetapkan untuk kasus yang sedang dihadapi memerlukan latihan mental dari para hakim. Meskipun demikian, solusi kasar ini tampaknya lebih baik daripada yang lain: Beberapa kewenangan untuk membatalkan diperlukan untuk menghindari kekakuan dan kesalahan yang tidak perlu. Sementara itu, aturan untuk membatalkan tidak dapat dilaksanakan, dan penilaian aturan yang tidak dibatasi tidak konsisten dengan kebiasaan untuk mematuhi aturan yang menjadi dasar model aturan preseden.

BAB 2

BEBERAPA JENIS HUKUM

Hukum dapat diklasifikasikan dengan berbagai cara. Hukum dapat diklasifikasikan menurut sistem hukum tempat hukum tersebut berada (Inggris, Romawi, internasional, dll.) atau menurut pokok bahasan yang diaturinya (kontrak, properti, perbuatan melawan hukum, dll.) atau menurut jenis normatifnya (pembebanan tugas, pemberian izin, dll.). Dalam bab ini saya akan membahas klasifikasi hukum dan dengan demikian hukum sebagai suatu genre – hanya dalam satu dimensi. Yaitu klasifikasi hukum menurut cara pembuatannya. Ini sudah menjadi usaha yang memihak secara filosofis dan beberapa orang mungkin mengatakan usaha yang tidak perlu dipertanyakan.

Beberapa hukum, kata beberapa orang, tidak dibuat sama sekali. Hukum bukanlah artefak. Hukum tidak memiliki agen yang bertindak sebagai pencetus atau pencipta atau pengarangnya. Dengan mengungkap beberapa cara menarik dalam pembuatan hukum, saya berharap dapat menghilangkan sebagian daya tarik pandangan ini. Dalam tiga bagian pertama saya, saya masing-masing mempertimbangkan hukum perundang-undangan, hukum adat, dan hukum kasus. Di bagian keempat saya membahas hukum umum: Bagaimana hal itu cocok? Di bagian terakhir saya menyimpulkan bahwa semua jenis hukum yang dibahas di sini adalah jenis hukum positif. Menurut saya, tidak ada jenis hukum lain selain hukum positif.

2.1 HUKUM PERUNDANG-UNDANGAN

Dalam satu hal (akan dijelaskan di akhir bab ini), hukum perundang-undangan adalah hukum paradigmatik. Jadi, tidak mengherankan bahwa beberapa penulis menyamakan pembuatan hukum dengan pembuatan undang-undang. Misalnya, Ronald Dworkin membaca klaim bahwa hakim terkadang membuat hukum sebagai klaim bahwa hakim adalah legislator paruh waktu. Karena itu, ia memperlakukan kritik terhadap klaim yang terakhir sebagai kritik yang tidak kalah tajamnya terhadap klaim yang pertama.

Di sini Dworkin mengambil isyarat dari John Austin, yang "teori perintah" hukumnya mencoba menjelaskan semua pembuatan hukum pada model legislatif. Seperti yang dikatakan H.L.A. Namun, Hart menunjukkan bahwa penjelasan Austin sangat kurang sebagai penjelasan umum tentang pembuatan hukum. Beberapa cara pembuatan hukum nonlegislatif yang akan kita bahas di bawah ini tidak dapat dimasukkan ke dalam penjelasan Austin tanpa banyak tipu daya.

Memang, bahkan sebagai sebuah uraian tentang pembuatan hukum legislatif, uraian Austin terdistorsi. Sebuah perintah selalu dimaksudkan untuk memaksakan suatu persyaratan untuk bertindak; tetapi legislasi, seperti yang ditunjukkan Hart, sering kali dimaksudkan untuk memberikan kekuasaan atau memberikan izin sebagai gantinya. Upaya Austin untuk memasukkan tindakan legislatif yang tidak wajib tersebut ke dalam logika perintah merupakan suatu hal yang memalukan bagi pemikirannya. Namun, "teori perintah"-nya dalam beberapa

hal lain merupakan upaya awal yang layak untuk uraian umum tentang hakikat legislasi, karena perintah memang memiliki tiga fitur penting yang sama dengan tindakan legislatif. Pertama, sebuah perintah, seperti tindakan legislatif, adalah tindakan seorang agen tunggal. Kedua, seorang komandan, seperti seorang legislator, bertindak dengan maksud untuk melakukan satu atau lebih perubahan normatif melalui tindakan memerintah atau membuat undang-undang itu sendiri.

Ketiga, sebuah perintah, seperti tindakan legislatif, adalah cara untuk membuat perubahan normatif secara tegas yaitu, dengan mengekspresikan atau mencoba mengekspresikan perubahan normatif yang ingin dilakukan seseorang dengan tindakan tersebut. Beberapa orang mengingat Hart yang berpendapat bahwa perintah harus dikontraskan dengan tindakan legislatif berkenaan dengan fitur kedua (dan dengan demikian fitur ketiga). Bukankah Hart mengkritik "teori perintah" Austin justru karena mengabaikan normativitas hukum? Bukankah dia keberatan dengan Austin yang menggambarkan legislator sebagai "situasi penembak yang ditulis besar"? Ya, dia keberatan.

Namun dia tidak pernah menyangkal bahwa semua perintah adalah upaya tegas untuk memaksakan persyaratan, dan dalam hal itu untuk melakukan perubahan normatif. Dia hanya menunjukkan melalui pembahasannya tentang situasi penembak bahwa perintah tidak perlu menjadi upaya untuk memaksakan kewajiban yaitu, persyaratan kategoris. Dalam hal ini perintah berbeda bahkan dari tindakan legislatif yang paling mirip dengannya, yaitu tindakan legislatif yang menciptakan norma hukum wajib, yang semuanya pada dasarnya kategoris.

Namun, tesis ini memungkinkan (dan memang mengandaikan) bahwa perintah dan tindakan legislatif serupa dalam hal-hal penting lainnya. Keduanya cukup mirip sehingga layak untuk diperbandingkan. Saya baru saja menyebutkan tiga fitur terpenting yang menjadi kesamaan keduanya. Perintah dan tindakan legislatif adalah tindakan pengubah norma yang serupa dalam hal agensi, intensionalitas, dan ekspresinya. Berikut ini saya tidak akan membahas fitur-fitur ini lagi sebagai fitur perintah. Saya akan membahasnya hanya sebagai fitur tindakan legislatif. Ketiga fitur tersebut ternyata paling membantu dalam membedakan pembuatan hukum legislatif dari jenis pembuatan hukum lainnya. Izinkan saya mempertimbangkannya dalam urutan terbalik. Hukum yang diundangkan dibuat secara tegas.

Hukum yang diundangkan mencakup hukum yang terkandung dalam dokumen konstitusional tertulis serta hukum yang terkandung dalam undang-undang, peraturan, dan anggaran dasar sehari-hari. Hukum ini juga mencakup hukum yang terkandung dalam proklamasi, dekrit, arahan, perintah dewan, dan sebagainya. Dalam beberapa sistem hukum, hukum ini juga dapat mencakup hukum perjanjian. Ciri pertamanya adalah hukum tersebut dibuat secara tegas. Dalam beberapa kondisi, saya kira, undang-undang mungkin dapat diungkapkan dalam bentuk isyarat atau gambar. Namun, biasanya hukum perundang-undangan adalah hukum yang terartikulasi. Hukum tersebut diungkapkan dalam kata-kata.

Di sini, demi kesederhanaan, saya akan berbicara seolah-olah semua undang-undang adalah undang-undang yang terartikulasi, tetapi apa yang akan saya katakan dapat dengan mudah diadaptasi untuk mencakup contoh-contoh undang-undang yang tidak terartikulasi juga. Undang-undang yang terartikulasi (selanjutnya disebut "undang-undang") diartikulasikan

oleh pembuat undang-undang dalam bentuk teks legislatif. Teks tersebut dapat tertulis atau lisan dan dapat terdiri dari kalimat deklaratif atau imperatif atau keduanya.

Seseorang memahami hukum yang terartikulasi dengan memahami teks legislatif yang menciptakannya. Tentu saja, ada banyak variasi antara sistem hukum yang berbeda ketika kita sampai pada pertanyaan tentang bagaimana seseorang memahami teks legislatif. Sistem hukum yang berbeda mungkin memiliki kanon interpretasi legislatif yang sangat berbeda. Beberapa mungkin memerlukan atau mengizinkan pendekatan yang lebih harfiah, yang lain pendekatan yang lebih "bertujuan", untuk menafsirkan teks legislatif.

Beberapa mungkin memerlukan atau mengizinkan interpretasi yang lebih atomik dari kata-kata atau kalimat atau paragraf dalam teks legislatif; yang lain mungkin mengharuskan atau mengizinkan perhatian yang lebih besar pada konteks tekstual yang lebih luas di mana kata-kata atau kalimat atau paragraf muncul. Beberapa mungkin mengharuskan atau mengizinkan penafsir untuk mencari bantuan interpretatif dalam beberapa atau semua perdebatan yang mengarah pada pemberlakuan undang-undang, sedangkan yang lain mungkin menganggap ini sebagai kecurangan.

Semua ini menyangkut cara penafsiran yang tepat untuk hukum yang diundangkan. Tidak satu pun dari hal itu yang seharusnya mengalihkan perhatian kita dari fakta bahwa, jika menyangkut hukum yang diundangkan, teks legislatif selalu menjadi objek utama penafsiran. Apa pun perubahan hukum yang pada akhirnya ditemukan dalam undang-undang, dan bagaimana pun seseorang berusaha menemukannya, seseorang menyajikannya sebagai yang terkandung dalam undang-undang hanya dengan menyajikannya sebagai yang terkandung dalam penafsiran teks legislatif (atau beberapa bagiannya, seperti frasa atau kalimat atau paragraf).

Yang dicari seseorang dalam menafsirkan teks legislatif adalah perubahan yang dibuatnya pada hukum, yang merupakan perubahan normatif. Perubahan tersebut dapat mencakup pengenalan norma hukum baru atau modifikasi atau penghapusan norma lama. Untuk menyederhanakan, saya akan membatasi perhatian saya pada penciptaan norma baru oleh legislatif. Tetapi apa yang akan saya katakan juga berlaku, *mutatis mutandis*, pada modifikasi dan penghapusan norma hukum yang ada.

Jadi (untuk menyederhanakan): Yang dicari seseorang dalam menafsirkan teks legislatif adalah norma hukum yang diciptakannya. Kesalahan umum adalah mencampuradukkan norma yang diundangkan dengan rumusannya. Jadi, seorang pengacara mungkin merujuk pada "kata-kata aturan." Ini tidak dapat dipahami secara harfiah. Aturan tidak memiliki kata-kata. Yang sebenarnya ia maksud adalah kata-kata dari ketentuan legislatif yang menciptakan aturan tersebut. Sangat menggoda untuk menganggap ini sebagai kata-kata aturan karena norma yang diundangkan, tidak seperti norma hukum lainnya, dirumuskan secara kanonik. Jika rumusan norma yang dimaksudkan lainnya akan memberinya konten yang tidak konsisten (yaitu, akan menunjukkan bahwa itu adalah norma yang berbeda), rumusan dalam undang-undang berlaku dalam menentukan norma apa itu.

Namun, rumusan legislatif tetap tidak boleh diidentikkan dengan norma yang dirumuskannya, karena dua norma yang bersaing dapat dirumuskan secara identik. Inilah

sebabnya mengapa rumusan legislatif sering kali perlu ditafsirkan untuk mengetahui norma mana dari dua norma yang bersaing yang dirumuskannya. Sebaliknya, dua rumusan yang bersaing dapat berupa rumusan dari satu norma yang sama. Jika tidak, seseorang tidak dapat menafsirkan bagian dari teks legislatif dengan merumuskannya kembali secara konsisten dengan dirinya sendiri, seperti yang sering dilakukan oleh para pengacara.

Cara lain untuk menyatakan hal ini adalah dengan mengatakan bahwa teks legislatif bukanlah satu-satunya objek interpretasi legislatif yang mungkin. Hukum yang diciptakan oleh undang-undang akibat hukum undang-undang itu sendiri merupakan objek interpretasi kedua yang mungkin. Keduanya terpisah paling jelas ketika penafsir yang melakukan intervensi (misalnya, hakim di pengadilan tertinggi) menggunakan kekuatan hukum mereka untuk menafsirkan teks legislatif dengan cara yang mengikat penafsir pengganti.

Kemudian norma hukum yang diciptakan oleh undang-undang tersebut dibuat lebih pasti (dan dalam hal itu diubah) oleh pelaksanaan otoritas interpretatif, meskipun rumusan dalam undang-undang tetap sama. Ketika ini benar, seorang penafsir pengganti menafsirkan akibat hukum undang-undang tersebut dengan menafsirkan teks legislatif berdasarkan kasus-kasus yang menafsirkan teks legislatif tersebut, kasus-kasus yang terkadang memerlukan penafsiran. Kita akan membahas penciptaan dan penafsiran yurisprudensi di bagian 2.3. Untuk tujuan saat ini, satu-satunya hal yang penting adalah ini: Bahkan ketika penafsiran hukum dalam undang-undang mengharuskan penafsiran yurisprudensi yang ada di antaranya, teks legislatif tetap menjadi objek utama penafsiran dalam pengertian yang ditunjukkan sebelumnya.

Norma hukum apa pun yang akhirnya ditemukan dalam undang-undang, seseorang tetap menyajikannya sebagai norma yang ditemukan dalam undang-undang hanya dengan menyajikannya sebagai sesuatu yang terkandung dalam penafsiran teks legislatif, meskipun sekarang penafsiran teks tersebut dibentuk oleh penafsiran penafsir lain yang ada di antaranya atas teks yang sama. Jika teks tersebut tidak ada lagi, sehingga kasus-kasus tersebut mulai diperlakukan sebagai otoritas independen atas norma-norma hukum yang ditinggalkannya, maka norma-norma hukum tersebut tidak lagi menjadi norma hukum yang diundangkan. Maka kita berurusan dengan yurisprudensi murni.

Hukum yang ditetapkan secara sengaja dibuat. Sama seperti janji yang dibuat dengan maksud untuk menciptakan kewajiban melalui tindakan membuat janji, maka undang-undang ditetapkan dengan maksud untuk mengubah hukum melalui tindakan penetapannya. Saksikan "doa" di awal setiap Undang-Undang Parlemen (Inggris Raya):

Semoga ditetapkan oleh Yang Mulia Ratu, dengan nasihat dan persetujuan dari Lords Spiritual and Temporal, dan Commons, di Parlemen saat ini, dan dengan wewenang yang sama, sebagai berikut...

Doa ini menghilangkan satu kemungkinan ambiguitas yang jika tidak akan menimpa banyak teks legislatif berikutnya jika dibaca secara harfiah. Kalimat deklaratif dalam teks legislatif (misalnya, "Setiap orang yang memfitnah perdana menteri melakukan pelanggaran") sering

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.

kali dapat dibaca secara harfiah sebagai laporan norma hukum yang (menurut penulis teks) sudah ada. Berdasarkan pembacaan tersebut, setiap perubahan hukum yang dilakukan oleh Undang-Undang tersebut harus dianggap sebagai perubahan hukum yang tidak disengaja, efek samping dari upaya legislatif untuk menyatakan hukum sebagaimana adanya.

Berkat permohonan tersebut, pembacaan Undang-Undang ini dikesampingkan. "Setiap orang yang memfitnah perdana menteri melakukan pelanggaran" berarti "Dengan ini merupakan pelanggaran bagi setiap orang yang memfitnah perdana menteri." Undang-Undang tersebut sebagaimana yang dijelaskan dalam permohonan tersebut dimaksudkan sebagai tindakan penciptaan norma oleh legislator, dalam hal ini Parlemen (atau ratu di Parlemen, sebagaimana lembaga tersebut lebih dikenal secara akurat).

Dalam literatur tentang perundang-undangan, terdapat banyak diskusi tentang apakah suatu lembaga (misalnya, Parlemen) mampu memiliki niat. Keraguan tentang apakah Parlemen mampu memiliki niat sering kali berasal dari kesulitan yang terkenal dalam menggunakan niat parlemen sebagai panduan untuk penafsiran teks undang-undang. Ketika pengadilan mengatakan bahwa mereka menafsirkan undang-undang sesuai dengan "maksud Parlemen", hal ini secara luas diterima sebagai kesopanan yang kosong. Parlemen biasanya tidak memiliki maksud mengenai makna, penerapan, penggunaan, atau dampak undang-undang yang dimaksud, karena anggota Parlemen yang memperdebatkan undang-undang tersebut dan memberikan suaranya bahkan mereka yang mendukungnya dan memberikan suaranya untuk mendukungnya selalu memiliki maksud yang beragam dan saling bertentangan mengenai makna, penerapan, penggunaan, dan dampaknya.

Bahkan, beberapa anggota Parlemen mungkin tidak memiliki maksud sama sekali mengenai hal-hal ini (mereka hanya umpan lobi yang memberikan suara ketika mereka disuruh oleh penguasa politik mereka). Semua ini benar dan penting. Seseorang dapat merancang konstitusi untuk Parlemen yang akan menentukan maksud siapa saja mengenai hal-hal seperti makna, penerapan, penggunaan, dan dampak undang-undang yang harus dianggap sebagai maksud Parlemen mengenai hal-hal ini, jika terjadi pertentangan maksud di antara anggota Parlemen biasa. Telah terjadi pergerakan terhenti ke arah itu dalam hukum Inggris terkini. Namun pada umumnya tidak ada aturan seperti itu, dan karenanya Parlemen tidak mempunyai maksud seperti itu.

Jadi Parlemen sering kali tidak berniat membuat perubahan tertentu dalam undang-undang yang akhirnya dibuatnya saat membuat undang-undang. Yang tidak dapat disimpulkan adalah, saat membuat undang-undang, Parlemen tidak berniat mengubah undang-undang. Kekhawatiran tentang berbagai macam niat yang saling bertentangan dari masing-masing anggota parlemen tidak berlaku untuk niat yang lebih sederhana ini. Kecuali jika terjadi kesalahan sesekali (misalnya, anggota parlemen yang mabuk tidak sengaja tersandung di lobi pemungutan suara), semua orang yang berpartisipasi dalam perubahan undang-undang oleh Parlemen bermaksud untuk berpartisipasi di dalamnya.

Bahkan mereka yang memberikan suara menentang undang-undang tertentu memiliki niat untuk berpartisipasi dalam perubahan undang-undang, jika mereka akhirnya berada di pihak yang kalah dalam pemungutan suara. Lebih tepatnya, mereka bermaksud agar hukum

diubah jika itu adalah maksud Parlemen, sedangkan apa yang dianggap sebagai maksud Parlemen bergantung pada tindakan dan maksud setidaknya beberapa anggota Parlemen.¹⁶ Jadi (dengan cara yang akan dijelaskan lebih lanjut di bawah) maksud mengubah hukum dari masing-masing anggota Parlemen merupakan dan merujuk pada maksud mengubah hukum Parlemen itu sendiri, Parlemen adalah lembaga yang membuat undang-undang.

Beberapa orang menyangkal bahwa lembaga (seperti Parlemen) dapat menjadi agen. Mereka bersikeras membaca referensi yang jelas tentang agensi kelembagaan (misalnya, Undang-Undang Parlemen) secara reduktif, sebagai referensi elips terhadap agensi manusia individu yang membentuk lembaga tersebut. Dalam pandangan ini, bukan lembaga legislatif melainkan keanggotaannya yang membuat undang-undang. Kita akan membahas pemikiran ini sebentar lagi. Pada titik ini kita sedang membahas pertanyaan lintas sektor: Siapa pun yang membuat undang-undang, apakah dia bermaksud mengubah hukum dalam prosesnya? Jawabannya jelas ya. Seorang agen bertindak dengan sengaja karena ia melakukan apa yang ia lakukan untuk (apa yang dianggap sebagai) alasan.

Mereka yang membuat undang-undang, baik mereka manusia atau lembaga, harus melakukannya untuk (apa yang mereka anggap sebagai) alasan untuk dan menentang perubahan hukum. Jika mereka tidak melakukannya, tidak ada gunanya mengadakan debat legislatif, di mana alasan yang dianggap mendukung dan menentang perubahan hukum disajikan, dipertimbangkan, dan ditantang. Memang, tidak ada gunanya mengadakan debat publik yang lebih luas tentang kebijakan legislatif, atau pemilihan umum di mana debat-debat ini dibawa ke puncaknya.

Debat-debat semacam itu masuk akal hanya atas dasar bahwa siapa pun yang membuat undang-undang akan, dalam membuat undang-undang, menanggapi setidaknya beberapa alasan yang dianggap mendukung dan menentang perubahan hukum. Dengan kata lain, debat-debat ini masuk akal hanya atas dasar bahwa undang-undang secara sengaja memengaruhi perubahan hukum, persis seperti doa dalam Undang-Undang Parlemen Inggris yang ingin kita percayai.

Legislasi adalah tindakan satu agen. Pernyataan sebelumnya sudah memberikan gambaran tentang apa yang akan terjadi selanjutnya. Legislasi selalu merupakan tindakan satu agen. Agen tersebut dapat berupa manusia (misalnya, Big Brother) atau sebuah lembaga (misalnya, Parlemen). Tindakan lembaga seperti Parlemen bergantung pada, tetapi tidak dapat disederhanakan menjadi, tindakan manusia yang menyusunnya. Jadi, lembaga yang tidak memiliki manusia di dalamnya (tanpa anggota manusia dan tanpa anggota lembaga yang pada gilirannya memenuhi kondisi ini) tidak dapat bertindak. Namun, ketika sebuah lembaga bertindak melalui anggotanya, tindakannya berbeda dari tindakan anggotanya. Anggota Parlemen mengemukakan pendapat mereka, mengajukan amandemen, dan memberikan suara. Ini adalah hal-hal yang tidak dapat dilakukan Parlemen sebagai sebuah lembaga.

Di sisi lain, Parlemen, bukan anggotanya, yang membuat undang-undang. Secara analogis, anggota orkestra memainkan instrumen mereka, memperhatikan konduktor, dan mengikuti skor. Namun, hanya orkestra yang secara bersama-sama memainkan simfoni. Apa yang mengubah sekumpulan manusia (pemusik, politisi) menjadi agen yang bersatu (orkestra,

badan legislatif), yang tindakannya bergantung pada, tetapi tidak dapat disederhanakan menjadi, tindakan manusia yang menyusunnya (anggotanya, pejabat)? Kita dapat membedakan antara keagenan alami yang bersatu dari keagenan buatan yang bersatu. Keagenan alami yang bersatu sama dengan apa yang saya sebut di tempat lain sebagai "kerja tim."

Dalam kerja tim, setiap anggota tim menyesuaikan niatnya dengan tindakan dan niat orang lain agar tidak menggagalkan niat satu sama lain. Namun, itu belum semuanya. Setiap anggota tim juga menambahkan niat ekstra, yaitu berkontribusi pada pekerjaan tim secara keseluruhan. Ia tidak hanya bermaksud agar ia (dan setiap orang lain) melakukan upaya pelengkap, tetapi juga agar ini menjadi bagian dari upaya tim. Jadi, niatnya sendiri menjadi acuan penting bagi niat tim. Ketika hal itu terjadi, ia juga membantu membentuk niat tim. Tim kemudian menjadi agen lebih jauh yang berbeda dari manusia yang menyusunnya.

Tim juga melakukan berbagai hal dan mencoba melakukan berbagai hal dan bermaksud melakukan berbagai hal berbagai hal yang berbeda dari, meskipun bergantung pada, berbagai hal yang dilakukan dan dicoba dilakukan dan dimaksudkan untuk dilakukan oleh masing-masing anggotanya. Dalam orkestra, misalnya, setiap pemain bermaksud memainkan perannya. Namun, ia juga bermaksud agar, dengan memainkan peran mereka bersama-sama, orkestra secara keseluruhan memainkan simfoni. Fitur itu mengubah pertunjukan orkestra menjadi kerja sama tim. Mungkin hanya ada 105 manusia, tetapi sedikitnya 18.106 agen terlibat dalam pertunjukan. Yang ke-106 adalah orkestra itu sendiri.

Dalam agensi alami yang terkoordinasi (kerja tim), mungkin ada norma yang menetapkan dan mengatur kepemimpinan dan peran khusus lainnya dalam tim (misalnya, peran konduktor orkestra, pemain biola utamanya, dan sebagainya). Namun, dalam agensi alami yang terkoordinasi, tidak ada kebutuhan atau kemungkinan adanya norma yang menetapkan peran mewakili agen yang terkoordinasi kepada siapa pun.

Misalnya, tidak seorang pun dalam orkestra yang menjadi perwakilannya untuk tujuan memainkan simfoni. Orkestra itu sendiri yang memainkan simfoni. Pada saat yang sama, seseorang dalam orkestra (atau lebih mungkin dalam manajemennya) mungkin menjadi perwakilannya untuk tujuan memesan konser, mempekerjakan musisi, dan sebagainya. Tindakan orkestra tersebut termasuk dalam ranah agensi buatan yang terkoordinasi.

Agensi buatan yang terkoordinasi, secara tegas, adalah bentuk agensi perwakilan, yang kemungkinannya bergantung pada keberadaan norma yang memberdayakan satu agen (misalnya, kepala eksekutif) untuk bertindak atas nama agen lain (misalnya, organisasi amal). Norma-norma semacam itu diperlukan ketika agen yang bekerja sama perlu (mampu) melakukan tindakan (misalnya, membuat kontrak atau membuat janji) yang hanya dapat dilakukan oleh tindakan lebih lanjut dari satu orang manusia (misalnya, dengan menandatangani nama atau menjabat tangan).

Tindakan satu orang manusia seperti itu pada prinsipnya bahkan tidak dapat dilakukan oleh kerja sama tim, sehingga memerlukan representasi. Namun, norma untuk memberdayakan representasi juga dapat digunakan secara lebih luas untuk memungkinkan tim melakukan tindakan yang pada prinsipnya dapat dilakukan oleh kerja sama tim, tetapi

hanya dengan biaya atau kesulitan yang berlebihan. Norma-norma tersebut juga dapat digunakan untuk memberikan kapasitas untuk agensi yang bekerja sama pada sekelompok manusia yang berinteraksi (misalnya, sebuah negara, komunitas lokal, pemerintah) yang interaksinya secara alami tidak memenuhi syarat sebagai kerja sama tim karena salah satu atau kedua niat yang diperlukan untuk kerja sama tim tidak ada.

Lembaga legislatif modern biasanya bekerja dengan kombinasi agensi yang bekerja sama secara alami dan buatan. Ada pejabat (dan komite dan kamar legislatif terpisah dan sebagainya) yang tindakannya diperlakukan untuk tujuan tertentu sebagai tindakan legislatif. Mereka mungkin memiliki kewenangan untuk bertindak atas nama legislatif untuk beberapa bagian dari proses legislatif. Namun, anggota biasa lembaga tersebut juga bekerja pada legislasi sebagai sebuah tim, dalam agensi yang bekerja sama secara alami. Kecuali jika terjadi kecelakaan karena mabuk, para anggota bermaksud untuk berpartisipasi dalam proses legislasi kapan pun mereka melakukannya. Mereka tidak hanya bermaksud untuk memberikan suara dan menyesuaikan suara mereka dengan suara atau suara yang dimaksudkan oleh anggota lain. Mereka juga bermaksud agar suara mereka berkontribusi pada tindakan legislatif atau tidak adanya tindakan dari pihak lembaga itu sendiri.

Konstitusi lembaga tentu saja harus menentukan manusia mana yang dihitung sebagai anggota lembaga untuk tujuan ini, dan bagaimana suara mereka akan dihitung, dan seterusnya. Jadi agensi lembaga masih bergantung pada norma yang menentukan siapa yang dapat menjadi bagian dari tim dan peran apa yang akan mereka miliki. Meskipun demikian, ada kerja sama tim yang sejati. Anggota yang relevan bertindak sebagai sebuah tim dalam memperdebatkan dan menyetujui legislasi. Ketika mereka melakukannya, dalam aturan, lembaga itu sendirilah yang membuat undang-undang.

Dapatkah ada legislasi tanpa tindakan bersama, baik yang alamiah maupun buatan? Tentu saja bisa, karena dalam Kediktatoran Agung, Sang Diktator Agung membuat legislasi sendiri. Pertanyaan yang ada hanyalah apakah dapat ada legislasi yang melibatkan banyak manusia tanpa tindakan bersama, baik yang alamiah maupun buatan, dari pihak banyak manusia tersebut. Jawabannya adalah tidak mungkin. Untuk menafsirkan apa yang ada di hadapan seseorang sebagai legislasi, seseorang harus menafsirkannya sebagai upaya seseorang untuk secara tegas melakukan perubahan normatif. Oleh karena itu, seseorang perlu menganggap teks (atau kata atau kalimat atau paragraf, dsb.) memiliki pengarang yang mencoba menyampaikan makna. Oleh karena itu, seseorang perlu menganggap penciptaannya sebagai tindakan individu atau tindakan bersama.

Pasti ada tindakan legislasi dan karenanya ada agen (agen individu atau agen bersama) yang membuat legislasi. Sebagian besar kecemasan tentang kesimpulan ini muncul dari pemikiran bahwa badan bersama yang dimaksud adalah fiksi hukum. Ada dua tanggapan terhadap pemikiran ini. Pertama, agensi yang terkoordinasi tidak sepenuhnya fiktif; para anggota lembaga legislatif biasanya melakukan banyak pekerjaan mereka sebagai sebuah tim, dan dalam hal itu mereka harus dianggap sebagai agen terkoordinasi alami yang mirip dengan orkestra dan tim sepak bola.

Kedua, tidak ada yang salah dengan fiksi hukum tentang agensi terkoordinasi, jika dengan frasa itu kita maksudkan hanya bahwa hukum mengaitkan tindakan oleh satu agen (seorang pejabat) dengan agen lain (sebuah lembaga) berdasarkan norma-norma yang menjadikan yang pertama sebagai wakil dari, dan karenanya agen yang bertindak atas nama, yang terakhir, karena ada agen terkoordinasi buatan, dan banyak dari mereka adalah makhluk hukum. Tidak berarti bahwa mereka adalah makhluk hukum sehingga mereka tidak ada atau bahwa mereka bukan agen. Sebaliknya, dari fakta bahwa mereka dapat melakukan tindakan dengan efek hukum, seperti membuat undang-undang, maka mereka memang ada dan bahwa mereka adalah agen.

2.2 HUKUM ADAT

Hukum yang ditetapkan tentu saja dapat dipengaruhi oleh adat. Hukum tersebut juga dapat merujuk pada adat, sehingga memberikan pengakuan hukum, misalnya dengan mengatakan bahwa standar perundang-undangan yang harus diterapkan dalam menilai perilaku seorang teknisi listrik adalah standar perilaku yang lazim dalam perdagangan listrik. Ini bukanlah hukum adat.

Norma adat dalam kasus ini, bahkan setelah pengakuan hukumnya, bukanlah norma hukum. Itu hanyalah norma yang diakui secara hukum. Situasinya sama dengan yang terjadi ketika hukum Inggris merujuk pada beberapa norma hukum Prancis dalam menyelesaikan beberapa masalah hukum keluarga yang timbul dari pernikahan yang dilakukan di Prancis. Ini tidak menjadikan norma hukum Prancis menjadi norma hukum Inggris. Demikian pula, rujukan legislatif pada norma adat tidak menjadikan norma tersebut menjadi norma hukum adat.

Hukum adat, sebaliknya, terdiri dari norma-norma adat yang secara hukum mengikat secara hukum, yang merupakan bagian dari hukum tanpa basa-basi. Bentham membedakan dua jenis kebiasaan yang berbeda yang dapat membentuk hukum adat: kebiasaan *in pays* (kebiasaan populasi subjek hukum) dan kebiasaan *in foro* (kebiasaan populasi pejabat hukum). Dalam sistem hukum yang kompleks yang biasa dihadapi oleh profesor sekolah hukum, sedikit hukum adat dibuat di pays.

Pengecualian yang mungkin terjadi adalah dalam hukum internasional. Dalam hukum internasional, negara merupakan populasi subjek hukum. Dapat dikatakan beberapa kebiasaan yang berlaku dalam hubungan antar negara secara *ipso facto* merupakan bagian dari hukum internasional. Namun contoh tersebut menjadi bermasalah karena keraguan tentang hukum internasional itu sendiri. Ini adalah sistem hukum anomali di mana perbedaan antara pejabat dan subjek menjadi kabur. Dapat dikatakan hal ini bahkan menjadikannya kasus batas sistem hukum. Oleh karena itu, dalam bagian berikut saya akan berpikir terutama tentang sistem hukum kota dan karenanya tentang kebiasaan *in foro*: tentang hukum adat yang dibentuk sebagai hukum oleh kebiasaan pejabat hukum seperti hakim, petugas polisi, dan juru sita. Sekali lagi saya akan mempertimbangkan ciri-ciri pembeda hukum jenis ini di bawah tiga judul, untuk memudahkan kontras dengan hukum yang diundangkan. Pertama, hukum adat tidak dibuat dengan mengartikulasikan (atau mengungkapkan dengan cara lain) isinya. Kedua, hukum adat tidak dibuat dengan sengaja. Ketiga, hukum adat tidak dibuat oleh satu pelaku

tetapi oleh banyak pelaku.

Hukum adat tidak dibuat secara tegas. Hukum adat, tentu saja, dikomunikasikan. Hukum adat disebarkan melalui contoh, dan penyebaran melalui contoh merupakan bentuk komunikasi. Akan tetapi, hukum adat, tidak seperti hukum yang diundangkan, tidak dibuat melalui tindakan apa pun untuk mengomunikasikannya. Hukum adat dibuat melalui tindakan untuk menyesuaikan diri dengannya. Hukum adat diciptakan dan diubah bukan oleh apa yang dikatakan orang harus dilakukan tetapi oleh apa yang sebenarnya mereka lakukan. Jadi, tidak ada rumusan norma hukum adat yang bersifat kanonik. Setelah suatu norma hukum memperoleh rumusan kanonik, cara lain untuk menetapkan isinya tunduk pada rumusan kanonik jika terjadi penafsiran norma yang saling bertentangan. Tetapi jika menyangkut norma hukum adat, cara lain untuk menetapkan isinya (termasuk dengan merumuskannya) bergantung pada perilaku penduduk yang bersangkutan.

Hukum adat diciptakan dan diubah bukan oleh apa yang dikatakan orang harus dilakukan, tetapi oleh apa yang mereka lakukan. Tindakan seperti apa yang dibutuhkan? Apakah cukup jika perilaku penduduk menyatu? Apakah cukup jika memotong rumput adalah hal yang dilakukan orang-orang di sekitar sini setiap Minggu pagi? Atau, apakah perilaku penduduk juga menyatu di sekitar suatu norma, sehingga mereka berusaha mengikuti norma tersebut saat bertindak? Apakah memotong rumput adalah hal yang dianggap orang-orang di sekitar sini sebagai hal yang biasa dilakukan pada Minggu pagi, dan itulah sebabnya mereka melakukannya? Kasus pertama adalah kebiasaan sosial. Kasus kedua adalah norma sosial. Berikut ini adalah argumen sederhana untuk berpikir bahwa hukum adat harus dibentuk oleh norma sosial daripada kebiasaan sosial:

Jika suatu adat menjadi bagian dari hukum, adat tersebut harus normatif di mata hukum. Adat tersebut harus merupakan norma hukum. Jadi, harus ada seseorang yang, atas nama hukum, menganggap adat tersebut sebagai normatif. Orang tersebut tentu saja bisa jadi orang lain selain penduduk yang memiliki adat tersebut. Misalnya, badan legislatif atau pengadilan. Namun, dalam kasus tersebut, fakta bahwa badan legislatif atau pengadilan menganggap adat istiadat sebagai normatif yang memberinya efek hukum apa pun yang dimilikinya. Ini bukanlah hukum adat. Melainkan, adat istiadat yang diakui secara hukum dalam undang-undang atau yurisprudensi. Ini menysakan kasus hukum adat yang sebenarnya hanya kasus di mana seseorang yang menganggap adat istiadat sebagai normatif, atas nama hukum, adalah populasi yang sama yang memiliki adat istiadat tersebut. Oleh karena itu, perilaku konvergen di seluruh populasi mampu membentuk hukum adat hanya jika konvergensi terjadi di bawah norma sosial. Kebiasaan sosial belaka tidak cukup.

H.L.A. Hart berpendapat bahwa setiap sistem hukum harus memiliki setidaknya satu norma hukum adat, yang disebutnya sebagai aturan pengakuan. Aturan pengakuan adalah norma yang mengidentifikasi seseorang atau lembaga sebagai pembuat hukum tertinggi (yaitu, tidak didelegasikan). Mengapa setiap sistem hukum harus memiliki norma seperti itu? Argumen Hart berawal dari kritiknya terhadap Austin. Selain mengklaim bahwa semua hukum adalah perintah, Austin mengklaim bahwa setiap sistem hukum memiliki legislator (atau komandan) tertinggi, yang oleh Austin disebut sebagai "penguasa"-nya. Identifikasi

kedaulatan, kata Austin, bukanlah masalah hukum. Tidak ada hukum tentang hal itu. Karena jika saya membuat hukum berdasarkan hukum yang mengidentifikasi saya sebagai legislator, pasti ada seseorang di atas saya dalam sistem yang pada gilirannya membuat hukum yang lebih tinggi yang mengidentifikasi saya sebagai legislator.

Dalam hal ini, bagaimanapun juga saya bukanlah penguasa: Saya bukanlah penguasa tertinggi, tetapi hanya legislator yang didelegasikan. Oleh karena itu, penguasa tidak dapat diidentifikasi oleh norma hukum. Sebaliknya, penguasa harus diidentifikasi oleh perilaku yang sesuai. Penguasa adalah orang atau lembaga yang perintahnya secara kebiasaan dipatuhi oleh orang-orang di sekitar sini. Kedaulatan adalah kemanjuran.

Hart setuju dengan Austin dalam berpendapat bahwa sistem hukum berlaku hanya jika efektif. Kondisi kemanjuran terpenuhi selama subjek hukum sebagian besar mematuhi hukum, tetapi terlepas dari apakah mereka mengetahui dasar hukum yang mereka gunakan untuk melakukannya (yaitu, apa yang membuat hukum ini menjadi hukum). Namun, menurut Hart, harus ada dasar hukum seperti itu. Dalam setiap sistem hukum, identifikasi pembuat undang-undang tertinggi itu sendiri merupakan pertanyaan hukum. Ini adalah pertanyaan tentang hukum konstitusional. Bagaimana ini bisa terjadi? Austin benar ketika berpikir bahwa badan legislatif tidak mungkin diidentifikasi sebagai pembuat undang-undang tertinggi melalui undang-undang lebih lanjut yang mengidentifikasinya.

Kesalahannya, pikir Hart, adalah hanya menyimpulkan bahwa badan legislatif karena itu tidak dapat diidentifikasi sebagai badan legislatif tertinggi melalui hukum yang mengidentifikasinya. Ini berlaku hanya jika, seperti yang dipikirkan Austin, semua hukum ditetapkan oleh undang-undang. Namun pada kenyataannya tidak. Ada juga kemungkinan hukum adat. Hukum adat mampu mengidentifikasi pembuat undang-undang (seolah-olah) dari bawah, bukan dari atas. Hukum yang mengidentifikasi badan legislatif tertinggi aturan pengakuan dibentuk oleh kesesuaian orang lain dengan undang-undang.

Kekuasaan badan legislatif untuk membuat hukum tidak didelegasikan oleh orang lain ini. Karena orang-orang ini adalah *ex hypothesi* bukan legislator dan karenanya mereka tidak memiliki kekuasaan legislatif untuk didelegasikan. Bahkan mereka tidak mendelegasikan kekuasaan apa pun. Sebaliknya, berdasarkan kebiasaan mereka, mereka menciptakan kewajiban hukum, kewajiban hukum untuk memperlakukan perkataan legislator tertinggi sebagai hukum, hukum yang pada gilirannya dapat menciptakan kekuasaan hukum bagi orang lain.

Kebiasaan siapa? Kebiasaan yang mana? Sangat menggoda untuk sekadar mengikuti Austin dan berkata: kebiasaan sosial dari populasi subjek hukum yang lebih luas. Namun Hart memperhatikan bahwa jawaban ini tidak memadai untuk tugas yang ada. Tugas yang ada bukan hanya untuk menunjukkan pola perilaku yang sesuai tetapi juga untuk menjelaskan bagaimana pola tersebut membentuk norma hukum. Apa yang membuat perilaku yang sesuai menjadi norma dari sudut pandang hukum? Agar hukum memiliki sudut pandang, harus ada orang yang mewakili hukum dalam mengidentifikasi norma. Orang-orang ini adalah pejabat hukum. Lebih tepatnya, mereka adalah pejabat yang menerapkan hukum. Mereka tidak hanya melakukan apa yang, menurut badan legislatif tertinggi, harus dilakukan.

Mereka juga memperlakukan kepatuhan terhadap kata-kata badan legislatif tertinggi sebagai hal yang harus dilakukan. Mereka menganggap norma yang dibuat oleh badan legislatif tertinggi sebagai norma yang harus mereka terapkan, karena ada norma yang dengannya, sebagai pejabat, mereka memiliki kewajiban untuk menerapkan norma yang dibuat oleh badan legislatif tertinggi. Jadi kesesuaian dengan firman legislatif tertinggi adalah aturan sosial di antara para pejabat, bukan sekadar kebiasaan sosial. Bagi Hart, aturan sosial inilah yang membentuk aturan pengakuan sistem hukum. Oleh karena itu, aturan pengakuan adalah contoh hukum adat di foro.

Orang mungkin memperlakukan berbagai aspek dari uraian Hart. Beberapa argumennya tidak lengkap. Namun, satu wawasan utama tidak dapat disangkal. Terutama tetapi tidak hanya ketika sistem hukum tidak memiliki teks konstitusional kanonik, adalah umum untuk mengatakan bahwa pertanyaan konstitusional tertinggi adalah pertanyaan praktik (atau realpolitik), bukan pertanyaan hukum. Hart mengungkap ini sebagai kontras yang salah. Bahwa suatu pertanyaan adalah salah satu praktik tidak berarti bahwa itu bukan salah satu hukum, karena beberapa hukum dibuat oleh apa yang dilakukan orang, bukan oleh apa yang mereka katakan.

Banyak hukum konstitusional dibuat dengan cara ini. Apa yang disebut Hart sebagai "aturan perubahan" dan "aturan peradilan" sering tetapi tidak selalu ditemukan dalam hukum adat, sebagai lawan dari hukum tata negara yang diundangkan. Tetapi jika Hart benar, setiap sistem hukum memiliki setidaknya satu hukum tata negara - aturan pengakuan yang merupakan adat daripada yang diundangkan.

Aturan pengakuan termasuk dalam bagian tidak tertulis dari konstitusi bahkan dalam sistem hukum dengan apa yang disebut "konstitusi tertulis." Aturan pengakuan tentu saja dapat diartikulasikan oleh beberapa pejabat hukum, bahkan mungkin dalam dokumen konstitusional. Tetapi artikulasi tersebut tidak pernah kanonik. Sejauh norma yang diartikulasikan menyimpang dari norma yang dipraktikkan oleh pejabat yang menerapkan hukum, praktik pejabat itulah yang memperbaiki konten aturan pengakuan. Lakukan apa yang kami lakukan, bukan apa yang kami katakan.

Hukum adat tidak dibuat dengan sengaja. Tidak seperti hukum yang ditetapkan undang-undang, hukum adat tidak dibuat dengan sengaja. Tentu saja tindakan yang dilakukan untuk membuatnya hampir selalu merupakan tindakan yang disengaja. Para pejabat yang membuat aturan pengakuan Hart, misalnya, jelas bermaksud untuk mengikuti (apa yang mereka anggap) suatu aturan saat mereka melakukannya. Yang tidak mereka maksudkan adalah membuat atau mengubah aturan dalam prosesnya. Pembuatan hukum mereka biasanya merupakan hasil sampingan yang tidak disengaja dari penerapan hukum yang mereka maksudkan.

Misalnya, dengan memperlakukan Undang-Undang Parlemen sebagai hukum yang sah dengan tidak mempertanyakan keabsahannya dan menafsirkan isinya sebagai hukum para hakim berkontribusi untuk membuktikan bahwa Undang-Undang Parlemen secara umum adalah hukum yang sah. Mereka berkontribusi untuk menjadikan aturan pengakuan

sebagaimana adanya. Namun, bukan itu yang biasanya mereka maksudkan. Yang biasanya mereka maksudkan adalah menerapkan norma hukum yang, sejauh yang mereka ketahui, ada terlepas dari tindakan mereka untuk menerapkannya, karena itu adalah norma yang ditemukan dalam Undang-Undang Parlemen. Dan dalam beberapa hal mereka benar.

Norma tersebut ada dalam Undang-Undang dan merupakan bagian dari hukum negara menurut aturan pengakuan sistem hukum, yang merupakan norma adat yang tidak dapat diubah oleh satu hakim pun. Selain itu, karena setiap perubahan dalam aturan ini bergantung pada tindakan yang biasanya tidak dapat diduga dari banyak pejabat pelaksana hukum lainnya, biasanya tidak ada satu hakim pun yang dapat bermaksud mengubahnya. Namun, sebagai pejabat pelaksana hukum, setiap hakim merupakan bagian dari populasi resmi yang aturan sosialnya merupakan aturan hukum, dan sebagai bagian dari populasi ini, ia dapat berkontribusi untuk mengubah aturan tersebut. Oleh karena itu, seorang hakim dapat dengan mudah menjadi peserta yang tidak disengaja, tetapi jarang menjadi peserta yang disengaja, dalam perubahan hukum adat.

Dalam skenario yang baru saja digambarkan, penerapan yang disengaja dari satu norma hukum (norma yang ditetapkan undang-undang) berpotensi memberikan kontribusi yang tidak disengaja terhadap perubahan dalam norma hukum lain (norma adat). Dalam skenario yang berbeda, norma hukum yang secara tidak sengaja diubah oleh hakim adalah norma hukum adat yang sama yang ingin diterapkannya tanpa mengubahnya. Kemungkinan ini membantu kita melihat jalan keluar dari perdebatan lama dan melelahkan. Kita semua tahu bahwa hukum dapat diubah oleh tindakan hakim. Itulah yang memberi hukum sejarah yang dapat dipelajari dengan mempelajari keputusan pengadilan.

Namun hakim hampir selalu berbicara seolah-olah yang mereka lakukan hanyalah menerapkan hukum tanpa perubahan. Haruskah kita menganggap presentasi diri ini sebagai kepura-puraan belaka, pemutarbalikan argumen yang dilakukan hakim untuk memperkuat legitimasi mereka? Terkadang, tidak diragukan lagi, kita harus melakukannya. Namun terkadang kita harus menganggapnya lebih murah hati sebagai kekeliruan yang tidak disengaja dari pihak hakim. Kekeliruan seperti itu sangat mudah dilakukan jika menyangkut hukum adat, berkat ketidakpastian norma adat. Tentu saja, semua norma hukum memiliki ketidakpastiannya sendiri.

Dalam kasus norma yang ditetapkan undang-undang, hal ini biasanya mencakup ketidakpastian bahasa dan ketidakpastian niat. Namun, hukum adat tunduk pada jenis ketidakpastian lain yang muncul justru karena fakta bahwa hukum tersebut tidak dibuat dengan jelas maupun sengaja. Ketika situasi baru muncul yang mendekati situasi yang sudah diatur oleh norma adat, apa yang menentukan apakah situasi tersebut diatur atau tidak oleh norma tersebut? Dalam kasus norma adat (atau, secara lebih umum, norma yang dibuat berdasarkan penggunaannya), tidak ada yang menentukan hal ini kecuali apa yang dilakukan orang selanjutnya melalui penerapan norma yang seharusnya. Norma tidak pasti dalam penerapannya hingga benar-benar diterapkan. Hal ini menyebabkan jenis kekeliruan yang khas dalam penerapan hukum adat.

Mengabaikan perbedaan kecil antara situasi saat ini dan situasi masa lalu yang diakui

diatur oleh norma, mudah untuk langsung menyimpulkan bahwa norma tersebut sudah mengatur situasi saat ini, padahal pada kenyataannya norma tersebut masih tidak pasti dalam hal pengaturannya atau tidak diaturnya situasi saat ini. Ini merupakan kesalahan hukum yang kecil. Namun, kesalahan tersebut dapat secara bertahap menyebabkan perubahan dalam adat, dan karenanya menyebabkan perubahan dalam hukum. Seiring berjalannya waktu, hukum adat menjadi sejalan dengan penerapannya sendiri yang selama ini keliru. Pejabat yang hanya bermaksud menerapkan norma tanpa mengubahnya secara tidak sengaja turut menyebabkan perubahan normatif ini. Menurut saya, ini adalah cara umum hukum adat di foro berubah.

Hukum adat tidak dibuat oleh satu orang. Sekali lagi, langkah berikutnya telah diantisipasi. Pembuatan hukum adat memerlukan berbagai tindakan oleh berbagai orang. Harus ada konvergensi tindakan yang meluas sebelum kita memiliki adat, dan karenanya sebelum kita memiliki hukum adat. Yang tidak diperlukan adalah segala bentuk badan hukum bersama, segala bentuk kerja sama tim seperti orkestra atau Parlemen. Badan hukum bersama hanya mungkin terjadi ketika para peserta di dalamnya menyadari tindakan satu sama lain, dan bermaksud agar tindakan mereka berkontribusi pada proyek yang sama dengan tindakan orang lain.

Dalam kasus parlemen, beginilah cara niat untuk membuat hukum terbentuk: Berbagai anggota dan pejabat Parlemen tidak hanya kebetulan melalui lobi bersama-sama. Mereka melakukannya dengan kesadaran bahwa orang lain melakukannya dan bermaksud agar tindakan mereka berkontribusi, bersama dengan tindakan orang lain, pada pembuatan hukum.

Adat sangat berbeda. Para peserta adat, seperti yang telah kita lihat, terkadang bertindak dengan maksud untuk mengikuti aturan sosial (untuk melakukan hal yang sudah dilakukan). Namun, maksud mereka di sini bukanlah maksud bersama. Itu hanyalah maksud bersama. Mereka tidak memerlukan kesadaran bersama atau niat untuk berpartisipasi dalam proyek bersama. Dan terkadang ketika suatu kebiasaan dibentuk oleh kebiasaan sosial bahkan niat bersama tidak diperlukan. Cukuplah perilaku yang menyatu, tidak peduli alasannya.

Banyak tinta telah ditumpahkan pada pertanyaan tentang jenis interaksi apa di antara pejabat penegak hukum yang diperlukan untuk membentuk aturan pengakuan Hart yang terkenal. Hart awalnya mengambil pandangan minimal yang dijelaskan di atas. Pejabat penegak hukum hanya perlu menganggapnya sebagai hal yang biasa bagi pejabat penegak hukum seperti mereka sendiri untuk memperlakukan kata-kata dari badan legislatif tertinggi (dan otoritas lain dengan yurisdiksi yang melekat) sebagai hukum. Namun, di bawah tekanan dari Ronald Dworkin, Hart kemudian mengakui bahwa aturan pengakuan mungkin bukan hanya aturan sosial tetapi aturan sosial konvensional. Ini membuka jalan untuk menguraikan diskusi tentang "konvensionalisme" Hart tentang hukum.

Secara khusus, pemikiran Hart dikaitkan dengan sekumpulan literatur filosofis tentang konvensi yang memberikan pengertian yang sangat teknis pada istilah tersebut, di mana aturan konvensional hanyalah aturan sosial yang melayani fungsi sosial yang terkoordinasi. Dari sini, hanya dibutuhkan sedikit langkah untuk menyimpulkan bahwa para pejabat, yang tindakannya membentuk aturan pengakuan dalam setiap sistem hukum, tampaknya terlibat dalam suatu bentuk kerja sama yang terkoordinasi layaknya sebuah orkestra yang memainkan

simfoni hukum. Menurut saya, anggapan ini tidak hanya tidak tepat dan tidak diperlukan, tetapi juga bertentangan dengan semangat awal dari teori yang diajukan oleh Hart. Pandangan tersebut justru menyeret konsep aturan pengakuan semakin dekat dengan model hukum kodifikasi, yakni hukum yang dianggap sebagai produk kolektif dari banyak individu yang bekerja secara terpadu sebagai satu kesatuan.

Namun, inti dari pemikiran Hart menekankan bahwa bentuk hukum yang berbeda harus hadir terlebih dahulu sebelum hukum kodifikasi dapat eksis. Hukum tersebut diperlukan untuk mendirikan lembaga-lembaga hukum yang memiliki kewenangan menerbitkan undang-undang tanpa perlu pelimpahan wewenang. Hukum adat yang dimaksud bukanlah hasil kerja kolektif yang terorganisir, melainkan produk dari tindakan individual banyak orang yang bertindak secara terpisah. Mereka menciptakan hukum baru secara kolektif bukan melalui niat Bersama melainkan sebagai konsekuensi tak disengaja dari upaya masing-masing untuk mematuhi hukum yang berlaku. Dalam setiap kasus, mereka bermaksud mengikuti aturan pengakuan, bukan untuk mengubahnya.

2.3 YURISPRUDENSI

Hal ini penting bagi sifat hukum bahwa semua sistem hukum memiliki pejabat yang menerapkan hukum yang membuat putusan hukum. Putusan hukum adalah keputusan yang mengikat secara hukum atas penerapan aturan hukum terhadap apa yang disebut oleh para pengacara sebagai "kasus": terhadap situasi-situasi tertentu dan bukan pada jenis situasi tertentu. Dalam kasus *Barnewall v. Adolphus*, misalnya, mungkin ada putusan hukum yang menyatakan bahwa Barnewall sekarang berutang Rp.500.000 kepada Adolphus. Seorang pejabat yang memiliki kewenangan untuk membuat putusan hukum tersebut biasanya hakim juga memiliki kewenangan untuk mengubah posisi hukum seseorang. Ia memiliki kewenangan untuk mengubah posisi hukum Barnewall dan posisi hukum Adolphus serta posisi hukum juru sita yang mengeksekusi utang dan posisi hukum surat kabar yang melaporkan keputusan tersebut dan seterusnya.

Namun, ia tidak serta-merta memiliki kewenangan untuk mengubah hukum itu sendiri dalam proses tersebut. Ia memiliki kewenangan untuk mengubah hukum itu sendiri dalam proses tersebut hanya jika, dengan membuat putusan hukum, ia juga dapat mengubah aturan hukum yang menjadi dasar pembuatannya, sehingga memengaruhi penerapannya dalam kasus-kasus selain kasus yang ada di hadapannya. Kita telah melihat bagaimana seorang hakim dapat berkontribusi untuk melakukan hal ini dengan berkontribusi pada perubahan kebiasaan resmi.

Namun, dalam beberapa sistem hukum, beberapa hakim juga memiliki kewenangan untuk mengubah aturan hukum sendiri dengan membuat putusan hukum. Ini bukan hukum adat karena tidak diperlukan konvergensi perilaku resmi di sekitar aturan baru untuk menjadikannya bagian dari hukum. Jenis hukum ini dikenal sebagai hukum kasus.

Biasanya hakim mulai menambahkan hukum kasus dengan menerapkan hukum yang ada yaitu, dengan menerapkan hukum yang ada selain dari tindakan mereka menerapkannya. Biasanya mereka berpendapat bahwa putusan tertentu, meskipun tidak diwajibkan oleh

hukum yang ada, akan konsisten dengan hukum yang ada dan pengembangan hukum yang ada yang baik. Mereka bertindak dengan cara ini karena mereka memiliki kewajiban moral profesional (biasanya dikristalkan dalam sumpah jabatan mereka) untuk menaati hukum apa pun yang ada pada subjek apa pun yang menjadi dasar putusan mereka.

Namun, tugas moral profesional ini tidak perlu dan sering kali tidak membatasi kewenangan hukum hakim untuk membuat hukum. Dalam banyak sistem hukum, hakim dengan kemampuan untuk menambah hukum kasus melakukannya meskipun mereka melakukannya per incuriam: meskipun mereka mengabaikan dan melanggar hukum yang ada dalam melakukannya. Ketika itu terjadi, hakim lain mungkin memiliki kewenangan ekstra untuk membatalkan keputusan yang salah ketika terungkap dalam kasus-kasus berikutnya.

Namun, ini menegaskan, alih-alih menantang, klaim bahwa hukum diubah oleh keputusan yang salah pada saat itu. Jika hukum tidak diubah, pembatalan tidak diperlukan. Pembuatan hukum yudisial seperti itu tanpa dukungan hukum yang ada dalam satu hal mirip dengan membuat undang-undang.

Ini adalah aktivitas membuat hukum *de novo*. Namun, itu bukan membuat undang-undang, karena legislator tidak membuat hukum *de novo* dengan menerapkan hukum. Sebagai legislator, mereka membuat aturan hukum tetapi tidak ada putusan hukum, sedangkan hakim, bahkan ketika mereka membuat putusan hukum tanpa dukungan hukum yang ada, selalu membuat hukum dengan menerapkannya. Setiap kali mereka membuat hukum kasus, mereka membuat hukum dengan tindakan menerapkan hukum yang sama yang mereka buat dengan cara itu.

Jadi hukum kasus bukanlah hukum yang diundangkan atau hukum adat. Hukum kasus memiliki beberapa kesamaan dengan masing-masing hukum. Untuk melihat persamaan dan perbedaannya dengan lebih jelas, saya akan mengajukan pertanyaan yang sama tentang hukum kasus yang saya ajukan tentang hukum yang diundangkan dan hukum adat. Apakah hukum kasus dibuat secara tegas? Apakah dibuat dengan sengaja? Apakah dibuat oleh satu agen atau oleh banyak agen?

Hukum kasus tidak dibuat secara tegas. Hukum kasus adalah jenis hukum yang dibuat oleh hakim. Hukum kasus dapat ditemukan dalam putusan yang diberikan hakim saat mereka memutus kasus yang diajukan kepada mereka. Putusan ini berbentuk teks, yang (seperti hukum yang diundangkan) dapat berupa tertulis atau lisan, yang dapat diungkapkan dalam kalimat deklaratif atau (jarang) imperatif, dan yang memerlukan interpretasi. Fitur-fitur terakhir ini dapat mendorong pemikiran bahwa hukum kasus adalah jenis hukum yang diundangkan.

Namun, perbedaan utamanya terletak pada bagaimana putusan hakim menciptakan hukum baru apa pun yang diciptakannya. Hukum kasus, tidak seperti hukum perundang-undangan, tidak dibuat dengan cara diartikulasikan. Hukum kasus dibuat dengan cara digunakan dalam argumen. Dalam hal ini, hukum kasus, meskipun disampaikan dalam bentuk tekstual, memiliki lebih banyak kesamaan dengan hukum adat daripada dengan hukum perundang-undangan. Ingatlah bahwa hukum adat dibuat dengan mengikuti aturan (sosial). Menggunakan aturan dalam argumen juga merupakan jenis mengikuti aturan, meskipun

aturan yang dimaksud tidak harus berupa aturan sosial.

Argumen terdiri dari sedikitnya dua premis dan satu kesimpulan. Untuk menyederhanakannya, mari kita bayangkan argumen hukum dua premis yang sangat sederhana yang dapat dibuat oleh seorang hakim.

- (1) Aturan: Setiap orang yang menyebut orang lain pembohong memiliki kewajiban untuk membayar Rp.500.000 kepada orang tersebut.
- (2) Fakta: Barnewall (seseorang) menyebut Adolphus (orang lain) pembohong.
- (3) Putusan: Jadi, Barnewall memiliki kewajiban untuk membayar Rp.500.000 kepada Adolphus.

Tentu saja, argumen yang dibuat oleh hakim sering kali jauh lebih rumit dari ini. Fakta-fakta kasus sering kali jauh lebih rumit. Sering kali ada argumen tambahan yang berkaitan dengan penafsiran aturan, atau penafsiran fakta. Dan argumen utama sering kali berjalan melalui serangkaian kesimpulan sementara yang kemudian digunakan sebagai premis dalam tahap argumen berikutnya. Namun, semua ini tidak membuat perbedaan apa pun pada pokok bahasan tentang hukum kasus yang menjadi perhatian kita sekarang. Jadi, mari kita fokus pada kasus Barnewall v. Adolphus yang sederhana dan ringkas. Untuk melakukan tugas peradilannya dalam kasus Barnewall v. Adolphus, hakim harus menyatakan setidaknya satu norma hukum: ia harus menyatakan putusannya. Sebelum ia memutuskan, ia belum mengadili, dan sebelum ia menyatakan putusannya, ia belum memutuskan.

Mengadili dalam arti membuat putusan atas suatu kasus dapat dianggap mirip dengan tindakan legislatif, karena putusan tidak hanya dinyatakan tetapi dinyatakan dengan maksud untuk mengikat para pihak secara hukum melalui tindakan pernyataan tersebut. Namun tidak seperti undang-undang, putusan itu sendiri tidak membuat hukum baru. Hukum terdiri dari aturan hukum, norma hukum yang berlaku untuk lebih dari satu kasus.

Putusan hukum adalah norma hukum yang hanya berlaku untuk kasus di mana putusan dibuat dan karenanya tidak menjadi bagian dari hukum. Jadi, jika hakim dalam Barnewall v. Adolphus membuat hukum baru, hukum itu tidak terletak pada putusannya tetapi pada aturan yang ia gunakan untuk membuatnya. Namun, ia mungkin tidak mencoba merumuskan aturannya. Dia mungkin hanya menyatakan fakta dan putusan, dan membiarkan penafsir kasus selanjutnya untuk menyusun aturan yang dia gunakan. Aturan yang dia gunakan adalah aturan yang, jika digabungkan dengan fakta kasus, cukup untuk menghasilkan putusan. Jadi, dalam menafsirkan kasus, seseorang mulai dengan kembali ke aturan dari fakta dan putusan. Ini mungkin yang mendorong sebagian orang untuk mengatakan bahwa hakim memutuskan kasus, dan karenanya membuat hukum kasus, dengan menalar "berdasarkan fakta" dan bukan dengan menggunakan aturan.

Kontras di sini salah, dan saran tersebut, jika dipahami secara harfiah, membingungkan. Tidak ada sejumlah fakta yang dapat menghasilkan putusan hukum apa pun kecuali jika dikombinasikan dengan aturan hukum yang menjadikan fakta tersebut relevan secara hukum. Yang membuatnya tampak sebaliknya hanyalah bahwa, jika menyangkut hukum kasus, aturan yang digunakan termasuk dalam apa yang secara tepat disebut David Lyons sebagai hukum implisit (atau tersirat) dan bukan hukum eksplisit (atau tersurat). Aturan tersebut tersirat

karena dibuat dengan digunakan dalam kasus tersebut, bukan dengan diungkapkan. Ini adalah aturan sebagaimana yang digunakan, bukan aturan sebagaimana yang dinyatakan.

Saya katakan bahwa aturan yang berlaku untuk suatu kasus adalah aturan yang, jika digabungkan dengan fakta-fakta kasus tersebut, cukup untuk menghasilkan putusan. Namun, tentu saja, dalam kasus apa pun, ada banyak aturan yang mungkin memenuhi spesifikasi ini? Tentunya aturan tersebut selalu dapat dibuat lebih umum dan tetap digabungkan dengan fakta-fakta untuk menghasilkan putusan? Mungkin aturan dalam *Barnewall v. Adolphus* bukanlah Aturan 1 yang sempit: Setiap orang yang menyebut orang lain pembohong memiliki kewajiban untuk membayar Rp.500.000 kepada orang tersebut. Mungkin aturan 2 yang lebih luas: Setiap orang yang menyebut orang lain dengan sebutan yang menghina memiliki kewajiban untuk membayar Rp.500.000 kepada orang tersebut. Atau mungkin aturan 3 yang lebih luas lagi: Setiap orang yang menyebut orang lain dengan sebutan yang menghina memiliki kewajiban untuk membayar Rp.500.000 kepada orang tersebut. Salah satu dari ketiga aturan ini (dan banyak aturan lainnya) dapat digabungkan dengan fakta seperti yang ditemukan dalam *Barnewall v. Adolphus* untuk menghasilkan putusan yang sama.

Jadi, bagaimana kita tahu aturan mana dari sekian banyak aturan ini yang berlaku untuk kasus tersebut? Manakah *ratio decidendi* dari kasus tersebut? Mungkin tidak ada jawaban, dalam hal ini kita memiliki beberapa kasus hukum yang sangat tidak pasti di hadapan kita. Mungkin tidak pasti yang mana dari ketiga aturan ini (di antara kemungkinan yang tak terhitung banyaknya) yang merupakan aturan dalam *Barnewall v. Adolphus*. Pengaruh kasus terhadap hukum kemudian dapat diperdebatkan, dan oleh karena itu kasus tersebut dapat diandalkan dalam kasus-kasus berikutnya untuk mendukung berbagai argumen yang bersaing dan karenanya putusan yang tidak sesuai. Namun dalam praktiknya, ketidakpastian hukum tersebut cenderung dikurangi dengan sejumlah cara. Izinkan saya menyebutkan empat cara.

Pertama, sistem hukum yang menggunakan kasus hukum secara ekstensif mungkin memiliki aturan penutupan untuk membantu membuat kasus hukumnya lebih pasti. Misalnya, mungkin ada aturan hukum yang menyatakan (tergantung pada indikasi yang bertentangan dalam putusan) *ratio decidendi* suatu kasus adalah aturan tersempit yang cukup, jika dikombinasikan dengan fakta-fakta kasus, untuk menghasilkan putusan dalam kasus tersebut dalam hal ini, jika semua hal lain sama, aturan 1 akan mengalahkan aturan 2 dan 3 untuk memenuhi syarat sebagai aturan dalam *Barnewall v. Adolphus*. Kedua, aturan yang menjadi dasar suatu kasus harus konsisten tidak hanya dengan putusan dalam kasus tersebut tetapi juga dengan putusan dalam kasus lain yang menjadi dasar hakim dalam mengambil keputusannya (karena putusan ini juga merupakan bagian dari argumen dalam kasus tersebut).

Dalam sistem hukum yang sangat bergantung pada yurisprudensi untuk pengembangannya, sering kali serangkaian kasus yang panjang bergabung untuk memberikan determinasi yang semakin meningkat pada aturan yang menjadi dasar kasus terakhir. Ini adalah cara utama di mana yurisprudensi secara bertahap mengkristal dari waktu ke waktu, terkadang disebut sebagai kualitas "organik"-nya. Ketiga, argumen yang diajukan oleh hakim sering kali tidak hanya mencakup penerapan suatu aturan tetapi juga alasan mengapa aturan

tersebut diterapkan. Jika demikian, alasan ini juga merupakan bagian dari *ratio decidendi* dan membatasi rentang kemungkinan penafsiran aturan dalam kasus tersebut. Aturan dalam kasus tersebut kemudian harus dapat didukung oleh alasannya, serta dapat menghasilkan putusan, jika dikombinasikan dengan fakta-fakta kasus tersebut.

Akhirnya, hakim sering merumuskan aturan, atau aspek-aspek aturan, yang menurut mereka menjadi dasar kasus mereka. Dalam kasus seperti itu, tunduk pada tiga poin sebelumnya, rumusan yudisial dari aturan membantu kita mempersempit rentang aturan yang mungkin menjadi dasar kasus tersebut. Tentu saja, aturan yang dipersempit tersebut harus tetap cukup untuk menghasilkan putusan dalam kasus tersebut dan sebaliknya harus sesuai dengan argumen dalam kasus tersebut atau jika tidak, aturan tersebut bukanlah aturan yang menjadi dasar kasus tersebut. Dalam istilah yang saya gunakan sebelumnya, argumen dalam kasus tersebut masih menjadi objek utama interpretasi. Menafsirkan rumusan hanyalah cara untuk membantu penafsiran argumen. Ini menandai perbedaan utama antara hukum kasus dan hukum legislatif. Dalam hal hukum legislatif, seperti yang telah kita lihat, rumusan legislatif bersifat kanonik. Selama seseorang menerapkan undang-undang, seseorang tidak boleh mengabaikan rumusan legislatif sebagai objek interpretasi, bahkan jika tidak dapat disesuaikan dengan putusan tertentu atau alasan tertentu.

Dalam kasus hukum, kebalikannya berlaku: Aturan yang menjadi dasar kasus adalah aturan yang mendukung putusan dalam kasus tersebut, dan didukung oleh dasar pemikiran dalam kasus tersebut, meskipun hal ini tidak dapat disesuaikan dengan upaya hakim untuk merumuskan aturan tersebut. Kasus hukum dapat dibuat secara sengaja. Kasus hukum berbeda dari hukum adat karena tindakan pembuatannya dapat dimaksudkan untuk membuat hukum. Namun, kasus hukum berbeda dari hukum perundang-undangan karena tindakan pembuatannya tidak selalu dimaksudkan untuk membuat hukum. Sederhananya: Tindakan pembuatan kasus hukum baru dapat dilakukan secara sengaja atau tidak disengaja. Hakim dapat salah mengartikan aturan yang diterapkannya sebagai aturan hukum yang ada dan karenanya tidak bermaksud untuk menambahkan apa pun pada hukum dengan menerapkannya, atau ia dapat menyadari bahwa aturan yang diterapkannya merupakan penyimpangan dari aturan hukum yang ada dan karenanya bermaksud untuk mengubah hukum dengan menerapkan aturan yang diterapkannya.

Jalan mana yang diambil hakim jarang terlihat dari argumen hakim sendiri. Hal ini karena, bahkan ketika seorang hakim dengan sengaja mengubah hukum, ia memiliki kewajiban moral profesional untuk melakukannya atas dasar hukum yaitu, dengan menunjuk pada aturan hukum yang ada yang, jika dikembangkan dengan baik, akan membenarkan penyimpangan dari, dan karenanya perubahan dalam, aturan hukum tertentu yang sekarang sedang dipertimbangkan. Ketika ia mengubah hukum atas dasar hukum, hakim sering kali tidak yakin, dan tidak perlu yakin, apakah apa yang ia lakukan termasuk dalam perubahan hukum.

Hal itu sering kali tampak bagi hakim hanya sebagai masalah mendamaikan dua aturan hukum yang tampaknya bertentangan. Sering kali tidak menjadi masalah baginya apakah aturan hukum ini hanya tampaknya bertentangan (dalam hal ini tidak ada satu pun aturan yang perlu diubah untuk mendamaikannya) atau apakah aturan tersebut benar-benar bertentangan

(dalam hal ini setidaknya satu aturan perlu diubah untuk mendamaikannya). Dalam hukum Inggris (dan dalam banyak sistem hukum lain yang berciri khas Inggris), hakim terkadang memiliki wewenang untuk membatalkan keputusan hakim sebelumnya pada beberapa poin hukum, sesuatu yang tidak dapat dilakukan (dengan sengaja) tanpa bermaksud mengubah hukum. Namun hakim juga sering memiliki kewenangan untuk melakukan sesuatu yang lebih sederhana, yaitu membedakan kasus-kasus yang diputuskan oleh hakim sebelumnya.

Seseorang membedakan suatu kasus dengan mempersempit aturan yang digunakan dalam kasus sebelumnya sehingga masih menghasilkan putusan asli dalam kasus tersebut (dan sebaliknya masih konsisten dengan *ratio decidendi* dari kasus tersebut) tetapi tidak mengatur kasus yang sedang diputuskan, sehingga pengadilan dalam kasus saat ini bebas untuk bergantung pada aturan yang berbeda dan tampaknya bertentangan. Tidak diragukan lagi bahwa kewenangan yudisial untuk membedakan adalah kewenangan untuk mengubah hukum. Namun, apakah hukum berubah setiap kali kewenangan untuk membedakan seolah-olah dilaksanakan? Tentu tidak. Tentu ada banyak kasus di mana aturan dalam kasus sebelumnya tidak berlaku untuk kasus yang sedang dihadapi dan karenanya tidak perlu dipersempit untuk memastikan tidak berlakunya. "Pembedaan" kasus tersebut kemudian merupakan tindakan pencegahan yang tidak memiliki efek hukum, atau penjelasan oleh hakim tentang mengapa kasus tersebut tidak perlu dibedakan. Jarang sekali hakim perlu mengetahui apakah mereka membedakan suatu kasus (mengggunakan kekuasaan mereka untuk mempersempit aturan agar tidak berlaku lagi) atau sekadar "membedakannya" dengan cara yang tidak aktif ini (menunjukkan bahwa aturan tersebut sudah cukup sempit untuk tidak berlaku lagi).

Jadi, jarang sekali hakim perlu membentuk niat untuk mengubah hukum ketika mereka terlibat dalam menambah stok hukum kasus dengan membedakan kasus-kasus sebelumnya. Karena sebagian besar stok hukum kasus di Inggris dan di yurisdiksi yang terkait disediakan dengan pembedaan, banyak hukum kasus kemungkinan besar dibuat secara tidak sengaja. Hukum kasus dibuat oleh satu agen. Seperti legislator, pembuat hukum kasus dapat berupa manusia (hakim individu) atau lembaga (pengadilan yang terdiri dari sejumlah hakim). Dalam beberapa sistem hukum, baik hakim individu maupun pengadilan tempat mereka bekerja dapat berkontribusi pada stok hukum kasus. Hakim individu memiliki otoritas tertentu ketika mereka memberikan putusan mereka sendiri.

Namun, ketika mereka sepakat satu sama lain sedemikian rupa sehingga keputusan mereka sesuai dengan keputusan pengadilan, kewenangan mereka bertambah dan aturan yang mereka sepakati menjadi lebih sulit untuk diabaikan atau dibatalkan oleh pengadilan di kemudian hari. Untuk memahami hal ini, seseorang perlu memahami pengadilan sebagai pribadi yang dibuat-buat, mirip dengan badan legislatif. Ada aturan tentang bagaimana tindakan anggota pengadilan bersatu untuk membentuk tindakan pengadilan itu sendiri. Penting bagi siapa yang menjadi mayoritas, dan jika tidak, siapa yang menjadi pluralitas, dan seterusnya.

Pada saat yang sama, banyak hakim (tidak seperti anggota legislatif biasa) memiliki beberapa kekuatan hukum sebagai orang perseorangan dan dapat memengaruhi isi hukum

melalui apa yang mereka lakukan dan ingin lakukan, bahkan ketika mereka bertentangan dengan keputusan pengadilan mereka (misalnya, ketika mereka tidak setuju dengan keputusan pengadilan, atau mereka adalah pihak yang sependapat yang mencapai keputusan yang sama dengan pengadilan tetapi menggunakan aturan yang berbeda).

Seseorang mungkin tergoda untuk menyimpulkan dari sini bahwa hukum kasus dapat dibuat oleh banyak agen atau oleh satu agen. Namun pada kenyataannya, hal itu selalu dilakukan oleh satu orang. Pelakunya adalah seorang manusia (hakim) atau sebuah lembaga (pengadilan yang beranggotakan hakim).

Tentu saja, karena kewenangan hukum kasus dapat bervariasi, mungkin menguntungkan secara hukum untuk memiliki banyak hukum kasus di pihak seseorang. Ketika seseorang mengutip serangkaian kasus yang panjang yang berasal dari berabad-abad yang lalu, mungkin tampak seolah-olah seseorang benar-benar mengandalkan hukum adat, bukan hukum kasus. Namun dalam tiga hal apa yang diandalkan seseorang berbeda dari hukum adat.

Pertama, kewenangan serangkaian kasus bertumpu pada agregasi (agregasi yang cukup rumit) dari kewenangan pengadilan dan hakim yang keputusannya termasuk dalam serangkaian kasus tersebut. Sebaliknya, dengan hukum adat, tidak ada kekuatan hukum untuk keputusan-keputusan individual ini sampai mereka digabungkan. Yang kedua adalah bahwa kasus-kasus tersebut tidak perlu mencakup konvergensi nyata pada hukum.

Mungkin tidak ada dua kasus dalam serangkaian kasus yang menerapkan aturan yang persis sama. Mereka mungkin malah menceritakan kisah perubahan hukum yang berkelanjutan, dengan serangkaian tindakan pembedaan yang secara bertahap dan tak terelakkan mengubah hukum sesuai keinginan seseorang. Ketiga, mungkin tersirat dalam yang kedua, adalah bahwa bahkan sejauh kasus-kasus dalam baris tersebut bertemu, mereka tidak perlu menyertakan konvergensi simultan apa pun.

Merupakan bagian dari sifat kebiasaan bahwa harus ada ukuran konvergensi simultan. Bahkan 200 orang yang tidak patuh yang bereputasi baik tidak merupakan kebiasaan yang tidak patuh jika tidak pernah ada lebih dari satu orang yang tidak patuh pada suatu waktu, jika tidak pernah ada aturan sosial tentang ketidakpatuhan, sedangkan 200 orang yang tidak patuh yang bereputasi baik di bangku pengadilan merupakan beban otoritas yang sangat besar dalam kasus hukum bahkan jika mereka semua terlibat dalam ketidakpatuhan mereka pada waktu yang sangat berbeda dan hanya meneruskan tongkat estafet ketidakpatuhan mereka dengan latar belakang kebiasaan yang sepenuhnya berlawanan. Kasus hukum, sederhananya, dapat dengan mudah bertentangan dengan hukum adat dalam foro.

Hukum Umum

Hukum umum bukanlah jenis hukum lain, selain hukum perundang-undangan, hukum adat, dan hukum kasus. Hukum Umum (dengan huruf kapital) adalah tradisi hukum yang ditandai oleh sejumlah fitur yang berbeda dan hanya terkait secara kebetulan. Tradisi tersebut bersifat politipe: Sebagian besar tetapi tidak semua fitur pembedanya hadir dalam setiap sistem hukum yang termasuk dalam tradisi tersebut. Beberapa fitur ini tidak menyangkut cara hukum dibuat. Jadi, misalnya, berikut ini adalah fitur karakteristik sistem hukum Hukum Umum:

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.

1. Sistem hukum Hukum Umum menggunakan proses pencarian fakta "adversarial" yang khas, yang inti darinya adalah persidangan oleh juri.
2. Sistem hukum Hukum Umum mewujudkan doktrin khas tentang aturan hukum, yang menurutnya pejabat sistem tersebut, dengan pengecualian tertentu, tunduk pada aturan hukum yang sama dengan non-pejabat.
3. Sistem hukum Hukum Umum menggunakan kategori hukum khas tertentu, seperti wali amanat, pertimbangan, dan estoppel.

Akan tetapi, ketika merujuk pada hukum umum tanpa huruf kapital, banyak pengacara yang bekerja dalam tradisi Hukum Umum hanya merujuk pada sebagian hukum dari sistem mereka sendiri. Sering kali mereka membandingkannya dengan hukum yang ditetapkan undang-undang. Hukum umum, dapat disimpulkan, adalah hukum yang muncul dengan cara yang berbeda dari hukum yang ditetapkan undang-undang. Namun, bagaimana hukum umum muncul? Apakah hukum kasus atau hukum adat? Mitos-mitos yang mendasari Hukum Umum sebagai tradisi hukum cenderung menyajikannya sebagai sistem adat istiadat.⁴³ Hukum umum adalah hukum yang muncul dari masyarakat umum, berbeda dengan hukum undang-undang, yang diturunkan kepada masyarakat dari raja.

Mitos yang mendasari ini dalam banyak hal menggelikan. Hukum yang dimaksud sebagian besar merupakan hasil kerja hakim raja. Namun, meskipun hal ini tidak terjadi pada abad kedua belas, hal ini pasti terjadi sekarang. Doktrin hukum umum yang digunakan sekarang adalah hasil dari penggunaan hukum yudisial. Namun, hal ini masih menyisakan pertanyaan: Penggunaan hukum yudisial seperti apa? Apakah penggunaan hukum yudisial dalam satu kasus pada satu waktu, yang merupakan hukum kasus? Atau apakah itu penggunaan hukum yang serentak dan konvergen, yang merupakan hukum adat dalam foro?

Menurut saya, hukum umum, yang kontras dengan hukum yang ditetapkan undang-undang, mengandung unsur-unsur baik hukum kasus maupun hukum adat. Di Inggris, di mana kita memiliki konstitusi yang hampir seluruhnya tidak tertulis, mungkin ada lebih banyak hukum umum yang merupakan hukum adat dalam foro daripada di beberapa sistem hukum yang termasuk dalam tradisi Hukum Umum yang memiliki dokumen konstitusional kanonik. Ini karena dalam tatanan Inggris, tidak hanya aturan pengakuan tetapi juga banyak aturan konstitusional lainnya dibuat dan dipertahankan secara tidak sengaja oleh kebiasaan hukum untuk mengikutinya.

Ketika akhirnya aturan-aturan ini secara eksplisit ditentang di pengadilan, sering kali tidak ada hukum kasus sebelumnya tentang hal itu. Tidak ada kasus terkait yang pernah diperdebatkan di hadapan pengadilan mana pun. Namun, banyak hakim dan pejabat lainnya telah diam-diam mengikuti aturan yang sama selama ratusan tahun. Jadi di sini kita memiliki hukum adat pengadilan, yang berbeda dengan hukum kasus, yang merupakan bagian dari hukum umum Inggris.

Salah satu contoh yang bagus, setidaknya di Inggris, adalah doktrin *stare decisis*, yang mengatur sejauh mana dan bagaimana pengadilan-pengadilan selanjutnya dapat membatalkan keputusan pengadilan-pengadilan sebelumnya. Dalam skala besar, doktrin ini masuk ke dalam hukum umum Inggris sebagai semacam kebiasaan peradilan. Namun,

perhatikan bahwa doktrin ini bukanlah doktrin yang berkaitan dengan pengembangan hukum adat. Doktrin ini berkaitan dengan pengembangan hukum kasus.

Memang, para ahli hukum perbandingan terkadang berbicara seolah-olah hanya sistem hukum dengan doktrin *stare decisis* yang dapat mencakup hukum kasus. Ini adalah sebuah kesalahan, karena keputusan-keputusan pengadilan sebelumnya dapat menambah jumlah hukum kasus meskipun tidak ada perlindungan terhadap keputusan-keputusan ini yang digantikan oleh keputusan-keputusan pengadilan lain. Jika tidak ada perlindungan seperti itu, ada godaan untuk mengatakan bahwa tidak ada *preseden* yang "mengikat", tetapi hanya *preseden* yang "persuasif". Namun, ini secara tegas tidak benar. Pengadilan dapat mengubah hukum pada hari Selasa meskipun pengadilan-pengadilan lain dapat mengubah hukum kembali pada hari Rabu. Ketika legislator melakukan hal-hal seperti itu, kita tidak menyangkal bahwa hukum yang disahkan pada hari Selasa itu mengikat, meskipun hanya sebentar. Lagi pula, jika hukum yang disahkan tersebut tidak mengikat, maka tidak perlu diubah lagi pada hari Rabu.

Sebaliknya, hukum tersebut dapat diabaikan. Kita harus mengatakan hal yang sama persis dengan hukum kasus. Keputusan pengadilan sebelumnya harus mengikat secara hukum agar pengadilan berikutnya perlu membatalkannya. Jadi, doktrin *stare decisis* tidak mengubah kewenangan untuk membuat hukum yang mengikat. Doktrin tersebut hanya mengubah kewenangan pengadilan berikutnya untuk mengubah hukum yang mengikat yang dibuat dengan demikian. Oleh karena itu, seseorang dapat memiliki hukum kasus dalam sistem hukum tanpa memiliki doktrin *stare decisis*. Di sisi lain, seseorang tidak dapat memiliki doktrin *stare decisis* tanpa memiliki hukum kasus.

Meskipun demikian, doktrin itu sendiri tidak perlu diciptakan oleh hukum kasus. Pada prinsipnya, doktrin tersebut dapat diciptakan oleh undang-undang. Lebih tepatnya, doktrin tersebut dapat diciptakan oleh kebiasaan peradilan. Itulah posisi, menurut saya, di Inggris. Jadi, keliru jika menganggap hukum umum hanya sebagai hukum kasus semata. Hukum umum mungkin lebih baik dianggap sebagai hukum kasus yang dikombinasikan dengan hukum adat peradilan yang berkaitan dengan penerimaan dan penggunaan hukum kasus. Dalam kedua hal tersebut, hukum umum dapat secara berguna dikontraskan dengan hukum yang ditetapkan undang-undang.

Namun, kontras dengan hukum yang ditetapkan undang-undang juga tidak murni. Ketika hukum umum dikontraskan dengan hukum yang ditetapkan undang-undang, hukum umum hampir selalu dikontraskan dengan hukum yang ditetapkan undang-undang sebagaimana dikembangkan oleh hukum kasus. Hukum umum, dapat kita katakan, hanya mencakup bagian hukum kasus yang tidak berkaitan dengan penafsiran undang-undang. Tentu saja, bahkan dalam yurisdiksi Hukum Umum, banyak hukum kasus berkaitan dengan penafsiran undang-undang. Intinya adalah bahwa seseorang dapat memiliki sistem hukum dengan banyak hukum kasus tetapi tidak ada hukum umum.

Tidak akan ada hukum umum karena semua hukum kasus akan menjadi hukum kasus yang berkaitan dengan penafsiran undang-undang. Undang-undang termasuk undang-undang konstitusi tertulis akan dianggap sebagai objek utama penafsiran, dengan penafsiran hukum

kasus hanya diperlukan sebagai bagian dari proses penafsiran undang-undang. Yang tampak paling istimewa tentang yurisdiksi Common Law adalah bahwa mereka memiliki banyak kasus hukum yang bukan tentang penafsiran undang-undang. Kasus hukum tersebut hanya tentang penafsiran kasus hukum lainnya.

Hukum Positif

Ketiga jenis hukum yang telah saya bahas di sini adalah jenis hukum positif. Semuanya dibuat oleh seseorang dan kita tahu bahwa hukum tersebut dianggap sebagai hukum hanya jika kita tahu siapa yang membuatnya. Hukum yang disahkan oleh undang-undang dibuat oleh legislator. Hukum kasus dibuat oleh hakim. Hukum adat dibuat oleh masyarakat (resmi atau nonresmi). Hukum kasus dan hukum adat singkatnya “hukum nonlegislated” terkadang direpresentasikan sebagai hukum nonpositif, hanya karena tidak dibuat secara tegas atau sengaja. Berkat fitur-fitur ini, mudah untuk membuatnya tampak seolah-olah hukum nonlegislated tidak benar-benar dibuat sama sekali.

Ronald Dworkin, misalnya, mengandalkan fitur-fitur hukum kasus ini dalam berargumen bahwa setidaknya beberapa di antaranya ada tanpa pernah ada yang membuatnya. Hukum implisit yang ditemukan dalam kasus-kasus itu ada, menurut Dworkin, berdasarkan fakta bahwa hukum tersebut memberikan pembenaran moral yang kuat untuk hukum eksplisit apa pun yang mungkin ada dalam kasus-kasus yang sama (dan kasus-kasus lainnya?). Jadi, hukum tersebut dapat dibuat tanpa keterlibatan apa pun oleh siapa pun. Hukum itu sudah ada bahkan sebelum dikutip atau digunakan oleh siapa pun.

Pembahasan saya menunjukkan bahwa ini adalah suatu kesalahan. Memang benar bahwa hukum kasus adalah hukum implisit dalam arti bahwa hukum itu tidak dibuat dengan cara diungkapkan. Hukum itu juga tidak selalu dibuat dengan sengaja. Aturan dalam kasus tersebut harus dibuat dengan memeriksa argumen hakim, untuk melihat aturan mana yang secara implisit, dan mungkin secara tidak sengaja, diandalkannya. Meskipun demikian, hakim membuat aturan itu ada dengan mengandalkannya. Jadi hukum implisit, seperti hukum eksplisit, tetap dibuat oleh seseorang.

Hukum itu tetap hukum positif, karena tidak ada yang namanya hukum nonpositif. Tidak ada norma hukum yang muncul tanpa dibuat oleh seseorang. Hanya saja ada beberapa cara untuk membuatnya muncul. Seperti yang disebutkan di awal, Dworkin keliru dalam menganggap semua pembuat hukum sebagai legislator. Hal ini membuatnya berpikir bahwa hukum apa pun yang tidak diundangkan tidak memiliki pembuat hukum. Kesalahannya dramatis. Namun, hal itu mudah dipahami, karena ada pengertian bahwa pembuatan hukum legislatif adalah pembuatan hukum paradigmatis. Bagaimana bisa begitu? Beberapa kali dalam bab ini saya telah merujuk pada kewenangan pejabat hukum. Saya juga telah merujuk pada kewenangan hukum itu sendiri, misalnya kewenangan yurisprudensi. Anda mungkin memahami ini tidak lebih dari cara lain untuk merujuk pada kepositifan hukum yaitu, pada fakta bahwa semua norma hukum dibuat oleh seseorang. Namun rujukan saya pada kewenangan menunjukkan tesis yang lebih kuat, karena, sementara semua pelaksanaan kewenangan adalah tindakan mengubah norma yang berlaku bagi orang lain, tidak semua tindakan mengubah norma yang berlaku bagi orang lain adalah pelaksanaan kewenangan.

Menjalankan kewenangan berarti mengubah norma yang berlaku bagi orang lain dengan tindakan mencoba mengubahnya. Ini adalah tindakan yang secara definisi disengaja. Jadi, dari jenis hukum yang telah kita identifikasi, hanya hukum legislatif yang perlu dibuat dengan pelaksanaan kewenangan. Yurisprudensi mungkin tetapi tidak perlu dibuat dengan pelaksanaan kewenangan.

Sementara itu, hukum adat tidak dibuat dengan pelaksanaan kewenangan sama sekali. Namun, hal ini tidak perlu menghalangi kita untuk merujuk pada hukum adat sebagai hukum yang berwenang. Hukum juga tidak menghentikan para pengacara untuk merujuk pada kasus-kasus sebagai otoritas bahkan ketika satu-satunya pembuatan hukum yang melibatkan hukum tersebut bersifat tidak disengaja.

Penjelasannya diberikan oleh Raz: (Analisis pembuatan hukum sebagai pelaksanaan otoritas) pada prinsipnya dapat diterapkan pada seorang legislator dan tindakan-tindakannya dalam membuat undang-undang. Namun, tidak semua hukum dibuat. Aturan-aturan adat dapat mengikat secara hukum. Dapatkah aturan-aturan tersebut berwenang meskipun tidak dikeluarkan oleh otoritas? Kita dapat berbicara langsung tentang otoritas hukum itu sendiri.

Otoritas seseorang (dijelaskan) dengan mengacu pada ucapan-ucapannya: ia memiliki otoritas jika ucapan-ucapannya merupakan alasan-alasan yang dilindungi untuk bertindak, yaitu alasan-alasan untuk mengambil tindakan yang ditunjukkannya dan untuk mengabaikan (pertimbangan-pertimbangan tertentu) yang saling bertentangan. Hukum memiliki kewenangan jika keberadaan hukum yang mengharuskan tindakan tertentu merupakan alasan yang dilindungi untuk melakukan tindakan tersebut.

Pembuatan undang-undang adalah paradigma pembuatan hukum karena melibatkan pelaksanaan kewenangan: upaya untuk mengubah posisi normatif orang lain melalui tindakan yang berusaha mengubahnya. Hukum adat, dan yurisprudensi yang dibuat secara tidak sengaja, juga berwibawa, tetapi hanya dalam pengertian turunan. Hukum adat tidak dibuat melalui pelaksanaan kewenangan. Namun, berkenaan dengan kekuatan normatifnya, hukum adat diperlakukan seolah-olah berwibawa. Hukum adat berwibawa dalam penerimaan meskipun tidak dalam penciptaan.

Seseorang dapat memahami apa artinya menerima sesuatu sebagai berwibawa hanya dengan memahami apa artinya menjalankan kewenangan. Jadi, karena kewenangan hukum merupakan pusat sifatnya, seseorang secara alami memahami hukum dengan menguraikan hukum legislatif ke jenis hukum lainnya. Seseorang memahami jenis hukum lainnya dengan memahami perbedaannya dari hukum legislatif.

Mengapa kita harus menganggap kewenangan hukum sebagai pusat sifatnya? Berikut jawaban yang disarankan oleh Raz sendiri: Untuk memainkan peran mediasi antara alasan utama dan keputusan serta tindakan masyarakat, hukum harus, atau setidaknya disajikan sebagai, ekspresi penilaian beberapa orang atau beberapa lembaga atas manfaat tindakan yang dituntutnya. Oleh karena itu, identifikasi suatu aturan sebagai aturan hukum terdiri dari atribusi aturan tersebut kepada orang atau lembaga terkait sebagai representasi keputusan mereka dan ekspresi penilaian mereka. Atribusi tersebut tidak harus atas dasar bahwa itulah yang dikatakan orang atau lembaga secara eksplisit. Atribusi tersebut dapat didasarkan pada

implikasi. Namun, atribusi tersebut harus menetapkan bahwa pandangan yang diungkapkan dalam pernyataan yang dituduhkan adalah pandangan lembaga hukum terkait. Atribusi tersebut hanya dapat didasarkan pada pertimbangan faktual. Argumen moral dapat menetapkan apa yang seharusnya dikatakan atau seharusnya dipegang oleh lembaga hukum, tetapi bukan apa yang mereka katakan atau pegang.

Menurut pandangan ini, peran hukum dalam mengoordinasikan dan membantu agensi rasional kitalah yang menjelaskan mengapa hukum harus dianggap berwibawa. Dan kebutuhan hukum untuk dianggap berwibawa itulah yang menjelaskan mengapa semua hukum adalah hukum positif, mengapa semua hukum membutuhkan pembuat hukumnya. Saya tidak membela alur pemikiran ini di sini. Saya membatasi diri pada tugas yang lebih sederhana untuk menunjukkan bagaimana hukum adat dan hukum kasus, tidak kurang dari hukum legislatif, memenuhi syarat sebagai jenis hukum positif meskipun ada fitur-fitur yang mengganggu yang dapat membuat seseorang berpikir sebaliknya.

BAB 3

PRINSIP PENALARAN HUKUM DALAM HUKUM UMUM

Tujuan bab ini adalah untuk mengembangkan prinsip-prinsip yang seharusnya, dan sebagian besar memang, mengatur penalaran hukum dalam hukum umum.¹ Yang saya maksud dengan hukum umum adalah hukum yang dibuat oleh hakim, dan yang saya maksud dengan hukum yang dibuat oleh hakim adalah hukum yang dibuat oleh pengadilan secara keseluruhan.

3.1 EMPAT GAGASAN DASAR

Saya mulai dengan empat gagasan yang menjadi dasar prinsip-prinsip yang dikembangkan dalam bab ini: (1) pengadilan harus membuat hukum tentang perilaku pribadi di area yang belum ditindaklanjuti oleh legislatif, (2) prinsip-prinsip penalaran hukum bergantung pada interaksi antara proposisi doktrinal dan proposisi sosial, (3) aturan hukum hanya dapat dibenarkan oleh proposisi sosial, (4) konsistensi dalam hukum umum bergantung pada proposisi sosial.

A. Pengadilan Harus Membuat Hukum

Gagasan dasar pertama adalah bahwa pengadilan harus membuat hukum tentang perilaku pribadi di area yang belum ditindaklanjuti oleh legislatif. Seperti lembaga-lembaga kompleks lainnya, pengadilan hukum umum menjalankan beberapa fungsi sosial, tetapi dua di antaranya sangat penting. Yang pertama menyangkut penyelesaian sengketa pribadi. Yang kedua adalah pengayaan pasokan aturan hukum untuk memberdayakan dan mengatur perilaku pribadi. Masyarakat kita memiliki permintaan yang sangat besar akan aturan hukum yang dapat dijalankan, direncanakan, dan diselesaikan oleh para pelaku swasta. Badan legislatif tidak dapat memenuhi permintaan ini secara memadai. Kapasitas badan legislatif untuk menghasilkan aturan hukum terbatas.

Selain itu, sebagian besar kapasitas tersebut harus dialokasikan untuk menghasilkan aturan hukum publik dan untuk hal-hal seperti anggaran, perpajakan, organisasi pemerintahan, dan administrasi publik. Lebih jauh lagi, badan legislatif negara bagian biasanya tidak memiliki staf yang memungkinkan mereka untuk menjalankan fungsi penetapan hukum secara komprehensif untuk memberdayakan dan mengatur perilaku pribadi. Akhirnya, di banyak bidang, bentuk aturan yang dibuat oleh hakim yang fleksibel lebih disukai daripada bentuk aturan legislatif yang kanonik. Oleh karena itu, secara sosial diharapkan pengadilan bertindak untuk memperkaya pasokan aturan hukum yang menyangkut perilaku pribadi bukan dengan menjadikan pembuatan hukum sebagai fungsi yang berdiri sendiri, tetapi dengan memberikan penekanan yang jauh lebih besar pada pembentukan aturan hukum daripada yang diperlukan jika satu-satunya fungsi pengadilan adalah penyelesaian sengketa.

Akibat penting dari gagasan bahwa secara sosial diharapkan hakim untuk membuat hukum adalah bahwa pengadilan harus menggunakan metode penalaran hukum yang mudah

ditiru oleh profesi secara keseluruhan. Jika metode penalaran hukum yang digunakan oleh pengadilan mudah ditiru oleh profesi secara keseluruhan, maka profesi biasanya dapat menentukan hukum dan memberikan nasihat atas dasar itu. Namun, jika metode penalaran hukum yang digunakan oleh pengadilan tidak mudah ditiru, maka akan sulit bagi profesi untuk menentukan hukum. Keadaan seperti itu akan merusak fungsi pembuatan hukum peradilan.

B. Proposisi Doktrinal dan Sosial

Ide dasar kedua adalah bahwa asas-asas penalaran hukum bergantung pada interaksi antara proposisi doktrinal dan proposisi sosial. Yang saya maksud dengan proposisi doktrinal adalah proposisi yang dimaksudkan untuk menyatakan aturan hukum dan ditemukan dalam atau dapat berasal dari sumber-sumber yang secara umum dianggap oleh profesi hukum sebagai ekspresi doktrin hukum.

Satu kelompok sumber doktrinal terdiri dari teks-teks resmi yang dianggap mengikat pengadilan yang memutuskan, seperti undang-undang dan preseden yurisdiksi pengadilan yang memutuskan. Kelompok kedua sumber doktrinal terdiri dari teks-teks resmi yang tidak mengikat pengadilan yang memutuskan, seperti preseden di yurisdiksi lain dan undang-undang yang hanya berlaku secara analogi. Kelompok ketiga terdiri dari teks-teks yang ditulis oleh anggota profesi, seperti Restatement, risalah, dan tinjauan hukum.

Proposisi yang berbentuk aturan dan ditemukan dalam jenis sumber tertentu bersifat doktrinal jika menurut pandangan profesi hukum, proposisi jenis itu layak digunakan sebagai aturan untuk memutus kasus. Yang saya maksud dengan proposisi sosial adalah semua proposisi selain proposisi doktrinal. Jenis proposisi sosial yang paling menonjol dalam hukum umum adalah norma moral, kebijakan, dan proposisi empiris (yaitu, proposisi yang menggambarkan cara dunia bekerja, seperti pernyataan tentang perilaku individu dan desain kelembagaan; pernyataan yang menggambarkan aspek dunia saat ini, seperti kebiasaan perdagangan; atau pernyataan yang menggambarkan peristiwa sejarah, seperti bagaimana kebiasaan perdagangan berkembang).

Tidak semua proposisi sosial dapat diperhitungkan dengan baik oleh pengadilan dalam membuat hukum. Karena alasan yang telah saya kemukakan di tempat lain biasanya dalam membuat aturan hukum umum, pengadilan dapat dengan tepat memperhitungkan hanya (1) standar moral yang mengaku berakar pada aspirasi untuk masyarakat secara keseluruhan dan yang dapat dikatakan secara wajar memiliki dukungan substansial dalam masyarakat, dapat berasal dari standar moral atau kebijakan yang memiliki dukungan tersebut, atau tampak seolah-olah akan memiliki dukungan tersebut; (2) kebijakan yang mengaku mengkarakterisasi keadaan sebagai hal yang baik untuk masyarakat secara keseluruhan dan memiliki dukungan yang sebanding; dan (3) proposisi pengalaman yang didukung, atau tampak didukung, oleh bobot opini yang terinformasi. Dalam keseimbangan bab ini, ketika saya merujuk pada proposisi sosial yang saya maksud adalah alam semesta proposisi sosial ini.

Perbedaan penting antara proposisi doktrinal dan proposisi sosial adalah bahwa proposisi doktrinal digunakan oleh profesi hukum sebagai aturan hukum, sedangkan proposisi sosial digunakan sebagai alasan untuk aturan hukum. Misalnya, ada aturan yang mapan bahwa janji donasi sederhana (janji untuk memberikan hadiah yang belum pernah diandalkan, tidak

didasarkan pada kewajiban moral yang sudah ada sebelumnya, dan tidak dalam bentuk khusus, seperti yang dirahasiakan) tidak dapat dilaksanakan. Jika kita ingin menunjukkan bahwa janji donasi sederhana tidak dapat dilaksanakan, kita menggunakan proposisi doktrinal. Jika kita ingin menunjukkan mengapa harus ada aturan bahwa janji donasi sederhana tidak dapat dilaksanakan, kita menggunakan proposisi sosial.

Sebagai ilustrasi, anggaplah pengadilan di negara bagian tertentu diminta untuk memutuskan apakah ketergantungan membuat janji donasi dapat dilaksanakan. Tidak ada kasus di negara bagian tersebut mengenai masalah yang tepat itu, meskipun kasus-kasus lama menyatakan bahwa janji donasi tidak dapat dilaksanakan, tetapi tanpa mempertimbangkan kemungkinan efek ketergantungan. Namun, Bagian 90 dari *Restatement of Contracts* telah mengadopsi aturan bahwa janji donatif yang diandalkan dapat diberlakukan, dan pengadilan di banyak atau sebagian besar negara bagian lain telah mengadopsi aturan yang terkandung dalam Bagian 90. Jika pengadilan yang memutuskan mengusulkan untuk mengadopsi aturan itu, ia dapat secara publik beralasan dalam satu atau kedua dari dua cara.

Pertama, pengadilan dapat mengemukakan proposisi sosial yang mendasari aturan yang terkandung dalam Bagian 90 dan kasus-kasus di luar negara bagian, dan kemudian menyatakan bahwa ia setuju dengan proposisi tersebut dan karena itu mengadopsi aturan tersebut. Kedua, pengadilan dapat dengan mudah menggunakan aturan yang diadopsi dalam Bagian 90 dan kasus-kasus di luar negara bagian, dan kemudian menerapkan aturan itu untuk memutuskan kasus yang sedang dihadapi.

C. Aturan Hukum Hanya Dapat Dibenarkan oleh Proposisi Sosial

Ide dasar ketiga adalah sebagai berikut: Ada dua jenis pembenaran yang sangat berbeda dalam penalaran hukum. Yang pertama adalah pembenaran untuk mengikuti aturan hukum. Yang kedua adalah pembenaran aturan hukum. Pengadilan dapat dibenarkan dalam mengikuti aturan doktrinal dengan alasan bahwa aturan tersebut dapat diidentifikasi sebagai aturan hukum katakanlah karena aturan tersebut telah diadopsi oleh badan legislatif atau oleh pengadilan tertinggi dari yurisdiksi pengadilan yang memutuskan.

Namun, fakta bahwa suatu aturan dapat diidentifikasi sebagai aturan hukum tidak membenarkan aturan itu sendiri. Misalnya, ada aturan bahwa tawar-menawar adalah pertimbangan. Keberadaan aturan tawar-menawar membenarkan pengadilan dalam mengikuti aturan dan menegakkan tawar-menawar. Namun, keberadaan aturan tidak dapat membenarkan aturan tersebut. Hanya proposisi sosial yang dapat membenarkan aturan tawar-menawar.

D. Konsistensi dalam Penalaran Hukum

Ide dasar keempat adalah bahwa konsistensi dalam penalaran hukum bergantung pada proposisi sosial, bukan logika formal. Awali dengan konsistensi dua preseden. Logika formal dapat memberi tahu kita bahwa, dan hanya itu, perlakuan yang berbeda terhadap kasus yang identik tidak konsisten. Namun, tidak ada dua kasus yang identik, dan logika formal tidak dapat menentukan perbedaan apa di antara kasus yang membenarkan hasil yang berbeda. Oleh karena itu, jika satu-satunya kriteria konsistensi adalah logika formal, konsep konsistensi akan memiliki sedikit atau tidak ada artinya dalam membuat keputusan apakah dua preseden

konsisten.

Namun, konsistensi memang memiliki arti dalam membuat keputusan itu, dan arti itu bergantung pada proposisi sosial. Untuk tujuan penalaran hukum, dua preseden konsisten jika mencapai hasil yang sama pada fakta relevan yang sama, dan tidak konsisten jika mencapai hasil yang berbeda pada fakta relevan yang sama. Fakta apa yang relevan bergantung pada proposisi sosial.

Misalnya, sebagai masalah proposisi sosial dan hanya sebagai masalah proposisi sosial sering kali relevan dalam menentukan tanggung jawab atas terjadinya kecelakaan jika terdakwa mabuk, tetapi jarang sekali relevan jika terdakwa mengenakan topi merah. Kita dapat memikirkan masyarakat di mana relevan jika salah satu pihak dalam kecelakaan mengenakan topi merah. Misalnya, mungkin relevan di Vatikan. Namun, berdasarkan proposisi sosial masyarakat kita, hal itu tidak relevan.

Selanjutnya, pertimbangkan konsistensi aturan dan pengecualian terhadap aturan tersebut. Apakah aturan dan pengecualian konsisten juga bergantung pada proposisi sosial. Suatu aturan dan pengecualian konsisten jika, dan hanya jika, salah satu kondisi berikut terpenuhi:

- (1) Proposisi sosial, SP1, yang mendukung aturan tersebut tidak berlaku untuk jenis kasus yang dicakup oleh pengecualian,
- (2) Pengecualian tersebut dibenarkan oleh proposisi sosial, SP2, dan terdapat alasan sosial yang baik, dalam jenis kasus yang sedang dihadapi, untuk memungkinkan SP2 mengalahkan SP1 atau muncul, bersama dengan SP1, dalam penciptaan pengecualian yang merupakan vektor dari kedua proposisi sosial tersebut.

Sebagai ilustrasi, ambil aturan bahwa tawar-menawar dapat diberlakukan. Ada sejumlah pengecualian terhadap aturan ini. Pengecualian tersebut konsisten dengan aturan hanya jika pengecualian tersebut didasarkan pada proposisi sosial. Misalnya, satu pengecualian standar terhadap aturan tersebut adalah bahwa tawar-menawar yang dilakukan oleh anak di bawah umur tidak dapat diberlakukan terhadap anak di bawah umur tersebut.

Pengecualian ini konsisten dengan aturan tawar-menawar karena, dan hanya karena, proposisi sosial yang mendukung aturan tawar-menawar tersebut tidak mendukung penerapan aturan tersebut pada tawar-menawar dengan anak di bawah umur. Satu proposisi sosial yang mendukung aturan tawar-menawar adalah bahwa para pelaku biasanya adalah hakim yang baik atas kepentingan mereka sendiri. Namun, di bawah proposisi sosial lainnya, alasan ini tidak berlaku bagi anak di bawah umur. Oleh karena itu, aturan tawar-menawar harus dan memang tunduk pada pengecualian bagi anak di bawah umur.

Sebaliknya, misalkan pengadilan memutuskan bahwa tawar-menawar yang dibuat oleh seorang pendeta tidak dapat diberlakukan terhadap pendeta tersebut, meskipun tawar-menawar tersebut tidak bersifat religius (yaitu, meskipun tidak menyangkut masalah dogma, atau pembagian wewenang dalam gereja, atau semacamnya). Pengecualian ini tidak akan konsisten dengan aturan tersebut. Namun, ketidakkonsistenan itu bukan karena logika formal, tetapi karena proposisi sosial tidak akan mendukung pengecualian pendeta untuk tujuan ini.

Mudah untuk membayangkan proposisi sosial yang akan mendukung pengecualian

pendeta untuk tujuan lain atau di masyarakat atau zaman lain. Pada Abad Pertengahan, misalnya, pendeta dapat dituntut atas kejahatan berat hanya di pengadilan gerejawi, dan karena itu mereka tidak dikenakan hukuman mati. Bahkan saat ini, perjanjian keagamaan yang dibuat oleh pendeta mungkin tidak dapat dilaksanakan. Namun, ketentuan sosial dalam masyarakat kontemporer tidak mendukung pengecualian pendeta untuk perjanjian sekuler. Itulah alasannya, dan satu-satunya alasan, mengapa pengecualian tersebut tidak konsisten dengan aturan perjanjian.

Analisis serupa biasanya berlaku untuk konsistensi dua aturan, bukan aturan dan pengecualian. Dua aturan akan konsisten dalam arti yang kuat jika, dan hanya jika, salah satu kondisi berikut terpenuhi:

- (1) Kedua aturan didukung oleh proposisi sosial yang sama,
- (2) Setiap aturan didukung oleh proposisi sosial yang berbeda dan proposisi sosial tidak bertentangan, baik karena proposisi sosial yang mendukung satu aturan tidak memiliki pengaruh pada aturan lainnya, atau karena memang memiliki pengaruh tetapi tidak akan mengarah pada aturan yang berbeda,
- (3) Kedua aturan didukung oleh proposisi sosial yang berbeda yang bertentangan dalam kasus-kasus tertentu, dalam arti bahwa, jika diambil sendiri, proposisi sosial yang berbeda akan mengarah pada aturan yang berbeda untuk mengatur kasus-kasus tersebut. Akan tetapi, setiap proposisi sosial memiliki rentang penerapan yang tidak bertentangan dengan yang lain, dan ada alasan yang baik mengapa, dalam kasus-kasus di mana proposisi sosial tersebut bertentangan, salah satu proposisi sosial harus tunduk pada yang lain, atau salah satu atau kedua aturan harus mencerminkan proposisi sosial yang bertentangan dengan cara yang berbeda.

Akan tetapi, perlu untuk membedakan di sini antara makna yang kuat dan yang lemah dari konsistensi antara aturan hukum. Dua aturan hukum konsisten dalam arti yang kuat hanya jika salah satu dari tiga kondisi terpenuhi. Akan tetapi, bahkan jika tidak ada dari kondisi tersebut yang terpenuhi, dua aturan hukum dapat dikatakan konsisten dalam arti yang lemah jika satu aturan berada dalam domain doktrinal yang dalam yang secara tradisional dianggap membenarkan perbedaan yang tidak dibenarkan oleh proposisi sosial. Contohnya termasuk perlakuan khusus yang sering diberikan pada transaksi dalam domain real estat dan dunia maritim.

Kedua ranah doktrinal yang mendalam ini dapat membuat perlakuan yang berbeda terhadap dua transaksi yang secara sosial dapat dibandingkan menjadi konsisten dalam pengertian yang lemah dengan alasan bahwa satu transaksi melibatkan properti pribadi dan satu melibatkan properti riil, atau satu transaksi melibatkan perairan yang dapat dilayari dan yang lainnya tidak. Akan tetapi, jumlah ranah semacam ini sangat terbatas. Ranah semacam ini cenderung menghilang seiring waktu, karena hanya memberikan pembenaran yang lemah untuk perlakuan yang berbeda terhadap transaksi yang secara sosial dapat dibandingkan. Misalnya, tren yang terkenal dalam hukum modern adalah hilangnya secara bertahap perbedaan antara sewa real estat dan kontrak lainnya.

Ketika keempat gagasan dasar tersebut digabungkan, tampaknya muncul dilema dasar

dalam penalaran hukum. Di satu sisi, kita ingin hukum umum terdiri dari aturan-aturan yang merupakan aturan terbaik yang mungkin berdasarkan proposisi sosial. Saya akan menyebut tujuan ini sebagai cita-cita keselarasan sosial. Di sisi lain, kita ingin hukum dapat diandalkan. Untuk mencapai keandalan, dan menjadikan aturan yang diadopsi secara hukum sebagai aturan hukum, bobot harus diberikan pada doktrin. Saya akan menyebut tujuan ini sebagai cita-cita stabilitas doktrinal.

Akan tetapi, ketika sebuah aturan doktrinal diterapkan, biasanya aturan tersebut diterapkan bukan atas dasar bahwa aturan tersebut merupakan aturan terbaik, tetapi karena cara penerapannya – misalnya, dalam preseden yang mengikat. Memang, fakta bahwa sebuah aturan bersifat doktrinal hanya dapat menjadi signifikan jika aturan tersebut bukanlah aturan terbaik. Jika aturan tersebut merupakan aturan terbaik, fakta bahwa aturan tersebut juga bersifat doktrinal tidak akan memberikan kontribusi apa pun. Akan tetapi, jika aturan harus diperhitungkan bahkan ketika aturan tersebut bukanlah aturan terbaik, cita-cita stabilitas doktrinal dan cita-cita keselarasan sosial berada dalam ketegangan. Bagaimana ketegangan ini dapat didamaikan?

3.2 PRINSIP DASAR PENALARAN HUKUM

Untuk menjawab pertanyaan ini, saya mulai dengan membangun hierarki aturan di bawah ideal keselarasan sosial. Pertama adalah aturan yang sepenuhnya kongruen dengan proposisi sosial. Ini adalah aturan terbaik yang mungkin di bawah ideal itu. Berikutnya adalah aturan yang tidak sepenuhnya kongruen dengan proposisi sosial tetapi pada dasarnya kongruen dengan proposisi tersebut. Ini adalah aturan yang cukup baik, meskipun bukan aturan terbaik yang mungkin. Terakhir adalah aturan yang pada dasarnya tidak kongruen dengan proposisi sosial yang berlaku. Ini bahkan bukan aturan yang cukup baik; ini adalah aturan yang buruk.

Dengan adanya perbedaan ini, prinsip yang harus digunakan untuk menyelesaikan ketegangan antara ideal keselarasan sosial dan stabilitas doktrinal, dan untuk memandu penalaran hukum dalam hukum umum, adalah sebagai berikut: Aturan doktrinal harus diterapkan dan diperluas secara konsisten jika itu adalah aturan terbaik yang mungkin karena sepenuhnya kongruen dengan proposisi sosial. Aturan doktrinal juga harus diterapkan dan diperluas secara konsisten, meskipun bukan aturan terbaik, jika aturan tersebut cukup baik karena secara substansial kongruen dengan proposisi sosial. Namun, aturan doktrinal tidak boleh diterapkan dan diperluas secara konsisten jika aturan tersebut buruk karena bahkan tidak kongruen dengan proposisi sosial.

Saya menyebut prinsip ini sebagai prinsip dasar penalaran hukum. Prinsip ini bersifat deskriptif penalaran hukum dalam hukum umum, meskipun biasanya tersirat daripada tersurat. Prinsip tersebut juga diinginkan secara normatif, karena secara tepat mendamaikan ketegangan antara cita-cita stabilitas doktrinal dan cita-cita kongruensi sosial dengan memberikan bobot yang sesuai untuk setiap cita-cita.

Pertama, cita-cita stabilitas doktrinal adalah dan harus diberi bobot, karena prediktabilitas memiliki nilai sosial. Bobot ini tercermin dalam cabang prinsip bahwa

pengadilan tidak boleh menolak untuk mengikuti aturan selama itu adalah aturan yang cukup baik, meskipun itu bukan aturan terbaik. Perbedaan kecil antara aturan terbaik yang memungkinkan dan aturan yang cukup baik kemungkinan besar akan sangat diperdebatkan, sulit untuk dipahami, atau keduanya. Oleh karena itu, jika pengadilan gagal mengikuti aturan doktrinal hanya karena aturan tersebut sedikit kurang diinginkan daripada alternatif yang bersaing, akan sulit untuk mengandalkan doktrin. Dengan kata lain, setidaknya dalam jangka pendek, nilai dari membuat perbaikan kecil dalam aturan hukum biasanya lebih kecil daripada nilai stabilitas doktrinal.

Cita-cita keselarasan sosial harus dan memang diberi bobot, karena pengadilan tidak boleh secara konsisten menerapkan dan memperluas aturan hukum umum yang bahkan bukan aturan yang cukup baik. Nilai perbaikan substantif utama dalam aturan hukum biasanya lebih besar daripada nilai stabilitas doktrinal.

III. Modus Penalaran Hukum

Pada bagian ini, saya akan menguraikan prinsip dasar penalaran hukum, bersama dengan empat gagasan mendasar, untuk memberikan penjelasan normatif dan positif tentang beberapa modus penalaran hukum tertentu. Penalaran hukum terbagi dalam sejumlah modus tertentu, seperti penalaran dari preseden, pembedaan, penalaran dengan analogi, penolakan, penalaran dari prinsip, dan penalaran dengan penggunaan hipotesis. Dalam bab ini, saya hanya akan membahas penalaran dari preseden, pembedaan, dan penalaran dengan analogi. Ini adalah pekerja keras penalaran hukum. Lebih jauh, modus-modus ini saling terkait erat: tidak ada yang dapat dipahami secara terpisah dari yang lain.

A. Penalaran dari Preseden

Pertama-tama saya akan mempertimbangkan penalaran dari preseden. Titik akhir penalaran dari preseden melibatkan penerapan, oleh pengadilan yang memutuskan, aturan yang menjadi dasar preseden. Meskipun penerapan aturan dapat melibatkan berbagai jenis kesulitan. Saya akan fokus di sini bukan pada titik akhir penalaran dari preseden tetapi pada titik awal penalaran tersebut. Titik awal penalaran dari preseden adalah penetapan, oleh pengadilan yang memutuskan, aturan yang menjadi dasar preseden. Di sini kita sampai pada dikotomi penting, karena ada dua pendekatan yang sama sekali berbeda dan memang bertentangan yang dengannya pengadilan yang memutuskan dapat menetapkan aturan yang menjadi dasar preseden. Saya akan menyebutnya pendekatan aturan yang diadopsi dan pendekatan berbasis hasil.

Di bawah pendekatan aturan yang diadopsi, aturan yang menjadi dasar preseden adalah aturan yang secara eksplisit diadopsi (yaitu, secara eksplisit dinyatakan sebagai aturan), asalkan aturan tersebut relevan dengan isu-isu yang diangkat oleh sengketa di hadapan pengadilan. Di bawah pendekatan berbasis hasil, aturan yang menjadi dasar preseden adalah aturan apa pun yang secara mutlak diperlukan, berdasarkan fakta-fakta keputusan, untuk mencapai hasil keputusan tersebut. Akibat wajar umum dari pendekatan ini adalah bahwa aturan yang dianggap perlu untuk mencapai hasil dalam preseden adalah aturan yang sesempit mungkin yang akan membenarkan hasil tersebut. Dengan kata lain, di bawah pendekatan aturan yang diadopsi, yang penting adalah apa yang dikatakan pengadilan

preseden, sedangkan di bawah pendekatan berbasis hasil, yang penting adalah apa yang dilakukan pengadilan preseden.

Pendekatan berbasis hasil sesuai dengan cara pengadilan terkadang berbicara tentang preseden. Namun, sebagai deskripsi lengkap praktik peradilan, pendekatan berbasis hasil sangat kurang. Pengadilan yang memutus hampir selalu mendasarkan penentuan aturan yang menjadi dasar preseden pada aturan yang diadopsi secara eksplisit oleh pengadilan preseden, bukan pada aturan yang benar-benar diperlukan untuk mencapai hasil berdasarkan fakta. Memang, pengadilan yang bernalar dari preseden lebih sering mengutip, memparafrasekan, atau meringkas aturan yang diadopsi secara eksplisit dalam preseden. Dan dalam mendasarkan keputusan mereka pada aturan yang diadopsi oleh pengadilan preseden, pengadilan yang memutus jarang menganalisis apakah aturan itu memiliki cakupan yang lebih luas daripada yang diperlukan untuk keputusan tersebut. Siapa pun yang membaca kasus akan mengamati fenomena ini.

Ada alasan bagus mengapa pengadilan harus dan biasanya menggunakan pendekatan aturan yang diadopsi daripada pendekatan berbasis hasil untuk menetapkan aturan preseden. Pendekatan aturan yang diadopsi biasanya (meskipun tidak selalu) memungkinkan pengadilan dan profesi untuk menetapkan aturan preseden dengan relatif mudah. Sebaliknya, penggunaan pendekatan berbasis hasil secara luas akan membuat hukum menjadi sangat tidak pasti, karena biasanya banyak aturan berbeda dapat dibuat untuk menjelaskan hasil preseden, dan tidak ada cara mekanis untuk mengutamakan salah satu aturan tersebut daripada yang lain.

Masalah ini diilustrasikan dengan baik oleh kasus Inggris yang terkenal *Donoghue v. Stevenson*. Penggugat dan seorang teman sedang bersama di sebuah kafe, dan teman tersebut membeli sebotol bir jahe untuk penggugat. Botolnya buram. Setelah penggugat meminum sebagian bir jahe, ia menemukan siput yang membusuk di dalam botol. Ia menderita syok dan gastroenteritis parah dan menggugat produsennya.

House of Lords memutuskan mendukungnya, tiga banding dua. Lord Atkin menyatakan bahwa "produsen produk, yang dijualnya dalam bentuk yang menunjukkan bahwa ia bermaksud agar produk tersebut sampai ke konsumen akhir dalam bentuk yang sama seperti saat meninggalkannya tanpa kemungkinan pemeriksaan perantara yang wajar, dan dengan pengetahuan bahwa tidak adanya kehati-hatian yang wajar dalam persiapan atau penyajian produk akan mengakibatkan cedera pada jiwa atau harta benda konsumen, memiliki kewajiban kepada konsumen untuk melakukan kehati-hatian yang wajar tersebut."

Sebelum kasus *Donoghue*, sudah menjadi aturan hukum yang mapan bahwa produsen suatu produk hanya bertanggung jawab kepada pembeli langsungnya atas cedera yang disebabkan oleh kelalaiannya dalam memproduksi produk tersebut. Jelas bahwa *Donoghue* mengabaikan aturan tersebut, karena House of Lords memutuskan bahwa produsen bertanggung jawab kepada penggugat, yang bukan pembeli langsung produk tersebut. Namun, di bawah pendekatan berbasis hasil, akan jauh dari jelas aturan apa yang diperjuangkan kasus *Donoghue*, karena seperti yang ditunjukkan Julius Stone, di bawah pendekatan seperti itu fakta-fakta dalam *Donoghue*, dan karenanya aturan yang diperlukan

untuk membenarkan hasilnya, dapat dicirikan pada tingkat keumuman yang sangat berbeda. Misalnya, agen kerugian dalam kasus itu dapat dicirikan sebagai suatu benda, produk makanan, atau produk makanan dalam wadah buram.

Terdakwa dapat dicirikan sebagai produsen, produsen barang-barang yang didistribusikan secara nasional, atau produsen makanan. Cedera tersebut dapat dicirikan sebagai cedera fisik, cedera emosional, atau sekadar cedera. Oleh karena itu, di bawah pendekatan berbasis hasil, Donoghue dapat mendukung aturan yang hampir tak terhitung jumlahnya yang dibangun dari permutasi berbagai fakta pada berbagai tingkat keumuman misalnya, untuk aturan bahwa jika produsen barang-barang yang didistribusikan secara nasional yang dimaksudkan untuk konsumsi manusia memproduksi barang-barang tersebut dengan cara yang lalai, ia bertanggung jawab atas cedera fisik yang diakibatkannya; atau untuk aturan bahwa jika produsen makanan lalai, ia bertanggung jawab atas cedera yang diakibatkannya jika ia mengemas makanan sedemikian rupa sehingga cacatnya tersembunyi.

Kekuatan deskriptif dari pendekatan aturan yang diadopsi jauh lebih besar daripada pendekatan berbasis hasil. Dalam sebagian besar kasus, pengadilan yang memutuskan hanya menerapkan aturan yang secara eksplisit diadopsi dalam preseden, tanpa khawatir apakah pengadilan preseden dapat mengadopsi satu atau lebih aturan lainnya. Namun terlepas dari dominasinya, pendekatan aturan yang diadopsi tidak menggambarkan semua praktik peradilan. Tidak jarang, pengadilan menggunakan pendekatan berbasis hasil untuk merumuskan kembali aturan yang secara eksplisit diadopsi oleh pengadilan preseden.

Dalam beberapa kasus, pengadilan menggunakan pendekatan berbasis hasil pada tingkat yang relatif sederhana, untuk membedakan preseden. Dalam kasus lain termasuk beberapa kasus terpenting kita, pengadilan menggunakan pendekatan berbasis hasil dalam skala yang lebih besar, untuk membatalkan aturan yang dinyatakan secara eksplisit dalam preseden, sambil berpura-pura mengikuti preseden tersebut penggunaan pendekatan berbasis hasil yang saya sebut sebagai transformasi.

Pendapat Hakim Cardozo yang terkenal dalam *MacPherson v. Buick Motor Co.* memberikan ilustrasi klasik tentang cara preseden dapat dibuat untuk lebih dari satu aturan berdasarkan pendekatan berbasis hasil dan karenanya dapat sepenuhnya diubah untuk mendukung aturan yang jauh berbeda dari aturan yang secara eksplisit diadopsi dalam preseden tersebut. Sejak awal, aturan yang ditetapkan di New York, seperti aturan yang ditetapkan di Inggris sebelum Donoghue, adalah bahwa produsen hanya bertanggung jawab kepada pembeli langsungnya atas kerugian yang disebabkan oleh kelalaiannya dalam memproduksi suatu produk.

Dalam *Thomas v. Winchester*, yang diputuskan pada tahun 1852, aturan yang ditetapkan ditegaskan, tetapi dirumuskan ulang, karena pengecualian terhadap aturan tersebut dibuat. Terdakwa dalam kasus tersebut secara lalai memberi label pada sebotol belladonna, racun, sebagai dandelion, obat. Penggugat membeli toples itu, mengira itu dandelion, meminum isinya, dan jatuh sakit parah. Pengadilan pertama-tama memutuskan bahwa seorang produsen biasanya bertanggung jawab atas kelalaiannya hanya kepada pembeli langsungnya:

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.

“Jika A. membuat kereta dan menjualnya kepada B., yang menjualnya kepada C., dan C. menyewakannya kepada D., yang sebagai akibat dari kelalaian A. dalam membuat kereta tersebut terbalik dan terluka, D. tidak dapat menuntut ganti rugi terhadap A., pembuat kereta tersebut. Kewajiban A untuk membuat kereta dengan setia muncul semata-mata dari kontraknya dengan B. Publik tidak memiliki hubungan apa pun dengan hal itu. Kesialan bagi pihak ketiga, bukan pihak-pihak dalam kontrak, bukanlah konsekuensi alami dan perlu dari kelalaian pembuat kereta; dan kelalaian tersebut bukanlah tindakan yang sangat membahayakan bagi kehidupan manusia.”

Meskipun demikian, pengadilan dalam *Thomas v. Winchester* mengenakan tanggung jawab kepada produsen, dengan alasan bahwa produsen bertanggung jawab kepada orang lain selain pembeli langsungnya jika kelalaiannya membahayakan kehidupan manusia. Setelah putusan dalam *Thomas v. Winchester*, semua kasus di New York dimaksudkan untuk mengikuti aturan bahwa produsen yang lalai memproduksi produk cacat hanya bertanggung jawab kepada pembeli langsungnya kecuali produk tersebut adalah jenis yang "sangat" atau "inheren" berbahaya, seperti racun.

Misalnya, dalam *Loop v. Litchfield*, yang diputuskan pada tahun 1870, terdakwa lalai membuat roda gila gergaji bundar. Setelah gergaji bundar disewakan oleh pembeli pertama, gergaji itu hancur dan mengakibatkan cedera fatal bagi penyewa. Penggugat menduga bahwa gergaji bundar, seperti racun dalam *Thomas v. Winchester*, adalah instrumen berbahaya. Pengadilan menolak argumen ini dan memutuskan bahwa produsen tidak bertanggung jawab kepada penyewa.

Dalam *Losee v. Clute*, yang diputuskan pada tahun 1873, terdakwa lalai membuat ketel uap yang meledak dan melukai harta milik penggugat, yang bukan pembeli langsung terdakwa. Sekali lagi pengadilan memutuskan bahwa produsen tidak bertanggung jawab. Sebaliknya, dalam *Devlin v. Smith*, yang diputuskan pada tahun 1882, terdakwa telah lalai membangun perancah pelukis, yang kemudian runtuh dan menyebabkan kematian seorang pekerja. Pengadilan menegaskan kembali aturan bahwa "Tanggung jawab pembangun atau pabrikan untuk (cacat yang disebabkan oleh kelalaian), secara umum, hanya kepada orang yang dikontraknya."

Meskipun demikian, pengadilan menyatakan terdakwa bertanggung jawab dengan alasan bahwa cacat tersebut membuat perancah tersebut sangat berbahaya. Demikian pula, dalam *Statler v. George A. Ray Manufacturing Co.*, yang diputuskan pada tahun 1909, terdakwa telah lalai membangun teko kopi seukuran restoran, yang meledak dan melepuh parah penggugat, yang telah membeli teko tersebut dari seorang pedagang. Pengadilan menyatakan terdakwa bertanggung jawab dengan alasan bahwa teko tersebut "pada dasarnya berbahaya" dan kelalaian terdakwa membuatnya "sangat berbahaya."

MacPherson diputuskan pada tahun 1916. Kasus ini bermula dari cedera yang dialami *MacPherson* akibat ambruknya mobil Buick baru yang dibelinya dari seorang dealer. Salah satu roda mobil terbuat dari kayu yang rusak, dan mobil itu ambruk karena jari-jari rodanya hancur

berkeping-keping. MacPherson menggugat Buick. MacPherson memenangkan putusan juri, dan Buick mengajukan banding. Cardozo menguatkan putusan untuk penggugat berdasarkan aturan berikut: Kami berpendapat bahwa asas *Thomas v. Winchester* tidak terbatas pada racun, bahan peledak, dan hal-hal yang sejenis, tetapi juga pada hal-hal yang dalam pengoperasian normalnya merupakan alat pemusnah. Jika sifat suatu benda sedemikian rupa sehingga cukup pasti membahayakan nyawa dan anggota tubuh jika dibuat secara lalai, maka benda itu berbahaya. Jika pada unsur bahaya ditambahkan pengetahuan bahwa benda itu akan digunakan oleh orang lain selain pembeli, dan digunakan tanpa pengujian baru, maka, terlepas dari kontrak, produsen benda berbahaya ini berkewajiban untuk membuatnya dengan hati-hati.

Rumusan ini mengadopsi kedok aturan sebelumnya, sejauh hal itu membuat tanggung jawab produsen bergantung pada apakah produk itu "benda berbahaya". Namun, rumusan itu sepenuhnya mengubah substansi aturan lama. Berdasarkan rumusan dalam MacPherson, masalahnya bukan apakah suatu produk termasuk jenis yang secara inheren atau sangat berbahaya, tetapi apakah suatu produk berbahaya jika dibuat secara lalai dan produk apa pun bisa berbahaya jika dibuat secara lalai. Oleh karena itu, pada dasarnya, MacPherson mengadopsi aturan kelalaian yang lugas, yang menyatakan bahwa produsen produk yang cacat bertanggung jawab kepada siapa pun yang dapat diduga akan mengalami cedera akibat kelalaian produsen, terlepas dari apakah orang tersebut merupakan pembeli langsung produsen atau bukan. Akan tetapi, Cardozo tidak secara resmi membatalkan preseden tersebut.

Sebaliknya, ia menggunakan pendekatan berbasis hasil untuk mengubah aturan sebelumnya melalui rekonstruksi radikal atas preseden tersebut. *Thomas v. Winchester*, *Devlin v. Smith*, dan *Statler v. Ray*, simpulnya, mendukung aturan yang diadopsi dalam MacPherson, karena semua kasus tersebut telah membebaskan tanggung jawab kepada produsen yang lalai tidak peduli bahwa mereka melakukannya dengan menyatakan aturan yang berbeda dari aturan yang diadopsi MacPherson. *Loop v. Litchfield*, yang telah memutuskan mendukung produsen gergaji bundar yang cacat, dan *Losee v. Clute*, yang telah memutuskan mendukung produsen ketel uap yang cacat, dibedakan atas dasar bahwa berdasarkan fakta-fakta kasus tersebut, para terdakwa dibebaskan dari pembelaan kelalaian standar meskipun pembelaan tersebut bukan dasar keputusan pengadilan.

Dalam semua keadaan kasus tersebut, Cardozo berpendapat, mungkin tidak ada kurangnya kehati-hatian yang wajar dari produsen, dan bahkan jika ada, pembeli langsung produsen telah menanggung atau menjadikan dirinya bertanggung jawab atas risiko tersebut. Oleh karena itu, dengan menggunakan pendekatan berbasis hasil, Cardozo mampu menetapkan aturan yang didasarkan pada preseden tetapi bertentangan dengan aturan yang secara eksplisit diadopsi oleh preseden tersebut. Singkatnya, ada dua pendekatan yang sama sekali berbeda untuk menetapkan aturan yang menjadi dasar preseden, dan kedua metode ini sering kali menghasilkan aturan yang bertentangan. Ketersediaan pilihan antara kedua pendekatan ini tampaknya memungkinkan pengadilan memiliki keleluasaan yang hampir tak terbatas untuk menetapkan aturan yang menjadi dasar preseden. Akan tetapi pada

kenyataannya tidak demikian, karena kebijaksanaan itu sangat dibatasi oleh prinsip dasar penalaran hukum, bersama dengan pertimbangan kelembagaan tertentu.

Pertimbangan kelembagaan utama adalah bahwa penalaran yudisial sebaiknya dimulai dengan aturan yang diadopsi secara eksplisit. Pandangan tradisional tentang *stare decisis* menekankan bahwa kewenangan pengadilan untuk membuat hukum dibatasi oleh konsep bahwa apa yang dikatakan pengadilan kurang penting daripada apa yang dilakukannya. Namun, pada kenyataannya, seperti yang diilustrasikan Donoghue, pendekatan berbasis hasil memungkinkan konstruksi aturan yang hampir tak terhitung jumlahnya dari setiap preseden tunggal. Jika pengadilan yang memutuskan diharuskan atau bahkan didorong untuk menggunakan pendekatan itu sebagai hal yang biasa, hukum akan menjadi sangat tidak pasti. Sebaliknya, pendekatan aturan yang diadopsi cenderung meminimalkan kebijaksanaan yudisial dan memaksimalkan replikasi penalaran yudisial oleh profesi, karena menentukan aturan apa yang merupakan preseden yang diadopsi secara eksplisit, meskipun tidak selalu tanpa masalah, adalah usaha yang relatif mudah dalam kasus yang umum.

Dengan menggabungkan pertimbangan kelembagaan tersebut dengan prinsip dasar adjudikasi, algoritma untuk menetapkan aturan preseden adalah sebagai berikut: Ketika kasus di hadapan pengadilan yang memutuskan tercakup oleh aturan yang secara eksplisit diadopsi dalam preseden yang setidaknya merupakan aturan yang cukup baik, maka pengadilan harus (dan biasanya akan) menerapkan aturan yang diadopsi secara eksplisit atau membedakannya dengan cara yang konsisten dengan aturan tersebut.

Sebaliknya, ketika kasus di hadapan pengadilan yang memutuskan tercakup oleh aturan yang diadopsi dalam preseden yang merupakan aturan yang buruk, maka pengadilan harus (dan biasanya akan) membatalkan preseden tersebut, menggunakan pendekatan berbasis hasil untuk mengubah aturan, atau membedakan aturan dengan cara yang tidak konsisten. Perlu dicatat bahwa karena menetapkan aturan yang menjadi dasar preseden sebagian besar bergantung pada prinsip dasar penalaran hukum, dan prinsip tersebut sebagian besar bergantung pada proposisi sosial, maka bertentangan dengan beberapa bentuk positivisme hukum, apa hukumnya atau setidaknya, apa hukum umum pada waktu tertentu sebagian besar bergantung pada moralitas sosial, kebijakan sosial, dan pengalaman.

B. Membedakan

Dalam modus penalaran hukum yang dikenal sebagai pembedaan, pengadilan memulai dengan aturan yang secara eksplisit diadopsi dalam preseden dan secara harfiah berlaku untuk kasus yang sedang dihadapi. Pengadilan tidak menolak aturan tersebut, tetapi juga tidak menerapkan aturan tersebut. Sebaliknya, pengadilan menentukan bahwa aturan yang diadopsi harus dirumuskan ulang dengan membuat pengecualian yang mencakup kasus yang sedang dihadapi. *Thomas v. Winchester* adalah contohnya.

Pengadilan memulai dengan aturan yang diadopsi bahwa produsen suatu produk hanya bertanggung jawab kepada pembeli langsungnya atas cedera yang disebabkan oleh kelalaiannya dalam memproduksi produk tersebut. Aturan tersebut secara harfiah berlaku untuk kasus yang sedang dihadapi. Pengadilan tidak menolak aturan tersebut. Namun, pengadilan merumuskan ulang aturan tersebut dengan membuat pengecualian untuk produk

yang jika dibuat secara lalai akan sangat membahayakan kehidupan manusia.

Seperti yang ditunjukkan dalam Bagian III.A., dalam menetapkan aturan preseden, pengadilan memiliki pilihan-pilihan terbatas antara menerapkan pendekatan aturan yang diadopsi dan pendekatan berbasis hasil. Pendekatan mana yang harus dan biasanya akan digunakan bergantung pada prinsip dasar penalaran hukum yaitu, apakah aturan yang diadopsi setidaknya merupakan aturan yang cukup baik, di satu sisi, atau aturan yang buruk, di sisi lain. Demikian pula, dalam membedakan, pengadilan memiliki pilihan antara pembedaan yang konsisten dan tidak konsisten. Pendekatan mana yang harus dan biasanya akan digunakan juga bergantung pada prinsip dasar penalaran hukum.

1. Pembedaan Yang Konsisten.

Pembedaan yang konsisten dari aturan yang secara eksplisit diadopsi dalam preseden terjadi ketika sebagai akibat dari beberapa fitur kasus yang sedang dihadapi, satu atau kedua dari dua kondisi terpenuhi:

- (1) Proposisi sosial yang mendukung aturan yang diadopsi tidak berlaku untuk kasus yang sedang dihadapi,
- (2) Pasis yang sedang dihadapi melibatkan proposisi sosial yang tidak berlaku untuk kasus umum yang dicakup oleh aturan yang diadopsi.

Oleh karena itu, pembedaan yang konsisten menggabungkan elemen dari aturan yang diadopsi dan pendekatan berbasis hasil. Di satu sisi, pengadilan memulai dengan, dan tidak mengabaikan, aturan yang diadopsi secara eksplisit. Di sisi lain, pengadilan menyimpulkan bahwa aturan yang diadopsi dirumuskan tanpa mempertimbangkan beberapa fitur yang menonjol dalam kasus yang sedang dihadapi, dan bahwa perumusan ulang aturan yang diadopsi untuk memperhitungkan fitur ini konsisten dengan hasil preseden.

Contohnya adalah kasus, yang dibahas sebelumnya, tentang tawar-menawar dengan anak di bawah umur. Misalkan aturan yang diadopsi secara eksplisit adalah bahwa tawar-menawar dapat diberlakukan. Sekarang seorang anak di bawah umur membuat tawar-menawar. Pengadilan tidak pernah mempertimbangkan apakah tawar-menawar yang melibatkan anak di bawah umur harus dapat diberlakukan terhadap anak di bawah umur. Aturan yang diadopsi, bahwa tawar-menawar dapat diberlakukan, adalah aturan terbaik yang memungkinkan, dan secara harfiah berlaku untuk kasus yang sedang dihadapi.

Namun, pengadilan harus dan akan membedakan kasus yang sedang dihadapi, dan merumuskan ulang aturan yang diadopsi, dengan membuat pengecualian untuk anak di bawah umur. Itu karena kondisi untuk pembedaan yang konsisten terpenuhi. Aturan yang diadopsi sebagian didasarkan pada proposisi sosial bahwa aktor swasta adalah hakim terbaik untuk kepentingan mereka sendiri. Akan tetapi, proposisi itu tidak berlaku pada kasus yang sedang dihadapi, karena proposisi sosial lain memberi tahu kita bahwa anak di bawah umur sering kali tidak dapat menilai kepentingan mereka sendiri dengan baik.

2. Pembedaan Yang Tidak Konsisten.

Anggaplah sekarang bahwa suatu aturan yang secara eksplisit diadopsi dalam suatu preseden, yang secara harfiah berlaku untuk kasus yang sedang dihadapi, adalah aturan yang buruk yaitu, aturan tersebut secara substansial tidak sesuai dengan proposisi sosial.

Berdasarkan prinsip dasar penalaran hukum, aturan tersebut tidak boleh diikuti. Salah satu mekanisme yang dapat digunakan pengadilan untuk menghindari mengikuti aturan yang buruk adalah dengan menggunakan pendekatan berbasis hasil untuk mengubah aturan tersebut, seperti yang dilakukan Cardozo dalam kasus *MacPherson*.

Mekanisme kedua adalah dengan membatalkan preseden yang telah mengadopsi aturan tersebut. Itu sering kali diinginkan, tetapi karena berbagai alasan, itu merupakan langkah yang relatif drastis. Ada mekanisme ketiga yang dapat dan memang digunakan pengadilan untuk menghindari mengikuti aturan yang buruk. Mekanisme ini dimaksudkan untuk membedakan secara tidak konsisten aturan yang diadopsi dalam preseden – yaitu, untuk merumuskan pengecualian terhadap aturan yang diadopsi yang tidak dibenarkan baik oleh proposisi sosial yang mendukung aturan tersebut maupun oleh proposisi sosial yang terlibat dalam kasus yang sedang dihadapi tetapi tidak berlaku untuk kasus umum yang dicakup oleh aturan tersebut.

Misalnya, berdasarkan aturan kewajiban hukum dalam hukum kontrak, modifikasi kontrak tidak dapat diberlakukan jika kinerja salah satu pihak berdasarkan modifikasi tersebut hanya terdiri dari tindakan yang sudah menjadi kewajibannya untuk dilakukan. Aturan ini didasarkan pada proposisi bahwa pihak yang berjanji untuk hanya melakukan apa yang sudah menjadi kewajibannya tidak melepaskan apa pun dan karena itu tidak membuat kesepakatan yang sebenarnya. Aturan kewajiban hukum adalah aturan yang buruk. Sebut pihak yang mengusulkan untuk mengubah kontrak sedemikian rupa sehingga ia akan menerima harga yang lebih tinggi tetapi tidak akan memberikan kinerja yang lebih baik, A, dan sebut pihak yang menyetujui perubahan tersebut, B. Banyak perubahan yang disetujui oleh orang-orang dalam posisi B atas dasar keyakinan bersama bahwa sebagai akibat dari beberapa kesalahpahaman awal atau keadaan yang berubah kemudian, perlakuan yang adil memerlukan penyesuaian ulang kontrak untuk mencerminkan tujuan awal dari perusahaan kontraktual, atau ekuitas sebagaimana adanya saat ini.

Perubahan lain disetujui oleh orang-orang dalam posisi B untuk membalas perubahan masa lalu yang telah dilakukan A untuk menguntungkan B, atau karena B berharap bahwa jika ia menyetujui perubahan yang tepat untuk menguntungkan A, A akan membalas di masa depan dengan menyetujui perubahan yang menguntungkan B jika perubahan tersebut sama-sama tepat. Dengan demikian, aturan kewajiban hukum bertentangan dengan nilai-nilai perlakuan yang adil, akomodasi, dan kerja sama yang berkelanjutan antara pihak-pihak yang membuat kontrak, sementara rezim penegakan hukum mempromosikan nilai-nilai tersebut.

Demikian pula, aturan mengenai kewajiban hukum cenderung menghambat perkembangan kontrak yang bersifat dinamis serta timbal balik adaptif antara para pihak yang terlibat. Sebaliknya, rezim penegakan hukum justru mendukung tujuan-tujuan tersebut dengan memfasilitasi fleksibilitas dan efisiensi dalam proses kontraktual. Rezim ini memungkinkan para pihak untuk menyusun kontrak tanpa perlu merinci setiap kemungkinan kontinjensi secara *ex ante*, karena mereka mengetahui bahwa kesalahpahaman atau perubahan keadaan dapat diselesaikan secara adaptif melalui modifikasi *ex post*. Oleh karena aturan kewajiban hukum seringkali bersifat kaku dan tidak memadai, berbagai pengecualian

yang tidak konsisten telah diperkenalkan sebagai upaya untuk menutupi kelemahannya.

Berdasarkan satu pengecualian, aturan tersebut tidak dapat diterapkan jika kewajiban kontraktual A ditujukan kepada pihak selain B. Pengecualian ini tidak konsisten dengan aturan tersebut, karena pengecualian tersebut menjadikan tawar-menawar dapat diberlakukan bahkan ketika A berjanji hanya akan melakukan apa yang secara kontraktual telah menjadi kewajibannya yaitu apa yang dilarang oleh aturan kewajiban hukum. (Jika aturan kewajiban hukum dibenarkan atas dasar bahwa ancaman untuk tidak melaksanakan kontrak menempatkan seseorang pada posisi yang berada di bawah tekanan seperti B, maka mungkin penting bahwa kewajiban tersebut ditujukan kepada pihak ketiga, bukan kepada B. Namun, secara klasik, penerapan aturan tersebut tidak bergantung pada apakah B berada di bawah tekanan atau tidak.)

Berdasarkan pengecualian lain aturan kewajiban hukum tidak berlaku jika modifikasi terdiri dari pembayaran sebagian utang yang disengketakan yang diakui menjadi tanggung jawab A. Pengecualian ini tidak konsisten dengan aturan karena alasan yang sama bahwa pengecualian pihak ketiga tidak konsisten dengan aturan. Pengadilan lain juga menyatakan aturan kewajiban hukum tidak berlaku dengan menyimpulkan bahwa dalam kasus-kasus yang ada di hadapan mereka, para pihak telah "membatalkan" kontrak mereka sebelumnya dan kemudian membuat kontrak "baru" sebuah kesimpulan yang dapat diambil, jika pengadilan menginginkannya, dalam kasus apa pun yang termasuk dalam aturan tersebut.

Yang terpenting, berdasarkan hukum modern, modifikasi dapat diberlakukan jika adil dan setara mengingat keadaan yang tidak diantisipasi saat kontrak asli dibuat pengecualian yang tidak konsisten dengan aturan kewajiban hukum dan yang mungkin mencakup sebagian besar kasus yang seharusnya menerapkan aturan tersebut. (Badan legislatif juga telah campur tangan. Banyak undang-undang yang menetapkan bahwa janji dalam aturan tersebut dapat diberlakukan jika dibuat secara tertulis, dan berdasarkan *Uniform Commercial Code*, janji yang mengubah kontrak penjualan barang mengikat meskipun ada aturan tersebut.)

Pengecualian yang tidak konsisten terhadap aturan kewajiban hukum dibenarkan berdasarkan prinsip dasar penalaran hukum. Karena aturan kewajiban hukum adalah aturan yang buruk, berdasarkan prinsip tersebut, aturan tersebut tidak boleh diikuti dan diterapkan secara konsisten. Salah satu cara untuk tidak mengikuti dan menerapkan aturan secara konsisten adalah dengan merumuskan pengecualian yang tidak konsisten terhadap aturan tersebut. Konsistensi dalam hukum adalah hal yang baik, dan secara hipotesis perbedaan yang tidak konsisten bertentangan dengan hal yang baik tersebut. Meskipun demikian, praktik perbedaan yang tidak konsisten, jika digunakan dengan benar, adalah hal yang diinginkan. Perbedaan yang tidak konsisten bukanlah tujuan akhir; ini adalah langkah peralihan dalam proses dinamis yang seharusnya mengarah pada perubahan hukum yang menyeluruh.

Terkadang mungkin lebih baik bagi pengadilan untuk beralih ke aturan terbaik yang memungkinkan secara bertahap, bahkan dengan mengorbankan inkonsistensi selama transisi. Pengadilan dapat memutuskan dengan tepat bahwa jika tidak yakin bagaimana perilaku tertentu harus diperlakukan, pengadilan dapat memberlakukan ketidakpastiannya dengan hanya memisahkan sebagian dari perilaku tersebut untuk perlakuan khusus, atas dasar

sementara, asalkan garis yang dibentuknya secara rasional terkait dengan tujuan pengadilan. Misalnya, pengadilan mungkin percaya bahwa aturan yang diadopsi dalam preseden bahkan tidak cukup baik dan mungkin tidak yakin bahwa keyakinannya benar.

Pengadilan kemudian dapat dengan tepat membuat perbedaan yang tidak konsisten sebagai langkah sementara menuju pembatalan penuh. Atau, pengadilan dapat dengan tepat merumuskan pengecualian pada tingkat keumuman yang kurang dari yang diperlukan agar pengecualian tersebut sepenuhnya berprinsip, sebagai langkah sementara menuju keumuman penuh. Itu adalah salah satu cara untuk melihat serangkaian pengecualian yang terus berkembang terhadap aturan tugas hukum. Perbedaan yang tidak konsisten juga dapat digunakan sebagai teknik untuk menangani masalah ketergantungan.

Pembedaan yang tidak konsisten memungkinkan pengadilan untuk melindungi setidaknya mereka yang mengandalkan inti dari sebuah doktrin bagian dari sebuah doktrin yang bahkan tidak dapat dibedakan secara masuk akal sambil memberi isyarat kepada profesi bahwa doktrin yang mendasarinya telah diajukan untuk diajukan sebagai kandidat untuk dibatalkan. Jadi dengan menggunakan teknik pembedaan yang tidak konsisten, pengadilan dapat secara bersamaan bergerak menuju aturan terbaik, melindungi ketergantungan yang dibenarkan di masa lalu pada inti sebuah doktrin, mengurangi kemungkinan ketergantungan yang dibenarkan di masa depan, dan mempersiapkan jalan bagi pembatalan yang mungkin tidak sesuai secara kelembagaan.

C. Penalaran dengan Analogi

Komentator hukum mengalami kesulitan besar dalam menjelaskan penalaran dengan analogi dalam hukum. Kesulitan ini sebagian terjadi karena penalaran dengan analogi dalam hukum mungkin berbeda dari penalaran dengan analogi dalam bidang lain, seperti sains. Kesulitan ini sebagian terjadi karena penalaran dengan analogi dalam hukum terkadang dipandang sebagai penalaran dengan contoh. Tidak demikian. Memang, mustahil untuk menalar dengan contoh dalam hukum. Misalnya, bayangkan sebuah ruangan besar yang berisi produk-produk cacat berikut, dan tidak ada yang lain: Di sisi kiri terdapat gergaji bundar yang cacat dan ketel uap yang cacat. Di sisi kanan terdapat teko kopi yang cacat, botol racun yang salah diberi label, dan beberapa perancah yang cacat.

Di tengah ruangan terdapat pemanggang listrik yang cacat. Seorang hakim dikirim ke ruangan tersebut. Hakim diberi tahu bahwa produsen yang membuat produk di sebelah kanan berkewajiban untuk memberikan kompensasi kepada orang yang terluka, tetapi produsen yang membuat produk di sebelah kiri tidak berkewajiban. Hakim selanjutnya diberitahu bahwa ia tidak boleh keluar dari ruangan sampai ia bernalar dengan memberi contoh untuk menentukan apakah pemanggang harus diletakkan bersama benda-benda di sebelah kiri atau kanan. Hakim mungkin akan menjadi gila, dan pasti akan kelaparan, kecuali ia dengan murah hati mengakhiri hidupnya dengan meminum racun.

Seperti yang ditunjukkan ilustrasi ini, penalaran dengan analogi dalam hukum tidak berlanjut dari contoh ke contoh. Justru sebaliknya: penalaran berlanjut dari aturan ke aturan, seperti halnya proses penetapan aturan preseden dan pembedaan. Memang, pada intinya, proses penalaran dengan analogi dalam hukum merupakan cerminan dari proses pembedaan.

Dalam pembedaan, pengadilan yang memutuskan biasanya memulai dengan aturan, yang secara eksplisit diadopsi dalam preseden, yang secara harfiah berlaku untuk kasus yang sedang dihadapi, dan kemudian menentukan bahwa sebagai masalah proposisi sosial, aturan tersebut tidak boleh diterapkan pada kasus yang sedang dihadapi. Dengan demikian, pengadilan memodifikasi aturan yang diadopsi dalam preseden, biasanya dengan merumuskan pengecualian dan dengan demikian aturan baru.

Dalam penalaran dengan analogi, pengadilan biasanya memulai dengan aturan, yang diadopsi dalam preseden, yang tidak berlaku secara harfiah pada kasus yang sedang dihadapi, dan kemudian menentukan bahwa sebagai masalah proposisi sosial, versi umum dari aturan tersebut harus diadopsi dan diterapkan pada kasus yang sedang dihadapi, karena tidak ada alasan sosial yang baik untuk memperlakukan kasus yang sedang dihadapi secara berbeda. Oleh karena itu, pengadilan memperluas atau memodifikasi aturan yang diadopsi atau, yang sama artinya, merumuskan aturan baru sedemikian rupa sehingga preseden dan kasus yang sedang dihadapi diperlakukan sama. Pada dasarnya, apakah pengadilan menerapkan atau membedakan aturan yang diadopsi, di satu sisi, atau berargumen dengan analogi dari aturan yang diadopsi, di sisi lain, biasanya bergantung pada tingkat keumuman aturan yang diadopsi tersebut dirumuskan.

Jika aturan yang diadopsi dirumuskan pada tingkat keumuman yang relatif tinggi, sehingga mencakup kasus yang sedang dihadapi, pertanyaan bagi pengadilan adalah apakah akan menerapkan aturan tersebut pada kasus yang sedang dihadapi, atau merumuskan ulang dan mempersempit aturan tersebut dengan membuat perbedaan sehingga aturan yang dirumuskan ulang tidak mencakup kasus yang sedang dihadapi. Jika aturan yang diadopsi dirumuskan pada tingkat keumuman yang relatif rendah, sehingga tidak mencakup kasus yang sedang dihadapi, pertanyaan bagi pengadilan adalah apakah akan merumuskan ulang dan menggeneralisasi aturan tersebut dengan membuat analogi, sehingga aturan yang dirumuskan ulang mencakup kasus yang sedang dihadapi.

Dalam struktur umum tersebut, penalaran dengan analogi dalam hukum terbagi menjadi dua cara. Salah satu modusnya adalah sebagai berikut: Ada aturan yang ditetapkan, *r*, yang secara istilah mencakup kasus-kasus yang melibatkan Perkara X. Pengadilan yang memutuskan sekarang dihadapkan dengan kasus yang menyangkut Perkara Y. Perkara Y tidak termasuk dalam lingkup aturan *r*, meskipun termasuk dalam aturan yang lebih umum, *R*. Karena Perkara X dan Perkara Y tidak identik, memperlakukan keduanya secara berbeda akan konsisten sebagai masalah logika formal. Namun, memperlakukan Perkara X dan Y secara berbeda akan tidak konsisten sebagai masalah penalaran hukum, karena proposisi sosial tidak membenarkan perlakuan yang berbeda terhadap kedua kasus tersebut. Akibatnya, pengadilan yang memutuskan menentukan bahwa pernyataan aturan oleh pengadilan preseden dalam bentuk *r* yang relatif sempit, bukan dalam bentuk *R* yang relatif umum, bersifat tidak disengaja, atau telah menjadi demikian.

Mungkin tidak pernah ada alasan khusus untuk menyatakan aturan dalam bentuk yang sempit. Misalnya, mungkin fakta-fakta yang terlibat dalam preseden bersifat sempit, dan pengadilan preseden mengadopsi aturan dengan cara yang membahas fakta-fakta tersebut

tanpa secara sengaja bermaksud membatasi aturan tersebut pada fakta-fakta tersebut. Atau mungkin ada alasan yang baik untuk menyatakan aturan tersebut secara sempit ketika diadopsi, tetapi proposisi sosial telah berubah, sehingga pernyataan yang sempit tersebut tidak lagi masuk akal.

Dalam kedua kasus tersebut, pengadilan yang memutuskan menyimpulkan bahwa Aturan r, yang hanya mencakup Masalah X, sekarang harus dianggap hanya sebagai kasus khusus dari Aturan R, yang mencakup Masalah X dan Y. Oleh karena itu, pengadilan merumuskan kembali aturan tersebut dengan menggeneralisasikannya, dan memutuskan kasus yang sedang dihadapi sebagaimana mestinya. Misalnya, sebelum akhir abad kesembilan belas, ada aturan bahwa seorang suami dapat mengajukan gugatan atas pemindahtanganan kasih sayang istrinya oleh orang ketiga. Tidak sepenuhnya jelas mengapa aturan tersebut dirumuskan secara sempit untuk mengizinkan gugatan hanya oleh suami, bukan oleh pasangan. Rumusan aturan yang sempit tersebut mungkin memiliki dasar substantif. Mungkin pengadilan percaya, berdasarkan proposisi sosial yang berlaku saat itu, bahwa seorang istri tidak menderita cedera yang dapat dikenali ketika kasih sayang suaminya telah dipindahtangankan. Atau, rumusan yang sempit tersebut mungkin didasarkan pada aturan prosedural. Awalnya, seorang wanita yang sudah menikah tidak diizinkan untuk mengajukan gugatan apa pun atas namanya sendiri.

Akhirnya, aturan prosedural diubah untuk mengizinkan wanita yang sudah menikah untuk menggugat atas nama mereka sendiri. Pertanyaan substantif kemudian harus dihadapi apakah seorang istri menderita kerugian yang dapat dikenali jika kasih sayang suaminya telah diasingkan. Dalam *Bennett v. Bennett*, pengadilan New York memutuskan bahwa istri memang menderita kerugian tersebut, karena proposisi sosial tidak lagi mendukung, atau tidak pernah mendukung, memperlakukan istri secara berbeda dari suami untuk tujuan ini: Kerugian aktual bagi istri dari hilangnya hubungan suami istri, yang menjadi dasar gugatan, sama dengan kerugian aktual bagi suami dari penyebab itu. Haknya atas hubungan suami istri dengan istrinya tidak lebih besar daripada haknya atas hubungan suami istri dengan suaminya.

Pernikahan memberikan kepada masing-masing hak yang sama dalam hal itu. Masing-masing berhak atas kenyamanan, persahabatan, dan kasih sayang dari yang lain. Hak yang satu dan kewajiban yang lain muncul dari kontrak pernikahan, saling memiliki karakter dan melekat pada suami sebagai suami dan istri sebagai istri. Telah lama ada upaya hukum untuk memperbaiki kesalahan suami. Karena kesalahan istri pada prinsipnya sama dan disebabkan oleh tindakan yang sifatnya sama dengan kesalahan suami, maka upaya hukumnya pun harus sama. Apa alasan untuk pembedaan? Bukankah kerugian dan kerugian terjadi secara bersamaan dalam satu kasus seperti dalam kasus lainnya? Mengapa ia harus memiliki hak untuk menuntut atas kerugian masyarakatnya kecuali jika ia juga memiliki hak untuk menuntut atas kerugian masyarakatnya? Karena masyarakatnya memiliki nilai baginya yang dapat diukur dengan ganti rugi, mengapa masyarakatnya tidak memiliki nilai hukum baginya? Bukankah ia membutuhkan perlindungan hukum dalam hal ini setidaknya sama seperti yang dibutuhkannya? Akankah hukum memberikan bantuan kepadanya dan menahannya darinya?

Jadi dalam kasus *Bennett*, pengadilan menyimpulkan bahwa aturan yang ditetapkan

bahwa seorang suami dapat mengajukan tindakan untuk pengasingan kasih sayang (Aturan r) harus dirumuskan ulang menjadi aturan yang lebih umum bahwa seorang pasangan dapat mengajukan tindakan seperti itu (Aturan R), karena pada saat keputusan tersebut dibuat, setidaknya untuk masalah ini, proposisi sosial tidak mendukung pembedaan antara golongan suami yang sempit dan golongan pasangan umum.

Oppenheim v. Kridel, yang muncul sekitar tiga puluh tahun setelah Bennett, menunjukkan dengan lebih jelas bagaimana penalaran dengan analogi beroperasi dengan merumuskan ulang secara luas aturan yang diadopsi. Masalah dalam Oppenheim adalah apakah seorang istri dapat mengajukan gugatan untuk percabulan pidana. Awalnya, percabulan pidana adalah tindakan oleh seorang suami terhadap selingkuhan istrinya, yang semata-mata didasarkan pada perzinahan selingkuhan tersebut dengan istrinya. Tindakan tersebut tidak memerlukan pembuktian bahwa selingkuhan tersebut juga telah mengasingkan kasih sayang istri terhadap suaminya.

Dalam kasus tindakan untuk pengasingan kasih sayang, setidaknya dapat diperdebatkan bahwa ketidakmampuan awal seorang istri untuk mengajukan gugatan tersebut adalah karena hambatan prosedural. Dalam kasus gugatan untuk percakapan kriminal, bagaimanapun, jelas bahwa alasan untuk formulasi sempit dari aturan yang ditetapkan adalah substantif: "Suami, demikian dikatakan, memiliki harta benda dalam tubuh, dan hak untuk menikmati pribadi istrinya, untuk pelanggaran hak yang hukum mengizinkannya untuk menuntut sebagai suami." Berdasarkan proposisi sosial yang mendasari aturan yang ditetapkan, istri dianggap tidak memiliki kepentingan yang sesuai.

Namun pengadilan di Oppenheim beralasan dengan analogi untuk menyatakan bahwa seorang istri dapat mengajukan gugatan untuk percakapan kriminal. Jika seorang suami dapat mengajukan gugatan seperti itu, maka seorang istri juga bisa, karena bahkan jika proposisi sosial pernah membenarkan memperlakukan suami dan istri secara berbeda untuk tujuan ini, hal itu tidak lagi berlaku:

Apapun alasan yang ada untuk memberi suami menurut hukum umum hak untuk mempertahankan gugatan untuk perzinahan yang dilakukan dengan istrinya, saat ini ada atas nama wanita untuk tindakan ilegal serupa yang dilakukan dengan suaminya. Jika ia memiliki perasaan dan kehormatan yang terluka oleh perilaku yang tidak pantas tersebut, siapa yang akan mengatakan hari ini bahwa istrinya tidak memiliki perasaan yang sama, bahkan mungkin lebih tajam, tentang kesalahan yang dilakukan kepadanya dan keluarganya? Jika ia menganggapnya sebagai pencemaran ranjang pernikahan, mengapa istrinya tidak melihatnya dalam sudut pandang yang sama? Pernyataan bahwa ia memiliki kepentingan properti atas tubuhnya dan hak atas kenikmatan pribadi istrinya adalah kuno kecuali jika digunakan dalam pengertian yang halus yang sesuai dengan zamannya dan yang memberikan kepada istri kepentingan yang sama terhadap suaminya.

Bahaya keraguan yang ditimbulkan atas keabsahan anak-anak, yang tampaknya menjadi alasan utama yang ditetapkan dalam semua otoritas untuk melindungi suami dan pemeliharaan tindakan olehnya, dapat diimbangi oleh kepentingan yang dimiliki istri dalam kesehatan fisik dan mental anak-anaknya ketika mereka sah. Sejauh yang saya lihat tidak ada

alasan yang kuat dan sah untuk menolak alasan tindakan untuk percakapan kriminal kepada istri sementara memberikannya kepada suami. Tentunya dia sama berkepentingannya seperti suami dalam memelihara rumah dan hubungan yang sehat, bersih, dan penuh kasih sayang. Perasaannya pasti sama sensitifnya dengan perasaannya terhadap penyusup tersebut, dan akan menjadi kebutaan yang disengaja dari pihak pengadilan untuk mengabaikan fakta-fakta ini.

Cara penalaran hukum kedua, yaitu melalui analogi dalam hukum umum, yang sangat berkaitan dengan penalaran pertama, dilakukan dengan menetapkan bahwa suatu aturan baru aturan A layak diadopsi dibandingkan dengan aturan alternatif yang bersaing aturan B karena proposisi sosial yang berlaku tidak dapat membenarkan pengadopsian aturan B tanpa menimbulkan inkonsistensi dengan aturan-aturan lain yang telah diadopsi sebelumnya.

Sebagai ilustrasi, dalam perkara Oppenheim, pengadilan memutuskan bahwa tidak konsisten untuk mempertahankan aturan yang melarang seorang istri mengajukan gugatan atas *criminal conversation* (perzinahan), sementara tetap mengakui aturan yang ditetapkan dalam Bennett, yang membolehkan seorang istri mengajukan gugatan atas *alienation of affection* (pengasingan kasih sayang). Seperti yang ditegaskan oleh pengadilan: ketika kita mengakui bahwa seorang istri dapat menggugat atas dasar pengasingan kasih sayang, pada dasarnya kita juga mengakui bahwa ia memiliki dasar yang sah untuk menggugat atas dasar *criminal conversation*.

Meskipun perzinahan merupakan elemen inti dalam gugatan yang terakhir, tindakan tersebut hampir selalu menjadi unsur utama pembuktian dalam gugatan yang pertama. *Ploof v. Putnam* adalah contoh lain yang lebih terkenal. Ploof, penggugat, menduga bahwa ia dan keluarganya sedang berlayar dengan sekocinya di sebuah danau ketika badai dahsyat tiba-tiba muncul. Badai itu menempatkan sekoci dan penumpangnya dalam bahaya besar. Untuk menghindari cedera pada Ploof dan keluarganya, dan kerusakan sekoci, Ploof terpaksa menambatkan sekoci ke dermaga di sebuah pulau di danau. Dermaga itu dimiliki oleh Putnam, yang agennya melepaskan tambatan sekoci tersebut. Setelah itu, sekoci itu terdorong ke pantai oleh badai, isinya hancur, dan Ploof dan keluarganya terluka. Ploof menggugat Putnam untuk ganti rugi. Pengadilan memutuskan bahwa Ploof telah menyatakan klaim ganti rugi.

Pengadilan mencapai kesimpulan ini sebagian besar dengan alasan dari kasus-kasus yang menyatakan bahwa pemilik tanah tidak dapat memperoleh ganti rugi atas pelanggaran terhadap seseorang yang memasuki tanah tersebut karena terpaksa. Dari segi logika formal, tidaklah tidak konsisten untuk berpendapat bahwa meskipun pemilik tanah tidak dapat memperoleh ganti rugi atas pelanggaran terhadap penyusup yang masuk karena terpaksa, penyusup tersebut tidak dapat menuntut pemilik tanah jika pemilik tanah tersebut menggunakan tindakan menolong diri sendiri untuk mengusir penyusup tersebut. Oleh karena itu, pertanyaan dalam kasus Ploof adalah apakah aturan yang memperbolehkan pemilik tanah untuk menggunakan tindakan menolong diri sendiri terhadap penyusup yang masuk karena terpaksa akan konsisten sebagai masalah proposisi sosial dengan aturan bahwa penyusup tidak bertanggung jawab atas ganti rugi atas masuk tanpa izin. Jawabannya adalah tidak.

Hukum menolak hak pemilik tanah untuk mendapatkan ganti rugi terhadap orang yang

masuk karena terpaksa karena tujuan menyelamatkan nyawa lebih penting daripada tujuan memberikan status tidak dapat diganggu gugat pada properti. Alasan sosial ini berlaku sama baiknya ketika masalahnya adalah apakah pemilik tanah memiliki hak untuk mengusir penyusup dengan tindakan menolong diri sendiri. Oleh karena itu, akan menjadi tidak konsisten sebagai masalah proposisi sosial untuk mengadopsi aturan bahwa pemilik tanah memiliki hak untuk menggunakan bantuan diri untuk mengusir orang yang mengganggu karena kebutuhan, sementara mematuhi aturan bahwa pemilik tanah tidak dapat memperoleh ganti rugi berdasarkan invasi tersebut.

Bagaimana prinsip dasar penalaran hukum berperan dalam penalaran dengan analogi? Jawabannya adalah jika pengadilan yang memutuskan menyimpulkan bahwa aturan yang ditetapkan dalam preseden setidaknya merupakan aturan hukum yang cukup baik, pengadilan harus dan biasanya akan memperluas aturan tersebut dengan analogi jika generalisasi aturan tersebut sesuai. Namun, jika pengadilan yang memutuskan menyimpulkan bahwa aturan yang ditetapkan dalam preseden merupakan aturan hukum yang buruk, pengadilan tidak boleh, dan biasanya tidak akan, memperluas aturan tersebut dengan analogi. Sebaliknya, pengadilan akan mengatakan bahwa preseden tersebut harus dibatasi pada fakta-faktanya.

3.3 KESIMPULAN

Prinsip dasar penalaran hukum adalah sebagai berikut: Aturan doktrinal harus diterapkan dan diperluas secara konsisten jika itu adalah aturan terbaik karena sepenuhnya sesuai dengan proposisi sosial atau, bahkan jika itu bukan aturan terbaik, jika itu adalah aturan yang cukup baik karena secara substansial sesuai dengan proposisi sosial. Akan tetapi, aturan doktrinal tidak boleh diterapkan dan diperluas secara konsisten jika aturan tersebut buruk karena bahkan tidak kongruen secara substansial dengan proposisi sosial.

Pertanyaan yang mungkin muncul adalah, jika proposisi sosial penting dalam penalaran hukum, dan jika kekuatan aturan yang diadopsi dalam preseden bergantung pada proposisi sosial, mengapa proposisi sosial tampaknya tidak begitu menonjol seperti proposisi doktrinal dalam opini peradilan yang umum? Jawabannya adalah bahwa proposisi sosial selalu muncul dalam penalaran hukum, tetapi sering kali memainkan peran implisit daripada eksplisit.

Pada waktu tertentu, sebagian besar aturan hukum umum cenderung secara substansial kongruen dengan proposisi sosial. Hal ini terjadi karena aturan baru umumnya diadopsi justru karena kesesuaiannya dengan proposisi sosial yang berlaku. Sebaliknya, apabila suatu aturan baru tidak sejalan dengan proposisi sosial, atau aturan yang sudah ada menjadi tidak lagi kongruen, aturan tersebut cenderung akan mengalami perubahan. Perubahan ini biasanya didorong oleh kritik yang muncul dalam literatur sekunder, ringkasan hukum, atau pendapat yudisial dari yurisdiksi lain.

Selama komunitas hukum termasuk peradilan secara implisit menganggap suatu aturan masih sesuai secara substansial dengan proposisi sosial, maka hanya terdapat sedikit, atau bahkan tidak ada, kebutuhan untuk merujuk secara eksplisit pada proposisi sosial dalam penalaran hukum terkait penerapannya. Dengan demikian, meskipun proposisi sosial senantiasa hadir dalam seluruh penalaran hukum, perannya menjadi eksplisit hanya dalam

situasi tertentu: ketika aturan baru sedang dipertimbangkan, ketika aturan yang ada menjadi subjek evaluasi untuk diubah atau dibatalkan, atau ketika muncul persoalan apakah suatu aturan perlu dibedakan atau diperluas melalui analogi.

BAB 4

A SIMILIBUS AD SIMILIA PEMIKIRAN ANALOGI DALAM HUKUM

4.1 PENGHAKIMAN, PRESEDEN, DAN CONTOH

Kitab Undang-Undang secara resmi dan tegas menentang penalaran dengan analogi: *non exemplis sed legibus iudicandum est*, demikian yang diputuskannya. Para ahli logika ortodoks memiliki keberatan yang lebih dalam. Mereka bersikeras bahwa *exempla illustrant non probant*; yaitu, seperti yang dikatakan Francis Bacon, "contoh dapat menjelaskan hal-hal yang telah dibuktikan, tetapi tidak membuktikan dirinya sendiri." Akan tetapi, Bacon mengakui peran analogi yang lebih penting dalam penalaran ketika ia menambahkan, "namun, ketika keadaannya cocok, dan proporsinya dijaga, apa yang mungkin dalam satu kasus mungkin terjadi dalam seribu kasus, dan apa yang masuk akal sekali adalah alasan selamanya."

Pandangan terakhir, dan bukan skeptisisme Kitab Undang-Undang ... Bracton, misalnya, menyarankan, "Jika muncul masalah baru dan tidak biasa yang belum pernah terlihat di wilayah tersebut, jika masalah serupa muncul, biarlah diputuskan dengan cara yang serupa, karena kesempatannya adalah saat yang tepat untuk melanjutkan dari yang serupa ke yang serupa" (*a similibus procedere ad similia*).

Penalaran ini, yang disebutnya "keadilan," "adalah menyatukan berbagai hal, yang menginginkan hak yang sama dalam kasus yang sama dan menempatkan semua hal pada kesetaraan. Dan keadilan, bisa dikatakan, adalah keseragaman" (*quasi aequalitas*). Pengacara umum abad ketujuh belas John Doddridge menambahkan, "Oleh karena itu, keadilan dalam semua penggunaannya memiliki Kantor, Efek, atau Fungsi ganda. Terkadang itu memperkuat. Terkadang lagi (ketika alasan menghendaki) itu mengurangi atau meringankan." Penalaran analogis dalam hukum umum digunakan baik untuk memperluas maupun untuk membedakan putusan preseden. Kasus-kasus "yang sangat berbeda dalam keadaan jika mereka tetap] sepakat dalam alasan harus diputuskan setelah satu dan cara yang sama."

Banyak yang telah berubah sejak abad ketujuh belas, tetapi pengacara umum tampaknya masih menjalankan perdagangan mereka dengan alat yang sama. "[P]ekerjaan umum pengacara," tulis Pengadilan Banding Amerika Serikat untuk Sirkuit Keenam, "adalah untuk membuat argumen mengapa kasus yang sedang dibahas lebih mirip satu kasus daripada yang lain berdasarkan prinsip-prinsip yang disimpulkan yang tampaknya membenarkan putusan dalam kasus-kasus tertentu."

Selain itu, menurut beberapa praktisi reflektif, "bernalar dengan memberi contoh" bukan hanya satu alat di antara yang lain dalam perangkat pengacara; Bahasa Indonesia: itu, lebih tepatnya, "pola dasar penalaran hukum." Saya percaya, ada sedikit kebenaran dalam pernyataan berlebihan itu, tetapi tidak berlebihan untuk mengatakan bahwa "gagasan seseorang tentang proses di mana sebuah putusan diubah menjadi preseden (dan contoh) menentukan seluruh konsepsi seseorang tentang hukum umum."

Tugas bab ini adalah untuk mengeksplorasi sifat proses di mana, seperti yang dikatakan

Hakim Benjamin Cardozo, putusan pengadilan melahirkan putusan lain dalam citranya sendiri.⁸ Secara khusus, saya mengeksplorasi sifat dan peran pemikiran analogis dalam hukum. Richard Posner, yang tidak pernah menahan diri, menetapkan tantangan untuk studi ini: Pemikiran analogis, tulisnya, "memiliki silsilah Aristoteles yang sempurna, tetapi tidak memiliki konten atau integritas yang pasti"

Skeptisisme ini tidak beralasan, saya akan berpendapat; pemikiran analogis memiliki integritas intelektual yang sempurna, silsilah rasional dan historis yang terhormat, dan peran yang sangat diperlukan dalam penalaran hukum. Akan tetapi, meskipun sudah ada sejak lama dan sudah dipraktikkan sejak lama, penalaran analog masih belum dipahami dengan baik. Dalam esai ini, saya membela versi revisi dari apa yang saya anggap sebagai pemahaman analogi yang ortodoks atau klasik, tetapi sekarang sering dicemooh, yaitu hukum umum.

4.2 PENALARAN ANALOGI: KONSEPSI HUKUM UMUM KLASIK

Penalaran analogi dapat ditemukan di seluruh praktik hukum, dari strategi abad pertengahan yang berargumentasi dari "keadilan undang-undang" dan doktrin modern tentang konstruksi undang-undang ejusdem generis hingga berargumentasi dari "contoh" undang-undang tertentu hingga perubahan besar dalam apa yang secara tradisional dianggap sebagai domain hukum putusan. Contoh penalaran analogi lintas kategori yang sangat kaya ditemukan dalam *Javins v. First National Realty Corporation*. Kasus tersebut menimbulkan pertanyaan apakah pelanggaran kode perumahan tuan tanah memengaruhi kewajiban penyewa untuk membayar sewa berdasarkan perjanjian sewa. Secara tradisional dipahami, perjanjian sewa merupakan pengalihan hak atas tanah dan karenanya termasuk dalam hukum properti tradisional.

Namun, pengadilan berpendapat bahwa perjanjian sewa apartemen modern memiliki lebih banyak kesamaan dengan pengaturan kontraktual seperti penyewaan harta bergerak dan penjualan barang daripada perjanjian sewa tanah menurut hukum umum. Berdasarkan eksplorasi yang sangat rinci tentang konteks hukum dan sosial dari hubungan ini, pengadilan menyimpulkan bahwa ada jaminan tersirat tentang kelayakhunian dalam sewa tempat tinggal perkotaan yang beroperasi dengan cara yang mirip dengan jaminan tersirat tentang kelayakan jual barang.

Namun, pemahaman hukum umum klasik tentang penalaran analogis berfokus terutama pada penalaran yudisial lokal, kasus per kasus, dan, karenanya, saya akan membatasi perhatian saya dalam bab ini pada penalaran analogis dalam konteks itu. Jika apa yang akan saya perdebatkan masuk akal, maka ada harapan bahwa pandangan saya dapat diperluas, mungkin mutatis mutandis, ke penggunaan penalaran analogis lainnya, tetapi saya tidak akan membahas perluasan tersebut di sini.

A. Penalaran dengan Kasus, Mirip dan Tidak Mirip

John Austin menawarkan karakterisasi penalaran analogis yang sudah dikenal dalam *Lectures on Jurisprudence*, "analogi menunjukkan proses intelektual" yang melibatkan "suatu kesimpulan, atau penalaran atau argumentasi, yang mana analogi objek terutama merupakan penyebab atau dasar." Ia menyarankan bahwa kesimpulan memiliki struktur berikut: Dua atau

lebih individu atau kasus “dihubungkan oleh analogi tertentu.”

Sebelum penalaran, sesuatu diketahui tentang beberapa kasus tersebut (sebut saja analog “sumber”) yang tidak diketahui tentang yang lain (sebut saja analog “target”): “Namun, dari analogi yang diberikan, yang menghubungkan objek-objek ini satu sama lain, kesimpulan berikut ditarik: Yaitu, bahwa sesuatu yang diberikan yang benar untuk satu atau beberapa objek ini [analog sumber], juga benar untuk yang lain atau sisanya analog target.”

Kita dapat memperkaya karakterisasi ini dengan mempertimbangkan beberapa contoh. Dalam *Dixon v. Bell*, terdakwa mengirim seorang pembantu muda untuk mengambil senjata dari tuan tanahnya dengan sebuah catatan yang memerintahkan tuan tanah untuk melepaskan lapisan dasar. Tuan tanah melakukannya di hadapan pembantu tersebut tetapi secara tidak sengaja meninggalkan sedikit lapisan dasar di dalam senjata. Pembantu itu dengan bercanda mengarahkan senjata ke anak penggugat dan senjata itu meletus, melukai anak laki-laki itu. Pengadilan memutuskan untuk penggugat.

Enam puluh tahun kemudian seorang terdakwa memasang pagar berpaku di seberang jalan menuju stadionnya untuk mencegah orang yang tidak diundang. Seseorang memindahkannya, meletakkannya di atas jalan setapak, dan penggugat melukai matanya saat berjalan di jalan setapak itu pada malam hari. Pengadilan dalam *Clark v. Chambers*, yang mengadili kasus yang serupa dengan *Dixon*, memutuskan untuk penggugat. Keadaannya, tentu saja, sangat berbeda dalam kedua kasus tersebut, namun cukup mirip dalam putusan pengadilan untuk menjamin putusan yang sama.

Tentu saja, kasus baru tersebut dapat dinilai sangat berbeda dari kasus-kasus sebelumnya dan atas dasar itu diperlakukan secara berbeda. Kasus baru ini mungkin memiliki beberapa fitur penting yang sama dengan kasus-kasus sebelumnya, tetapi tidak dengan kasus-kasus lainnya, dan fitur-fitur tersebut dapat membuat perbedaan besar. Hal ini tampaknya terjadi pada *Miller v. Race*. Terdakwa, Tn. Finney, menghentikan pembayaran atas wesel bank yang telah dicuri dalam perampokan melalui pos.

Sementara itu, penggugat telah memperoleh wesel tersebut tanpa kesalahan dan sebagai imbalan. Ketika ia mengajukan wesel untuk pembayaran, bank menolaknya. Penasihat hukum terdakwa berpendapat bahwa gugatan tersebut bukan untuk wesel tersebut, tetapi untuk uang yang harus dibayarkan atas wesel tersebut dan bahwa wesel tersebut hanyalah bukti utang. Akan tetapi, uang kertas itu masih merupakan milik sah Tn. Finney: “[B]arang-barang ini adalah seperti medali yang dapat memberi hak kepada seseorang untuk menerima pembayaran uang, atau keuntungan lainnya. Dan atas wewenang dan permintaan Tn. Finney, Tn. Race [yang bertindak atas nama bank] menahannya.” Namun, Lord Mansfield menolak argumen ini, dengan menuduh bahwa argumen terdakwa didasarkan pada analogi yang keliru:

Seluruh kekeliruan argumen tersebut bergantung pada perbandingan uang kertas dengan apa yang tidak menyerupai uang tersebut, dan dengan apa uang tersebut tidak boleh dibandingkan, yaitu barang, atau dengan surat berharga, atau dokumen untuk utang. Sekarang, uang tersebut bukanlah barang, atau surat berharga, atau dokumen, untuk utang, dan tidak dianggap demikian: tetapi diperlakukan sebagai uang, sebagai uang tunai, dalam kegiatan dan transaksi bisnis biasa, berdasarkan persetujuan umum umat manusia; yang

memberi uang tersebut kredit dan mata uang, untuk semua maksud dan tujuan.

Seperti yang diingatkan Doddridge kepada kita, menemukan dasar yang kuat untuk membedakan kasus-kasus tersebut, tentu saja, juga merupakan latihan penalaran analogis. Hal ini menunjukkan fitur penting lebih lanjut dari penalaran analogis hukum umum yang umum. Penentuan analogi jarang sekali merupakan masalah sekadar mengidentifikasi analogi dalam kasus-kasus preseden dan menyimpulkan dari analogi tersebut, karena pengadilan disajikan dengan, atau kurang lebih memiliki pandangan, berbagai "analogi yang bersaing" yaitu, kandidat yang bersaing untuk analog sumber yang mungkin menarik ke arah yang berbeda.

Biasanya, analogi yang akhirnya ditetapkan adalah hasil dari tekanan yang diberikan oleh kasus di hadapan pengadilan dan kandidat yang bersaing. Ilustrasi yang familier dari aspek penalaran analogis ini adalah analisis klasik Cardozo dalam Hynes. Harvey Hynes yang berusia enam belas tahun sedang berenang bersama teman-temannya di Sungai Harlem. Dari papan yang menjorok dari sekat New York Central Railway, mereka menyelam ke dalam air. Tiang-tiang kabel listrik di properti terdakwa dalam keadaan rusak parah. Harvey Hynes tertimpa dan tewas oleh kabel yang jatuh saat berdiri di papan loncat.

Menurut pengacara penggugat, Harvey adalah seorang perenang yang tidak bersalah yang kehilangan nyawanya karena kelalaian terdakwa. Karena pemilik memiliki kewajiban untuk menjaga pejalan kaki yang tidak bersalah di jalan umum yang berdekatan, terdakwa bertanggung jawab atas kematian tersebut. Penasihat terdakwa membantah bahwa Harvey adalah pelintas batas dan terdakwa tidak memiliki kewajiban untuk menjaga pelintas batas. Analogi dari sumber yang berlawanan bersaing untuk mendapatkan preseden. Dalam bagian klasik penalaran hukum umum, Hakim Cardozo menetapkan analogi yang bersaing dalam keadaan konkret rekreasi musim panas anak laki-laki tersebut. Menilai kasus dalam konteks yang lebih luas ini, Cardozo menyimpulkan bahwa Harvey Hynes adalah seorang perenang yang tidak bersalah.

Dengan latar belakang ini, kita dapat mengambil risiko karakterisasi kasar dari apa yang kita sebut pemahaman hukum umum klasik tentang penalaran analogis. Pertama, melanjutkan dengan cara analogi adalah proses intelektual, suatu bentuk penalaran, dengan klaim yang sah (meskipun mungkin terbatas) terhadap kekuatan praktis. Kedua, ia mengambil bentuk umum dari sebuah kesimpulan dari kesamaan yang diamati di antara kasus-kasus preseden dan kasus-kasus baru ke dalam kesesuaian, atau jaminan untuk, memutuskan kasus baru dengan cara yang sama seperti analoginya. Ketiga, bentuk penalaran ini tidak selalu melibatkan penerapan aturan umum pada kasus tertentu. Sebaliknya, ia melanjutkan *similibus ad similia* "dari bagian ke bagian dan seperti ke seperti," seperti yang dikatakan Aristoteles.

Bruce Chapman mengemukakan pokok bahasannya dengan cara ini: "Apa yang membenarkan keputusan tertentu pada serangkaian fakta tertentu dalam peradilan bukanlah beberapa aturan normatif sebelumnya dan independen yang menggantikan fakta-fakta (hubungan antara yang umum dan yang khusus), tetapi lebih tepatnya hanya hubungan yang dimiliki fakta-fakta yang diberikan dengan fakta-fakta dari beberapa keputusan sebelumnya (hubungan antara dua hal khusus)."

Ini tidak berarti bahwa artikulasi aturan tidak memainkan peran dalam pemikiran analogis menurut konsepsi ini, tetapi hanya bahwa aturan umum semacam itu akan menjadi produk dari analogi yang diidentifikasi, bukan prasyaratnya. Dalam tata cara penalaran, identifikasi "kemiripan" mendahului dan menyediakan dasar bagi perumusan aturan. Lebih jauh, setiap upaya pengadilan tertentu untuk mengartikulasikan aturan dari beberapa kasus preseden atau serangkaian kasus dapat diperbaiki, terbuka untuk dirumuskan ulang oleh pengadilan berikutnya, yang menguji setiap formulasi terhadap kasus-kasus yang serupa dan tidak serupa.

B. Kemiripan Adalah Suku yang Licin

Pemahaman tentang penalaran analogis ini tidak mengalami penerimaan yang berpuas diri di antara praktisi kontemporer atau teoretisi hukum umum. Skeptisisme adalah ortodoksi. Ia muncul dari dua sumber. Berpikir secara analogis, menurut para skeptis, secara teoritis tidak berguna dan secara praktis merusak.

Penalaran analogis, menurut Richard Posner, "bukanlah sebuah metode penalaran yang sebenarnya" artinya, terlepas dari penampilannya, penalaran analogis bukanlah masalah "menghubungkan premis ke kesimpulan" secara logis atau rasional. Paling banter, penalaran analogis adalah teknik untuk "menyanyi (atau menggali)" kasus-kasus sebelumnya untuk kebijakan, ide, dan informasi yang sering kali dapat menunjukkan solusi untuk masalah yang muncul dalam litigasi. Ia memperingatkan agar kita tidak mengacaukan heuristik penemuan dengan logika membenaran.

Demikian pula, Ronald Dworkin menegaskan bahwa "analogi adalah cara untuk menyatakan kesimpulan, bukan cara untuk mencapainya." Analogi tidak memainkan peran argumentatif dalam penalaran hukum; "teori harus melakukan semua pekerjaan nyata." Analogi tanpa teori atau prinsip adalah buta, dan analogi dengan teori adalah mubazir. Penolakan ringkas terhadap penalaran analogis ini bertumpu pada argumen yang sama ringkasnya: Dua kasus adalah analog hanya jika mereka berbagi beberapa properti yang dianggap relevan dengan tujuan hukum yang berlaku.

Namun, dikatakan, itu hanya untuk mengatakan bahwa mereka adalah analog hanya jika ada beberapa aturan, prinsip, atau teori yang menurutnya properti ini relevan dan signifikan secara hukum. Jadi, dua kasus menjadi analog hanya sebagai konsekuensi dari keberlakuan prinsip tersebut. Tidak mungkin untuk berpindah dari satu kasus ke kesimpulan yang dibenarkan secara rasional di kasus lain tanpa menginjak batu teori, dan seseorang tidak dapat mencapai batu itu dari rasa kesamaan yang relevan antara kasus-kasus tersebut, karena rasa itu mengandaikan teori; tetapi begitu menginjak batu itu, rasa kesamaan antara kasus-kasus tersebut tidak lagi memiliki pekerjaan argumentatif untuk dilakukan.

Posner menyimpulkan masalah ini dengan diktum ini: "harus ada teori. Kita tidak bisa begitu saja beralih dari satu kasus ke kasus lain tidak dengan cara yang bertanggung jawab." Namun, ini tampaknya menambahkan catatan lebih lanjut, yang menunjukkan bahwa, selain kebangkrutan teoretis, ada alasan normatif untuk skeptisisme terhadap praktik pemikiran analogis dalam hukum: Peradilan dan pengacara yang bertanggung jawab tidak mengizinkannya. Kritikus memberikan tiga alasan utama untuk mengecualikan, atau mengusir,

analogi dari gedung pengadilan.

Pertama, pemikiran analogis cenderung terlalu sempit, formalis, dan konservatif, buta terhadap kebijakan dan kontribusi terhadap musyawarah yudisial dari sains, teknik, dan ekonomi. Kedua, ia menyamakan perubahan doktrin hukum sebagai kontinuitas, yang membuatnya sulit untuk melacak, memahami, dan mengevaluasi perubahan hukum. Ketiga, tanpa arahan dari prinsip eksplisit, penalaran analogis gagal memenuhi tuntutan yang sah untuk pembenaran publik yang jelas: "Penegasan analogi belaka mungkin, memang benar, memiliki kekuatan persuasif dalam arti psikologis. Tetapi hakim bercita-cita untuk lebih dari sekadar ekspresi yang efektif secara retorik, menarik secara emosional, atau bahkan mengubah perspektif, sama seperti mereka bercita-cita untuk lebih dari sekadar kemampuan untuk memutuskan kasus dengan alasan yang kuat tetapi tidak dapat diartikulasikan." Jika dasar putusan pengadilan tidak dapat sepenuhnya diartikulasikan dengan mengacu pada prinsip-prinsip eksplisit, putusan tersebut tidak dapat dianggap dibenarkan secara normatif berdasarkan standar kita untuk penilaian yang bertanggung jawab.

4.3 DIALEKTIKA ATURAN DAN KASUS

"Kemiripan di atas segalanya," Eleatic Stranger karya Plato memperingatkan, "adalah suku yang paling licin." Ini tampaknya benar, tetapi kita dapat menerima peringatan tersebut tanpa mengabaikan pemahaman klasik tentang penalaran analogis dalam hukum terhadap skeptisisme. Keberatan praktis harus ditangani, tentu saja, tetapi keberatan yang lebih mendasar adalah keberatan teoretis. Jika kita ingin menghadapi tantangan skeptisisme, kita harus mengatasinya terlebih dahulu. Kita dapat lebih menghargai kekuatan keberatan ini jika kita meletakkannya dalam dialektika antara teori penalaran analogis partikularis dan rasionalis aturan.

A. Partikularisme

Para skeptis analogi secara diam-diam berasumsi bahwa yang mendasari konsepsi klasik penalaran analogis adalah bentuk partikularisme yang kuat. Partikularisme menyatukan tesis substantif mengenai sifat hubungan antara kasus-kasus yang serupa dan tesis epistemologis mengenai cara kita mengakses hubungan ini. Tesis substantifnya adalah bahwa alasan untuk keputusan dan tindakan praktis semata-mata terletak pada fakta-fakta konkret dan unik dari situasi-situasi praktis tertentu. Karena hal-hal khusus "memberikan respons praktis yang hakiki yang merupakan alasan," tulis Michael Detmold, "hal-hal khusus preseden itulah yang harus saya perhatikan jika saya ingin mempelajari bisnis praktis dalam mengadili kasus-kasus yang sulit." Jadi, "jika saya ingin belajar bagaimana mempertimbangkan alasan-alasan dalam kasus hukum, hal itu hanya dapat dilakukan dari contoh kasus-kasus preseden." Penalaran analogis, menurut pandangan ini, merupakan akibat wajar dari pandangan tentang alasan: Penalaran analogis hanyalah pergerakan alasan praktis dari kasus tertentu ke kasus tertentu.

Bagaimana pergerakan alasan ini kesamaan yang relevan dengan alasan di antara kasus-kasus dipahami? Terinspirasi oleh pemikiran Aristoteles bahwa "kebijaksanaan terletak pada hal-hal khusus," kaum khusus berpendapat bahwa hal itu dipahami bukan dengan

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.

menerapkan beberapa aturan atau prinsip umum pada kasus-kasus tertentu yang sedang dibahas, melainkan dengan beberapa bentuk wawasan langsung seolah-olah, dengan "melihat [kasus-kasus] berdampingan dan menggosoknya bersama-sama, kita mungkin dapat membuat keadilan muncul seperti dari kayu api."

Beberapa orang menggambarkan cara akses ini dalam hal intuisi atau persepsi (mengikuti Aristoteles), atau masalah perasaan (mengikuti Mill); yang lain melihatnya sebagai kejeniusan imajinasi (mengikuti Hume), yang lain lagi sebagai keterampilan mengatasi masalah sehari-hari yang relatif tidak memerlukan pikiran (mengikuti Heidegger), dan beberapa bahkan (mengambil langkah naturalis) melihatnya sebagai "bakat bawaan untuk sifat-sifat yang dapat diproyeksikan" atau kecenderungan biologis yang tertanam untuk mengenali beberapa pola yang diproyeksikan daripada yang lain. Yang umum dalam deskripsi yang sangat bervariasi ini adalah pandangan bahwa cara akses itu langsung, langsung, dan pada akhirnya tidak dapat diungkapkan.

Tidak mengherankan mengapa kaum rasionalis menanggapi dengan skeptisisme pembelaan terhadap konsepsi klasik penalaran analogis ini. Tesis substantif rentan terhadap keberatan yang jelas bahwa fakta-fakta yang memberi alasan atau yang menyusun alasan tidak dapat bersifat khusus secara logis, karena agar dapat dianggap sebagai alasan, fakta-fakta tersebut harus dapat diulang secara logis, dan dengan demikian deskripsinya harus dapat diuniversalkan. Para kritikus menekankan argumen tersebut lebih jauh. Misalnya, Michael Moore berpendapat bahwa gagasan tentang kesamaan tidak dapat mendukung pola inferensi apriori tanpa aturan yang dikaitkan oleh kaum partikularis dengan para pengacara. Hubungan kesamaan mengandaikan keberadaan properti yang membuat satu kasus serupa dengan kasus lainnya; properti dapat dijelaskan dengan aturan. Dengan demikian, tidak ada jumlah pandangan tanpa aturan terhadap hal-hal khusus yang dapat membenarkan penilaian kesamaan.

Versi awal esai ini telah dipresentasikan kepada audiens di University College London dan University of Lund. Saya berterima kasih atas komentar dan kritik yang bermanfaat yang diberikan oleh para peserta dalam diskusi ini. Saya khususnya berterima kasih kepada Ronald Dworkin, Stephen Guest, Aleksander Peczenik, dan Barbara Levenbook atas pembacaan kritis mereka yang cermat terhadap esai tersebut. Peter Westen menambahkan bahwa, menurut konsepsi klasik, penalaran dengan analogi seseorang pertama-tama mengidentifikasi kesamaan yang relevan secara hukum dan kemudian merumuskan aturan hukum untuk menjelaskan kesamaan tersebut. Kenyataannya, proses penalaran justru sebaliknya. Seseorang tidak akan pernah dapat menyatakan A secara hukum serupa dengan B tanpa terlebih dahulu merumuskan aturan hukum tentang perlakuan yang dengannya keduanya secara relevan identik. Mengapa? Karena itulah arti istilah serupa secara hukum, setara, sama, dan serupa. Istilah-istilah tersebut berarti bahwa A dan B secara preskriptif identik dengan mengacu pada aturan perlakuan preskriptif tertentu.

Kritik ini tentu saja tepat jika partikularisme mengklaim bahwa alasan kasus bersifat khusus secara logis dan bahwa kasus tersebut berfungsi sebagai contoh. Tesis substantif partikularis tidak koheren, karena sesuatu dapat berfungsi sebagai alasan dan contoh hanya

jika hal itu dapat membimbing agen yang responsif terhadap alasan sehubungan dengan tindakan dalam kasus lain dan pemahaman partikularis tentang alasan tampaknya tidak memungkinkan hal ini. Namun, karena alasan ini, tampaknya keliru jika kita mengaitkan konsepsi klasik tentang penalaran analogis dengan tesis logis kaum partikularis, karena justru bimbingan melalui contoh-contoh itulah yang menjadi inti dari konsepsi tersebut.

Sebenarnya, argumen Westen melampaui sudut pandang logika yang tidak kontroversial tentang universalisasi. Ia tidak hanya mengamati bahwa contoh-contoh bersifat universal secara normatif, tetapi ia menyimpulkan dari pengamatan ini bahwa untuk mengidentifikasi dua kasus sebagai serupa, seseorang harus terlebih dahulu "merumuskan" atau mengacu pada aturan yang menandai kasus-kasus tersebut sebagai serupa. Namun, hal ini tidak tercakup dalam pengamatan awal. Tentu saja, kesimpulannya mungkin hanya cara yang janggal untuk menyatakan bahwa dalam memahami bahwa dua kasus secara relevan serupa, seseorang memahami suatu aturan yaitu, seseorang memahami bahwa keduanya benar-benar cocok dan karenanya harus diperlakukan sebagai anggota suatu kelas yang tidak terbatas pada kedua kasus tersebut. Namun, itu hanya untuk mengatakan apa yang telah kita perhatikan sebelumnya: Berpikir secara analogis memerlukan pertimbangan terhadap beberapa kasus sebagai contoh. Jadi, sangat menyesatkan jika Westen mengusulkan bahwa untuk mengambil dua kasus sebagai analogi, seseorang harus terlebih dahulu memahami dan merumuskan aturan secara independen apalagi merumuskannya.

Hal ini tidak hanya menyesatkan; ini adalah kesalahan, pandangan yang layak untuk diskeptiskan seperti halnya partikularisme. Saya akan membela kritik ini sekarang dan pembelaan saya akan meninggalkan kita dengan pertanyaan bagaimana cara melepaskan diri dari inkohereni partikularisme tanpa menyerah pada dogma rasionalis aturan. Langkah pertama untuk melakukannya melibatkan pemberian jarak antara konsepsi klasik tentang penalaran analogis dan tesis epistemologis partikularis. Ini mudah dilakukan, karena sangat penting bagi konsepsi klasik bahwa kita menganggap pemikiran analogis dalam hukum sebagai sesuatu yang diskursif daripada intuitif; masalah argumen daripada persepsi atau perasaan; suatu bentuk penalaran, bukan hanya cara memperoleh wawasan. Kaum skeptis dengan tepat menolak irasionalisme implisit dari epistemologi partikularis, tetapi karena alasan itulah, saya percaya, partikularisme bukanlah landasan teoritis yang memadai untuk pemahaman klasik tentang peran analogi dalam hukum.

B. Rasionalisme-Aturan

Para penganut rasionalisme-aturan bersikeras bahwa penalaran yang dimaksudkan untuk membenarkan penilaian, keputusan, dan tindakan harus bergantung pada aturan atau prinsip. (Tidak penting pada titik ini untuk membedakan antara aturan dan prinsip.) Argumen yang telah kita pertimbangkan untuk tesis ini tidak memadai, tetapi argumen lain akan segera diajukan. Saya akan menyebutnya "argumen relevansi." Argumen ini dimulai dengan pengamatan bahwa, meskipun penalaran analogis didasarkan pada kesimpulan yang diambil dari kesamaan antara kasus, "kesamaan" bukan hanya masalah dua kasus yang memiliki kesamaan fitur atau properti, bahkan dalam jumlah yang sangat besar.

Sangat mungkin bahwa A dan B adalah analog yang lebih dekat daripada A dan C

meskipun A tampaknya memiliki lebih banyak fitur dengan C daripada dengan B. (Tentu saja, kita mungkin tidak memiliki cara praktis untuk menghitung fakta atau properti yang sama, tetapi itu mendukung daripada melemahkan poin di sini.) Pemikiran analogis bergantung pada kemampuan untuk membedakan seperti kemampuan untuk berhubungan. Inferensi analogis bergantung pada pemahaman kesamaan yang relevan dan dengan demikian pada kemampuan untuk menetapkan beberapa fitur kasus ke latar belakang penjelasan atau pertimbangan dan untuk membawa yang lain ke latar depan.

Dengan demikian, dua kasus bersifat analog hanya jika keduanya serupa dalam hal-hal yang relevan dan kesamaan relevan mereka lebih besar atau lebih penting daripada perbedaan di antara keduanya. Kedua, dikemukakan bahwa, tentu saja, relevansi ditentukan oleh norma atau aturan yang menyediakan kriteria relevansi. Oleh karena itu, "tidak ada contoh yang dapat berfungsi sebagai contoh tanpa aturan untuk menentukan apa yang patut dicontoh dari contoh tersebut," dan aturan ini bertindak sebagai panduan preskriptif untuk berpikir. Jika berpikir analogis adalah "proses penalaran, yang bertentangan dengan pemahaman intuitif tentang persamaan dan perbedaan, maka hal itu akan memerlukan postulat norma atau serangkaian norma yang 'membenarkan' preseden dan menentukan hasil dalam kasus yang sedang dihadapi."

Perhatikan bahwa argumen ini tidak hanya mengklaim bahwa untuk setiap analogi yang benar ada proposisi umum (sebut saja "aturan") yang menangkap dengan tepat aspek-aspek di mana analogi tersebut secara relevan serupa, tetapi juga menegaskan lebih jauh bahwa aturan tersebut mendahului kasus-kasus tersebut. Brewer mengemukakan poin tersebut dengan tajam: Sebuah contoh "tidak secara inheren mencontohkan aturan tertentu tetapi menjadi contoh dari satu aturan atau yang lain hanya berdasarkan aturan itu sendiri."

Setidaknya ada tiga aspek di mana aturan dianggap mendahului kasus-kasus tersebut. Pertama, aturan itulah yang menjadikan kedua kasus tersebut sebagai analog aturan tersebut memiliki prioritas konstitutif dan, kedua, berdasarkan fakta itu, aturan tersebut membenarkan kesimpulan dari analog sumber ke analog target aturan tersebut memiliki prioritas normatif. Dalam pengertian ganda ini, aturan tersebut mendasari penilaian analogi dan kesimpulan yang didasarkan padanya.

Artinya, tidak ada kesimpulan yang dibenarkan secara rasional dari analog sumber ke analog target kecuali melalui aturan yang secara konstitutif dan normatif lebih dahulu. Terakhir, argumen tersebut juga mengklaim bahwa aturan tersebut berfungsi sebagai panduan pemikiran bagi mereka yang terlibat dalam pemikiran analogis – aturan tersebut memiliki prioritas epistemik atau setidaknya menjadi panduan mereka saat mereka terlibat dalam penalaran analogis (sebagai lawan dari mengikuti firasat atau memiliki pemahaman intuitif tentang persamaan dan perbedaan).

Tidak seperti argumen Westen, argumen ini tidak secara eksplisit mendukung klaim lebih lanjut bahwa aturan ini pada prinsipnya dapat dirumuskan secara eksplisit, tetapi akan sulit untuk memahami mengapa, mengingat tiga poin pertama, seorang rasionalis aturan akan menolak akibat wajar ini. Argumen relevansi merupakan bentuk elaboratif dari argumen yang menjadi dasar bagi tokoh-tokoh seperti Posner, Dworkin, dan para skeptis lainnya dalam

menyangkal bahwa penalaran analogis merupakan bentuk penalaran sejati karena dalam pandangan mereka, teorilah yang melakukan seluruh kerja penalaran. Meskipun demikian, sebagian pendukung argumen relevansi justru menggunakan pendekatan ini untuk menolak kesimpulan skeptis tersebut dan membuktikan bahwa penalaran analogis tetap memiliki peran rasional. Salah satu versi paling menarik dari pendekatan yang dikenal sebagai "rasionalisme sederhana" ini dikembangkan oleh Scott Brewer. Namun, cikal bakal gagasan Brewer dapat ditelusuri dalam analisis Lord Diplock dalam perkara *Dorset Yacht*.

Lord Diplock mengemukakan model penalaran analogis dalam dua tahap. Pertama, dengan berpedoman pada konsepsi normatif umum, pengadilan mengidentifikasi kesamaan substansial antara perkara yang sedang diperiksa dan perkara-perkara sebelumnya yang telah diputus. Melalui refleksi terhadap perkara-perkara tersebut, dan sekali lagi dengan bimbingan prinsip-prinsip umum, pengadilan berupaya merumuskan suatu aturan yang mencerminkan tugas dan hubungan hukum yang telah diakui dalam putusan-putusan sebelumnya. Proses ini mungkin melibatkan pengembangan atau modifikasi terhadap aturan yang secara ideal dapat dirumuskan oleh pengadilan, seandainya tidak dibatasi oleh konteks kasus konkret yang sedang diperiksa.

Tahap kedua melibatkan penerapan aturan tersebut terhadap kasus yang sedang diperiksa. Pengadilan kemudian menentukan apakah kasus tersebut mengandung ciri-ciri relevan sebagaimana ditentukan oleh aturan tersebut. Jika ya, maka kasus dianggap berada dalam cakupan aturan tersebut; jika tidak, maka penerapan aturan dan analoginya tidak dapat dibenarkan. Scott Brewer menyempurnakan pendekatan Lord Diplock dalam dua aspek utama. Pertama, ia memecah tahap pertama menjadi dua subtahap, sehingga keseluruhan proses terdiri atas tiga tahap. Kedua, ia menggantikan model induktif yang digunakan Diplock dengan pendekatan *abductif* (penculikan).

Pada subtahap pertama, penalar mengidentifikasi secara *abductif* suatu "aturan penjamin analogi" yang tersirat dari rangkaian putusan yang telah diambil. Pada tahap berikutnya, aturan tersebut dievaluasi dengan mempertimbangkan berbagai "alasan penjamin analogi" alternatif yang dapat digunakan untuk membenarkan atau menolak aturan tersebut. Proses evaluatif ini dapat berujung pada penyesuaian atau bahkan penolakan terhadap aturan awal, dan digantikan dengan versi aturan baru yang dinilai lebih tepat. Evaluasi terus dilakukan hingga ditemukan aturan yang benar-benar dapat membenarkan perlakuan terhadap perkara-perkara tersebut sebagai relevan dan serupa secara hukum. Setelah aturan yang sah secara normatif telah ditetapkan, penalaran kemudian berlanjut ke tahap akhir, yakni penerapan aturan tersebut terhadap kasus *sub judice*.

Menurut Brewer, meskipun aturan memiliki peran penting dalam proses penalaran analogis, penalaran ini tidak dapat direduksi menjadi penalaran deduktif murni. Namun, ia juga menolak anggapan bahwa penalaran analogis merupakan bentuk yang *sui generis* atau bersifat "mistis." Penalaran analogis, dalam pandangan Brewer, tunduk pada disiplin rasional yang lazim dikenal meskipun kompleks, dan merupakan "rangkaiannya berpola dari berbagai proses penalaran." Kendati demikian, Brewer mengakui bahwa tahap awal penalaran *abductif* mengandung unsur "momen imajinatif yang tak terhindarkan dan tidak dapat dikodifikasi."

Penjelasan Brewer ini mencerminkan bentuk rasionalisme aturan yang sederhana dan non-skeptis, karena ia tetap mengakui pentingnya serta validitas rasional dari momen abductif. Brewer menentang pandangan skeptis yang menilai bahwa penalaran analogis tidak memiliki fondasi rasional, dengan menyatakan bahwa inisiatif penalaran tersebut justru terletak pada proses rasional penculikan aturan dari kasus-kasus yang telah terbukti sebagai analog. Namun demikian, posisi rasionalisme aturan Brewer tidak sepenuhnya stabil. Jika ia menerima argumen dari teori relevansi beserta implikasinya, maka ia harus mengakui bahwa momen abductif bersifat sepele. Dalam pandangan ini, tidak dibutuhkan imajinasi atau kemampuan intelektual yang luar biasa, maupun kekuatan diskriminatif yang khusus, untuk menghasilkan kandidat aturan yang akan dievaluasi pada tahap selanjutnya.

Argumen relevansi menyiratkan bahwa kasus-kasus hanya memperoleh makna normatif melalui aturan yang memberikan signifikansi pada kesamaan di antara mereka. Dengan demikian, seluruh proses dalam menentukan kasus mana yang analog dengan yang lain, dan dalam aspek apa, sebenarnya terjadi pada tahap evaluatif berdasarkan alasan-alasan yang menjamin analogi yakni, teori-teori normatif. Bahkan ketika suatu aturan gagal dikonfirmasi dan para penalar harus mengajukan alternatif lain mereka tetap akan beralih pada aturan baru, bukan kepada kasus-kasus itu sendiri. Dalam kerangka argumen relevansi, kasus-kasus tidak memiliki daya tekan independen dan tidak dapat berkontribusi secara langsung terhadap proses penalaran.

Konsekuensinya, jika Brewer tetap menerima struktur tersebut, maka penjelasan yang ia ajukan akan runtuh ke dalam bentuk skeptisisme yang justru ingin ia hindari. Satu-satunya jalan keluar adalah dengan meninjau ulang komitmennya terhadap argumen relevansi beserta implikasi normatifnya. Jika tahap abductif memang mengandung kontribusi intelektual yang signifikan, maka hal tersebut menjadi alasan kuat untuk menolak pandangan bahwa kriteria relevansi secara konstitutif dan normatif mendahului proses penalaran analogis.

Penolakan terhadap pandangan tersebut membuka peluang untuk menggali lebih lanjut apa yang sesungguhnya terjadi pada tahap abductif. Walaupun Brewer menyebut tahap ini sebagai abduksi, penulis menawarkan alternatif penjelasan yang sekaligus menolak kerangka tiga tahap yang diajukan Brewer. Namun, sebelum sampai ke sana, penulis terlebih dahulu akan menjelaskan bentuk skeptisisme “rasionalisme aturan” terhadap penalaran analogis itu sendiri.

C. Aturan, Penilaian, dan Ketidakmampuan Rasionalisme-Aturan

Para skeptis menggunakan argumen relevansi untuk mendukung prioritas konstitutif, normatif, dan epistemologis aturan atas contohnya, dan karenanya perlunya aturan untuk penalaran analogis. Pertimbangkan terlebih dahulu klaim prioritas epistemik yaitu, pandangan bahwa tidak ada yang dapat dijadikan contoh kecuali beberapa aturan digunakan untuk memilih fitur yang membuatnya menjadi contoh.

Tentu saja, jika klaimnya adalah bahwa seseorang yang ingin mengikuti contoh harus memiliki aturan yang dirumuskan secara eksplisit, klaim itu jelas salah. Sebagian besar kehidupan kita, sejak usia dini, dipandu oleh aturan, tetapi kita jarang menggunakan aturan yang eksplisit. Memang, kita akan kesulitan untuk membuat aturan yang konon membimbing

kita menjadi eksplisit. Ada berbagai cara untuk menghindari cacat awal ini, tetapi tesis prioritas epistemik menghadapi masalah kedua dan lebih dalam, yang dicatat oleh Kant, Lewis Carroll, dan banyak lainnya.

Penganut rasionalisme aturan berpendapat bahwa tidak mungkin untuk menilai satu kasus yang relevan serupa dengan kasus lain tanpa panduan aturan yang menempatkannya di bawah beberapa kategori atau deskripsi: Kita dapat menilai mereka secara relevan serupa hanya jika mereka adalah contoh dari aturan atau konsep yang sama. Namun, pada kenyataannya yang terjadi adalah sebaliknya. Adalah mungkin untuk mengidentifikasi sesuatu sebagai contoh dari aturan atau konsep hanya jika seseorang menilai bahwa itu relevan serupa dengan kasus-kasus yang sudah termasuk dalam aturan tersebut, dan itu hanya mungkin jika pada suatu titik dimungkinkan untuk menilai kasus-kasus sebagai relevan serupa tanpa mengacu pada aturan mediasi.

Jika setiap penilaian tersebut mengandaikan aturan untuk membimbingnya, kita akan terperangkap dalam kemunduran tak terbatas. Berikut adalah bentuk umum dari argumen tersebut: Tidak ada penerapan aturan eksplisit pada kasus tertentu, tidak ada penerapan konsep, yang mungkin tanpa menggunakan apa yang disebut Kant sebagai kekuatan penilaian, kekuatan yang menentang artikulasi eksplisit. Jika kita bersikeras bahwa penilaian itu sah (dibimbing secara rasional) hanya berdasarkan pemahaman seseorang terhadap aturan yang menjembatani, maka kita menghadapi masalah yang sama berkenaan dengan penerapan aturan yang menjembatani.

Aturan tersebut pada gilirannya memerlukan penerapan penilaian, yang, jika keabsahan penilaian semata-mata bergantung pada aturan untuk membimbingnya, mengajukan aturan lain yang pada gilirannya memerlukan penerapan penilaian lebih lanjut, dan seterusnya. Jika setiap penerapan penilaian memerlukan aturan, maka bukan hanya penilaian yang mustahil, tetapi juga aturan dan penalaran. Tuntutan akan aturan untuk menjembatani semua celah tersebut langsung membawa kita ke dalam kemunduran tak terbatas yang ganas. Tuntutan inilah mantra Kura-kura yang mendorong Achilles Lewis Carroll ke dalam keputusasaan. Jadi, tidak mungkin ada aturan, panduan sejati untuk berpikir atau bertindak, kecuali pada suatu titik ada penerapan penilaian yang tidak sesuai aturan, meskipun bertanggung jawab secara normatif. Namun, kapasitas yang sama yang diandalkan untuk menerapkan aturan dan konsep terlibat dalam mengikuti contoh yaitu, dalam mengidentifikasi sesuatu sebagai contoh dan mengenali kasus lain sebagai analognya.

Penganut rasionalisme aturan berpendapat bahwa adalah mungkin untuk mengenali satu kasus sebagai analogi dari kasus lain hanya melalui pengenalan aturan, dan dengan demikian penalaran analogis tentu saja bersifat entimematik. Namun dogma penganut rasionalisme aturan ini sekarang dapat dilihat sebagai kasus khusus dari tuntutan Kura-kura yang tidak koheren. Kita tidak dapat menerima bahwa penalaran analogis tentu saja melibatkan entimem tanpa memicu mesin kemunduran yang ganas.

Tesis konstitutif dan normatif kaum rasionalis-aturan kini juga tampak rentan. Kita telah mencatat bahwa tesis-tesis ini tidak mengikuti argumen relevansi, dan kini kita melihat bahwa kita harus meninggalkan gagasan bahwa setiap pelaksanaan penilaian yang melibatkan

penerapan aturan dan penalaran analogis tentu saja bersifat entimematik. Tidak jelas alasan lebih jauh apa yang kita miliki untuk berpegang teguh pada dogma kaum rasionalis-aturan, dan ada alasan yang baik untuk menolaknya. Pertama, tesis normatif atau justifikasi tampaknya bertumpu pada deduksi sebagai paradigma penalaran justifikasi.

Namun, hal ini membingungkan argumen deduktif dengan penalaran yang masuk akal. Dengan mengikuti aturan deduksi, seseorang mungkin dapat menunjukkan bahwa A mensyaratkan B, tetapi, tentu saja, kebenaran ini tidak mengikat siapa pun pada kebenaran B, dan mungkin merupakan kegilaan belaka untuk menerima B, atau bahkan dengan serius mempertimbangkannya. Niels Bohr dilaporkan telah menegur rekan-rekan fisikawannya yang mempercayai argumen yang murni formal atau matematis:

"Tidak, tidak, Anda tidak berpikir; Anda hanya bersikap logis." Berpikir atau penalaran yang masuk akal secara kritis mempertimbangkan premis-premis argumen yang valid berdasarkan kesimpulan-kesimpulan yang secara logis mengikuti darinya dan argumen-argumen serta alasan-alasan lebih lanjut yang berhubungan dengannya, dan menilai apa yang harus dipercaya berdasarkan penilaian keseluruhan. Keluaran dari penalaran yang masuk akal adalah produk dari penilaian semua pertimbangan yang relevan ini berdasarkan hubungan-hubungan logisnya.

Pembenaran tidak dapat dengan masuk akal dimodelkan sebagai masalah yang benar-benar top-down. Kedua, model top-down gagal khususnya sebagai karakterisasi penalaran analogis. Karena dalam penalaran tersebut, kasus-kasus dan hubungan-hubungan di antara mereka memberikan pengaruh atas aturan-aturan atau prinsip-prinsip yang mungkin diartikulasikan untuk menangkap signifikansinya, sebagaimana upaya-upaya untuk mengartikulasikan alasan-alasan yang berlaku dalam penalaran dari satu kasus ke kasus lain dapat memengaruhi apa yang kita anggap sebagai kesamaan-kesamaan yang relevan. Dworkin mengklaim bahwa analogi tanpa teori adalah buta, tetapi biasanya kebalikannya setidaknya sama benarnya. Artinya, dalam penalaran analogis dalam hukum, tidak ada prioritas absolut kasus terhadap proposisi umum atau sebaliknya.

Hal ini khususnya bermasalah bagi para rasionalis aturan yang, seperti Dworkin, cenderung lebih menyukai prinsip daripada aturan sebagai faktor pembuat analogi yang diperlukan. Prinsip berbeda dari aturan dalam banyak hal, mungkin, tetapi hanya dua perbedaan yang menarik perhatian kita di sini: (1) Prinsip memiliki, tetapi aturan tidak memiliki, dimensi bobot praktis atau moral; dan (2) prinsip pada dasarnya bersifat terbuka. Tak satu pun dari fitur ini menyediakan cara untuk lolos dari kemunduran tak terbatas dan bahkan mungkin membawanya lebih cepat. Dimensi bobot tidak relevan dengan pertimbangan saat ini, karena ini adalah masalah kekuatan praktis suatu standar relatif terhadap pesaing, tetapi menentukan cara mengambil kasus tertentu sebagai contoh adalah masalah menentukan ruang lingkup proposisi umum, bukan kekuatannya relatif terhadap standar yang bersaing.

Demikian pula, jika prinsip bersifat terbuka dalam arti bahwa prinsip tersebut dapat dikesampingkan dalam keadaan tertentu oleh prinsip lain masalah cakupan prinsip tersebut belum dibahas, hanya bobot relatifnya. Atau, kita dapat menganggap sifat terbuka tersebut sebagai masalah proposisi normatif umum yang menggabungkan sesuatu seperti klausa

ceteris paribus. Namun, kita tidak dapat lagi mengklaim prioritas normatif atau konstitutif untuk prinsip yang dipahami demikian, karena prinsip tidak dapat memberi tahu kita kapan kasusnya "paribus" atau tidak; itulah tugas kasusnya. Kita mungkin sebaiknya melihat prinsip ceteris paribus hanya sebagai pekerjaan yang sedang berlangsung, perkiraan aturan yang dapat menyelesaikan tugas tersebut. Namun, pandangan itu konsisten dengan konsepsi klasik tentang penalaran analogis dalam hukum. Jika rute ini diambil, sengatan skeptisisme rasionalis aturan telah ditarik. Saya menyimpulkan bahwa skeptisisme rasionalisme aturan tentang penalaran analogis dalam hukum tidak beralasan, tetapi konsepsi klasik masih perlu dipertahankan. Waktunya telah tiba untuk beralih ke tugas menawarkan penjelasan konstruktif tentang cara berpikir dan penalaran ini.

4.4 PEMIKIRAN ANALOGI DALAM HUKUM

A. Dua Tingkat

Saya berpendapat bahwa baik partikularisme maupun rasionalisme-aturan gagal menjelaskan sifat dan peran penalaran analogis dalam hukum. Di antara alasan kegagalan mereka adalah kenyataan bahwa kedua upaya tersebut gagal mengenali sepenuhnya kompleksitas pemikiran analogis dalam hukum. Partikularisme tidak memberi ruang bagi pengaruh batasan berprinsip yang lebih luas pada penalaran analogis, sementara rasionalisme-aturan tidak dapat membenarkan suatu bentuk penalaran yang tidak bergantung langsung pada aturan atau prinsip. Langkah pertama menuju penjelasan yang lebih memadai adalah membedakan dua tingkat pemikiran analogis dalam hukum dan mengenali saling ketergantungan mereka. Saya menyebut tingkat dasar penalaran analogis.

Pada tingkat ini, analogi yang kredibel diidentifikasi dan kesimpulan dibuat berdasarkan analogi tersebut. Di luar ini adalah tingkat reflektif yang melibatkan penilaian analogi. Pada tingkat ini, kesimpulan dan penilaian analogis dievaluasi berdasarkan prinsip hukum (dan mungkin moral) yang lebih luas. Meskipun pemikiran analogis dalam hukum dapat berjalan secara berurutan melalui tingkat-tingkat ini, kita tidak boleh menganggapnya sebagai tahap-tahap yang harus dilalui oleh semua pemikiran analogis, tetapi sebagai jenis penalaran yang berbeda namun saling bergantung yang terkadang dapat berlangsung hampir bersamaan. Namun, terkadang, para penalaran hukum mungkin tidak merasa perlu untuk mengerjakan tugas tingkat kedua, dan terkadang mereka mungkin benar. Dalam kasus-kasus ini, untuk semua tujuan praktis, pekerjaan penalaran hukum selesai ketika penalaran analogis menghasilkan peningkatannya.

Jadi, ada dua hal yang membedakan penjelasan saya tentang dua tingkat dari penjelasan Brewer tentang tiga tahap. Pertama, penjelasan saya tentang sifat penalaran analogis (yaitu, pemikiran analogis tingkat dasar) berbeda secara signifikan dari penjelasannya. Ini seharusnya sudah jelas sekarang. Kedua, berdasarkan penjelasan yang akan saya bela, penalaran analogis dan penilaian analogi saling bergantung; keduanya bekerja sama. Refleksi pada tingkat penilaian analogi berfokus pada penyampaian dari tingkat dasar, penyampaian yang sampai pada tingkat reflektif dengan prasangka (meskipun dapat dibantah) yang menguntungkannya. Pada saat yang sama, prinsip dan perhatian yang berlaku pada tingkat

penilaian membentuk konteks tempat penalaran analogis beroperasi, dan mereka mendukung kendala struktural padanya. Sebaliknya, menurut Brewer, tahap kedua, "konfirmasi," mendominasi proses penalaran teladan selama ia merangkul argumen relevansi. Saya membahas saling ketergantungan kedua tingkat ini di bawah ini, tetapi pertama-tama kita harus menjelaskan sifat penalaran analogis tingkat dasar.

B. Pemikiran Analogi Tingkat Dasar

Penalaran analogi tidak hanya terbatas pada hukum; memang, ada kesadaran yang berkembang di kalangan ilmuwan kognitif bahwa penalaran analogi terletak di jantung kognisi manusia. Penalaran analogi dalam praktik hukum umum merupakan bentuk khas yang dilembagakan dari aktivitas kognitif dasar ini. Sebelum beralih ke fitur khususnya, saya ingin mempertimbangkan secara singkat beberapa fitur penalaran analogi secara umum.

Penalaran analogi adalah proses dinamis pembentukan analogi diskursif yaitu, membentuk penilaian tentang relevansi yang kuat dari persamaan dan perbedaan dan menarik kesimpulan dari penilaian ini. Izinkan saya menguraikan karakterisasi ringkasan penalaran analogi ini. Saya mulai dengan dua poin awal. Pertama, penalaran analogi bukanlah bentuk argumen, seperti *modus ponens* atau *reductio ad absurdum*, tetapi lebih merupakan mode penalaran dinamis yang bergantung pada, dan dibangun di atas, kompetensi dan protokol pemikiran yang mendasar bagi kognisi. Dalam hukum, penalaran ini paling baik dicirikan bukan sebagai bentuk argumen (struktur argumen formal) tetapi sebagai cara argumentasi yang kompleks.

Kedua, meskipun aturan tidak diperlukan, konteks diperlukan. Pembentukan analogi bukanlah masalah penerapan aturan pada suatu contoh tetapi lebih pada menempatkan sesuatu pada tempatnya dalam konteks yang masuk akal dan masuk akal, seperti menempatkan potongan ke dalam teka-teki gambar. Pembentukan analogi adalah salah satu bentuk pengenalan pola. Namun, hal itu bukan sekadar kecenderungan untuk merespons rangsangan lingkungan secara berbeda dengan cara yang biasa; melainkan, hal itu adalah bentuk berpikir, proses inteleksi, yang dimainkan dalam berbagai cara, mulai dari mendengarkan lelucon hingga improvisasi jazz, dari mengenali saudara laki-laki teman hingga memahami suatu konsep, dari menulis puisi hingga berdebat dalam kasus hukum yang diperebutkan, dan seterusnya.

Semua jenis tersebut memerlukan sumber daya dan kompetensi kognitif tertentu, meskipun kecanggihan dan kejelasannya sangat bervariasi. Sumber daya dan kompetensi ini meliputi fokus, kerangka, kontras, konsiliensi, dan revisi. Pembentukan analogi memerlukan fokus, kemampuan mengabaikan beberapa detail dan memperhatikan yang lain. Fokus adalah produk dari kerangka kognitif seseorang. Kerangka dibentuk oleh rasa pengenal tentang titik pencarian pola atau analogi, dan kendala yang menyertainya pada pencarian ini.

Bersama-sama, keduanya memicu kecenderungan berdasarkan pengalaman tertentu untuk mencari hal-hal tertentu dan mengabaikan yang lain. Kerangka dan fokus menunjukkan konteks yang sebanding. Bekerja dalam konteks ini, para kognisi menyempurnakan pemahaman mereka terhadap objek perhatian mereka dengan dua alat, dua kompetensi fundamental: kontras dan konsiliensi.

Kontras sangat penting bagi kognisi. Tidak ada filsuf yang memahami hal ini lebih baik, atau memanfaatkannya lebih mendalam, daripada Hegel, tetapi poin dasarnya sama familiarnya dengan fundamentalnya. Untuk memahami sesuatu yang bermakna berarti mengenali batasan atau determinasinya. Ini mengandaikan konteks di mana ia dapat dibedakan. Konteks tidak bisa hanya berupa latar belakang cahaya yang tidak pasti; ia harus diisi oleh elemen-elemen lain yang relatif pasti dan kontras semakin tajam garis luarnya, semakin pasti fitur-fiturnya.

Kontras juga sering kali berbentuk ketidaksesuaian atau konflik. Ketidaksesuaian adalah dorongan paling mendasar bagi integrasi kognitif dan konsiliasi. Integrasi memerlukan pencarian dasar untuk membedakan elemen-elemen dalam bingkai yang benar-benar berbeda, dan memperhitungkan perbedaan itu, dan menyatukan elemen-elemen yang dapat dijalin menjadi jalinan konsonan. Akhirnya, kita harus mencatat bahwa kemajuan kognisi dalam memahami pola atau analogi tidaklah linear, tetapi siklus dan dinamis, yang melibatkan usulan, evaluasi, revisi, dan usulan baru yang pada akhirnya mengarah (seringkali secara instan, tentu saja) ke beberapa tingkat keseimbangan. Gambaran teka-teki gambar, dengan demikian, menyesatkan, karena potongan-potongan yang kita masukkan ke dalam konteks makna tidak sepenuhnya sudah dipotong sebelumnya, dan begitu pula tempat di mana mereka harus dimasukkan. Penyesuaian dan pembentukan melibatkan penyesuaian bersama.

Ketika ilmuwan kognitif memodelkan proses berpikir analogis, mereka membedakan empat komponen proses: pengkodean, pengambilan, pemetaan, dan evaluasi. Awalnya analog target dikodekan: Fitur-fitur yang menonjol diidentifikasi (isyarat diambil), kemudian pencarian analog sumber dilakukan (pengambilan). Profil analog target, meskipun tentatif dan dapat direvisi, diperlukan untuk memandu pencarian pengambilan. Pengambilan dibantu baik oleh pengkodean awal maupun oleh fakta bahwa memori cenderung diatur menjadi "berkas" dengan tajuk utama.

Kedua proses tersebut sangat dipengaruhi oleh konteks, terutama oleh pengertian penganalogi tentang titik pencarian analogi dan konteks penggunaannya. Setelah kandidat analog sumber diambil, fitur-fitur sumber dipetakan ke fitur target, dan hasilnya dievaluasi untuk kesesuaian yang dekat (relatif terhadap batasan konteks). Evaluasi mengonfirmasi analogi, menolaknya, atau memaksakan pengambilan dan pemetaan lebih lanjut. Proses penyandian dan pengambilan awal menghasilkan konteks yang sebanding, menemukan penilaian relevansi ambang batas persamaan dan perbedaan. Ini kemudian diuji dalam tahap pemetaan dan evaluasi, yang dapat memerlukan revisi dan penyempurnaan dalam proses yang dinamis.

Akhirnya, dalam keseimbangan, penilaian relevansi yang kuat dan inferensi analogis terbentuk. Model ini membantu sejauh ini, tetapi model ini mengabaikan satu fitur penting dari penalaran analogis: Model ini melibatkan pembuatan dan penilaian penilaian relevansi dan kesimpulan yang diambil darinya. Ini memerlukan dua dimensi penting lebih lanjut dari proses yang tidak sepenuhnya ditangkap dalam model di atas.

Pertama, proses penalaran yang dengannya penilaian dibentuk tentu saja normatif. (Ini tidak berarti bahwa proses ini tentu saja membahas masalah tindakan atau kebijakan normatif

tidak terbatas pada domain praktis.) Akar pemikiran di sini adalah gagasan Kant yang mendasar bahwa penilaian adalah aktivitas yang menjadi tanggung jawab para penilai, dan menganggap diri mereka sendiri. Ketika mereka terlibat dalam penalaran analogis, para hakim tidak sekadar menanggapi secara teratur, andal lingkungan mereka, tetapi tanggapan mereka justru menunjukkan kepatutan dalam praktik mereka.

Perbedaan dianggap sebagai kesalahan, bukan anomali. Dalam membuat penilaian, para hakim menjamin kebenaran penilaian mereka. Tentu saja, kebenaran penilaian mereka tidak dapat dibentuk oleh komitmen mereka terhadap penilaian tersebut; karena dengan demikian tidak ada perbedaan antara yang tampak benar dan yang benar, dan tanpa itu tidak akan ada kesalahan yang mungkin terjadi, dan tanpa kemungkinan kesalahan, gagasan normatif tentang kebenaran kehilangan isinya.

Jadi, dalam menjamin kebenaran penilaian mereka, para hakim membuat diri mereka sendiri rentan untuk ditantang. Tuntutan atas dasar penilaian mereka, atas alasan penilaian mereka, adalah wajar. Jadi, penilaian membutuhkan alasan dan mampu berfungsi sebagai alasan untuk penilaian lainnya, dan para hakim dianggap dan menganggap diri mereka sendiri sebagai makhluk yang mampu memberi, meminta, dan ditantang untuk memberi alasan.

Fakta ini memiliki dampak penting pada proses pembentukan analogi: Bagi makhluk semacam ini, pembentukan analogi adalah proses memasukkan respons ke dalam jaringan alasan yang digunakan untuk membenarkan keyakinan, klaim, dan keputusan. Dengan kata lain, pembentukan analogi bagi mereka pada dasarnya adalah proses diskursif. Konteks yang penting bagi pembentukan analogi adalah jaringan diskursif. Ini adalah dimensi penting kedua dari proses penalaran analogis.

Jadi, konteks di mana penalaran analogis bekerja bukan sekadar sekumpulan objek atau contoh, tetapi jaringan contoh yang dihubungkan oleh hubungan inferensial, alasan yang mendukung, menyempurnakan, menguraikan alasan lain dan didukung, dibatasi, atau diuraikan oleh alasan lain. Proses penalaran analogis melibatkan identifikasi konteks yang tepat untuk kasus yang sedang dihadapi (bandingkan: "pengodean" dan "pengambilan") dan kemudian menemukan kasus itu dalam jaringan inferensialnya (bentuk diskursif dari "pemetaan" dan "evaluasi").

Upaya menemukan analog target dalam konteks pembandingnya memanfaatkan perangkat kontras dan konsiliasi yang sangat diperlukan, yang di sini mengambil karakter diskursif yang khas. Mereka menelusuri kompatibilitas dan ketidaksesuaian penilaian dan alasan untuknya, menarik hubungan yang masuk akal dan membedakan kasus yang tidak sesuai; mereka mengerjakan implikasi dan menentukan apakah mereka dapat berdiri bersama dengan komitmen lain dalam jaringan. Semua ini terjadi dalam proses dinamis yang bekerja menuju keseimbangan pembuatan makna.

Hanya melalui penelusuran hubungan dan kontras yang membentuk alasan dan mendukung penilaian inilah konten analog tertentu terbentuk. Untuk memahami signifikansi normatifnya, maknanya sebagai contoh, tidak selalu melibatkan pemahaman beberapa proposisi umum yang menjadi contohnya, tetapi pada dasarnya melibatkan pemahaman yang masuk akal (meskipun terbatas) tentang lokasinya dalam jaringan alasan ini dan kemampuan

(dalam batasan) untuk menyusun implikasinya.

Selain itu, jaringan ini merespons secara dinamis terhadap penambahan kasus baru; karenanya, tidak pernah tetap untuk waktu lama. Singkatnya, memahami sesuatu sebagai contoh berarti menempatkannya dalam jaringan seperti itu dan menghargai kontribusinya terhadap gerakan dinamis yang terjadi dalam jaringan tersebut. Penjelasan teoritis tentang penalaran analogis biasanya bergantung pada gambaran menyesatkan tertentu dari proses yang dimaksud. Menurut gambaran argumen dari analogi ini, penalaran analogis berlangsung dalam dua langkah. Pertama, kesamaan yang relevan antara analog sumber dan target yang diusulkan diamati, dan kemudian kesimpulan ditarik dari sesuatu yang lebih jauh diketahui tentang analog sumber ke sesuatu yang sebelumnya tidak diketahui tentang analog target. Teori partikularis dan rasionalis aturan memiliki gambaran ini, hanya berbeda pada cara kesamaan awal ditetapkan.

Namun, gambaran ini menyesatkan. Secara tegas, tidak ada yang namanya argumen dari analogi, tetapi hanya penalaran dengan analogi, atau lebih tepatnya penalaran analogis. (Tentu saja, seperti yang saya katakan sebelumnya, sementara penalaran analogis bukanlah suatu bentuk argumen, itu adalah suatu cara argumentasi.) Penalaran analogis bukanlah proses linier tetapi lebih merupakan proses dinamis untuk menemukan kasus baru dalam jaringan inferensi; penalaran menelusuri kompatibilitas dan ketidaksesuaian alasan dan kesimpulan terjadi di seluruh proses. Jika kita memahaminya dengan cara ini, kita dapat menahan godaan untuk mereduksinya menjadi bentuk intuisi atau penerapan aturan belaka. Menilai relevansi (yang kuat) dari fitur-fitur tertentu dari suatu kasus bukanlah melaporkan penyampaian semacam wawasan, intuisi, atau persepsi khusus yang tak terlukiskan.

Melainkan, mendukung suatu putusan yang isinya diberikan oleh lokasinya di jaringan alasan yang mendukungnya dan yang didukungnya. Mengartikulasikan isi putusan yang relevansinya kuat berarti menunjukkan tempatnya di jaringan alasan yaitu, menawarkan alasan dan argumen lebih lanjut. Klaim kebenaran atau ketepatan putusan tersebut dituntaskan dengan tepat, dan hanya dapat dituntaskan, secara diskursif. Tentu saja, seseorang dapat mencoba untuk membuat eksplisit hubungan dan alasan yang didukung dan dimanfaatkannya, dan melakukannya dapat mengambil bentuk mengartikulasikan aturan atau prinsip umum (atau serangkaian aturan atau prinsip umum). Namun, hal ini akan selalu menjadi parasit pada aktivitas yang lebih mendasar, yaitu memahami hubungan dan perbedaan.

Seperti yang dikatakan Robert Brandom, mengartikulasikan aturan tersebut berarti mencoba mengatakan apa yang sedang kita lakukan, tetapi tindakan, penguasaan jaringan inferensial, yang secara konstitutif lebih dulu. Mengingat sifat dinamis dan terbuka dari proses penalaran analogis, tidak ada rumusan aturan yang dapat diharapkan untuk mencapai sesuatu yang lebih dari sekadar perkiraan yang berguna, untuk beberapa rentang waktu, dari signifikansi praktis kasus yang sedang dibahas. Selain itu, seorang pemikir yang memanfaatkan rumusan aturan yang eksplisit untuk memutuskan masalah baru harus bergantung pada penguasaan jaringan inferensial yang sama yang dimaksudkan untuk dibuat eksplisit oleh aturan tersebut.

Konten dan signifikansi normatif aturan, seperti konten contoh, ditetapkan oleh jaringan ini. Ini bukan berarti menyangkal bahwa mencoba membuat produk penalaran analogis kita menjadi eksplisit adalah tugas penting. Melakukan hal itu akan membuat produk tersebut menjadi bahan refleksi kritis dari sudut pandang yang berbeda yang dapat mengoreksi dan menyempurnakan penalaran analogis kita. Dalam hukum, ini adalah tugas penilaian analogi, pemikiran analogis tingkat kedua. Ini adalah bagian penting dari proses pemikiran analogis dalam hukum, tetapi penting untuk diingat bahwa aktivitas reflektif dan kritis ini mengandaikan integritas rasional independen dari proses penalaran analogis.

C. Penalaran Analogi dalam Hukum: Prosesnya

Dalam praktik hukum, penalaran analogis dilembagakan secara khusus, mencerminkan pokok bahasan yang spesifik, peran sosial yang khas, dan bentuk institusionalnya. Meskipun memiliki ciri khas tersendiri, penalaran analogis dalam hukum tetap mempertahankan semua elemen mendasar yang telah diidentifikasi sebelumnya, yakni konteks, kerangka, dan fokus. Ketiga elemen ini diilustrasikan secara tajam oleh Karl Llewellyn yang menyatakan:

“Tidak ada kasus yang dapat memiliki makna secara berdiri sendiri. Jika terlepas dari konteksnya, penalaran analogis tidak akan memberi petunjuk apa pun mengenai sejauh mana penalaran tersebut memiliki daya pengaruh atau relevansi. Hal yang krusial, yang memberikan arah dan kepastian, adalah keberadaan latar belakang berupa kasus-kasus lain yang berkaitan dengan kasus yang sedang dianalisis. Latar belakang tersebut memengaruhi makna bahasa serta istilah teknis yang digunakan dalam putusan. Lebih dari itu, penalaran analogis memungkinkan kita mengidentifikasi fakta mana yang penting, dalam aspek apa fakta tersebut signifikan, serta seberapa kuat daya normatif aturan yang ditetapkan.”

Dengan demikian, penalaran analogis dalam hukum tidak hanya bergantung pada kemiripan antar-kasus secara permukaan, tetapi juga pada struktur konseptual yang membentuk makna dan kekuatan normatifnya dalam jaringan preseden yang relevan. Poin Llewellyn berlaku untuk semua penalaran dalam hukum umum, tetapi khususnya untuk penalaran yang melibatkan upaya untuk memahami ruang lingkup dan dampak keputusan hukum umum. Penalaran analogis, yang berupaya menentukan signifikansi keputusan yang diambil sebagai contoh, dimulai dengan menempatkan kasus yang diberikan dalam konteks hukum dan pengambilan keputusan, dan dari sana berupaya untuk mencari tahu makna praktisnya.

Hal ini memerlukan pengodean kasus yang diberikan dan pengambilan kasus lain yang mungkin terkait. Untuk mengodekan kasus yang diberikan, perlu memiliki beberapa pemahaman tentang domain hukum tempat kasus tersebut berada, dan narasi fakta harus diberikan bentuk yang familier. Hal ini sering terjadi secara alami, hampir otomatis, bagi para pengacara dan hakim yang terlatih, yang, seperti yang dikatakan Llewellyn, "dikondisikan oleh hukum," melihat "makna melalui kacamata hukum."

Kasus-kasus yang dikodekan memicu pengambilan kembali serangkaian kasus yang hampir serupa, yang membangun konteks pembandingan. Namun tentu saja, seperti yang dijelaskan oleh komentar Llewellyn, kita mungkin juga dapat mengatakan dengan tepat bahwa konteks pembandingan memberi tahu hakim atau pengacara (atau mahasiswa hukum) tentang

pola fakta-fakta penting dalam kasus yang sedang dihadapi. Proses-proses intelektual ini tidak dapat dipisahkan; mereka sangat saling bergantung dan bergerak secara siklus daripada linier.

Selain itu, dalam proses mengidentifikasi konteks perbandingan ini, alat-alat penalaran analogis yang khas, kontras dan konsonan, sudah digunakan. Setelah konteksnya ditetapkan, alat-alat ini menjadi lebih penting. Tugas penalaran hukum adalah untuk mengeksplorasi hubungan dan perbedaan, alasan yang mendukung penanganan kasus yang sedang dihadapi sebagai kasus yang serupa dengan anggota tertentu dari konteks yang sebanding, alasan yang menghalangi penanganan kasus tersebut sebagai kasus yang serupa dengan kasus lainnya, dan implikasi dari masing-masing kasus.

Dalam hukum, penyelidikan ini biasanya terstruktur sebagai eksplorasi analogi yang saling bersaing. Melalui persaingan ini, kasus yang sedang dihadapi ditempatkan dalam jaringan inferensial klaim, alasan, penilaian, dan keputusan yang sesuai. Seiring berjalannya waktu, terbentuklah pola yang masuk akal untuk menangani beberapa kasus dengan cara yang sama; panduan tindakan yang masuk akal pun muncul. Kasus-kasus tersebut tergolong dalam kelas kasus yang serupa karena jenis alasan yang mereka berikan untuk keputusan pengadilan, dan untuk tindakan pejabat dan warga negara yang berusaha mematuhi hukum, saling terkait dengan cara yang masuk akal secara praktis dan hukum.

Tujuannya, seperti yang dikatakan Chapman, adalah untuk memastikan bahwa semua alasan dalam beberapa area doktrinal kasus serupa memiliki hubungan rasional satu sama lain. Intinya bukan hanya bahwa kesimpulan hukum akhir "tampak tepat," tetapi lebih pada bahwa semua alasan di balik kesimpulan itu tampak tepat karena alasan tersebut terkait secara rasional dengan alasan kasus serupa lainnya, yaitu, alasan tersebut membentuk keseluruhan yang terintegrasi atau koheren di mana semua alasan lainnya berpartisipasi sebagai bagian.

Penting untuk dicatat bahwa tekanan rasional yang membentuk munculnya rasa kemiripan kasus-kasus ini berasal dari semua anggota kelas perbandingan kasar awal: kasus yang dinilai serupa dengan kasus saat ini, kasus yang dinilai tidak serupa dan "dibedakan" dalam proses, dan kasus saat ini itu sendiri. Konstruksi kelas kasus serupa adalah hasil dari semacam triangulasi di antara titik fokus ini. Jelas kasus preseden analog yang muncul memberikan pengaruh pada cara kasus saat ini dipahami, tetapi para pengacara sangat menyadari bahwa perbedaan tidak kalah pentingnya bagi proses tersebut. Perbedaan mengandaikan beberapa derajat kesamaan yang relevan (ambang batas); kasus-kasus yang menonjol merupakan anggota kelas perbandingan kasar awal.

Berdasarkan relevansi awal ini, kasus-kasus tersebut menghadirkan tantangan bagi penengah dan memberikan tekanan pada bentuk kelas "kasus-kasus serupa." Kekuatan hukumnya harus diakui, dan penyimpangannya harus dijelaskan. Dengan cara yang sama, kasus saat ini memberikan tekanan tersendiri. Kasus ini dapat mendesak pertimbangan ulang atas pandangan yang diterima tentang keunggulan atau pentingnya fakta-fakta dari kasus-kasus sebelumnya dan dengan demikian alasan-alasan yang menjadi dasar keputusan mereka. Inilah salah satu alasan mengapa para pengacara umum suka mengatakan bahwa aturan hukum dapat berubah saat diterapkan, bahwa hukum umum adalah "sistem klasifikasi yang bergerak."

Hal ini juga menjadi salah satu alasan mengapa mereka memandang bahwa perumusan aturan hukum secara eksplisit bersifat tentatif dan terbuka terhadap revisi, seiring dengan evaluasi lebih lanjut terhadap putusan-putusan sebelumnya beserta dasar-dasarnya. Aturan hukum, sejauh dapat dirumuskan, merupakan hasil dari proses penalaran tersebut, bukan prasyaratnya, dan oleh karena itu aturan selalu tunduk pada kasus-kasus konkret. Pada saat yang sama, kesimpulan-kesimpulan hukum termasuk hasil dari penalaran analogis dapat pula dipertanggungjawabkan secara normatif terhadap prinsip-prinsip umum dan keprihatinan moral yang muncul pada tingkat penilaian reflektif.

Seperti yang dijelaskan di sini, proses ini tampak rumit dan kompleks, tetapi seperti banyak proses kognitif lainnya, proses ini sering kali terpotong di beberapa bagian, dan diuraikan di bagian lain. Proses ini biasanya sangat terpotong dalam opini pengadilan yang dipublikasikan. Hal ini tidak mengherankan, karena opini pengadilan tidak hanya tunduk pada konvensi genrenya, tetapi juga hanya sebagian, yang paling terlihat di depan publik, dari proses pemikiran analogis yang dilembagakan dalam hukum. Proses tersebut tidak hanya berlangsung di kepala hakim (atau ruang sidang); proses tersebut dilembagakan dalam cara kerja forum publik.

Dalam proses penyelesaian suatu perkara, terdapat berbagai aktor yang berkontribusi secara signifikan. Misalnya, para pengacara memegang peranan penting dalam membentuk konteks pembedaan sebelum perkara diajukan ke pengadilan. Konteks ini kemudian diperdalam melalui proses pembelaan di pengadilan. Argumen yang diajukan di hadapan hakim mencerminkan dinamika persaingan antara analogi yang berbeda serta eksplorasi implikatif dari pemusatan perhatian pada kemiripan dengan sejumlah kasus sambil membedakan kasus lainnya melalui analisis forensik.

Putusan pengadilan yang dipublikasikan umumnya hanya merepresentasikan versi formal atau ringkasan dari proses penalaran kompleks ini, dan itu pun dalam bentuk yang sangat terbatas. Kendati demikian, sesekali kita dapat menangkap sekilas gambaran mengenai cara kerja aktual dari proses penalaran tersebut. Sebuah contoh ringkas dapat ditemukan dalam opini Hakim Cardozo dalam kasus *Hynes*, khususnya jika dibaca bersamaan dengan pendapat mayoritas Putnam dan pendapat berbeda Jaycox dari Divisi Banding sebelumnya. Ilustrasi yang lebih rinci dan kompleks tersedia dalam kasus *United States v. White*, melalui pendapat mayoritas yang disampaikan oleh Hakim White dan dissenting opinion dari Hakim Harlan.

Meskipun kasus ini terlalu kompleks untuk dijabarkan secara menyeluruh di sini, studi mendalam terhadap opini-opini tersebut yang ditulis dalam gaya yudisial yang sangat berbeda dapat memberikan gambaran konkret tentang bagaimana penalaran analogis berlangsung secara khas dalam praktik hukum umum (*common law*).

D. Penalaran Analogis dalam Hukum: Kendala

Seperti semua penalaran analogis, praktik penalaran analogis dalam hukum dibentuk dan dibatasi dengan cara-cara penting oleh konteksnya. Saya akan menyebutkan di sini lima kendala yang meluas. Pertama, penalaran analogis dalam hukum adalah penalaran yang membantu pertimbangan praktis dengan tujuan khusus yang dibentuk oleh konteks

kelembagaannya. Ia memiliki tujuan praktis khusus yang mencakup pembenaran atau pembenaran keputusan resmi dan panduan tindakan pejabat dan warga negara. Kami mengandalkan penalaran analogis untuk memberikan pembenaran atas keputusan hukum. Dan karena pembenaran tersebut harus bersifat publik, proses dan protokol musyawarah yang menjadi dasar pembentukannya juga harus bersifat publik. Selain itu, penalaran tersebut harus menghasilkan keputusan yang mampu memandu tindakan warga negara biasa.

Dengan demikian, golongan kasus serupa yang terungkap melalui proses penalaran analogis tidak hanya harus menarik, sugestif, atau menggugah, seperti metafora yang tepat, tetapi juga harus dapat dipahami secara praktis, pertama-tama bagi pembuat keputusan tetapi lebih penting lagi bagi mereka yang diharapkan untuk mengikutinya. Artinya, pola tersebut harus memproyeksikan pola yang dapat dipahami yang dapat diikuti oleh masyarakat luas. Dengan demikian, pola yang diidentifikasi oleh penalaran analogis harus masuk akal secara praktis bagi mereka yang diharapkan untuk mengikutinya dan bagi mereka yang diharapkan untuk menerima penerapannya sebagai pembenaran atas keputusan yang didasarkan padanya.

Kedua, disiplin hukum umum menjadikan penalaran praktis publik ini historis dengan mengikat pertimbangan dan pembenaran keputusan serta tindakan pada keputusan serta tindakan masyarakat di masa lalu. Keputusan serta tindakan masa lalu ini biasanya merupakan tindakan lembaga atau pejabat pemerintah yang bertindak atas nama masyarakat sebagai agennya, tetapi dapat juga merupakan tindakan warga negara jika dapat dipahami sebagai tindakan yang membawa makna normatif bagi masyarakat yang lebih luas tempat mereka menjadi anggotanya.

Sebagian besar, pengambilan keputusan hukum dan peradilan berlandaskan pada keputusan serta tindakan resmi di masa lalu, terutama yang tercatat dalam buku opini pengadilan. Serangkaian keputusan serta tindakan masa lalu ini mewakili stok atau "ingatan" tempat kandidat analogi diambil, tetapi juga kategori dan topoi dalam hal kasus yang saat ini sedang ditangani pengadilan dicirikan.

Dalam jaringan hubungan normatif tempat waktu dan praktik penalaran hukum telah menjalin keputusan-keputusan ini, kasus-kasus tertentu di pengadilan memperoleh makna sebagai contoh. "Dunia pointilis keputusan hukum umum" pada dasarnya bersifat historis. Penalaran analogis berdiri seperti Janus di ambang antara masa lalu dan masa depan, bertugas untuk mendasarkan keputusan pada kasus yang sedang dihadapi dengan melihat ke belakang ke bidang contoh yang telah kita pelajari dan ke depan ke jalur yang diproyeksikan ke masa depan.

Penalaran analogis melihat ke masa lalu tidak hanya untuk mencari bantuan, bimbingan, dan saran yang menarik, tetapi juga untuk arahan normatif, untuk komitmen yang memiliki implikasi untuk keputusan kasus yang sedang dihadapi dan untuk tindakan dan keputusan di masa depan. Ini bukan sekadar aspirasi; ini juga merupakan kendala signifikan pada penalaran analogis hukum umum. Kendala ketiga terletak pada sifat publik dan kolaboratif penalaran analogis dalam hukum. Kita dapat mengidentifikasi dua kendala terkait di sini. Pertama, meskipun hanya individu yang berpartisipasi dalam penalaran analogis,

individu-individu ini bertindak sebagai anggota kelompok, peserta dalam praktik sosial: dan bahkan ketika penalaran dilakukan, seolah-olah, di dalam kepala mereka sendiri, itu adalah versi internal dari usaha publik, interpersonal, dan eksternal yang pada dasarnya eksternal.

Mereka berunding, seperti yang dikatakan Hart, bukan hanya untuk kepentingan mereka sendiri, tetapi sebagai anggota dari keseluruhan yang lebih besar. Signifikansi normatif suatu kasus, "gaya gravitasinya," tidak terletak pada apa yang ditetapkan oleh satu hakim tertentu, tetapi pada apa yang diambil dalam komunitas hakim dan seterusnya. Doktrin diktum memastikan bahwa tidak ada keputusan hakim individu yang secara ipso facto berwibawa di luar kasus tertentu di hadapannya. Kedua, praktik penalaran praktis ini dilembagakan sebagai modus operandi forum publik. Penalaran hukum adalah argumen yang dibentuk oleh forum publik ini. Hal ini terbukti, misalnya, dalam penataan argumen dengan menghadirkan analogi yang bersaing. Fakta ini tidak hanya kebetulan dengan sifat proses penalaran; itu secara tegas menentukan sifatnya.

Kendala keempat terletak pada hukum substantif itu sendiri. Biasanya, kasus-kasus yang dibawa ke pengadilan untuk diputuskan sudah berada (mungkin dapat dibantah) dalam ranah hukum substantif yang relatif sempit (ranah kelalaian dalam perbuatan melawan hukum, misalnya, atau diskriminasi ketenagakerjaan, atau penjualan barang secara komersial). Pengodean awal kasus, melalui pembelaan, menetapkan ranah lokal. Ranah ini tidak hanya terdiri dari serangkaian keputusan yang tercatat tetapi juga serangkaian nilai atau standar yang didefinisikan secara luas yang dianggap wajar untuk dilayani oleh hukum dalam kasus-kasus tersebut. Lord Diplock menulis bahwa hakim "harus tahu apa yang dicarinya" ketika menempatkan kasus saat ini, dalam ranah kasus-kasus yang telah diputuskan dan "ini melibatkan pendekatan analisisnya dengan beberapa konsepsi umum tentang perilaku dan hubungan yang seharusnya menimbulkan kewajiban untuk berhati-hati."

E. Analogi dan Rasa Keadilan

Kendala terakhir terdiri dari fakta bahwa penalaran analogis dalam hukum beroperasi secara sub specie iustitiae - yaitu, ia dipandu oleh rasa keadilan konkret. Levi mengartikulasikan pertanyaan penataan penalaran analogis dalam hukum sebagai berikut: "Kapankah adil untuk memperlakukan kasus yang berbeda seolah-olah sama?" Rasa keadilan yang berlaku di sini sudah tidak asing lagi, tetapi sulit untuk dijelaskan. Para filsuf baru-baru ini hampir secara universal mengabaikannya, tetapi saya pikir mereka terlalu tergesa-gesa. Untuk memahami kendala penalaran analogis dalam hukum ini, kita harus menjawab dua pertanyaan. Apa pengertian keadilan yang berlaku di sini? Dan mengapa menganggapnya berlaku dalam penalaran analogis biasa dalam hukum? Pertimbangkan pertanyaan terakhir terlebih dahulu.

Setiap hakim atau pengacara didesak untuk menjelaskan kekuatan pendorong analogi, mereka menggunakan gagasan untuk memperlakukan kasus yang sama secara setara dan menguraikannya dalam istilah "keadilan," "kesetaraan," atau "keadilan dalam administrasi hukum." Tidak diragukan lagi ini sering kali hanya retorika pidato makan malam yang saleh, tetapi ini juga mencerminkan tuntutan penting dari aturan hukum. Kita menuntut keadilan dari lembaga sosial dan politik dasar kita, tetapi kita juga menyadari bahwa dalam kondisi modern kita sangat tidak setuju tentang apa yang dituntut keadilan. Aturan hukum membatasi

pelaksanaan kekuasaan politik pada aspirasi untuk menegakkan keadilan di mana keadilan masih banyak diperdebatkan.

Aturan hukum tidak dapat secara meyakinkan menjanjikan bahwa keadilan akan ditegakkan, tetapi aturan hukum menuntut semua pihak yang terikat untuk menegakkan hukum untuk bercita-cita mencapai tujuan tersebut, dan karenanya, mereka harus membingkai pengambilan keputusan mereka dalam parameter yang ditetapkan oleh gagasan keadilan. Aspirasi ini mengatur dan memberi bentuk pada pencarian analogi diskursif dalam hukum.

Namun, penalaran analogis yang persuasif tidak menjamin bahwa keputusan yang dihasilkannya adil. Memang, jika kita ingin memahami rasa keadilan yang bekerja dalam penalaran analogis dalam hukum, kita harus mengakui ruang logis antara makna normatif dari sebuah contoh dan membenaran hukum dan moral utamanya.

Ada dua alasan untuk mengakui ruang logis ini. Pertama, dalam banyak kasus, adalah mungkin untuk menentukan apa yang melibatkan tindak lanjut atau perluasan preseden, namun masih bertanya-tanya apakah tindak lanjut tersebut dibenarkan berdasarkan tujuan hukum atau moralitas yang lebih besar. Pertanyaan tentang membenaran ini diajukan pada tingkat penilaian analogi reflektif. Namun, rasa keadilan yang kita miliki saat ini membatasi pekerjaan pada tingkat penentuan analogi awal; ia membatasi dan memandu pencarian "kasus-kasus serupa." Kedua, keyakinan akan ketidakadilan yang dibuat dari perspektif yang lebih luas tidak selalu melemahkan penilaian tentang kesesuaian analogi pada tingkat yang lebih konkret.

Ini bukan karena penentuan analogi tidak dituntun oleh rasa keadilan, tetapi hanya karena rasa keadilan tersebut pada tingkat tertentu tidak bergantung pada prinsip-prinsip keadilan tertentu yang lebih luas. Pertimbangan tentang keadilan tingkat jalanan terkadang mempertahankan kekuatan moralnya (atau sebagian darinya) meskipun ada keberatan moral yang berat terhadap lembaga yang lebih besar yang tak terelakkan mereka layani. Bukan berarti semua taruhan tentang keadilan dibatalkan ketika kita dipaksa untuk bertindak di bawah lembaga yang tidak adil. Pertimbangan tentang keadilan sangat tangguh. Kita membutuhkan wawasan moral yang cermat untuk membedakan kasus-kasus yang benar-benar demikian dari kasus-kasus di mana buah dari pohon yang beracun juga sama-sama beracun. Rasa keadilan yang bekerja dalam penalaran analogis dalam hukum merupakan salah satu sumber daya yang mendanai wawasan moral ini.

Bagaimana kita mengkarakterisasi rasa keadilan ini? Sayangnya, upaya untuk menangkapnya telah terperangkap dalam dialektika yang tidak produktif antara dua penjelasan yang sama-sama tidak memuaskan tentang gagasan inti tentang memperlakukan kasus yang sama secara sama. Yang pertama mengklaim bahwa (sejenis) keadilan terletak pada konsistensi atau keseragaman perlakuan yang sederhana. Memperlakukan kasus yang sama secara sama hanya berdasarkan fakta bahwa kasus dan perlakuan tersebut sama dalam beberapa hal atau lainnya. Terkadang tindakan tersebut dikatakan "secara formal adil," karena, menurut pendapat tersebut, memperlakukan kasus yang sama adalah bentuk yang dianut oleh semua prinsip substantif keadilan, bahkan yang sangat berbeda.

Sebaliknya, beberapa orang berpendapat bahwa, jika keadilan bekerja dalam penalaran analogis, maka keadilan tersebut harus melayani beberapa prinsip keadilan tertentu. Dalam pandangan ini, memperlakukan kasus yang sama secara sama adalah tepat ketika prinsip keadilan yang benar menentukan kasus dan perlakuan yang relevan dan orang diperlakukan sebagaimana yang disyaratkan oleh prinsip tersebut. Tentu saja, jika dipahami dengan cara ini, persyaratan untuk memperlakukan kasus yang sama secara sama tidak menambah apa pun pada prinsip keadilan dan tidak berlaku jika tidak ada. Ini adalah prinsip yang kosong.

Pandangan sebelumnya jelas tidak dapat diterima. Keseragaman perilaku tidak selalu adil: Sebagian orang tidak adil secara seragam dan sebagian lagi tidak adil maupun tidak adil. Keseragaman dalam hal perpIPAaan, doa, atau pembuatan kue, misalnya, tidak akan pernah dipuji karena keadilannya; dan penyiksaan serta hukuman gantung tidak akan pernah dianggap begitu bermartabat, terlepas dari seberapa seragamnya mereka.

Masalahnya lebih dalam: Memperlakukan kasus-kasus yang sama secara setara, yang ditafsirkan dengan cara ini, tidak hanya tidak pasti, tetapi juga tidak pandang bulu; oleh karena itu, tentu saja, itu bukanlah jenis keadilan. Sebab, jika ada sesuatu yang pasti dapat dikatakan tentang keadilan, dapat dikatakan bahwa keadilan secara moral bersifat diskriminatif ia membedakan, ia menuntun kita menjauh dari beberapa tindakan dan mengarahkan kita ke tindakan lain tetapi "keadilan formal" sama sekali tidak pandang bulu dan dengan demikian bukan bentuk keadilan. Ini melemahkan pemahaman keadilan formal tentang rasa keadilan yang kita miliki dalam pandangan kita, tetapi itu tidak menunjukkan bahwa rasa keadilan itu tidak ada.

Pemahaman alternatif tersebut mendesak tantangan terhadap gagasan itu sendiri. Namun, karakterisasi kedua dari rasa keadilan yang dimaksud di sini tidak lebih memuaskan daripada padanan dialektisnya. Karakterisasi tersebut tidak memperhatikan peran yang dimainkan oleh rasa keadilan dalam penalaran analogis. Justru ketika tidak ada prinsip keadilan yang jelas, ketika tugasnya adalah untuk menentukan apa yang dituntut oleh keadilan, maka rasa keadilan berperan. Penalaran analogis beroperasi secara sub specie iustitiae, tetapi tidak harus melalui lensa prinsip keadilan tertentu. Rasa keadilan memberikan kerangka yang diskriminatif; ia mengarahkan daripada menentukan penilaian.

Hart menyarankan agar kita memahami "keadilan dalam administrasi hukum" sebagai masalah penilaian "tanpa prasangka, kepentingan, atau keinginan." Ia memahami keadilan semacam ini sebagai imparzialità. Saya pikir, hal ini mengarahkan kita ke arah yang benar, tetapi terlalu sempit berfokus pada sikap hakim dan mengabaikan pembentukan penilaian. Namun, cara dan valensinya tepat: Ia mengesampingkan pertimbangan atau pengaruh tertentu pada pertimbangan. Bahasa Indonesia: Apa yang secara khas bekerja dalam penalaran analogis konkret dalam hukum bukanlah rasa keadilan yang pasti tetapi rasa ketidakadilan yang nyata dalam keadaan konkret.

Semua fitur ini kekonkretan, keterwujudan, dan kenegatifan adalah pusat dari rasa keadilan tingkat jalanan ini. Yang mengarahkan musyawarah adalah rasa bahwa kesamaan atau ketidaksamaan tertentu dikecualikan, bahwa arah tertentu di mana analogi dapat diambil dikesampingkan, dinilai tidak tepat, atau tidak adil. "[Pada banyak kesempatan," tulis Avishai

Margalit, "kita mengenali apa yang salah dengan sesuatu tanpa memiliki ide yang jelas, atau ide apa pun, tentang apa yang benar dengannya." Mencari tahu apa yang benar atau adil adalah tugas penting, yang untuknya rasa ketidakadilan yang nyata memberi beberapa arahan, tetapi jarang sekali masalah sederhana mengambil negasi dari apa yang dapat kita nilai dengan yakin sebagai tidak adil.

Dalam beberapa kasus, pengecualian opsi yang dapat menimbulkan ketidakadilan yang nyata menyisakan lebih dari satu set persamaan dan perbedaan yang menonjol tanpa perlu ditantang tanpa memutuskan di antara semuanya. Dalam kasus lain via negativa yuridis ini mengecualikan semua kecuali satu set persamaan dan perbedaan yang dapat diterima publik, tetapi bahkan dalam kasus tersebut hakim mungkin tidak dapat mengartikulasikan apa yang membuat set tersebut benar.

Terdapat dua ilustrasi yang memperlihatkan bagaimana rasa keadilan konkret berperan dalam praktik hukum. Salah satunya ditunjukkan dalam pidato terkenal Viscount Simonds dalam perkara *The Wagon Mound (No. 1)*. Dalam kasus ini, Simonds menolak penerapan doktrin yang ditetapkan dalam *In re Polemis*, yang menyatakan bahwa seorang terdakwa dapat dimintai pertanggungjawaban atas seluruh kerugian yang terjadi "secara langsung" akibat kelalaiannya, terlepas dari dapat atau tidaknya kerugian tersebut diperkirakan sebelumnya. Sebagai gantinya, Simonds membela pendekatan yang lebih terbatas, yakni bahwa tanggung jawab hukum seharusnya dibatasi hanya pada jenis kerugian yang secara wajar dapat diperkirakan berdasarkan tindakan lalai yang dilakukan.

Dalam pandangannya, Simonds menyatakan:

"Yang Mulia telah mengamati bahwa untuk meminta B bertanggung jawab atas konsekuensi yang tidak dapat diperkirakan dari suatu tindakan ceroboh, hanya jika ia juga bertanggung jawab atas kerusakan lain (betapapun kecilnya), tampak tidak logis atau adil. Ketidakwajaran ini semakin nyata bila diasumsikan bahwa kerusakan yang tak terduga tersebut juga dialami oleh A dan C, namun hanya A yang mengalami kerusakan lain yang dapat diperkirakan dan mengaitkan tanggung jawab pada B. Sebuah sistem hukum yang membuat B bertanggung jawab kepada A tetapi tidak kepada C atas kerusakan yang pada hakikatnya serupa, sulit dipertahankan secara masuk akal."

Hipotesis yang disampaikan Simonds di sini tidak hanya menunjukkan inkonsistensi normatif dalam penerapan aturan hukum, tetapi juga mencerminkan kegelisahan moral yang lebih dalam: bahwa konstruksi hukum yang memungkinkan hasil yang berbeda bagi dua orang yang mengalami kerugian serupa, hanya karena adanya kerugian tambahan yang tidak signifikan pada satu pihak, akan mencederai rasa keadilan kita. Ketegangan ini menyoroti kesulitan dalam menemukan kerangka argumentatif yang koheren yang mampu menampung intuisi keadilan konkret dalam kasus-kasus semacam itu.

Kedua, dalam *Navagazione*, tergugat menyebabkan kerusakan pada kapal penggugat,
Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.

yang mengharuskan kapal tersebut ditambatkan untuk diperbaiki. Tergugat berusaha menghindari tanggung jawab atas biaya penambatkan karena perbaikan lain yang mengharuskan penambatkan kapal, dilakukan pada saat yang sama. Biasanya, penggugat diharuskan membuktikan bahwa tergugat menyebabkan semua kerusakan yang menjadi dasar tuntutan ganti rugi, dan jika ada pelaku kesalahan bersama, penggugat harus membuktikan berapa banyak kerusakan yang disebabkan oleh masing-masing pelaku kesalahan.

Namun, Hakim Learned Hand berpendapat bahwa mengikuti analogi ini dalam kasus ini akan menghasilkan "hasil yang tidak masuk akal" karena, karena penggugat tidak mungkin membuktikan berapa bagian dari biaya dok yang disebabkan oleh tindakan tergugat, pelaku kesalahan yang terbukti akan dapat lolos dari semua tanggung jawab dan pihak yang tidak bersalah akan menanggung kerugian. Analogi alternatif terbukti lebih menarik.

Jika dua faktor kausal berkontribusi terhadap kerusakan yang diderita penggugat, tetapi hanya satu yang disebabkan oleh kesalahan tergugat yang dapat ditindak, pengadilan mengalihkan beban pembuktian kepada tergugat untuk "mengungkapkan kasus-kasus yang timbul dari kesalahannya." Pelaku perbuatan melawan hukum tidak diperbolehkan "untuk lolos dari jerat jaring logika." Rasa keadilan Hakim Hand di tingkat jalanan menolak analogi pelaku perbuatan melawan hukum bersama yang standar dan mengarahkannya ke alternatif yang lebih masuk akal.

4.5 PEMIKIRAN ANALOGI DALAM HUKUM: TINGKAT PENILAIAN REFLEKTIF

Dalam hukum, pemikiran analogis tidak terbatas pada penalaran analogis tingkat dasar; pemikiran ini juga mencakup tingkat penilaian analogi yang kritis dan reflektif. Hakim Cardozo menyebut penalaran analogis ("metode filsafat") sebagai "organon pengadilan," tetapi ia segera menambahkan bahwa metode ini diuji dan diperiksa oleh keadilan sebagaimana keadilan diperiksa oleh penalaran analogis. Kita harus mengeksplorasi, meskipun hanya secara singkat, beberapa fitur menonjol dari tingkat pemikiran analogis ini.

Penalaran analogis terkadang menghasilkan pemahaman yang cukup untuk mendasari keputusan dalam kasus saat ini yang sesuai dengan preseden dan sesuai untuk memandu keputusan dan tindakan di masa mendatang. Namun, keberhasilan tidak dijamin. Penalaran analogis mungkin hanya dapat mempersempit rentang alternatif untuk menangani masalah yang dihadapi pengadilan. Hakim dan pengacara dapat beralih ke tingkat penilaian setiap kali mereka terlibat dalam pemikiran analogis dalam hukum, tetapi terutama ketika banding ke analogi gagal menghasilkan hasil yang pasti atau sepenuhnya memuaskan, mereka merasa terdorong untuk melakukannya.

Meski demikian, perselisihan tentang masalah hukum umum yang mengharuskan pertimbangan pada tingkat penilaian reflektif masih dibentuk oleh penalaran yang dilakukan pada tingkat dasar. Penalaran analogis mungkin menemui jalan buntu, tetapi perbaikan pada perspektif yang lebih luas berhasil dengan bahan-bahan yang dibentuk pada tahap proses sebelumnya. Dengan cara yang sama, kendala pada penalaran analogis, terutama nilai-nilai yang membentuk ranah hukum lokal dan rasa keadilan di tingkat jalanan, selalu rentan terhadap penilaian reflektif dari jarak yang agak jauh.

Musyawarah hukum umum didorong, atau setidaknya didorong, untuk naik ke tingkat reflektif oleh suatu perasaan bahwa pemahaman yang dicapai melalui penalaran analogis tingkat dasar bermasalah dalam beberapa hal. Secara umum, ketidaknyamanan kognitif kemungkinan besar muncul dari satu atau kedua pihak. Seseorang mungkin merasa bahwa, meskipun pola yang diusulkan cocok dengan tetangga terdekatnya, pola tersebut tidak selaras dengan hukum ketika seseorang melihatnya dari sudut pandang yang lebih luas.

Pola kasus serupa yang muncul, meskipun koheren dan dapat dipahami di bloknya, mungkin tidak cocok dengan lingkungan hukum yang lebih luas, apalagi di kotamadya secara keseluruhan. Jadi, aturan atau pola yang tampaknya muncul dari penilaian awal tentang kesamaan dan perbedaan tunduk pada penilaian kritis reflektif. Hakim berusaha mengidentifikasi pola dalam kasus-kasus sebelumnya, tulis Levi, sambil "berusaha melihat hukum sebagai keseluruhan yang cukup konsisten." Kita mungkin menyebutnya filter koherensi sistemik.

Refleksi semacam ini biasanya berlangsung baik pada tingkat kasus-kasus individual maupun pada tingkat doktrin atau prinsip hukum yang lebih umum. Jika suatu doktrin yang mendasari serangkaian putusan tidak sejalan dengan doktrin hukum lain dalam bidang yang sama, dan tidak ada alasan struktural atau yurisdiksional yang membenarkan ketidaksesuaian tersebut misalnya, demi menghormati prinsip hukum atau konstitusi yang lebih tinggi maka akan muncul dorongan untuk meninjau kembali pola dalam kasus-kasus tersebut. Peninjauan ini bertujuan menemukan pola alternatif yang tetap sesuai dengan putusan-putusan yang ada, namun sekaligus mengurangi ketidakharmonisan dalam sistem hukum secara keseluruhan.

Tentu saja, terdapat perdebatan yang cukup luas mengenai apakah, dan sejauh mana, penilaian terhadap koherensi hukum dapat dilakukan tanpa bergantung pada kepekaan moral hakim (atau aktor hukum lainnya) yang terlibat dalam proses penalaran analogis pada tingkat ini. Di sinilah muncul potensi sumber ketidaknyamanan kedua terhadap hasil dari penalaran analogis pada tingkat dasar: kita mungkin merasa terganggu oleh pola yang dihasilkan, bukan karena cacat logis, tetapi karena pertimbangan moral-politik. Pola tersebut mungkin terasa tidak adil atau tidak dapat dipertanggungjawabkan secara moral dari sudut pandang etika.

Seseorang mungkin tidak senang dengan hal itu karena keputusan dan kasus-kasus yang terkait dengannya tidak konsisten dengan beberapa prinsip yang lebih umum yang mungkin tersirat dalam hukum dan menarik atas dasar moral yang independen, seperti perlakuan yang sama. Penalaran analogis, yang difokuskan secara sempit, dapat membuat kita buta terhadap bentuk-bentuk ketidaksetaraan atau cedera tertentu yang secara moral signifikan tetapi belum menerima pengakuan dalam ranah hukum lokal tempat kita bekerja.

Metodologi penilaian reflektif yang paling sering digunakan dalam praktik hukum umum memiliki banyak kesamaan dengan penjelasan "interpretatif" Dworkin tentang penalaran hukum. Secara singkat, metodologi tersebut mengharuskan penengah mencari serangkaian prinsip umum yang memberikan pengertian hukum keseluruhan yang terbaik, sehingga prinsip-prinsip tersebut tidak hanya menyiratkan aturan atau keputusan yang lebih spesifik yang sedang ditinjau tetapi, jika memungkinkan, juga menunjukkan bahwa prinsip-prinsip tersebut dapat dibenarkan.

Prinsip atau teori alternatif diberi peringkat menurut sejauh mana prinsip atau teori tersebut "sesuai" dengan data hukum dan "menarik" dari sudut pandang moral. "Integritas" memegang prinsip-prinsip teori yang dekat dengan praktik yang mereka tulis, sementara pada saat yang sama tetap memperhatikan keadilan, yang dicita-citakannya. Ada banyak hal yang dapat dikatakan tentang karakterisasi proses ini sebagai penjelasan tentang bagian penting dari penalaran hukum umum, tetapi dibatasi dalam beberapa hal penting. Saya akan menyebutkan di sini hanya satu batasan menonjol yang secara alami muncul dari hal-hal yang telah kita pertimbangkan. Pragmatisme dasar pemikiran hukum umum secara signifikan mengendalikan dorongan untuk mencapai koherensi sistematis atau global yang luas dan cenderung mendukung koherensi yang relatif lokal. Kami telah mencatat bahwa tekanan untuk melanjutkan ke tingkat penilaian reflektif pada dasarnya bersifat praktis, bukan teoritis.

Tekanan ini tidak berasal dari kebutuhan yang dirasakan untuk menyajikan penjelasan hukum yang komprehensif, koheren secara teoritis, dan lengkap, melainkan dari kebutuhan untuk menyelesaikan masalah atau ketegangan yang muncul dari konteks konkret kehidupan sosial dan litigasi. Tekanan ini mungkin tidak muncul sama sekali dari ketidaksesuaian pada tingkat abstraksi tertentu. Keberhasilan praktis hukum bergantung pada kapasitas sosial warga negara dan sejauh mana arahan hukum dapat diakses oleh kapasitas tersebut. Namun, kapasitas ini lebih mungkin berfungsi dengan baik dengan masalah yang relatif konkret di mana tekanan praktis untuk konsiliasi hadir dan bahan-bahan umum yang dapat dikenali siap diserahkan. Pada tingkat yang lebih abstrak, tidak hanya tekanan praktis yang lebih lemah, tetapi juga bahan-bahan tersebut cenderung lebih diperebutkan, kurang umum secara nyata, dan karenanya kurang sesuai untuk tujuannya.

Jadi, meskipun pasti akan ada tekanan pada pihak-pihak yang terlibat dalam pemikiran analogis dalam hukum untuk beralih ke tingkat penilaian reflektif, fokusnya bahkan di sana cenderung lebih lokal daripada global. Ini tidak untuk menyangkal bahwa mungkin saja tekanan untuk menyelesaikan ketidaksesuaian teoretis yang relatif komprehensif muncul. Jika memang muncul, pertimbangan reflektif global saja mungkin cukup dan kita hanya bisa berharap ada sumber daya yang cukup untuk tugas tersebut. Namun, tekanan ini tidak selalu ada dan mungkin relatif jarang.

Biasanya, pemikiran analogis dalam hukum lebih peduli dengan penerapan di lapangan daripada dengan koherensi visi moral yang luas. Ia tidak dapat menoleransi ketidakkonsistenan hasil yang mencolok dengan bagian-bagian mendasar hukum lainnya jika ia cenderung merusak legitimasi hukum, tetapi ia toleran terhadap ketidaklengkapan visi dan sistem yang tidak mencapai koherensi global. Ia lebih peduli dengan koherensi doktrin hukum dengan aktivitas, praktik, dan kehidupan warga negara yang interaksinya ingin dipandunya daripada dengan koherensi teoritis doktrin hukum yang lebih jauh.

Alasannya jelas, dari yang pertama muncul tekanan ke arah konsiliasi dan koherensi praktis. Pemikiran analogis dalam hukum bersedia mengorbankan sejumlah koherensi teoritis demi resonansi substansial hukum dalam masyarakat yang dilayaninya. Oleh karena itu, meskipun ada tekanan pada tahap reflektif untuk mencapai koherensi sistemik dan moral, bahkan bagian dari pemikiran analogis ini cenderung ke arah koherensi yang relatif lokal

daripada koherensi yang lebih global, koherensi praktik daripada teori.

4.6 KESIMPULAN

Saya telah menguraikan dan mempertahankan apa yang saya anggap sebagai konsepsi klasik tentang praktik penalaran analogis dalam hukum umum. Saya tidak mencoba untuk tetap setia pada setiap detail ortodoksi sehubungan dengan konsepsi ini jika memang ada ortodoksi seperti itu pada saat ini tetapi saya telah mencoba untuk menangkap dan menawarkan alasan untuk apa yang saya anggap sebagai semangat pembimbingnya. Saya telah berusaha untuk menghindari ekstremisme partikularisme dan rasionalisme aturan, sambil memasukkan ke dalam catatan saya fitur-fitur dari pandangan-pandangan yang tampaknya benar.

Untuk melakukannya, perlu untuk membedakan dua tingkat pemikiran analogis yang saling bergantung dalam hukum, penalaran analogis tingkat dasar dan penilaian analogi pada tingkat yang lebih umum dan kritis. Penalaran analogis dalam hukum, menurut saya, paling baik dipahami sebagai bentuk kelembagaan dari proses dinamis pembentukan analogi diskursif. Untuk memahami keputusan pengadilan sebagai contoh berarti menempatkannya dalam jaringan inferensial dari putusan yang saling mendukung. Penilaian ini berorientasi dan dibatasi oleh fitur konteks musyawarah yang menjadi ciri khas praktik hukum umum, terutama dimensi praktis, historis, dan publiknya serta rasa keadilan yang kuat.

Metodologi penilaian reflektif memberi ruang bagi, bahkan sangat bergantung pada, perhatian yang lebih berprinsip dan teoritis yang menurut para skeptis tidak ada di tingkat dasar. Pemikiran analogis dalam hukum bukanlah anti-teoretis, tetapi juga tidak menganggap semua argumen berbasis kasus dapat direduksi menjadi konstruksi dan penerapan prinsip atau teori pembenaran umum. Masing-masing memiliki peran untuk dimainkan. Masing-masing memiliki lingkup operasinya sendiri; masing-masing bergantung sebagian pada yang lain.

BAB 5

KEPUTUSAN YANG BERALASAN DAN TEORI HUKUM

Dalam menghadapi pertentangan antara akal dan keputusan, upaya utama berbagai aliran filsafat hukum adalah melenyapkan salah satu cabangnya.

Lon L. Fuller

Penelitian historis lembaga hukum mungkin menawarkan lebih banyak hal untuk (solusi) (dari masalah teori hukum) daripada yang selama ini dipahami.

A. W. Brian Simpson

Tradisi hukum umum mengklaim tidak hanya bahwa hukum adalah akal tetapi juga bahwa akal hukum itu baik secara moral. Alasan hakim untuk mengambil keputusan, penilaian mereka, dianggap dalam tradisi ini sebagai bukti untuk klaim ini, untuk cara di mana hukum umum "berfungsi dengan sendirinya secara murni." Para filsuf hukum yang bekerja di yurisdiksi hukum umum telah mengambil satu dari tiga pendekatan untuk klaim ini. Pertama, ada filsuf yang telah mencoba memahami hukum umum melalui argumen bahwa dengan memperhatikan cara hakim menafsirkan hukum, kita tidak hanya akan memahami hukum dengan lebih baik, tetapi juga memahami hubungan antara hukum dan moralitas.

Kita akan menyebut filsuf seperti itu, tanpa maksud merendahkan, sebagai penganut romantisme hukum umum. Yang paling terkenal di antara mereka adalah Ronald Dworkin. Kedua, filsuf berpendapat bahwa hukum umum adalah kekacauan dalam kata-kata Jeremy Bentham, "tumpukan barang-barang tak berguna yang tak berbentuk." Kekacauan seperti itu, menurut Bentham, menyebabkan ketidakpastian tentang hukum yang tidak hanya bertentangan dengan tuntutan utilitas, tetapi juga memungkinkan "Hakim & Co." untuk merampas kekuasaan yang seharusnya menjadi milik legislatif.

Sebagai seorang positivis hukum, Bentham menghargai kepastian hukum di atas segalanya, dan karenanya ia akhirnya berpendapat untuk menyingkirkan tatanan hukum dari hukum umum. Positivisme hukum Bentham bersifat politis karena konsep hukumnya dibangun berdasarkan pemahamannya tentang cara terbaik untuk merancang tatanan politik dan hukum. Dengan demikian, ia dan Dworkin dapat dipahami sebagai pihak yang mendukung atau menentang hukum umum atas dasar politik, atas dasar tentang cara terbaik untuk membangun tatanan hukum.

Pendekatan terakhir dimaksudkan sebagai pendekatan konseptual, bukan politis, yang hanya bertujuan untuk mengungkap konsep hukum konsep yang berlaku di mana pun hukum ditemukan. Pendekatan ini pertama kali dikembangkan oleh H.L.A. Hart pada tahun 1950-an dan 1960-an dan diadopsi oleh aliran pemikiran yang akan kita sebut sebagai positivisme hukum konseptual, untuk membedakannya dari teori hukum politik Bentham.

Penganut positivis hukum konseptual tidak menerima klaim tradisi hukum umum. Cara

mereka mengonseptualisasikan hukum mengharuskan mereka untuk menggambarkan apa yang dilakukan hakim hukum umum ketika mereka memutuskan kasus-kasus sulit sebagai kuasi-perundang-undangan pelaksanaan kebijaksanaan yang tidak dibatasi oleh hukum. Jadi, sementara tradisi hukum umum menyatakan bahwa kesimpulan hakim tentang apa yang dituntut hukum dalam kasus yang paling sulit sepenuhnya ditentukan oleh hukum selama hakim bernalar dengan tepat, kaum positivis hukum konseptual berpendapat bahwa dalam sebagian besar, mungkin semua, kasus yang dibawa ke pengadilan berdasarkan poin hukum, hakim harus memutuskan kasus tersebut sesuai dengan pemahaman mereka tentang apa yang terbaik. Namun karena teori mereka bersifat konseptual, bukan politis, kaum positivis hukum konseptual merasa cukup dengan penjelasan ulang ini. Mereka tidak menganjurkan untuk menyingkirkan atau mempertahankan hukum umum. Bahkan, mereka tampak sangat acuh tak acuh terhadap cara kerja hukum umum atau pandangan para pengacara umum tentang cara kerjanya.

Kita akan kembali ke pendekatan ini menjelang akhir bab ini, karena kita ingin membahasnya dengan latar belakang kelalaian yang agak mengejutkan. Hampir menjadi asumsi dalam perdebatan filosofis tentang hukum umum bahwa hakim berkewajiban untuk memberikan alasan atas keputusan mereka. Namun, sebagai masalah sejarah, asumsi ini hampir tidak pernah terjadi. Hal ini masih belum menjadi masalah di banyak yurisdiksi hukum umum saat ini, meskipun, seperti yang akan kita lihat, hukum mulai mengakui kewajiban tersebut, setidaknya dalam beberapa situasi.

Bagi para pemikir yang mengidealkan tradisi hukum umum, praktik pemberian alasan merupakan elemen sentral dalam pandangan mereka tentang sistem hukum. Mereka cenderung mengasumsikan bahwa terdapat kewajiban moral atau institusional untuk memberikan alasan atas setiap putusan hukum. Namun, pandangan ideal ini seringkali berbenturan dengan praktik hukum yang nyata dan berbagai permasalahan yang timbul dalam penerapannya. Di sisi lain, kaum positivis konseptual tidak memandang alasan sebagai sesuatu yang lebih dari sekadar ungkapan pandangan pribadi hakim mengenai hukum seperti apa yang sebaiknya ada. Oleh karena itu, mereka tidak terlalu memperhatikan justifikasi putusan, sebagaimana mereka juga tidak terlalu peduli terhadap alasan di balik pembentukan undang-undang oleh legislator.

Sebaliknya, Jeremy Bentham memberikan perhatian serius terhadap keterkaitan antara pemberian alasan, keterbukaan hukum (*publitas*), dan preseden. Dalam karya awalnya, Bentham tidak secara langsung menyerukan penghapusan hukum umum, karena ia masih percaya bahwa sistem tersebut dapat direformasi. Ia bahkan mendukung penerapan prinsip *stare decisis* secara ketat untuk menjaga kepastian hukum dan memenuhi harapan masyarakat, dengan menuntut hakim agar tetap konsisten terhadap preseden.

Bentham juga mengecam para hakim yang mengancam reporter hukum yang menerbitkan laporan kasus tanpa izin pengadilan. Ia justru mendorong pelaporan hukum yang rasional dan terbuka agar hukum dapat diketahui secara luas, dan “cahaya hukum” dapat menyinari masyarakat. Dengan demikian, Bentham berpihak pada kewajiban pemberian alasan sebagai bagian dari prinsip keterbukaan hukum, bertentangan dengan tradisi tertutup

dalam hukum umum pada zamannya.

Dalam teori hukum Bentham, publisitas mungkin merupakan nilai terpenting dari aturan hukum, karena hanya jika hukum sepenuhnya bersifat publik, hukum dapat memberikan dasar yang aman bagi harapan individu tentang bagaimana hukum akan menanggapi perilaku mereka. Bahkan dalam karyanya kemudian, di mana ia berpendapat bahwa hukum umum harus dihapuskan, ia tampaknya masih ingin alasan-alasan untuk penghakiman dipublikasikan dan didistribusikan secara luas demi publisitas. Selain itu, merupakan bagian penting dari beberapa rencananya bahwa hakim melaporkan pandangan mereka tentang masalah-masalah interpretasi yang diperebutkan melalui petugas hukum kepada komite legislatif yang memiliki wewenang untuk memulai reformasi hukum. Singkatnya, bagi Bentham merupakan persyaratan dari aturan hukum bahwa hakim berkewajiban untuk memberikan alasan.

Bentham mengambil sikap ini karena, tidak seperti biasanya bagi seorang filsuf hukum, ia sangat memperhatikan masalah-masalah yang muncul dalam praktik hukum. Meskipun ia adalah salah satu pendiri positivisme hukum, mungkin pendirinya, filsafat hukum baginya bukanlah permainan konsep yang tidak penting, tetapi tanggapan paling produktif yang dapat ia berikan terhadap masalah-masalah nyata dalam praktik hukum. Selain itu, ia peduli dengan penyelesaian masalah-masalah tersebut bukan untuk membuat kehidupan para praktisi hukum menjadi lebih mudah, tetapi untuk membuat hukum melayani kepentingan semua individu yang menjadi subjek hukum tersebut.

Dalam pengertian ini, bab kita ditulis dalam semangat pemahaman Bentham tentang teori hukum, meskipun pada akhirnya kita akan menolak versinya tentang teori hukum tersebut positivisme hukumnya. Jadi, kita akan mulai dengan menjelaskan mengapa hukum umum tidak mengharuskan hakim untuk memberikan keputusan yang didukung oleh fakta dan beralasan, dan kemudian kita akan merenungkan bagaimana dan mengapa hal itu berubah, dan apa yang dikatakannya tentang hukum. Itu akan memberi kita dasar untuk menanyakan apa yang dikatakan perkembangan hukum ini kepada kita tentang pendekatan filosofis yang berbeda terhadap hukum umum secara umum dan khususnya pengabaian praktiknya.

5.1 KETIADAAN KEWAJIBAN ALASAN DALAM PUTUSAN HAKIM

Tidak dapat disangkal bahwa hukum umum tidak mengharuskan, sebagai masalah kewajiban yang dapat ditegakkan secara hukum, hakim jenis apa pun untuk memberikan keputusan yang didukung oleh fakta dan beralasan dalam jenis kasus apa pun. Bahkan tidak ada persyaratan hukum umum bahwa keputusan harus dibuat secara tertulis. Pada saat putusan pengadilan, undang-undang, dan bahkan konstitusi mengharuskan alasan tertulis, pengadilan dengan cemburu menjaga kebebasan untuk memberikan keputusan yang tidak beralasan.

Meskipun demikian, hukum yang berlaku tidak secara akurat mencerminkan hukum yang berlaku. Selama sekitar 800 tahun terakhir, hakim hukum umum di pengadilan banding biasanya memberikan alasan, dan ini sering ditulis oleh wartawan dan dipublikasikan dalam laporan hukum tidak resmi. Mungkin saja kewajiban hukum yang eksplisit untuk memberikan

alasan dianggap tidak perlu karena hakim melakukannya berdasarkan konvensi. Tentu saja, ini tidak menjelaskan keengganan untuk memberlakukan kewajiban yang dapat ditegakkan secara hukum ketika konvensi gagal.

5.2 CATATAN, LAPORAN, DAN ALASAN

Perkembangan catatan pengadilan dalam tradisi hukum Inggris dapat ditelusuri sejak tahap-tahap awal sejarahnya. Pada mulanya, pengertian "catatan" (record) tidak merujuk pada dokumen tertulis sebagaimana dipahami saat ini, melainkan pada segala sesuatu yang terjadi secara resmi di hadapan hakim. Artinya, catatan merupakan bentuk rekonstruksi lisan atas proses persidangan. Namun, seiring dengan perkembangan praktik hukum, terutama pada abad ketiga belas, bentuk tertulis mulai menggantikan peran memori sebagai sarana utama pencatatan. Tulisan dianggap lebih andal dan memiliki kekuatan bukti yang lebih pasti, sehingga catatan tertulis menjadi bersifat sakral dan mengikat.

Fungsi utama dari catatan pengadilan pada masa itu adalah untuk menetapkan secara final apa yang telah diputuskan dalam suatu perkara, yang kemudian dikenal dalam istilah hukum sebagai *estoppel by judgment* atau *res judicata*. Catatan-catatan ini, yang dikenal sebagai *Plea Rolls*, ditulis dalam bahasa Latin hingga tahun 1732 dan dituliskan pada kulit domba sebagai media penulisan resmi. *Plea Rolls* mendokumentasikan langkah-langkah formal dalam proses litigasi, termasuk, dalam beberapa kasus, keputusan atau vonis akhir.

Meski demikian, dalam analisis hukum modern, bukan hanya apa yang tercatat, melainkan juga apa yang diabaikan oleh catatan tersebut. *Plea Rolls*, misalnya, tidak mencantumkan alasan yuridis atau dasar kewenangan yang digunakan oleh hakim dalam mengambil keputusan. Dengan kata lain, dimensi argumentatif dan pertimbangan hukum substantif tidak terdokumentasi dalam catatan resmi tersebut. Hal ini menunjukkan keterbatasan historis dari dokumentasi pengadilan pada masa awal, yang lebih menekankan aspek formal prosedural daripada rasionalitas yudisial dalam pengambilan keputusan.

Aktivitas yang kita sebut saat ini sebagai pelaporan hukum ditetapkan pada akhir abad ketiga belas. Mungkin untuk tujuan pendidikan, berbagai kontributor anonim mencatat dalam bahasa Prancis argumen dan penalaran penting dalam banyak kasus dalam apa yang kemudian dikenal sebagai "Buku Tahunan." Namun, laporan-laporan ini mencatat perdebatan lisan dan tidak mengidentifikasi kasus tersebut dengan nama atau nama pelapor, juga tidak biasanya mencatat hasilnya. Ini bukan laporan hukum seperti yang kita pikirkan saat ini.

Buku Tahunan berakhir secara tiba-tiba pada tahun 1535 dan diikuti setelah jeda oleh banyak laporan hukum yang dilaporkan dan diterbitkan secara pribadi dengan nama-nama pelapor yang teridentifikasi. Dalam laporan Edmund Plowden yang diterbitkan secara pribadi pada tahun 1570-an, sesuatu yang dapat dikenali sebagai laporan hukum modern pertama kali muncul. Kita melihat awal otoritas kasus menggantikan akal sehat, sebuah proses yang berkembang selama 300 tahun berikutnya menjadi doktrin preseden.

Salah satu alasan yang diajukan untuk menjelaskan sifat tandus dari catatan tersebut adalah keberadaan pengadilan juri di mana-mana. Hingga pertengahan abad kesembilan belas, setiap kasus pidana dan perdata di pengadilan hukum umum diadili di hadapan juri.

Baru setelah munculnya pengadilan perdata yang hanya melibatkan hakim setelah tahun 1854, putusan yang beralasan mulai muncul pada tingkat pertama di pengadilan hukum umum yang lebih tinggi, beberapa tahun setelah diizinkan di pengadilan daerah yang baru didirikan.

Sebelum itu terjadi, yang kita miliki hanyalah arahan juri tentang hukum, dan pertikaian hukum praperadilan untuk memilah masalah yang akan diajukan ke juri. Memang, argumen awal itu menjadi bahan bakar bagi para wartawan hukum selama berabad-abad. Dalam waktu kurang dari satu setengah abad, juri perdata hampir punah di luar Amerika Serikat, dan bahkan di sana pun mengalami penurunan yang serius. Untuk pertama kalinya dan sangat terlambat dalam perkembangan hukum umum, putusan menangani masalah faktual berbeda dengan putusan juri, yang tidak pernah mengungkapkan fakta-fakta tertentu sebagaimana ditemukan dan pertanyaan hukum, yang sebelumnya diubah menjadi arahan juri yang tegas, terfokus, dan tidak dibuat-buat.

Pembelajaran hukum itu lenyap ke dalam "kotak hitam" yang merupakan juri. Juri tidak memberikan alasan; bahkan penalaran mereka "ditekan." Seperti yang diamati oleh Hakim Michael Kirby tentang persidangan yang hanya melibatkan hakim: Apa yang dulunya dapat diserahkan dengan aman kepada juri yang seperti sphinx kini harus diadili oleh hakim tingkat pertama. Ia harus menemukan fakta, mencatat temuan yang relevan tentang kredibilitas, dan memberikan setidaknya penjelasan yang cukup tentang hukum yang berlaku untuk memungkinkan penggugat yang kecewa untuk mempertimbangkan dan jika disarankan, melaksanakan hak banding apa pun yang disediakan oleh hukum.

Munculnya putusan tingkat pertama yang beralasan di Inggris menandai titik balik yang signifikan dalam sejarah hukum umum. Bersamaan dengan ini, muncullah di Inggris setelah tahun 1875 sarana banding terpusat yang efektif, yang dalam jangka panjang membuat "hakim tingkat pertama lebih berhati-hati, dan lebih bertekad untuk membuat putusan mereka anti-banding." Seperti yang akan kami tunjukkan sekarang, sejarah ini menjelaskan fitur-fitur penting dari sistem hukum umum.

5.3 BEBERAPA FITUR PENTING DARI SISTEM COMMON LAW

Pertama, putusan–putusan, keputusan, atau vonis terpisah dan berbeda dari penalaran dan alasan (jika ada). Kewenangan putusan, secara tegas, berasal dari fakta keputusan hakim, bukan dari alasan. Merupakan hal mendasar bagi proses pengadilan bahwa hakim menyatakan hasil dalam setiap kasus yang telah diselesaikan. Satu hal yang tidak dapat dilakukan hakim adalah menyatakan seri. Lebih jauh, ketika suatu hasil dicapai, hukum res judicata menutup kemungkinan pemeriksaan ulang kasus tersebut, terlepas dari apakah ada alasan yang menyertai keputusan tersebut.

Hasil akhir, banding diajukan terhadap hasil atau putusan formal (fitur paling kanonik dari putusan common law) dan bukan dari alasan (jika ada) yang diberikan oleh hakim. Ini mengakui bahwa penalaran mungkin salah tetapi hasilnya tetap benar. Oleh karena itu, penekanan pada pencapaian hasil pada penyelesaian sengketa yang ada dengan keputusan yang berwenang daripada pada elaborasi yang beralasan sangat tertanam dalam hukum umum. Kedua, karena alasan tidak secara otomatis menjadi bagian dari catatan, setiap

kesalahan hukum yang terlihat dalam alasan tersebut tidak dapat diungkapkan dalam catatan dan karenanya tidak dapat diperbaiki dengan surat prerogatif.

Bahkan ketika alasan tersebut diajukan secara sukarela oleh pengadilan yang lebih rendah atau pembuat keputusan, hal ini tidak secara otomatis menjadi bagian dari "catatan" yang dapat dikirim ke pengadilan yang lebih tinggi ketika diminta. Hanya jika pembuat keputusan mengajukan alasan secara sukarela dan dengan sengaja melampirkannya ke dalam catatan, pengadilan yang lebih tinggi dapat menerima dan meneliti catatan tersebut. Namun karena tidak ada kewajiban bagi pengadilan yang lebih rendah untuk memberikan alasan (atau, seperti yang akan kita lihat di bawah, pada badan yang lebih rendah), hal ini jarang terjadi.

Ketiga, setiap laporan kasus yang dijamin oleh pengacara dapat dikutip di pengadilan. Keputusan tidak perlu dilaporkan dalam serangkaian laporan yang dipublikasikan. Untuk waktu yang sangat lama dalam sejarah hukum umum, putusan disampaikan secara lisan dan dilaporkan secara selektif. Tidak ada laporan hukum resmi. Publikasi keputusan tidak menjadi masalah. Fakta bahwa hakim memutuskan bahwa hal itu sudah cukup, dan persetujuan pengacara hanya untuk menjamin keaslian. Bentham memprotes hal ini tetapi tidak berhasil.

Keempat, konsepsi yang berlaku umum tentang hukum umum adalah sebagai "sistem hukum adat, yaitu, sebagai kumpulan gagasan tradisional yang diterima dalam kasta pengacara." Adalah bodoh atau lebih buruk untuk berbicara tentang undang-undang peradilan: Seseorang tidak dapat salah mengartikan penentuan yang berwenang atas suatu sengketa sebagai tindakan membuat undang-undang. Seperti yang dikatakan Gerald Postema tentang hukum umum klasik:

Sementara para ahli hukum umum mengakui hukum perundang-undangan dan "konstitusi" lain yang dikeluarkan oleh raja atau raja di Parlemen, hukum pada dasarnya dipahami bukan sebagai sesuatu yang "dibuat" atau "ditetapkan" sesuatu yang "ditetapkan" oleh kehendak atau alam tetapi lebih sebagai sesuatu yang "diambil alih", yaitu, digunakan oleh para hakim dan orang lain dalam pertimbangan praktis berikutnya. Tentu saja, seseorang dapat menggambarkan bagian tertentu dari hukum umum dalam bentuk aturan, prinsip, atau asas, tetapi tidak penting untuk bertanya, "siapa yang membuatnya?" Menurut para ahli hukum umum, hukum hidup dan berkembang dari interaksi praktis kehidupan sehari-hari saat muncul di pengadilan hukum umum. Keberadaannya dibuktikan dalam penggunaannya.

Hal ini dapat dilihat dari perbedaan perlakuan terhadap hukum perundang-undangan dan alasan keputusan dalam hal perlindungan hak cipta. Mahkota memiliki hak tunggal dan eksklusif untuk mencetak buku dan dokumen tertentu (disebut "salinan prerogatif"): yang dijelaskan oleh Chitty sebagai "hak eksklusif Mahkota untuk menerbitkan konstitusi keagamaan atau sipil - dengan kata lain, untuk mengumumkan setiap peraturan yang harus dipatuhi dan diperintah oleh rakyat." Ini termasuk Undang-Undang Parlemen, tetapi bukan alasan untuk keputusan atau putusan. Dalam kasus tahun 1781, Lord Skinner C. B. menjelaskan asal usul hak eksklusif raja untuk menerbitkan Undang-Undang Parlemen sebagai berikut:

Ada jejak cara kuno untuk mengumumkan peraturan negara yang masih tersisa bagi kita, yang cocok untuk masa suram ketika hanya sedikit orang yang mendengarnya dapat membacanya; petugas raja mengirimkan salinan asli dari mereka kepada para sheriff, yang

memerintahkan mereka untuk dibacakan di depan umum di pengadilan daerah mereka. Ketika permintaan akan salinan asli mulai meningkat, dan ketika diperkenalkannya percetakan memudahkan penggandaan salinan, rakyat diberikan salinan perintah raja oleh pemegang patennya.

Hal ini tampak sebagai cakupan yang sangat jelas dan masuk akal dari tugas yang dibebankan kepada mahkota untuk menyediakan teks asli peraturan mereka kepada rakyat. Alasan ini tidak berlaku untuk sumber hukum utama lainnya hukum umum. Hukum umum tidak dipahami sebagai aturan hukum yang dirumuskan secara kanonik, terpisah-pisah, yang dapat dipajang pada tiang-tiang di pasar.

5.4 HUKUM ADMINISTRASI

Semua bagian yang saling terkait dari teka-teki hukum umum ini sudah ada pada saat sesuatu yang dikenal sebagai negara administratif mulai muncul pada abad keenam belas. Ketika para hakim, melalui surat perintah prerogatif, mulai mengawasi berbagai badan yang berwenang untuk menjalankan hukum dan melaksanakan tanggung jawab publik, mereka memproyeksikan praktik terbaik mereka sendiri kepada para pembuat keputusan yang memutuskan masalah yang serupa dengan yang diputuskan oleh pengadilan. Karena hukum tidak mengharuskan alasan dari para hakim, para hakim tidak berpikir untuk memaksakan persyaratan itu pada pengadilan yang lebih rendah dan para pembuat keputusan lainnya. Hal itu tetap seperti itu selama beberapa abad dan tidak berubah hingga sekitar tiga puluh tahun terakhir.

Tentu saja, meskipun posisi hukumnya sama untuk semua pembuat keputusan publik baik hakim pengadilan yang lebih tinggi maupun pengadilan yang lebih rendah, pengadilan administrasi, atau pegawai negeri tidak diharuskan memberikan alasan praktiknya berbeda. Seperti yang kita ketahui, pengadilan banding biasanya memberikan alasan sejak akhir abad ke-19 dan seterusnya, tetapi itu bukan praktik pengadilan administrasi.

Tampaknya alasan tidak secara rutin diberikan oleh pegawai negeri atau oleh semakin banyak pengadilan. Memang, salah satu rekomendasi Komite Donoughmore pada tahun 1932 adalah bahwa alasan harus diberikan untuk keputusan kuasi-yudisial. Rekomendasi ini tidak ditindaklanjuti dan butuh komite penyelidikan lain dua puluh lima tahun kemudian untuk menegaskan kembali rekomendasi tersebut sebelum kewajiban hukum yang berlaku luas untuk memberikan keputusan yang beralasan atas permintaan diperkenalkan ke dalam hukum Inggris.

Orang dapat merasakan dalam perkembangan hukum umum yang terhenti ini kecintaan orang Inggris terhadap amatir dan rasa keadilan bawaan dari pria terhormat Inggris. Ingat nasihat Lord Mansfield yang (ter)kenal kepada seorang gubernur kolonial pada tahun 1790: "Pertimbangkan apa yang menurut Anda dituntut oleh keadilan, dan putuskanlah sesuai dengan itu. Namun, jangan pernah memberikan alasan Anda; karena penilaian Anda mungkin benar, tetapi alasan Anda pasti salah." Gagasan bahwa tidak memberikan alasan atau penjelasan adalah "jalan yang aman" ini diterima di antara para pembuat keputusan administratif. Apa yang disebut Lord Sumner sebagai ketidakjelasan sphinx menjadi norma.

Pada abad kedua puluh, tekanan yang cukup besar muncul untuk mengubah hukum agar mengharuskan adanya alasan dari para pengambil keputusan administratif, dan terjadi reformasi undang-undang yang diikuti oleh perkembangan hukum umum untuk tujuan tersebut. Undang-Undang Prosedur Administratif AS tahun 1946 menjadi pelopor, diikuti oleh Undang-Undang Pengadilan dan Penyelidikan Inggris tahun 1958 dan berbagai tugas hukum di Kanada, Australasia, dan Selandia Baru sejak tahun 1970-an dan seterusnya.

Kesenjangan yang tidak tercakup oleh persyaratan alasan hukum umum atau khusus semakin diisi oleh perkembangan hukum umum yang didorong oleh keadilan prosedural dan tren modern menuju akuntabilitas dan transparansi. Modus operandi dalam bidang administratif adalah dengan memanfaatkan keadilan prosedural untuk mensyaratkan alasan dalam keadaan luar biasa yang tidak jelas dan kemudian perluasan pengecualian tersebut secara bertahap, sehingga mereka akhirnya akan menelan aturan tersebut. Pada tahun 1999, Mahkamah Agung Kanada membuat terobosan baru dengan mengumumkan tugas hukum umum untuk memberikan alasan kepada para pengambil keputusan administratif.

Di Inggris, proses Europeanisasi yang berkelanjutan telah memperkenalkan persyaratan alasan dari hukum Uni Eropa dan badan hukum kasus yang menafsirkan Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia. Tidak seperti pengalaman Inggris dengan Konvensi Eropa, pengalaman di tempat lain di Persemakmuran adalah bahwa peradilan belum termasuk dalam ruang lingkup persyaratan alasan hukum yang berlaku secara umum.

Semua perkembangan hukum dan hukum umum dalam hukum administratif ini telah memberi tekanan pada hakim untuk menyelaraskan diri dengan tren menuju elaborasi beralasan yang dapat ditegakkan secara hukum. Oleh karena itu, dalam sepuluh tahun terakhir pengadilan di Inggris, Selandia Baru, dan Kanada telah bergerak menuju kewajiban yang dapat ditegakkan secara hukum untuk memberikan keputusan yang beralasan.

Dalam hal ini, disadari atau tidak, pengadilan-pengadilan ini mengikuti jejak pengadilan Australia. Secara luar biasa, sejak awal abad kedua puluh, pengadilan Australia secara konsisten mensyaratkan keputusan yang beralasan dalam kasus perdata dan pidana yang hanya melibatkan hakim. Hal ini telah digambarkan sebagai "insiden dari proses peradilan." Tidak jelas mengapa perkembangan ini seharusnya terjadi sebelum hampir satu abad gerakan kontemporer di Inggris, Kanada, dan Selandia Baru.

Paradoksnya, pada pertengahan tahun 1980-an, Pengadilan Tinggi Australia tidak merasa malu untuk menolak menerapkan garis kewenangan yang kuat ini mengenai hakim untuk mengharuskan keputusan yang beralasan dari pengadilan administrasi negara. Gibbs C. J. berkata, "tidak ada pembenaran untuk menganggap aturan yang mengatur pelaksanaan fungsi peradilan sebagai sesuatu yang berlaku untuk fungsi administratif, yang berbeda jenisnya."

Pengadilan Tinggi lebih memilih untuk menyerahkan penelehan kewajiban alasan pada administrator kepada legislatif. "Di negara-negara hukum umum lainnya," Hakim Michael Kirby mengamati baru-baru ini, dengan sengaja mengecualikan Australia dari pengamatan tersebut, "hukum telah bergerak akhir-akhir ini, dengan konsistensi umum, untuk menegaskan pentingnya memberikan alasan untuk keputusan yang sah dan adil, tidak hanya oleh hakim

tetapi juga administrator.”

5.5 FUNGSI PENGADILAN: TEMUAN DAN ALASAN

Dalam sistem hukum umum modern, pengadilan tidak hanya menyelesaikan perselisihan tetapi juga mengumumkan aturan untuk mengatur kasus-kasus mendatang. Tentu saja, fungsi pengadilan berbeda-beda setiap tingkatan hierarki peradilan. Fungsi penyelesaian sengketa dijalankan oleh pengadilan tingkat pertama (terkadang dikelola oleh hakim profesional yang berkualifikasi hukum dan terkadang oleh orang awam yang bijaksana) yang menegakkan keadilan menurut hukum. Fungsi ini bersifat melihat ke belakang menyelesaikan sengketa masa lalu dan berfokus pada audiens langsung dan terbatas dari para pihak yang bersengketa, penasihat hukum mereka, dan pihak lain yang terpengaruh. Fungsi ini cenderung mendominasi teori dan praktik peradilan perdata dan pidana tingkat pertama.

Fungsi kedua pengadilan dapat digambarkan sebagai pembuatan hukum atau pengumuman hukum. Ini adalah kasus-kasus di mana pengadilan mengembangkan, mengubah, atau memodifikasi hukum. Dalam sebagian besar kasus di tingkat pertama dan dalam banyak kasus yang mencapai pengadilan banding menengah, aturan hukum yang mengatur tidak dalam kontroversi; yang diperdebatkan adalah fakta atau penerapan hukum terhadap fakta. Namun, dalam kasus-kasus yang mengharuskan penambahan "yurisprudensi", pengadilan menjangkau audiens yang lebih luas, termasuk publik, pengacara, media, akademisi, dan pengadilan lainnya.

Alasan untuk keputusan pengadilan, yang didukung oleh doktrin preseden dan sifat persuasifnya yang alami, memberikan beberapa indikasi tentang bagaimana perselisihan di masa mendatang akan diputuskan dan memberikan panduan kepada pengacara yang memberi nasihat kepada publik tentang kepatutan perilaku masa lalu, masa kini, dan masa mendatang. Ini adalah fungsi pengadilan yang berwawasan ke depan dan keputusan yang beralasan. Dualitas fungsi ini dimainkan dengan cara yang berbeda dalam sistem hukum umum dan masyarakat yang berbeda. Literatur Amerika serta filsuf hukum sebagian besar mengabaikan pengadilan tingkat pertama. Ini mungkin hanya sisa dari "pengadilan banding" yang dikutuk oleh realis hukum. Sementara Peraturan Prosedur Perdata Federal mengharuskan keputusan yang beralasan dalam persidangan yang hanya melibatkan hakim, hal ini hampir tidak dibahas sama sekali dalam literatur yang kaya.

Sebaliknya, di Inggris, bagian terbesar dari pekerjaan pidana dilakukan oleh lebih dari 30.000 hakim awam yang bertugas di lebih dari 7.000 pengadilan, dan sekitar 100 orang lainnya adalah hakim tetap yang memiliki kualifikasi hukum. Hingga baru-baru ini, pengadilan Inggris enggan untuk memaksakan tugas penjelasan kepada para pengambil keputusan tingkat pertama ini. Pada tahun 2001, pengadilan magistrat mengadopsi praktik pemberian alasan dasar sebagai prosedur standar. Dorongan yang jelas adalah “penjinakan” Konvensi Hak Asasi Manusia Eropa dan yurisprudensi Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa tentang pemberian alasan.

Seiring kasus naik ke hierarki pengadilan, keutamaan fungsi penyelesaian sengketa digantikan oleh fungsi pembuatan undang-undang. Pada tingkat banding tertinggi, “kesalahan

penggugat yang dirugikan hanyalah simbol aljabar yang darinya pengadilan akan menyusun rumus keadilan.” Mengenali fungsi berbeda yang dilakukan oleh pengadilan membantu pemahaman kita tentang peran temuan fakta dan alasan di berbagai tingkat proses peradilan. Jelas, penemuan fakta terkait erat dengan peran penyelesaian sengketa, yang tampak paling besar di tingkat persidangan, sedangkan dalam dimensi pembuatan undang-undang, peran penalaran sangat penting.

Pernyataan temuan fakta dan alasan meyakinkan para pihak yang bersengketa bahwa kasus tersebut telah dipertimbangkan secara menyeluruh oleh hakim dan memenuhi tuntutan dasar manusia dari mereka yang terkena dampak tindakan peradilan untuk diberi tahu alasannya. Dengan cara ini, pihak yang kalah dalam perkara mungkin dapat menerima keputusan tersebut.

Pernyataan alasan menghubungkan keputusan dengan kriteria eksternal bagi hakim dan meningkatkan keadilan proses, serta menunjukkan rasionalitas proses. Pernyataan ini memfokuskan pikiran pembuat keputusan pada isu yang tepat. Dalam bahasa keadilan prosedural atau proses hukum, dapat dikatakan bahwa nilai-nilai martabat seseorang dihormati, dan rasa hormat publik terhadap proses peradilan ditingkatkan. Dalam beberapa keadaan, kewajiban untuk bernalar dapat bertindak sebagai penghambat pengambilan keputusan yang sewenang-wenang.

Pernyataan temuan dan alasan peradilan juga memungkinkan pihak yang kalah dalam perkara (dengan bantuan hukum dalam sebagian besar kasus) untuk menentukan apakah ada dasar yang kuat untuk mengajukan banding. Keputusan yang tidak dijelaskan mendorong banding dan mempersulit, bahkan tidak mungkin, bagi pengadilan banding untuk menentukan apakah pengadilan yang lebih rendah telah melakukan kesalahan.

Jika tidak ada banding yang diatur oleh undang-undang, putusan yang tidak beralasan dalam sebagian besar kasus juga menghambat tinjauan yudisial. Putusan ini tidak dapat memberikan indikasi tentang bagaimana kasus serupa akan diputuskan. Pada akhirnya, putusan ini tidak dapat memberikan jaminan kesetaraan perlakuan. Itu hanya keputusan pengadilan, dan aturan (perempuan), bukan hukum. Tidak ada akuntabilitas untuk pelaksanaan jabatan pengadilan.

Jadi keputusan pengadilan yang didukung oleh temuan fakta dan alasan lebih jauh mendukung nilai-nilai berikut:

- (1) Nilai instrumental: keakuratan pengambilan keputusan dan perlindungan terhadap kesewenang-wenangan,
- (2) Nilai martabat: partisipasi individu dan penghormatan terhadap martabat manusia,
- (3) Nilai kelembagaan: hubungan masyarakat dan ketertiban umum, dan
- (4) Nilai konstitusional: akses terhadap informasi dan fasilitasi pemerintahan sendiri.

Hal ini sebagian besar jelas dengan sendirinya, jika tidak klise. Jadi mengapa pengadilan tetap mempertahankan posisi hukum bahwa mereka tidak berkewajiban untuk memberikan putusan yang didukung oleh fakta dan beralasan, atau setidaknya bahwa kegagalan tanpa lebih banyak tidak akan menyebabkan pembatalan pada banding atau pembatalan pada peninjauan kembali yudisial? Tentu saja, di zaman modern doktrin preseden harus menanggung bagian

kesalahannya, tetapi itu tidak menghentikan pengadilan sekarang untuk membentuk kembali hukum.

Keberatan umum adalah bahwa persyaratan keputusan yang beralasan dapat membebani hakim, yang mungkin tidak punya waktu untuk menulis alasan dalam setiap kasus. Persyaratan seperti itu mungkin tidak praktis mengingat beban kerja pengadilan yang lebih rendah, terutama jika hakimnya adalah orang awam. Keberatan terkait adalah biaya untuk memberikan dan/atau mencatat alasan, tetapi tidak ada analisis biaya/manfaat yang ketat yang pernah menyertai ini. Ketakutan yang terus menerus muncul adalah bahwa alasan yang diberikan akan diambil alih oleh pengacara dan pengadilan banding, dan hakim yang sibuk akan dituntut dengan standar yang sangat tinggi oleh "atasan" mereka yang tidak memiliki keterbatasan waktu maupun sumber daya seperti yang dialami oleh lembaga peradilan yang lebih rendah.

Sebagian besar dugaan kesalahan pada tingkat persidangan menyangkut fakta, dan persyaratan untuk menjelaskan temuan kredibilitas dan temuan faktual lainnya dapat merosot menjadi mantra mekanis atau formulistik, atau alasan "kalengan". Salah satu keberatan yang terus-menerus terhadap tugas untuk memberikan alasan adalah bahwa dalam menyelesaikan konflik dalam bukti, penjelasan untuk memilih satu akun di atas yang lain mungkin tidak memungkinkan secara rasional. "Itu adalah masalah penilaian, kesan dan kadang-kadang bahkan naluri, dan sangat tidak mungkin untuk memberikan alasan terperinci untuk menjelaskan bagaimana sistem keputusan telah bekerja" Ini adalah sisi intuitif hukum yang diduga menolak penjelasan rasional.

Ketika hukum berubah dari tidak ada kewajiban bagi hakim untuk memberikan alasan menjadi persyaratan yang dapat ditegakkan secara hukum untuk memberikan alasan, pengadilan harus memahami fakta bahwa dalam beberapa situasi bahkan hakim profesional tidak terbiasa menjelaskan putusan yang mereka buat. Ilustrasinya meliputi yang berikut ini: pemberian biaya, pengiriman masalah interlocutory, pemberian izin untuk mengajukan banding, membuat daftar keputusan, membuang aplikasi prosedural yang melibatkan kebijaksanaan yudisial, menerima atau mengecualikan bukti, dan menyelesaikan masalah yang tidak terbantahkan.

Pengadilan Australia, yang memiliki pengalaman terpanjang di bidang ini, mengatakan tugas untuk memberikan alasan adalah insiden normal dari fungsi yudisial tetapi bukan yang universal. Pengadilan mengakui bahwa situasinya sangat "sangat beragam" sehingga akan menjadi kesalahan untuk menetapkan aturan yang kaku. Pertimbangan beban kerja dan realitas ruang sidang diperhitungkan dalam mengkalibrasi tuntutan tugas untuk memberikan alasan.

Hakim bagaimanapun juga adalah manusia dan tidak diragukan lagi ingin mempertahankan ruang untuk bermanuver sehingga penggugat yang tidak beralasan tidak dapat mengeksploitasi aturan yang keras untuk menghindari hasil yang tidak menyenangkan. Hukum berkembang dengan cepat, dan banyak praktik yang dianggap biasa saja sedang diawasi. Ini bukan tempat untuk mempertimbangkan detail perkembangannya. Yang jelas adalah, setelah 800 tahun perkembangan, hukum umum akhirnya berkembang melampaui

sekadar nasihat. Perkembangannya sangat terlambat.

5.6 PERUBAHAN TATANAN PENGADILAN

Kami mencatat di atas beberapa fitur hukum umum yang mengalir dari perkembangan historisnya dan pemisahan catatan dari alasan. Harus diakui sekarang bahwa kemajuan teknologi dan pola perilaku yang berubah telah melampaui beberapa fitur khas ini. Pandangan modern adalah bahwa otoritas keputusan pengadilan dalam arti penting berasal dari pembenaran atau alasan yang diberikan. Dalam pengertian ini, alasan merupakan bagian dari otoritas hakim.

Hal ini terkadang dikatakan untuk membedakan cabang yudisial dari cabang pemerintahan lainnya. Di tempat asal hukum umum, dalam waktu kurang dari satu generasi, putusan perdata telah berevolusi dari bentuk komunikasi lisan menjadi bentuk tertulis; dalam hal ini, Inggris mengikuti jejak pengadilan AS dan Persemakmuran. Teknologi juga telah mengubah panjang, bentuk, dan isi putusan, sebagaimana Internet telah merevolusi distribusi putusan dan jangkauan global hukum umum dan beberapa hakim. Pemerintah bahkan telah mengklaim hak cipta atas alasan putusan untuk mengatasi maraknya basis data elektronik.

Banyaknya materi yang tersedia telah memaksa banyak yurisdiksi untuk membatasi publikasi dan/atau kutipan putusan yang dianggap tidak layak untuk didistribusikan secara lebih luas. Preseden sebagai suatu sistem mungkin runtuh karena banyaknya kasus hukum. Banyak dari masalah ini bukanlah hal baru, tetapi tekanan telah meningkat tajam dalam tiga puluh tahun terakhir. Mungkin bukan suatu kebetulan bahwa selama periode inilah kasus untuk kewajiban yang dapat ditegakkan secara hukum untuk memberikan keputusan yang beralasan telah diajukan dengan sungguh-sungguh dan akhirnya menang. Putusan (catatan) dan alasan akhirnya dipersatukan kembali setelah pemisahan pada kelahiran hukum umum ratusan tahun yang lalu.

5.7 DAYA TARIK PEMBENARAN

Sejauh ini kita telah menelusuri perkembangan dalam praktik hukum umum tentang kewajiban untuk memberikan alasan. Seperti yang telah kita tunjukkan, hakim tidak menganggap diri mereka berkewajiban untuk memberikan alasan hingga baru-baru ini. Selain itu, baru setelah mereka mulai menemukan kewajiban tersebut bagi para pembuat keputusan administratif, sebuah penemuan yang didorong oleh intervensi legislatif, mereka mulai menganggap diri mereka berkewajiban seperti itu. Jadi, meskipun keputusan mereka dianggap berwibawa, mereka tidak menganggap diri mereka berkewajiban untuk menegakkan otoritas keputusan mereka.

Pandangan ini secara implisit menolak konsepsi otoritas yang bertentangan dengan prinsip dasar dalam tradisi hukum common law. Dalam tradisi tersebut, hukum tidak dipahami semata-mata sebagai produk dari kehendak penguasa atau keputusan otoritatif yang bersifat personal, melainkan sebagai ekspresi dari akal budi (reason) yang bersifat artifisial yakni nalar yang dikembangkan secara kolektif dan institusional dalam praktik hukum, bukan semata-mata refleksi pemikiran individu tertentu.

Akal budi yang dimaksud tidak hanya bersifat teknis, tetapi juga mengakar pada nilai-nilai moral mendasar yang menopang kehidupan bermasyarakat. Oleh karena itu, akal budi dipandang sebagai bagian integral dari "konstitusi" hukum dalam arti yang luas sebuah tatanan yang mencerminkan prinsip-prinsip keadilan, kesetaraan, dan rasionalitas. Berdasarkan pemahaman ini, otoritas dalam sistem hukum common law tidak bergantung hanya pada posisi atau kewenangan formal dari badan atau pejabat yang mengeluarkan keputusan. Artinya, sebuah putusan tidak menjadi otoritatif hanya karena ia dikeluarkan oleh institusi yang sah secara legal.

Sebaliknya, suatu keputusan memperoleh otoritas hukum sejauh ia mencerminkan dan selaras dengan nalar hukum yang masuk akal yakni nalar yang teruji oleh praktik, dapat dipertanggungjawabkan secara rasional, dan mencerminkan keadilan substantif. Dengan demikian, dalam kerangka common law, legitimasi sebuah keputusan hukum bersifat ganda: harus bersumber dari otoritas yang sah, tetapi juga harus dapat dibenarkan oleh prinsip-prinsip rasionalitas hukum yang lebih dalam.

Jadi pada prinsipnya tradisi common law tampaknya berkomitmen untuk menolak apa yang dapat kita sebut sebagai konsepsi perintah tentang kewenangan, atau kewenangan berdasarkan fiat, karena konsepsinya didasarkan pada nalar. Paling tidak, ia berkomitmen untuk menolak konsepsi perintah tentang kewenangan sebagai penjelasan keseluruhan atau bahkan bagian utama dari kewenangan hukum.

Dengan cara ini, common law menunjukkan apa yang akan kita sebut sebagai tarikan pembenaran, yang berarti bahwa kekuasaan publik dianggap berwibawa ketika dan hanya ketika ia membenarkan pelaksanaannya kepada mereka yang dipengaruhinya. Dan itu adalah langkah teoritis yang singkat, jika tidak historis, dari komitmen pada konsepsi otoritas berbasis alasan ke persyaratan konstitusional tentang tugas untuk memberikan alasan, langkah dari kewajaran yang dianggap kewajaran ke kewajaran yang dibuktikan atau dibenarkan.

Definisi klasik dari konsepsi perintah otoritas diberikan oleh Thomas Hobbes dalam Leviathan: Perintah adalah, di mana seseorang berkata, Lakukan ini, atau Jangan lakukan ini, tanpa mengharapkan alasan lain selain Kehendak orang yang mengatakannya. Dari sini jelas terlihat, bahwa orang yang Memerintah, dengan demikian berpura-pura mendapatkan keuntungannya sendiri: Karena alasan Perintahnya adalah Kehendaknya sendiri semata; dan objek yang tepat dari Kehendak setiap orang, adalah Kebaikan untuk dirinya sendiri. Hobbes memberi tahu kita bahwa kita mematuhi perintah bukan karena komandan memberi kita alasan untuk membenarkan perintah itu tetapi karena perintah itu datang dari komandan. Seperti yang dikatakan Hobbes kepada kita dalam bagian yang baru saja dikutip, kita harus menganggap bahwa komandan itu mementingkan diri sendiri.

Akan tetapi, jelaslah bahwa Hobbes berpikir kita punya alasan untuk menaati komandan. Dalam Bab 5 Leviathan, ia menyajikan argumen dari seluruh karya dalam bentuk ringkasan: Tetapi tidak ada Nalar satu orang, atau Nalar sejumlah orang, yang membuat kepastian; tidak lebih dari sebuah catatan yang dibuat dengan baik, karena banyak orang telah menyetujuinya dengan suara bulat. Dan oleh karena itu, seperti ketika ada kontroversi dalam sebuah catatan, para pihak harus atas kemauan mereka sendiri, menetapkan Nalar yang benar,

Nalar dari beberapa Arbitrator, atau Hakim, yang hukumannya akan mereka berdua dukung, atau kontroversi mereka harus berakhir dengan pertengkaran, atau tidak diputuskan, karena kurangnya Nalar yang benar yang dibentuk oleh Alam; demikian juga dalam semua perdebatan jenis apa pun; Dan ketika orang-orang yang menganggap diri mereka lebih bijak daripada semua orang lain, berteriak dan menuntut Nalar yang benar untuk menghakimi; namun tidak menginginkan lebih, selain bahwa segala sesuatunya harus ditentukan, bukan oleh akal budi orang lain selain akal budi mereka sendiri, hal itu tidak dapat ditoleransi dalam masyarakat manusia, seperti halnya dalam permainan setelah truf diputar, untuk menggunakan sebagai truf pada setiap kesempatan, perangkat yang paling mereka miliki di tangan mereka.

Kita belajar dari bagian ini bahwa dalam kasus konflik, kita tidak dapat mengandalkan akal budi alami kita sendiri sebagai individu untuk menyelesaikan konflik. Ini tidak membuat kita tanpa solusi rasional karena kita dapat beralih ke pihak ketiga penengah untuk menyelesaikan konflik bagi kita. Namun, solusi ini hanya akan berhasil jika kita menganggap keputusan pihak ketiga tersebut mewakili akal budi yang benar. Untuk melakukan itu, kita harus memahami keputusan penengah sebagai perintah, sebagai dekrit yang harus kita patuhi karena ia mengeluarkannya, dan bukan karena sesuai dengan akal budi kita yang benar. Penguasa politik kita adalah badan atau orang yang menjadi penengah tertinggi masyarakat kita, dan kita menaati perintahnya karena ketaatan tersebut memberi kita keamanan dan stabilitas yang kita butuhkan jika kita ingin terhindar dari konflik terus-menerus satu sama lain keadaan alamiah.

Dua ciri lainnya mengalir sebagai masalah logika dari konsepsi perintah tentang otoritas. Pertama, komandan tidak berkewajiban untuk memberikan alasan atas keputusannya. Memang, jika ia memberikan alasan, kita mungkin keliru menganggap bahwa alasan-alasannya atas perintah tersebut dan bukan perannya sebagai komandan yang menjadi dasar kepatuhan kita. Dan itu mungkin mengarah pada kesalahan lebih lanjut dengan menganggap bahwa jika alasan-alasan tersebut tampaknya tidak membenarkan perintah tersebut, kita tidak perlu menaatinya. Singkatnya, larangan atas alasan-alasan tersebut mungkin merupakan cara terbaik untuk melengkapi konsepsi perintah, tetapi, paling tidak, tidak ada kewajiban untuk memberikan alasan.

Ciri kedua adalah agar perintah tersebut berfungsi, kita harus dapat menentukan isinya tanpa harus terlibat dalam penyelidikan tentang alasan-alasan yang dimiliki penguasa untuk mengeluarkan perintah tersebut. Dengan kata lain, perintah tersebut harus memiliki konten yang pasti, konten yang dapat ditentukan oleh pengujian faktual, yaitu pengujian non-evaluatif. Sebab jika perintah tersebut tidak memiliki konten seperti itu, kita akan terlempar kembali ke akal sehat kita tentang alasan yang tepat, tepatnya situasi yang seharusnya dihindari dengan ketundukan kita kepada otoritas.

Sekarang sementara Hobbes mengartikulasikan konsepsi perintah otoritas, apa yang membuat filsafat hukumnya begitu menarik adalah bahwa ia tidak berpikir hal itu sendiri dapat menjadi dasar untuk merancang tatanan hukum. Keputusan untuk tunduk pada otoritas mengharuskan individu dalam keadaan alami untuk melihat lebih dari sekadar rasional untuk memiliki kedaulatan di tempat untuk membuat penilaian benar dan salah pada hal-hal yang

jika tidak akan menjadi subjek konflik yang terus-menerus dan korosif.

Individu juga harus melihat bahwa kedaulatan seperti itu akan tunduk pada hukum alam, hukum yang mencakup persyaratan yang kita kenal saat ini dari perdebatan tentang aturan hukum misalnya, persyaratan peradilan yang tidak memihak, keadilan, kewajaran, dan bahwa mereka yang tunduk pada hukum harus diperlakukan sesuai dengan prinsip kesetaraan. Individu memiliki alasan untuk tunduk kemudian tidak hanya karena kepatuhan menjanjikan keamanan atau pelarian dari konflik abadi tetapi juga karena perintah kedaulatan adalah penilaian dan penilaian akan mematuhi kriteria yang menjadikannya lebih dari sekadar keputusan penyelesaian konflik. Putusan-putusan tersebut, dengan kata lain, akan masuk akal dapat dibenarkan oleh alasan-alasan yang berkaitan dengan dasar tatanan politik dan hukum. Singkatnya, tampaknya seolah-olah Hobbes pada saat yang sama mengajukan konsepsi yang berbasis pada akal dan konsepsi perintah tentang otoritas.

Salah satu cara untuk mendamaikan ketegangan yang ditimbulkannya dalam teori hukum Hobbes adalah dengan mencatat bahwa bagi Hobbes, akuntabilitas penguasa terhadap hukum alam tampaknya merupakan akuntabilitas kepada Tuhan, bukan kepada rakyatnya. Selain itu, rakyat wajib memahami isi perintah penguasa isi hukum positif sebagai ekspresi definitif tentang apa yang dituntut oleh hukum alam. Singkatnya, meskipun akal yang benar adalah akal yang melakukan lebih dari sekadar menyelesaikan konflik akal juga sesuai dengan hukum alam perintah penguasa harus dipahami sebagai akal yang benar yaitu, sesuai dengan definisi hukum alam.

Seperti yang dijelaskan Hobbes dalam pembahasannya tentang hukum di Bab 26 Leviathan, ia sendiri tidak menerima solusi ini. Seperti yang akan kita tunjukkan sekarang, Hobbes, tidak kurang dari Fuller, melihat bahwa sementara "hukum pada dasarnya adalah perintah," hukum pada dasarnya adalah akal budi, sehingga "pandangan menyeluruh" tentang hukum melibatkan "pengakuan atas batasan dan aspirasinya."

Hobbes dengan jelas melihat ketidakmungkinan seorang penguasa memberikan isi yang pasti pada perintah-perintah umumnya yang akan menyelesaikan semua perselisihan tentang apa yang dituntut hukum. Seperti yang dikatakannya, semua hukum memerlukan interpretasi, dan karena itu penguasa harus membentuk staf hakim untuk menafsirkan perintah penguasa. Ketika hakim menjalankan peran ini, mereka adalah penguasa semu atau penguasa mini, karena mereka sendiri harus menafsirkan hukum alam untuk menjadikan hukum itu pasti. Orang mungkin berpikir bahwa belum ada masalah bagi konsepsi perintah tentang otoritas selama subjek menerima penilaian hakim sebagai hal yang definitif dari apa yang dituntut hukum alam. Yang kita miliki hanyalah peran perintah dalam mengisi celah-celah yang muncul dalam hukum.

Hobbes tidak membatasi hakim pada peran menyelesaikan ketidakpastian. Ia juga menjelaskan bahwa hakim menghina kedaulatan mereka jika mereka tidak berusaha keras untuk menafsirkan semua hukumnya seolah-olah hukum tersebut dimaksudkan untuk mematuhi hukum alam. Dan dalam mengemukakan argumen ini, ia mengemukakan kewajiban interpretatif bagi hakim yang mengharuskan mereka untuk menyelaraskan hukum, hukum berdasarkan keputusan, dengan aspirasi hukum untuk menyesuaikan diri dengan konsepsi

otoritas yang berbasis pada akal sehat.

Kewajiban interpretatif seperti itu membuat kedaulatan bertanggung jawab kepada hukum alam sebagaimana Parlemen Inggris saat ini bertanggung jawab kepada Undang-Undang Hak Asasi Manusia (1998) melalui kewajiban yudisial di bagian 3 untuk menafsirkan undang-undang seolah-olah undang-undang tersebut dimaksudkan untuk menghormati hak asasi manusia.

Tentu saja, Parlemen dapat memberlakukan undang-undang yang jelas-jelas bertentangan dengan hak asasi manusia sehingga tidak dapat ditafsirkan dengan cara yang mendukung hak asasi manusia. Pada saat itu, hakim tidak memiliki kewenangan untuk membatalkan hukum tetapi cukup mengeluarkan pernyataan ketidaksesuaian. Dan penting untuk dicatat bahwa Hobbes tampaknya menyarankan perangkat yang sangat mirip untuk memberi sinyal ketika sebuah hukum positif tidak dapat ditafsirkan dengan cara yang membuatnya sesuai dengan hukum alam.

Dalam kedua kasus tersebut, hukum tetap berlaku. Namun, hukum tersebut berada di bawah awan keraguan hukum dari perspektif hukum itu sendiri, dalam kasus pertama, dari perspektif tatanan hukum yang di dalamnya diterima bahwa ketaatan pada hukum bersyarat pada penghormatan terhadap hak asasi manusia, dan dalam kasus kedua, dari perspektif tatanan hukum yang di dalamnya diterima bahwa ketaatan pada hukum bersyarat pada penghormatan terhadap hukum alam. Sejauh penguasa menunjukkan rasa tidak hormat terhadap dasar ketaatan itu sendiri, maka ia membebani ketaatan itu dan klaim bahwa ia memerintah melalui hukum.

Penting untuk ditekankan sekarang, karena alasan yang akan menjadi jelas dalam pembahasan positivisme konseptual, bahwa dalam kedua kasus ini keraguan hukum tidak muncul karena nilai-nilai yang hanya memiliki kehadiran yang tidak pasti dalam hukum yurisdiksi tertentu. Bagi Hobbes dan para penggila hak asasi manusia, tujuan hukum adalah untuk mengamankan hubungan yang tepat antara penguasa dan subjek hukum.

Poin tersebut dikembangkan dengan merenungkan bagaimana hukum akan melayani kepentingan subjek dengan sebaik-baiknya, sehingga subjek akan menerima bahwa adalah rasional baginya untuk tunduk pada otoritas hukum. Dan dalam proses merenungkan topik ini, seseorang akan memperoleh pemahaman tentang struktur penalaran praktis yang tepat tentang persyaratan hukum yang sebenarnya, sebuah struktur yang komponen-komponennya mewujudkan nilai-nilai fundamental atau konstitusional dari tatanan hukum, yang secara ringkas adalah aturan hukum.

Dalam pengertian ini, baik Hobbes maupun para penganjur hak asasi manusia adalah pengacara alamiah, tetapi nilai-nilai moral yang mereka temukan melekat dalam hukum tidak diambil dari luar tatanan hukum dan kemudian dimasukkan ke dalam hukum positifnya. Sebaliknya, nilai-nilai tersebut adalah nilai-nilai yang memberi makna pada gagasan hukum dan dengan demikian tatanan hukum dan dengan demikian menjadi kandidat untuk pemberlakuan positif atau bahkan pemberlakuan yang kuat.

Dengan demikian, tidak ada perbedaan yang tajam antara gagasan atau konsep hukum, di satu sisi, dan hukum positif dari tatanan hukum, di sisi lain. Karena cara seseorang

memahami yang terakhir sangat dipengaruhi oleh pemahamannya tentang yang pertama. Lebih jauh, pandangan tentang hubungan antara aspirasi "hukum" yang dipahami secara abstrak dan "hukum" yaitu, hukum positif juga merupakan ciri khas tradisi hukum umum sehingga dalam pengertian ini tradisi hukum umum juga merupakan tradisi hukum alam. Karena sementara tradisi hukum umum menegaskan bahwa nalar hukum bersifat artifisial, yang diatur oleh persyaratan bahwa pengacara dan hakim harus menunjukkan apa yang dituntut hukum, tradisi tersebut juga menegaskan bahwa nalar yang ditunjukkan dalam praktik ini menunjukkan bahwa hukum itu adil.

Akan tetapi, kesamaan ini adalah kesamaan metodologi metodologi yang mengharuskan pelaksanaan kekuasaan hukum menjadi pelaksanaan yang harus dibenarkan bagi mereka yang tunduk pada kekuasaan tersebut dan bukan substansinya. Seseorang dapat setuju dan tidak setuju tentang nilai-nilai fundamental tatanan hukum dan tentang cara terbaik untuk mengatur lembaga-lembaga tatanan hukum agar dapat mewujudkannya.

Dengan kata lain, pemahaman seseorang tentang isi nilai-nilai dan lembaga-lembaga ini mungkin bergantung, tetapi bahwa ada nilai-nilai tersebut dan bahwa lembaga-lembaga harus diatur agar dapat mewujudkannya bukanlah bergantung. Selain itu, terlepas dari kenyataan ketidaksepakatan tentang daftar nilai-nilai negara hukum yang tepat, seiring berjalannya waktu ada inti yang cukup luar biasa dalam pemahaman kita tentang nilai-nilai tersebut. Di satu sisi, lebih banyak variasi dapat ditemukan dalam gagasan tentang pengaturan kelembagaan.

Dalam hal terakhir ini, Hobbes ingin menyingkirkan hukum umum. Ia menginginkan hal ini karena ia berpikir bahwa penguasa harus memiliki monopoli atas kekuasaan pembuatan undang-undang untuk mengamankan stabilitas dan karena ia khawatir tentang prospek bahwa pemahaman hakim yang salah tentang hukum alam dapat dianggap memiliki kekuatan di luar perselisihan yang telah diputuskan oleh hakim. Jadi ia memberikan peran yang luas kepada hakim dalam menafsirkan hukum positif berdasarkan hukum alam dan pada saat yang sama membatasi kekuatan interpretasi mereka pada kasus di hadapan mereka. Namun fakta bahwa hakim dibatasi seperti itu tidak berarti bahwa konsepsi perintah tentang otoritas mengalahkan konsepsi yang berbasis pada akal budi.

Sebaliknya, konsepsi perintah menyediakan materi yang ditafsirkan hakim untuk subjek sesuai dengan konsepsi yang berbasis pada akal budi. Jika mereka tidak dapat menjalankan peran itu dengan perintah tertentu, perintah itu tetap sah, tetapi otoritasnya sendiri diragukan karena telah menyimpang dari landasan konstitusionalnya. Hal ini tetap berlaku karena Hobbes akan selalu memilih stabilitas daripada ketidakstabilan, meskipun penting untuk diingat bahwa stabilitas yang dicapai di sini melalui validitas yang berkelanjutan bukanlah sesuatu yang kokoh, karena penguasa telah memilih untuk menekankan dasar kepatuhan rakyat terhadap hukum.

Jika Hobbes tidak mengemukakan konsep perintah tentang otoritas sebagai dasar otoritas yang eksklusif atau bahkan utama, mungkin tampak bahwa teori hukum Jeremy Bentham lebih dekat untuk dimodelkan pada konsep perintah. Karena Bentham berpendapat bahwa hukum hanyalah instrumen utilitas, bukan ekspresi dari konsep hak-hak alami subjek.

Artinya, bagi Bentham, hukum hanyalah sarana yang efisien untuk menyampaikan penilaian tentang kesejahteraan umum yang dibuat oleh para wakil rakyat, sehingga tidak dianggap melayani suatu poin yang kemudian dapat menghasilkan suatu struktur yang membatasi penafsiran hukum. Namun, Bentham, tidak kurang dari Hobbes, melihat perlunya penafsiran hukum dan dengan demikian untuk staf hakim.

Kita telah mencatat bahwa Bentham dalam karya awalnya berpikir bahwa gagasan yang ketat tentang *stare decisis* dapat meningkatkan kepastian hukum melalui publisitas alasan hakim. Maksudnya adalah agar hakim mematuhi keputusan-keputusan terdahulu bukan karena keputusan-keputusan tersebut sesuai dengan hukum alam atau asas-asas akal sehat, tetapi karena keputusan-keputusan tersebut telah dibuat dan karenanya harus diikuti demi keseragaman dan stabilitas.

Namun, Bentham meninggalkan gagasan ini mengingat biaya transaksi. Selain itu, gagasan *stare decisis* yang ketat hanya merupakan solusi untuk satu masalah masalah ketidakpastian hukum. Gagasan ini tidak membahas masalah lain kebutuhan untuk menyesuaikan hukum agar tidak menimbulkan ketidakadilan dalam kasus-kasus tertentu. Singkatnya, gagasan ini tidak membahas kebutuhan untuk menyeimbangkan kepastian dan fleksibilitas.

Untuk menangani masalah kedua ini, Bentham mengusulkan agar semua undang-undang dibuat oleh badan legislatif sesuai dengan asas utilitas dan ditetapkan dalam kode yang mencakup semuanya. Peran hakim adalah menyelesaikan perselisihan individu dengan mengajukan banding ke utilitas dalam kasus tertentu, dan keputusan yang diambil akan ditolak efek *preseden* apa pun.

Keputusan akan seperti tiket bus bekas, yang hanya berlaku untuk perjalanan itu. Bentham masih membayangkan bahwa hakim akan memberikan keputusan yang beralasan, karena ini akan memastikan akuntabilitas mereka kepada masyarakat melalui "mobilisasi opini publik" dan penerapan "sanksi moral." Namun, alasan yang diberikan menurutnya tidak akan mengganggu hukum atau kode, karena tidak ada hubungan langsung antara perundang-undangan dan putusan. Dengan demikian, Bentham berusaha memutuskan hubungan antara keduanya, untuk memaksimalkan kepastian sambil tetap memberikan fleksibilitas.

Namun, seperti yang dikatakan Gerald Postema, jika skema Bentham dicoba, itu mungkin terbukti merugikan diri sendiri. Begitu masyarakat menyadari bahwa para hakim (karena alasan-alasan utilitarian yang mereka anggap penting) tidak menerapkan kode tersebut, harapan masyarakat akan terfokus pada aktivitas pengadilan dan sesuatu seperti hukum kasus yang berdasarkan *preseden* akan muncul. Orang mungkin kemudian mengira bahwa Bentham seharusnya tidak hanya menolak keputusan pengadilan yang memiliki kekuatan *preseden*, tetapi juga bersikeras bahwa para hakim tidak memberikan alasan apa pun untuk mengambil keputusan. Namun, Bentham akan enggan mempertimbangkan langkah ini karena ia sangat percaya pada publisitas hukum. Yang paling mendasar, mengizinkan atau bahkan mengharuskan keputusan yang tidak beralasan akan bertentangan dengan inti proyek Pencerahan yaitu, klaim bahwa kepatuhan terhadap kekuasaan harus berdasarkan alasan.

Desakan Bentham pada alasan untuk mengambil keputusan mungkin akan

mengacaukan tatanan hukum idealnya. Namun, itu karena, betapapun ia berusaha, ia tidak dapat sepenuhnya lepas dari daya tarik posisi dalam filsafat hukum yang berusaha menunjukkan bahwa inti hukum adalah untuk melayani hak-hak subjek. Upayanya untuk menggantikan retorika hak-hak alamiah, dengan "omong kosong di atas panggung," bahasa utilitas yang keras memiliki hasil yang paradoks yaitu mengadu penilaian legislatif dengan penilaian yudisial tentang utilitas. Sebaliknya, Hobbes dan para eksponen tradisi hukum umum, kaum romantik hukum umum, memahami peran peradilan sebagai upaya untuk menunjukkan bahwa putusan legislatif sesuai dengan nilai-nilai fundamental tatanan hukum, karena mereka menganggap baik Parlemen maupun para hakim terlibat dalam proyek bersama untuk mewujudkan nilai-nilai ini.

Dengan demikian, desakan Bentham bahwa tidak ada nilai yang melekat atau hakiki pada tatanan hukum, kecuali mungkin publisitas dan kejelasan, yang mengarah pada pertentangan putusan telanjang tentang manfaat. Memang, mungkin saja Bentham dapat mencapai tujuannya tanpa menanggung risiko subversi diri bukan dengan melarang alasan untuk putusan tetapi dengan melarang hakim dari segala kepura-puraan bahwa apa yang mereka lakukan melibatkan penafsiran hukum.

Singkatnya, mereka akan menyangkal bahwa alasan mereka untuk putusan adalah alasan hukum dan mengungkapkan penalaran mereka dalam bahasa murni aritmatika moral. Tetapi usulan seperti itu tampaknya bahkan lebih aneh bagi siapa pun yang ingin hidup di bawah aturan hukum daripada larangan atas alasan. Dan itu memberi tahu kita sesuatu tentang tarikan pembenaran yang tampaknya menjadi bagian dari gagasan tentang aturan melalui hukum. Tarikan itu lebih dari sekadar klaim bahwa keputusan oleh mereka yang memiliki otoritas hukum harus dibenarkan oleh alasan dan juga dapat dibenarkan; tarikan itu mengarah pada klaim bahwa alasan yang membenarkan haruslah alasan hukum yaitu, alasan yang bergantung pada sumber daya yang disediakan oleh hukum.

Bentham mungkin telah menunjukkan kesadarannya akan fenomena ini melalui upayanya yang tak kenal lelah untuk membersihkan hukum dari pemahaman hukum umum tentang nilai-nilai fundamental dengan mereduksinya menjadi seperangkat aturan dengan konten yang pasti, yang masing-masing aturan memuat penilaian yang pasti tentang manfaat. Namun, seperti yang telah kita lihat, itu berarti bahwa pada saat hakim dengan tepat melakukan sesuatu selain menerapkan aturan, baik untuk menangani apa yang tampaknya menjadi ketidakpastian dalam hukum atau untuk menanggapi fakta bahwa aturan yang pasti tampaknya menciptakan ketidakadilan, mereka melakukan ini tanpa disiplin oleh persyaratan untuk menjelaskan apa yang mereka lakukan sebagai interpretasi hukum.

Seseorang mungkin bereaksi terhadap poin ini dengan menyambutnya sebagai pengenalan kejujuran yang menyegarkan ke dalam pendekatan kita terhadap peradilan. Karena seseorang mungkin mengira bahwa fiksi yang dianut oleh hakim hukum umum bahwa mereka tidak membuat hukum adalah "kekanak-kanakan," seperti yang dijelaskan oleh H. L. A. Hart mengikuti John Austin. Maka akan jauh lebih baik, seperti yang dianjurkan Hart, untuk memahami peran peradilan sebagai peran legislatif, sehingga kita meminta pertanggungjawaban hakim atas keputusan yang pada akhirnya didorong oleh rasa benar dan

salah pribadi mereka, bukan oleh pemahaman mereka tentang hukum.

Kita juga perlu mengingat bahwa, di bawah arahan Hart, positivisme hukum bergeser pada pertengahan abad kedua puluh dari akar politiknya dan mengambil arah konseptual yang disengaja. Yang kami maksud dengan ini adalah peralihan ke analisis konsep hukum seolah-olah hal ini dapat dilakukan tanpa bergantung pada asumsi politik yang membentuk klaim seseorang tentang hukum dengan cara yang memiliki implikasi langsung terhadap praktik. Namun, jejak asumsi politik asli dari positivisme hukum terus memainkan peran subliminal dalam positivisme hukum konseptual, karena ia terus berpegang pada konsepsi perintah tentang otoritas. Positivisme hukum konseptual tidak lagi menganjurkan reformasi tatanan hukum untuk menyingkirkan hukum umum.

Konsepsi perintah tentang otoritas berarti bahwa ia menawarkan pemahaman tentang hukum umum yang tidak ada hubungannya dengan pemahaman diri para praktisi dan karenanya tidak relevan dengan praktik. Mengikuti Hart, para positivis hukum konseptual mengklaim bahwa ketika hakim hukum umum memutuskan kasus-kasus sulit, mereka menjalankan kebijakan kuasi-legislatif. Namun untuk membuat klaim ini, Hart harus mengambil alih sebagian besar positivisme hukum Bentham, terutama konsepsi perintah tentang otoritas dengan gagasannya bahwa hukum terdiri dari aturan-aturan dengan konten yang pasti. Hart, tentu saja, berpendapat bahwa ia telah menyimpang dari Bentham dan John Austin dalam menolak gagasan bahwa kedaulatan tidak tunduk pada hukum bahwa ia adalah komandan yang tidak diperintah.

Gagasan Hart bahwa pembuat hukum yang berdaulat harus mematuhi hukum agar perintahnya diakui sebagai hukum tidak hanya konsisten dengan konsepsi perintah tentang otoritas, tetapi sebenarnya diperlukan olehnya. Konsepsi perintah mengharuskan adanya pengujian publik untuk mengidentifikasi sumber hukum dan konten hukum tertentu. Ketika Bentham dan Austin setelahnya, dan dalam hal ini Hobbes sebelum mereka, mengklaim bahwa penguasa tidak terikat oleh hukum, yang mereka maksud adalah tidak terikat oleh hukum penguasa lain dan bukan bahwa penguasa dapat membuat hukum tanpa mematuhi kriteria tatanan hukum untuk membuat hukum yang sah.

Faktanya, penyimpangan Hart yang lain dari Bentham dan Austin-lah yang menandai perubahan nyata. Menurut pandangan kami, manifesto Hart yang luar biasa untuk positivisme hukum, kuliahnya tahun 1958 di Sekolah Hukum Harvard, "Positivisme dan Pemisahan Hukum dan Moral," terjebak di antara dua kecenderungan: di satu sisi, keinginan Bentham untuk membuat filsafat hukum responsif terhadap praktik hukum; di sisi lain, kecenderungan filsafat bahasa Oxford untuk membongkar konsep dengan merefleksikan penggunaan biasa mereka, yang berarti penggunaan terpaksa di ruang umum Oxford. Dalam manifesto ini, kecenderungan Benthamite dominan tetapi, pada tahun 1961, dengan penerbitan edisi pertama *The Concept of Law*, filsafat bahasa mendominasi, dengan perhatian praktis sebagian besar diturunkan ke akhir buku. Positivisme hukum menjadi penyelidikan konseptual ke dalam sifat hukum, hampir seluruhnya terpisah dari akar politiknya.

Hart jelas berpikir bahwa ia mampu melepaskan positivisme hukum dengan cara ini karena seseorang dapat membongkar konsep hukum melalui penyelidikan yang murni

konseptual. Ia dan kaum positivis sejak itu bersikeras bahwa jika seseorang ingin memahami hukum, seseorang harus memahaminya sebagai konsep yang terpisah tidak hanya dari aspirasi politik para pendahulu mereka, tetapi juga terpisah dari fitur parokial tatanan hukum tertentu. Dengan demikian, kaum positivis hukum konseptual berpendapat bahwa tugas memahami "hukum" berbeda dari memahami "hukum".

Menurut pandangan mereka, para filsuf hukum harus menawarkan pemahaman tentang hukum secara abstrak, dalam pengertian terpisah yang baru saja diberikan, sementara para pengacara dan yang lainnya berkepentingan untuk menjawab berbagai pertanyaan yang dihadapi oleh para peserta praktik hukum, apakah mereka berniat untuk sekadar mengikuti praktik hukum atau ingin mereformasinya. Oleh karena itu, para penganut positivis hukum konseptual tidak lagi menganggap bahwa filsafat hukum seharusnya berfokus pada penyelidikan pengacara terhadap praktik hukum.

Penting untuk melihat bahwa, dalam membuat argumen ini, para penganut positivis hukum konseptual berusaha untuk membalik urutan pemikiran filosofis tentang hukum untuk mengecualikan mereka yang tidak menerima ketentuan hukum dari komunitas filsuf hukum. Seperti yang telah kami tunjukkan, tradisi hukum kodrat, yang di dalamnya kami menyertakan para penganut romantisme hukum umum, dicirikan oleh konsepsi normatif tentang otoritas hukum yang dimaksudkan untuk menginformasikan cara hukum dipraktikkan, termasuk jawaban yang diberikan oleh para praktisi terhadap pertanyaan tentang apa yang dituntut oleh hukum positif.

Para penganut positivis hukum konseptual secara stipulatif mendefinisikan hukum secara abstrak untuk memenuhi dugaan kebutuhan teoritis akan keterpisahan dari praktik. Bahwa keterpisahan semacam itu tidak mungkin terjadi dibuktikan oleh fakta bahwa konsep hukum abstrak mereka sama sekali tidak abstrak. Sebaliknya, konsep tersebut merupakan versi jawaban Bentham terhadap masalah yang ia rasakan dalam praktik hukum.

Ingatlah bahwa konsep hukum yang bersarang dalam konsepsi perintah tentang otoritas bagi Bentham pada akhirnya merupakan bagian dari program reformasi yang berupaya untuk menyingkirkan tatanan hukum dari hukum umum, menggantinya dengan sistem aturan yang ditetapkan dan dikodifikasi. Namun, setelah diekstraksi dari program tersebut, konsep tersebut tidak dapat lagi digunakan untuk mendukung penghapusan hukum umum. Sebaliknya, konsep tersebut dipaksa untuk mencoba mereduksi hukum umum menjadi konsep yang asing, yaitu model aturan.

Seperti yang telah kita lihat, Bentham sendiri menyerah dalam upaya mereduksi hukum umum menjadi aturan dan karenanya mendukung penghapusannya sama sekali. Namun, karena positivis hukum konseptual tidak dapat mengakui bahwa konsep hukum mereka bersifat politis, mereka melarang diri mereka untuk mengikuti logika argumen Bentham. Mereka masih terjebak dengan masalah bekerja dengan konsep hukum Bentham yang mengharuskan mereka untuk mencoba mereduksi hukum umum menjadi model aturan. Dan, sejauh hukum umum tidak dapat direduksi demikian, mereka harus menyatakan bahwa fitur-fiturnya bukanlah hukum, melainkan elemen-elemen yang asing bagi hukum yang akan menginformasikan pelaksanaan kebijaksanaan kuasi-legislatif hakim.

Namun, para positivis hukum konseptual tidak sepenuhnya menahan diri dari advokasi. Hart, sebagaimana telah kami sebutkan, memang berpikir akan lebih baik jika kita menggambarkan apa yang dilakukan hakim dengan cara ini daripada mengadopsi "fiksi kekanak-kanakan" hukum umum bahwa hakim tidak membuat hukum. Namun, akan lebih baik jika seseorang peduli dengan Bentham bahwa hakim akan menggunakan fiksi itu untuk merebut kekuasaan yang seharusnya menjadi milik legislatif. Dengan kata lain, Hart berhak atas poin tentang fiksi kekanak-kanakan hanya selama ia bersedia menerima komitmen politik yang mendasarinya.

Sebaliknya, jika seseorang bekerja sebagai hakim dalam praktik hukum umum, atau jika seseorang berusaha menjelaskan apa yang hakim itu coba lakukan dengan cara yang sesuai dengan sudut pandang internal atau partisipannya, seseorang harus berasumsi bahwa jawaban atas pertanyaan hukum sepenuhnya ditentukan oleh hukum. Karena hakim berkomitmen pada lebih dari sekadar konsepsi otoritas yang berbasis pada akal sehat. Ia juga berkomitmen pada aturan hukum, sehingga semua alasan yang diberikan haruslah alasan hukum, karena keputusan seharusnya memenuhi aspirasi tatanan hukum yang berkomitmen pada aturan hukum. Jika seorang hakim berkata, seperti yang Hart sarankan, "Saya memutuskan perkara dengan cara ini dan bukan itu karena ini adalah pendapat saya tentang cara terbaik untuk melakukan sesuatu", maka hakim tersebut mengabaikan alasan hukum dan mengambil peran sebagai pembuat undang-undang.

Disiplin penalaran diterapkan melalui persyaratan untuk menunjukkan jawaban terbaik atas pertanyaan tersebut, dengan mempertimbangkan sumber daya hukum yang ada. Dengan demikian, mengatakan bahwa jawaban tersebut sepenuhnya ditentukan oleh hukum berarti bahwa jawaban tersebut ditentukan oleh interaksi yang kompleks antara ide seseorang, bahkan cita-citanya, tentang hukum, dan materi hukum positif yang secara umum disepakati relevan untuk menjawab pertanyaan tersebut. Dan inilah mengapa teori adjudikasi Dworkin adalah jenis teori yang akan diartikulasikan oleh seseorang yang ingin memahami hukum umum dari sudut pandang praktisi.

Perspektif itu dibangun di atas fiksi, tetapi fiksi tidak selalu atau bahkan sering "kekanak-kanakan." Fiksi sering kali diperlukan untuk mempertahankan praktik - yaitu, fiksi adalah asumsi regulatif, asumsi yang harus diadopsi oleh para peserta dalam praktik agar praktik tersebut berhasil. Tentu saja, praktik itu sendiri mungkin merusak, tetapi langkah yang harus diambil adalah mengutuk praktik tersebut, bukan fiksi yang mendukungnya. Dan para penganut positivis hukum konseptual melarang diri mereka sendiri untuk melakukan hal itu. Hart mengakui dalam edisi kedua *The Concept of Law* bahwa ia telah mengatakan "terlalu sedikit tentang topik arbitrase."

Namun, seperti yang telah kami kemukakan, jika ia mencoba untuk mengatakan lebih banyak, ia akan mendapati dirinya terpaksa berpihak pada Bentham dan berpendapat bahwa kita harus menyingkirkan arbitrase hukum umum atau pada Dworkin dan mengambil tugas untuk menjelaskan sudut pandang internal para peserta dalam praktik tersebut. Sebaliknya, ia memutuskan untuk tetap berpegang pada klaim yang diduga konseptual tentang hakikat hukum.

Dari posisi yang tidak menentu ini, praktik hakim yang memberikan alasan yang mereka anggap sah dan sepenuhnya menentukan kesimpulan mereka tampak seperti praktik penipuan diri sendiri, dan, paling buruk, seperti praktik penipuan yang disengaja terhadap orang lain. Oleh karena itu, seseorang tidak dituntut untuk mencoba memahami praktik tersebut, apalagi bertanya-tanya mengapa butuh waktu lama bagi para hakim untuk memahami bahwa mereka mungkin berkewajiban untuk terlibat di dalamnya. Ironisnya bahwa konsep hukum Hart mengharuskannya untuk menghilangkan pemahaman diri para peserta dalam praktik hukum umum.

Salah satu pencapaian Hart adalah desakannya bahwa seseorang harus memperhitungkan fakta bahwa tatanan hukum adalah tatanan yang terdiri dari norma-norma dan bahwa, akibatnya, seseorang harus memahami bahwa pejabat hukum memiliki sudut pandang internal tentang mengapa mereka harus menerapkan norma-norma tersebut yaitu, mereka sama sekali tidak dimotivasi oleh rasa takut akan sanksi untuk mematuhi perintah. Lebih dari sekadar ironis bahwa ternyata sejauh hakim tidak dapat memahami hukum sesuai dengan konsepsi perintah tentang otoritas, apa yang mereka lakukan di luar konsepsi itu harus dianggap bukan hukum. Artinya, adopsi konsepsi perintah tentang otoritas oleh positivisme hukum konseptual mendelegasikan sebagian besar dari apa yang dilakukan hakim dalam memutuskan kasus-kasus sulit ke ranah ekstra-hukum.

Pembenaran terjadi di ruang ekstra-hukum dan dengan demikian tidak memerlukan perhatian filsafat hukum. Namun, juga mengherankan bahwa para filsuf hukum yang telah mencoba memahami sudut pandang internal para peserta dalam praktik hukum umum gagal memperhatikan bahwa elemen yang mereka anggap mendasar bagi praktik tersebut, pemberian alasan, tidak dianggap, setidaknya hingga baru-baru ini, sebagai tugas yang dapat ditegakkan secara hukum. Dalam hal ini, kaum romantik hukum umum seperti Dworkin telah gagal terlibat dengan praktik hukum dan dengan demikian berasumsi bahwa semuanya berjalan sesuai dengan gambaran ideal mereka sendiri.

Jika Dworkin berpendapat bahwa gambaran yang koheren tentang aturan hukum memerlukan tugas untuk memberikan alasan, terlepas dari kenyataan bahwa hukum umum telah gagal mengakui tugas tersebut dan dengan demikian selama hampir seluruh sejarahnya beroperasi dalam hal-hal yang signifikan dengan konsepsi otoritas yang tegas, ia akan diminta untuk mencurahkan lebih banyak perhatian pada pertanyaan-pertanyaan yang diajukan oleh praktik hukum untuk teorinya. Ia kemudian harus memperhatikan empat fenomena penting. Pertama, badan legislatif di dunia hukum umum jauh lebih aktif daripada hakim dalam mendorong gerakan untuk mengakui tugas tersebut.

Kedua, tugas tersebut, baik yang ditetapkan dalam undang-undang atau ditetapkan sebagai masalah hukum umum, dianggap terutama berlaku bagi para pengambil keputusan selain hakim, yaitu pejabat negara administratif. Ketiga, dan mengikuti dari fenomena terakhir ini, untuk meminta alasan dari pejabat tersebut adalah untuk menyiratkan bahwa mereka memiliki peran penting dalam menafsirkan hukum, peran yang harus dihormati oleh hakim dengan yang lain selama para pejabat melakukan pekerjaan yang layak untuk membenarkan keputusan mereka. Dan itu mengikuti dari ketiga fenomena ini bahwa seseorang mungkin

harus memikirkan kembali gagasan Dworkin tentang hakim sebagai Hercules, penjaga supremasi hukum yang mahatahu dan tampaknya mahakuasa, karena baik legislatif maupun pejabat publik tampaknya memiliki peran interpretatif yang penting dalam mempertahankan dan memajukan supremasi hukum.

Dengan kata lain, kaum romantik hukum umum harus menyingkirkan prasangka mereka yang mengakar terhadap undang-undang dan, sebagai tambahan, mengalihkan perhatian mereka ke tempat konstitusional negara administratif dalam tatanan hukum. Seperti yang ditunjukkan Jerry Mashaw, negara administratif dapat secara tepat dilihat sebagai "perwujudan kelembagaan dari proyek pencerahan untuk menggantikan akal budi dengan kekuatan gelap budaya, tradisi, dan mitos."

Fenomena keempat juga muncul dari pembahasan kita tentang kewajiban untuk memberikan alasan. Kita telah mencatat bahwa sejauh hukum umum terus gagal mengakui kewajiban semacam itu, hukum tersebut bekerja sampai batas tertentu dalam konsepsi otoritas yang positivis, konsepsi perintah di mana suatu keputusan dipatuhi karena siapa yang memberikannya dan bukan karena dibenarkan oleh alasan. Dan kami juga telah mencatat bahwa ada argumen serius tentang masalah yang dapat muncul jika konsepsi otoritas berbasis nalar dianggap berlaku untuk semua keputusan yang memiliki kekuatan hukum. Dengan kata lain, bahkan jika seseorang mengadopsi, seperti yang kami pikir seharusnya, konsepsi berbasis nalar sebagai konsepsi dasar otoritas, mungkin saja konsepsi itu tidak dapat dengan cara apa pun mengambil semua ruang tatanan hukum, karena sering kali lebih tepat untuk membuat keputusan yang lebih sesuai dengan konsepsi berbasis perintah.

Tidak hanya secara umum validitas undang-undang paling baik dipahami sesuai dengan konsepsi perintah, tetapi bahkan pelaksanaan otoritas hukum oleh mereka yang bertugas menerapkan undang-undang terkadang dapat lebih dipahami dalam hal perintah daripada konsepsi berbasis nalar. Misalnya, mungkin tidak tepat untuk mensyaratkan alasan tertulis untuk semua keputusan resmi, terutama untuk kategori keputusan yang tidak memengaruhi kepentingan individu yang penting atau sebagian besar didasarkan pada pertimbangan hukum.

Dalam membuat pengakuan ini, kami perlu menekankan penggunaan kata "lebih". Jika konsepsi otoritas berbasis nalar diperlukan oleh apa yang telah kami gambarkan sebagai tarikan pembenaran, dan tarikan itu adalah inti dari tatanan hukum dan aturan hukum, maka konsepsi berbasis nalar harus menjadi konsepsi default tatanan hukum. Oleh karena itu, undang-undang yang secara teknis sah paling banter akan memiliki klaim otoritas yang goyah jika pejabat tidak dapat menjalankan otoritas yang didelegasikan kepada mereka oleh undang-undang dengan cara berbasis nalar, karena undang-undang tersebut bertentangan dengan aturan hukum.

Barangkali kita harus berlindung di sini pada upaya terakhir para ahli hukum administrasi dan mengatakan bahwa konsepsi yang berdasarkan akal budi dan konsepsi perintah adalah dua kutub kontinum otoritas, tetapi kutub konsepsi perintah tidak boleh didekati terlalu dekat tanpa alasan yang kuat. Akan tetapi, bahkan jika kita mengkualifikasi konsesi kita dengan cara itu, konsesi itu tetap merupakan konsesi terhadap positivisme hukum, yang memunculkan pengamatan penutup kita.

Perhatian terhadap praktik kemungkinan besar tidak akan menghasilkan kemenangan bagi pendekatan tertentu terhadap teori hukum, melainkan pemulihan hubungan antara kaum romantik hukum umum dan kaum positivis hukum politik. Jadi, Lon Fuller benar ketika menyimpulkan bahwa pertentangan antara akal budi dan perintah adalah "tidak dapat dihindari" sesungguhnya, bahwa setiap upaya untuk menyingkirkan hukum umum dari keduanya pasti akan gagal atau benar-benar berbahaya bagi masyarakat.

BAB 6

HUKUM ALAM, HUKUM UMUM, DAN KONSTITUSI

"Nihil quod est contra rationem est licitum" — "Tidak ada yang bertentangan dengan akal sehat yang sah" merupakan pepatah favorit Sir Edward Coke, tokoh penting dalam perkembangan hukum umum Inggris pada abad ke-17, yang otoritasnya masih diakui di Amerika kolonial menjelang Revolusi. Dalam bentuk yang sedikit berbeda, pepatah ini muncul dalam laporan Coke mengenai *Kasus Dokter Bonham*, dan kemudian dikutip oleh James Otis dalam *Kasus Writs of Assistance* di Massachusetts tahun 1761 yang menandai awal dari argumen konstitusional menuju kemerdekaan. Dalam kutipan tersebut dinyatakan: *"ketika suatu Undang-Undang Parlemen bertentangan dengan hak dan akal sehat umum, atau bersifat menjijikkan, atau tidak mungkin dilaksanakan, maka hukum umum memiliki kekuasaan untuk mengesampingkannya dan menyatakan undang-undang tersebut batal demi hukum."*

Alexander Hamilton tidak merujuk Kasus Bonham maupun argumen Otis dalam *Federalist No. 78*, di mana ia mengembangkan alasan di balik peninjauan kembali undang-undang, juga tidak ada satu pun kasus yang disebutkan dalam pendapat John Marshall dalam *Marbury v. Madison*. Namun, keduanya bersikeras pada kewenangan pengadilan untuk membatalkan undang-undang yang bertentangan dengan Konstitusi sebagai masalah logika sederhana: Hamilton menulis tentang "sifat dan alasan dari suatu hal," dan Marshall tentang "teori yang pada dasarnya melekat pada konstitusi tertulis."

Tidak diragukan lagi bahwa penggunaan "kewajaran" dalam evaluasi yudisial atas undang-undang pengaturan pada abad kesembilan belas mengacu pada warisan pepatah kuno ini, atau mungkin juga bahwa uji "hubungan rasional" abad kedua puluh merupakan modifikasi dari tradisi itu juga. Sementara hubungan hukum dan akal budi dapat ditelusuri dari kisah tentang kerajaan dalam Politik Aristoteles dan pembahasan tentang "akal budi yang benar" dalam tulisan-tulisan Cicero, para kritikus dan skeptis memiliki tradisi mereka sendiri yang bertentangan.

Jarang sekali pendapat mereka disampaikan dengan lebih efektif daripada oleh filsuf politik abad ketujuh belas Thomas Hobbes: ketika orang-orang yang menganggap diri mereka lebih bijak daripada semua orang lain, berteriak dan menuntut Nalar yang benar untuk hakim; namun tidak menginginkan lebih, selain bahwa semua hal harus ditentukan, bukan oleh akal budi orang lain selain akal budi mereka sendiri, hal itu tidak dapat ditoleransi dalam masyarakat manusia, seperti halnya dalam permainan setelah terompet diputar, untuk menggunakan terompet pada setiap kesempatan yang paling mereka miliki di tangan mereka. Karena mereka tidak melakukan hal lain, yang akan membuat setiap hasrat mereka, ketika hasrat itu mulai menguasai mereka, dianggap sebagai Akal Budi yang benar, dan itu dalam kontroversi mereka sendiri: mengkhianati kurangnya Akal Budi yang benar, dengan cara yang mereka gunakan untuk itu.

Karena akal budi manusia bisa salah, atau setidaknya karena manusia bernalar secara berbeda, menyamakan hukum dan akal budi dalam teori dalam praktik berarti menyerah pada kehendak hakim yang sewenang-wenang. Hobbes adalah pendiri positivisme hukum ia mendefinisikan hukum sebagai perintah penguasa dan tujuan positivisme Hobbes adalah untuk menetapkan hukum dalam teks tertulis atau dalam lembaga dengan kekuatan pembuat hukum, lebih baik untuk memastikan kepastian hukum dan untuk mencegah ketidakadilan yang menyertai hakim yang sewenang-wenang.

Sekarang pepatah yang mengatakan bahwa tidak ada yang bertentangan dengan akal sehat yang sah dapat disebut sebagai momen hukum alam dalam hukum umum atau, jika Anda lebih suka, dalam hukum negara-negara hukum umum atau sistem hukum. Karena hukum alam adalah hukum akal sehat; berbagai pendukungnya, stoik, skolastik, dan modern, sepakat tentang hal itu, meskipun rumus mereka berbeda. Thomas Aquinas memperlakukan hukum alam sebagai salah satu dari empat bentuk dasar hukum yang dikenal manusia hukum abadi, hukum alam, hukum manusia, dan hukum ilahi dan menulis bahwa hukum itu dikenal oleh akal manusia karena akal merenungkan kebaikan yang cenderung dimiliki oleh sifat manusia.⁵ Hugo Grotius memberikan rumus klasik untuk dunia abad ketujuh belas:

Hukum alam adalah perintah dari akal sehat yang benar, yang menunjukkan bahwa suatu tindakan, sesuai atau tidak sesuai dengan sifat rasional, memiliki kualitas keburukan moral atau keharusan moral di dalamnya; dan bahwa, sebagai akibatnya, tindakan seperti itu dilarang atau diperintahkan oleh pencipta alam, Tuhan. Hobbes menggunakan istilah "hukum alam" dan bahkan merancang katalog yang memuat sekitar dua puluh hukum semacam itu, tetapi ia mengakui bahwa, secara tegas, hukum-hukum itu adalah "perintah akal budi," bukan tugas-tugas alamiah, melainkan "teorema-teorema tentang apa yang mengarah pada pelestarian dan pembelaan diri mereka sendiri." Apakah Locke mengikuti Hobbes atau Grotius adalah masalah perselisihan ilmiah; ia menulis tentang hukum alam secara sederhana bahwa "akal budi adalah hukum itu."

Dalam bab ini, saya menguraikan sejumlah poin yang telah diperkenalkan sebelumnya, dimulai dengan pembahasan mengenai hukum umum, kemudian berlanjut ke Konstitusi, dan akhirnya mempertimbangkan teori hukum alam dalam bentuk-bentuk kontemporer. Sebagai penutup, saya akan mengalihkan pembahasan dari ranah abstrak ke isu konkret yang sedang diperdebatkan saat ini, yaitu apakah hukum seharusnya mengakui pernikahan sesama jenis. Penentangan terhadap pengakuan hukum atas pernikahan sesama jenis sering kali disertai dengan kritik tajam terhadap peran pengadilan. Kritik ini tidak sepenuhnya keliru, sebab jika perubahan mendasar terhadap institusi sosial yang fundamental dapat ditentukan oleh lembaga yudikatif yang tidak dipilih secara demokratis, tanpa keterlibatan legislatif, maka sistem pemerintahan kita tampak kurang demokratis—kecuali mungkin dalam hal-hal yang bersifat sekunder atau terbatas pada urusan internasional.

Ketika para hakim memandang isu pernikahan sesama jenis sebagai persoalan yang dapat diselesaikan melalui akal sehat, mereka sebenarnya sedang merujuk pada tradisi panjang dalam pemikiran hukum Anglo-Amerika. Bahwa mereka kini dapat menggunakan satu tradisi untuk menentang tradisi lainnya, atau bahkan melawan tradisi itu sendiri,

mencerminkan tingkat kebingungan dalam hukum modern—kebingungan yang muncul karena hukum umum telah tercerabut dari akar adatnya, hukum alam terlepas dari landasan alamnya, dan Konstitusi terpisah dari tindakan rakyat secara kolektif yang menjadi dasar keberlakuannya.

6.1 HUKUM UMUM

Seperti yang telah saya tulis panjang lebar mengenai hukum umum yang berkaitan dengan konstitusionalisme Amerika di tempat lain izinkan saya memberikan penjelasan singkat di sini. Hukum umum adalah hukum tidak tertulis di Inggris, yang dibawa oleh para penjajah Inggris ke Amerika Utara dan dijadikan dasar bagi sebagian besar hukum negara bagian. Meskipun hukum umum didefinisikan ulang oleh Hakim Oliver Wendell Holmes Jr. dan tradisi realisme hukum yang ia bantu mulai sebagai "hukum buatan hakim," hal itu bukan bagian dari pemahaman awalnya pada saat kemerdekaan Amerika atau penulisan Konstitusi.

Seperti yang dijelaskan dengan jelas oleh William Blackstone yang *Commentaries on the Law of England*-nya segera menjadi otoritas standar Amerika tentang hukum umum doktrin hukum adalah bahwa keputusan pengadilan memberikan bukti tentang apa hukum itu, tetapi tidak menciptakan hukum; akar dari hukum umum, sebaliknya, adalah kebiasaan kuno, kebiasaan yang sudah lama berlaku sehingga "ingatan manusia tidak pernah bertentangan dengan itu."

Hukum umum bukan satu-satunya bentuk hukum di Inggris ada pengadilan terpisah untuk Angkatan Laut dan hukum gerejawi, Kanselir memiliki pengadilan ekuitas untuk menyelesaikan masalah-masalah di mana perintah hukum umum tidak adil, dan undang-undang Parlemen telah menjadi miliknya sendiri sebagai bentuk hukum sehingga hukum umum tidak dapat menyatakan klaim untuk bersifat menyeluruh.

Hukum umum terutama berkaitan dengan hukum properti, khususnya properti di tanah, dan hukum pidana juga berada dalam yurisdiksinya sebenarnya, dua pengadilan hukum umum kerajaan, Pengadilan Umum dan Pengadilan Tinggi, masing-masing memiliki yurisdiksi hukum tanah dan hukum pidana dan sentralitas hukum umum sebagian mencerminkan pentingnya tanah rakyat dan perdamaian raja.

Pada abad ketujuh belas dan sepanjang abad kedelapan belas, hukum umum menjadi pusat hukum Inggris. Blackstone menulis bahwa langkah pertama dalam menafsirkan bahkan undang-undang parlemen adalah menentukan apakah undang-undang itu hanya menyatakan hukum umum menuliskannya, begitulah atau apakah undang-undang itu memperbaiki beberapa kerusakan yang telah timbul atau telah diakui dalam hukum umum.

Hingga saat ini yurisdiksi hukum umum didefinisikan sebagai yurisdiksi di mana preseden memiliki kekuatan hukum. Hal ini juga berlaku pada masa-masa awal, meskipun perlu diulangi bahwa preseden saat itu dianggap tidak memperkenalkan hukum baru tetapi telah memberikan bukti tentang apa yang dipahami sebagai hukum. Pepatah yang dikutip di awal bahwa tidak ada yang bertentangan dengan akal sehat yang sah muncul dalam kisah preseden, karena diasumsikan bahwa preseden yang bertentangan dengan akal sehat tidak perlu diikuti.

Ketika seorang pengacara umum seperti Coke berbicara tentang mencabut apa yang bertentangan dengan akal sehat dari hukum umum, yang ia maksud adalah menyelesaikan kontradiksi, memastikan konsistensi umum dalam hukum. Ini tidak dilakukan dengan mencoba untuk memadatkan seluruh hukum menjadi satu teori atau beberapa prinsip umum; hukum umum beraneka ragam dalam aturan dan perhatiannya dan bahkan dalam banyak prinsipnya, hal yang paling dekat dengan prinsip-prinsip modern yang ditemukan dalam hukum umum klasik.

Sebaliknya, ketika kasus baru muncul yang mengungkap ketidakkonsistenan dalam hukum, atau konflik antara beberapa instrumen hukum dan prinsip hukum dasar, para hakim harus menyelesaikan masalah itu lagi, dengan menggunakan pertimbangan terbaik mereka sendiri, yang dibentuk melalui studi panjang tentang kasus-kasus sebelumnya dan mungkin juga pengalaman panjang di pengadilan dan mungkin juga, dalam praktik hukum, karena pengadilan hukum umum diambil dari pengacara. Oleh karena itu Coke dapat menegaskan dengan yakin tentang hukum umum, dalam penjelasan tentang prinsip bahwa hukum tidak mengandung sesuatu yang bertentangan dengan akal sehat, bahwa: akal sehat adalah kehidupan Hukum, bahkan Hukum umum itu sendiri tidak lain adalah akal sehat, yang harus dipahami sebagai kesempurnaan akal sehat yang dibuat-buat, yang diperoleh melalui studi panjang, pengamatan, dan pengalaman, dan bukan dari akal sehat alami setiap orang, karena, *Nemo nascitur artifex* (Tidak seorang pun terlahir sebagai seorang ahli).

Jika semua nalar yang tersebar ke dalam begitu banyak kepala yang berbeda disatukan menjadi satu, ia tidak dapat membuat Hukum seperti Hukum Inggris, karena melalui begitu banyak sukseksi zaman, hukum tersebut telah disempurnakan dan disempurnakan oleh banyak orang yang serius dan terpelajar, dan melalui pengalaman panjang telah berkembang menjadi kesempurnaan seperti itu, untuk pemerintahan Wilayah ini, sebagaimana aturan lama dapat diverifikasi dengan tepat, *Neminem oportet esse sapientiore* *legibus*: Tidak seorang pun (dari nalar pribadinya sendiri) seharusnya lebih bijaksana daripada Hukum, yang merupakan kesempurnaan nalar.

Beberapa hal lagi yang perlu dikatakan untuk menyimpulkan tinjauan singkat tentang hukum umum ini sebagaimana dipahami pada masa berdirinya Amerika. Pertama, ciri khas hukum umum seperti menarik hakim dari pengadilan dan memperlakukan preseden sebagai hukum yang sah adalah lembaga juri. Memang, Hobbes, seorang kritikus hukum umum yang saksama, menulis seolah-olah banyak lawannya menyamakan hukum umum dengan pengadilan oleh juri, karena ini adalah cara umum untuk berproses di pengadilan hukum umum.

Hanya perlu sedikit refleksi untuk melihat bagaimana pengadilan oleh juri sangat cocok dengan sistem hukum adat yang tidak tertulis; ukuran apa yang lebih baik daripada putusan bulat dari "dua belas orang baik dan benar" yang diambil dari komunitas rasa benar dan salah komunitas itu? Selanjutnya, meskipun hukum umum dijalankan oleh pengadilan sekuler, hukum ini muncul dalam budaya Kristen, dengan menganggap dosa-dosa besar sebagai salah satu kejahatannya, mengakui tatanan moral yang ditetapkan oleh ajaran Kristen, mengakui di antara hak-hak istimewanya penghormatan khas Kristen yang diberikan kepada hati nurani

individu, dan mengambil semangatnya dari doktrin Kristen tentang kehendak bebas. Terkadang hubungan hukum umum dan Kristen tampak jelas dan organik jika ditinjau kembali hari Minggu adalah hari istirahat menurut hukum umum, karena pengadilan tutup, sehingga kontrak hari Minggu dianggap tidak sah dan terkadang hakim hukum umum dengan cemburu menjaga yurisdiksi dan aturan khas mereka terhadap tekanan gereja.

James Madison berpendapat dalam Laporan Virginia tahun 1800 bahwa fakta adanya gereja yang mapan di Inggris merupakan argumen terhadap penerimaan hukum umum di Amerika Serikat, tetapi pada poin ini baik Thomas Jefferson maupun Joseph Story tidak setuju, karena mereka menemukan perlindungan yang memadai dalam fakta bahwa penerapan hukum umum di Amerika selalu menyertakan peringatan, sejauh tidak bertentangan dengan lembaga kita atau tidak diubah oleh undang-undang di sini. Mengenai apakah pepatah Ketua Mahkamah Agung Matthew Hale bahwa *"Kekristenan adalah bagian dari hukum umum"* berlaku di Amerika, Jefferson dan Story sama-sama tidak sependapat.

Akhirnya, konstitusi Inggris yang terkenal tidak tertulis, yang tampak aneh bagi dunia modern, sangat masuk akal jika dilihat dari sudut pandang budaya hukum umum tempat konstitusi itu terbentuk. Secara tegas, hukum Parlemen bukanlah bagian dari hukum umum pengadilan hukum umum tidak memiliki yurisdiksi atasnya, meskipun Parlemen sendiri disebut sebagai "Pengadilan Tinggi" dan hak prerogatif raja, kata Coke, sebaiknya tidak diperdebatkan, dalam hukum umum atau Parlemen. Namun, anggota parlemen Inggris setidaknya hingga merancang doktrin kedaulatan Parlemen pada abad kedelapan belas, sebuah doktrin yang memainkan peran penting dalam keterasingan koloni-koloni Amerika mengajukan permohonan kepada hak istimewa kuno yang tidak tertulis, dan juga hak istimewa tertulis, karena Coke dan para pengikutnya menganggap Magna Charta menyatakan hak istimewa kuno secara tertulis berdasarkan hukum umum, terutama dalam klausul "hukum negara" pada bab kedua puluh sembilan, yang diterjemahkan Coke sebagai makna yang setara dengan "proses hukum yang wajar."

Konstitusi

Sekarang tidak diragukan lagi bahwa ketika para pendiri Amerika memutuskan untuk menggunakan konstitusi tertulis, mereka bermaksud untuk memperbaiki cacat yang mereka lihat dalam tradisi konstitusional yang mereka warisi. Konstitusi yang tidak tertulis membuat distribusi kekuasaan dalam pemerintahan menjadi terlalu ambigu, dan batasan-batasan pada pemerintahan menjadi terlalu samar, sehingga kebebasan tidak dapat terjamin.

Saya pun tidak siap untuk menyangkal bahwa filsafat politik liberal tentang keadaan alamiah, pembentukan pemerintahan, dan hak revolusi memainkan peran dalam deklarasi kemerdekaan kita dari Inggris dan pembuatan konstitusi pertama kita: Bahasa Deklarasi Jefferson jelas mengacu pada Locke, dan penyebutan teori keadaan alamiah dilakukan dari waktu ke waktu dalam lingkungan politik. Namun, interpretasi yang murni liberal tentang Pendirian akan sangat keliru. Pertama-tama, Deklarasi tersebut jauh lebih jelas daripada Locke bahwa hak-hak manusia yang tidak dapat dicabut prinsip-prinsip pertama penalaran politik adalah "anugerah dari Sang Pencipta," yang juga disebutkan sebagai pemeliharaan yang akan melindungi usaha mereka dan hakim agung yang akan meminta pertanggungjawaban mereka.

Kedua, ketika Kongres menyerahkan Deklarasi untuk memberikan makna konkret atas tuduhan “tirani,” “despotisme absolut,” dan “perampasan” terhadap raja Inggris, bukti-bukti hampir semuanya merujuk pada anggapan dan praktik konstitusionalisme Anglo-Amerika yang telah dilanggar oleh raja dan “pihak lain” (yaitu, Parlemen) bahkan sampai menyebutkan, di bagian tengah dokumen, “konstitusi kita,” yang tidak boleh memiliki rujukan lain pada saat itu kecuali yang tidak tertulis.

Ketiga, ketika Konstitusi ditulis sekitar satu dekade kemudian, ketentuan khusus dibuat untuk melindungi dari hampir setiap penyalahgunaan khusus yang disebutkan dalam Deklarasi, yang menurut saya mengungkapkan sejauh mana para Perumus melihat bahkan lembaga-lembaga baru yang mereka ciptakan berdasarkan tradisi konstitusional yang mereka warisi alih-alih menciptakannya dari awal.

Mereka menggunakan bahasa hukum umum teknis dalam Konstitusi, bagaimanapun juga, dan ketika mereka menulis tentang “kekuasaan kehakiman”, mereka tampaknya menerima begitu saja peradilan jenis hukum umum. Selain itu, dalam menambahkan Bill of Rights, mereka memberikan status konstitusional tertulis kepada banyak hak istimewa dan kekebalan hukum umum, yang diringkas dalam frasa “proses hukum yang wajar”.

Apa yang dapat dikatakan di tingkat federal di mana lembaga-lembaga tersebut sebagian besar benar-benar baru dapat dikatakan dengan lebih tegas di tingkat negara bagian, di mana gubernur kerajaan digantikan oleh yang dipilih dan dewan mereka dibentuk kembali menjadi kamar legislatif yang lebih tinggi, tetapi di mana pemerintahan sebaliknya dilanjutkan dan hukum umum yang ada pada umumnya diadopsi. Bahkan tidak seluruh pemerintahan, tetapi hanya ikatan yang mengikat antara pemerintah, dibubarkan atau dibentuk kembali oleh Revolusi Amerika; tidak ada kembalinya ke keadaan alam Hobbesian yang akan membebaskan orang-orang dari ikatan keluarga mereka dan merusak harta warisan mereka.

Inovasi Konstitusi pemisahan kekuasaan, terutama jika dilihat sebagai perangkat untuk membuat “ambisi melawan ambisi,” dan republik yang diperluas, dengan federalisme jenis barunya di mana kekuasaan pusat juga merupakan pemerintahan republik, bukan dewan negara bagian, dan dibebani dengan tujuan terbatas untuk memastikan perlindungan, perdamaian, dan kemakmuran adalah inovasi nyata, dan saya tidak berpikir bahwa peran teori politik liberal dalam konsepsinya dapat dibatalkan.

Tetapi saya juga berpikir bahwa, dari perspektif hukum umum, inovasi ini justru merupakan momen ketika akal budi campur tangan untuk mereformasi tatanan hukum tanpa menggantinya. Itu berarti, antara lain, bahwa penafsiran konstitusional harus mempertimbangkan konteks hukum umum di mana Konstitusi ditulis dan diadopsi agar sesuai dengan pemahaman asli rezim tersebut. Dimulai dari teks undang-undang dan beralih ke maksud pembuat undang-undang ketika teksnya tidak pasti adalah aturan untuk penafsiran undang-undang oleh pengadilan hukum umum Blackstone menyebutkan keduanya dan masuk akal, dengan menganggap konstitusi tertulis sebagai undang-undang dasar, untuk menerapkan praktik-praktik ini pada penafsiran konstitusional, seperti yang telah lama dilakukan oleh para hakim.

Tekstualisme dan orisinalisme sebagai teori penafsiran konstitusional perlu

diintegrasikan dengan kesadaran akan karakter hukum umum dari konstitusionalisme asli kita. Jika para pendukung pendekatan ini memisahkan bentuk dan proses pemerintahan yang diciptakan oleh para Pendiri dari konteks moral yang hidup di mana reformasi dilakukan, sistem konstitusional muncul sebagai mesin untuk tujuan yang tidak pasti dan otoritas moralnya hilang. Konstitusi dirancang sebagai instrumen pemerintahan, dan para pencetusnya memiliki sesuatu yang baru di dunia, tetapi proyek mereka juga bersifat restoratif: untuk memberikan kebebasan dan kebajikan tempat yang lebih baik.

Bagaimana refleksi sebelumnya tentang Konstitusi dan hukum umum akan berjalan dengan liberal konstitusional modern? Yang pasti, kaum liberal modern telah menggunakan definisi ulang Holmes tentang hukum umum sebagai hukum yang dibuat hakim untuk memfasilitasi program inovasi yang berani dalam penafsiran klausul Konstitusi yang paling luas Proses Hukum dan Perlindungan yang Setara dan mereka berbagi semangat liberal dari mereka yang berada di abad kesembilan belas, dan bahkan beberapa di abad kedelapan belas, yang berpikir bahwa manusia dapat "melepaskan keterbatasan alami" dalam mengejar cara hidup yang lebih bebas dan lebih setara. Tetapi kaum liberal yang sama yang akan menggunakan proses pengambilan keputusan hukum umum untuk mengembangkan hukum ke arah baru meskipun ada jeda dalam dukungan populer biasanya memiliki sedikit kesabaran dengan hukum umum tradisional, yang mereka lihat sebagai represif dan tidak rasional.

Sekali lagi, maksud saya bukanlah untuk menyangkal bahwa ada momen liberal dalam pendirian Amerika; apalagi saya akan menyangkal bahwa perkembangan politik berikutnya hak pilih universal, penghapusan perbudakan, kebangkitan kapitalisme, emansipasi wanita, pembangunan negara kesejahteraan dan regulasi nasional modern, dan penafsiran ulang hak-hak atas prinsip-prinsip liberal telah menarik pemerintahan ke arah liberal. Namun saya pikir sumber daya liberalisme tidak memadai untuk semua tantangan saat ini dan bahwa liberalisme tidak pernah memberikan penjelasan memadai tentang manusia atau tatanan konstitusional kita. Ini membawa saya pada pertanyaan tentang hukum alam.

6.2 HUKUM ALAM

Hukum alam, atau setidaknya sesuatu yang disebut "hukum alam," telah muncul dalam hukum tata negara Amerika. Dalam satu pendapatnya yang berbeda, dalam kasus yang melibatkan kebangkrutan dan kepailitan, Ketua Mahkamah Agung John Marshall menyebutkan tentang keadaan alam dan hak-hak yang timbul di dalamnya; dalam perbedaan pendapatnya di *The Slaughter-House Cases*, Hakim Stephen Field merujuk pada "hak alami setiap orang Inggris" untuk menjalankan perdagangan yang sah tanpa campur tangan negara. Yurisprudensi "hukum alam proses hukum yang wajar" yang disarankan oleh perbedaan pendapat awal ini mungkin telah memengaruhi keputusan Pengadilan dalam *Lochner v. New York*, tetapi akhirnya ditolak oleh Pengadilan dan didiskreditkan di sebagian besar kalangan akademis, meskipun beberapa penelitian baru-baru ini menunjukkan bahwa reputasi buruk yang diberikan kepada hakim *laissez-faire* oleh para reformis Progresif tidak pantas.

Tentu saja ini merupakan ironi yang tidak kecil bahwa salah satu klausul yang sama yang digunakan oleh pengacara alami *laissez-faire* klausul Proses Hukum dari Amandemen Kelima

dan Keempat belas sekarang berfungsi sebagai jangkar konstitusional untuk garis yurisprudensi yang sangat berbeda, yang, meskipun jarang menyebut dirinya hukum alam, tetap saja membawa argumen filosofis untuk menafsirkan Konstitusi dalam membela hak-hak individu yang absolut.

Misalnya, Ronald Dworkin selama tiga puluh tahun membela yurisprudensi yang melibatkan hakim dalam mengembangkan teori hukum tata negara yang menurutnya, berdasarkan prinsip persamaan perhatian dan rasa hormat yang akan membenarkan pencabutan undang-undang yang dianggap tidak konstitusional dan instrumen hukum lainnya yang memblokir berbagai tuntutan individu terhadap kekuasaan pemerintah untuk mendorong perluasan ekspresi diri dan pilihan gaya hidup.

Proyek Dworkin sering dikaitkan dengan filsafat politik John Rawls, yang, secara lebih abstrak, setidaknya dari sudut pandang hukum tata negara Amerika, mengembangkan teori keadilan liberal yang membatasi jangkauan otoritas publik untuk mengamankan barang-barang dasar tertentu bagi semua orang secara setara, sambil memberikan hak kepada individu untuk menentukan dan mengejar kebaikan mereka sendiri dengan cara mereka sendiri.

Dalam gaya liberal klasik, tetapi untuk tujuan dan dengan cara yang agak bertentangan dengan liberalisme klasik, baik Rawls maupun Dworkin membela kekuasaan pemerintah yang luas untuk memastikan tujuan yang terbatas: Hak individu, terutama hak untuk hidup sesuai keinginan tanpa memperhatikan moralitas tradisional dan mungkin terutama dalam pembangkangan darinya, diberi status absolut dan dukungan pemerintah, sementara advokasi untuk tujuan lain disensor atas nama "akal sehat publik." Pada pertanyaan yang berbeda seperti hak aborsi dan kebebasan berekspresi, teori mereka, atau setidaknya kesimpulan mereka, tampaknya mendominasi pendapat pengacara dan mungkin juga pengadilan saat ini.

Sekitar satu dekade setelah penerbitan Teori Keadilan Rawls, dan hanya beberapa tahun setelah penerbitan *Taking Rights Seriously* karya Dworkin, John Finnis menerbitkan *Hukum Alam dan Hak-Hak Alam*. Seperti Rawls dan Dworkin, Finnis menulis dalam tradisi filsafat analitik; seperti Rawls, ia mengembangkan teori keadilan yang komprehensif, dan seperti Dworkin, ia mengarahkan yurisprudensinya sebagai respons terhadap *The Concept of Law* karya H. L. A. Hart. Buku Hart dirancang untuk menawarkan pembelaan terhadap konstitusionalisme modern atas dasar positivis, di satu sisi tidak melanggar relativisme modern dengan membatasi hukum pada tatanan substantif, di sisi lain tidak menyerah pada kesalahan membela hukum dengan cara yang membenarkan legalitas kediktatoran totaliter.

Inovasi Hart adalah konsep "aturan pengakuan", aturan "tingkat kedua" yang dengannya masyarakat menyetujui proses yang akan menetapkan aturan utamanya, atau setidaknya menyetujui bukti apa yang akan diperhitungkan untuk menetapkan validitas aturan perilaku utama. Untuk menyederhanakan, sementara Rawls dan Dworkin beralih dari relativisme dan positivisme ke transendentalisme Kant atau konstruktivisme, Finnis malah beralih ke teori hukum alam Thomas Aquinas.

Seperti Rawls dan Dworkin dan juga seperti Hart dan tradisi filsafat Inggris selama beberapa abad Finnis menerima bahwa seseorang tidak dapat memperoleh "seharusnya" dari

“adalah”, sebuah pernyataan tentang bagaimana kita seharusnya hidup, misalnya, dari sebuah penjelasan tentang sifat-sifat kita. Perbedaan antara adalah/seharusnya dianggap fatal bagi pemikiran hukum alam, dan Finnis setuju bahwa bagi penjelasan tentang hukum alam yang disajikan dalam bentuk yang ia kutip dari Grotius (dan saya mengutip darinya) memang demikian. Namun, ia menyangkal bahwa teori hukum alam Aquinas, apalagi pendekatan dalam Etika Aristoteles, didasarkan pada penjelasan yang berdiri sendiri tentang sifat manusia yang kemudian wajib dipenuhi oleh manusia mungkin sebagai akibat dari perintah Tuhan.

Sebaliknya, Aristoteles dan Aquinas memulai dari pengalaman langsung tentang kebaikan oleh manusia praktis, yang artinya, dari pengalaman manusia universal tentang apa yang jelas-jelas baik atau kondusif bagi kebahagiaan manusia. Bukan teori tentang sifat manusia, tetapi pengalaman dalam menjalani kehidupan manusia adalah awal dari refleksi etika; norma-norma kewajaran praktis karena kita merasakan kebutuhan dan kemampuan kita untuk bernalar tentang apa yang baik adalah apa yang dimaksud Finnis (dan menurut Aquinas dimaksudkan) dengan “hukum alam.”

Yang ingin saya sarankan adalah, jika dimensi hukum umum dari konstitusionalisme kita membuat tidak dapat dihindari bahwa para pihak dan pengacara mereka akan menuntut alasan untuk lembaga hukum dasar kita dan dengan demikian akan melibatkan hakim yang memberikan pembelaan rasional terhadap aturan hukum apa pun atau gagal melihat cara untuk pembelaan tersebut, mengesampingkan aturan tersebut maka teori Finnis setidaknya memenuhi syarat seperti Rawls atau Dworkin untuk tujuan tersebut, dan memang mungkin lebih demikian, karena Finnis lebih jelas selaras daripada Rawls dan bahkan daripada Dworkin dengan cara penalaran yang khas pada hukum umum, meskipun ia tidak memberinya hak istimewa khusus. Lebih jauh, ada ruang dalam teori Finnis, sebagaimana tidak begitu jelas dalam teori Rawls dan jelas tidak dalam teori Dworkin, bagi keputusan-keputusan mendasar tentang prinsip-prinsip konstitusional untuk dibuat bukan oleh pengadilan tetapi oleh rakyat, baik melalui saluran legislatif biasa atau dengan cara-cara konstitusional yang luar biasa.

Meskipun berasal dari aliran Thomistik ia mungkin berkata, karena itu teori Finnis memiliki banyak kesamaan dengan liberalisme modern: ia mulai dari kebaikan individu atau, lebih baik lagi, pemahaman individu tentang kebajikannya sendiri; ia menerima dan mengembangkan bahasa hak asasi manusia; ia menolak untuk mendalilkan keberadaan nyata yang terpisah dari komunitas organik sebagai sesuatu yang berbeda dari individu-individu nyata yang asosiasinya membentuknya; ia mendukung fokus pada pengembangan diri individu dan mengadopsi bahasa Rawls tentang "rencana hidup" individu. Ia bahkan bermaksud agar teorinya bersifat deskriptif atau empiris yaitu, menjadi catatan autentik tentang bagaimana orang-orang dalam masyarakat modern benar-benar mengalami dan memikirkan kehidupan moral dan memiliki keunggulan dibandingkan Rawls karena tidak bergantung pada perangkat seperti “posisi asli” atau “tirai ketidaktahuan.” Izinkan saya menyajikan apa yang ia katakan dalam sketsa singkat.

Finnis memulai, kata saya, dari apa yang orang anggap baik secara praktis. Dengan gaya Aristoteles, ia membuat daftar (meskipun tentu saja dalam buku ini ia menguraikannya lebih panjang daripada yang akan saya lakukan di sini): Bentuk-bentuk dasar kebaikan manusia, atau

nilai-nilai dasar manusia, adalah kehidupan, pengetahuan, permainan, pengalaman estetika, keramahan (persahabatan), kewajaran praktis itu sendiri, dan agama. Ia membiarkan definisi khusus dari sebagian besar hal ini cukup terbuka, dengan alasan bahwa orang yang berbeda dan masyarakat yang berbeda akan mendefinisikan dan mengejar setiap kebaikan dalam bentuk yang berbeda atau dengan cara yang berbeda; ada banyak hal yang dapat diketahui, banyak permainan yang berbeda untuk dimainkan, bahkan atau terutama banyak cara untuk mendekati kebaikan agama, termasuk peningkatan kebebasan manusia dalam ketiadaan Tuhan oleh kaum ateis (katanya, bahkan Sartre).

Tanpa menawarkan penjelasan metafisik atau alami yang membela keakuratan daftarnya ia menjelaskan bahwa upaya Aquinas untuk melakukannya menyebabkan kesalahpahaman Finnis tetap bersikeras bahwa semua kebaikan manusia lainnya dapat direduksi menjadi salah satu dari hal-hal ini atau menjadi sarana untuk mencapai satu atau lebih dari hal-hal ini. Misalnya, ia mengatakan tentang seksualitas manusia bahwa seksualitas dapat dianalisis dalam kaitannya dengan kehidupan, permainan, dan persahabatan; tentang keluarga, ia akan menganalisis berbagai kegiatan, tanggung jawab, dan tujuannya. Menurut Anda, apakah ada yang lain, tanya Finnis? Silakan sampaikan pendapat Anda.

Sekarang, uraian tentang barang-barang manusia yang ia berikan dimaksudkan sebagai pra-moral; ini hanyalah hal-hal yang diakui individu sebagai hal yang jelas-jelas baik, bukan karena konvensi mengatakan demikian, tetapi karena hal-hal tersebut membuat kita bahagia. Moralitas muncul dalam pengerjaan apa yang ia maksud dengan kewajaran praktis. Di sini ia mengatakan bahwa kita mengakui sembilan persyaratan, yang sekali lagi akan saya sebutkan secara sederhana:

“Bahwa kita memiliki rencana yang koheren untuk hidup kita, bahwa kita memperhitungkan ketujuh nilai dasar tersebut dalam hidup kita, tanpa melebih-lebihkan pentingnya satu atau yang lain atau mengabaikan satu atau yang lain, bahwa kita tidak menunjukkan preferensi yang sewenang-wenang di antara orang-orang, meskipun ada ruang lingkup yang wajar untuk preferensi diri sendiri, karena kebaikan diri sendiri secara langsung menjadi perhatian dan kekuasaan seseorang, bahwa kita menjaga keterpisahan yang cukup dari proyek-proyek kita agar tidak merasa hancur jika gagal; bahwa kita tetap membuat komitmen yang cukup terhadap proyek-proyek kita untuk mewujudkannya; bahwa kita bekerja secara efisien dalam mewujudkan kebaikan, bahwa kita tidak memilih tindakan yang bermaksud merusak kebaikan, bahwa kita mengutamakan kebaikan bersama; dan bahwa kita bertindak sesuai dengan hati nurani kita.”

Sekali lagi, Finnis menekankan pada pluralitas prinsip-prinsip ini, sebagaimana halnya pada pluralitas barang; misalnya, utilitarianisme yang tidak masuk akal adalah menganggap efisiensi seolah-olah itu adalah satu-satunya aturan akal sehat praktis. Ia juga menegaskan, tidak ada algoritma yang memasukkan berbagai prinsip ini ke dalam satu sistem tindakan.

Mengikuti prinsip-prinsip ini adalah apa yang kita maksud dengan bermoral sekali lagi, jika Anda tidak setuju, sampaikan alasannya – tetapi jelas bahwa, karena ada banyak ruang untuk memilih barang, maka refleksi dan pilihan tidak dapat dihindari jika seseorang ingin bertindak dengan cara yang masuk akal secara praktis. Apakah ada orang yang begitu kebal terhadap kebaikan sehingga menjadi kejam, atau begitu jahat sehingga bersikeras bertindak tanpa menghiraukan norma-norma kewajaran praktis ini? Tentu saja, kata Finnis, tetapi teorinya mengambil arah, jika tidak dari kasus terbaik, dari kasus manusia seperti *spoudaios Aristoteles* yang kita kagumi dan hormati. Finnis akan bernalar, bukan dari kasus ekstrem, seperti Hobbes atau Machiavelli, atau ke arah "teori ideal," seperti Rawls, tetapi hanya dari "kasus sentral," sebuah model yang sekaligus harus dikagumi tetapi tidak jauh.

Dengan kerangka dasar ini, Finnis mulai membahas masalah-masalah dasar yurisprudensi. Dalam daftar barang-barangnya, ia memberikan dasar untuk mempertimbangkan kebaikan bersama, yang akan memungkinkan setiap komunitas untuk mendefinisikan dan mengembangkannya sendiri dengan pemahaman bahwa individu dapat menjadi anggota dari beberapa komunitas yang saling tumpang tindih. Substansi kebaikan bersama setiap komunitas adalah keadilannya, dan Finnis mengikuti Aristoteles dalam menganalisis keadilan sebagai distributif dan komutatif. *"Tata bahasa hak-hak modern menyediakan cara untuk mengekspresikan hampir semua persyaratan kewajaran praktis,"* ia berpendapat, dan kemudian menentang Dworkin bahwa setiap klaim untuk *"perhatian dan rasa hormat yang sama"* dapat dilawan *"dengan mendalilkan hak setiap anggota masyarakat atas lingkungan yang akan mendukung daripada menghalangi pengejarannya sendiri atas kebaikan dan kesejahteraan anak-anaknya, atau hak setiap orang untuk diselamatkan dari kebodohnya sendiri."*

Wewenang dalam suatu masyarakat adalah milik "mereka yang pada kenyataannya dapat secara efektif menyelesaikan masalah koordinasi untuk masyarakat itu," tetapi doktrin yang keras ini diredakan kemudian dengan pengakuan bahwa seorang penguasa tidak memiliki hak untuk dipatuhi di luar pengabdian untuk kebaikan bersama, kecuali untuk menghindari skandal. Hukum mereproduksi dengan caranya sendiri seluruh moralitas bagi suatu masyarakat, menentukan dengan pilihan publik prinsip-prinsip abstrak apa yang tidak ditentukan dan dengan demikian menciptakan kewajiban pada masing-masing anggota untuk mematuhi hukum demi dirinya sendiri.

Akhirnya, meskipun Finnis menganggap sistemnya lengkap dan memadai hanya berdasarkan pengertian manusia, ia menyadari bahwa banyak yang berpikir ia sendiri berpikir bahwa kebaikan manusia memperoleh makna penuhnya hanya dalam terang makna transenden, bahkan dalam kehidupan seorang individu, dan ia memaparkan alasan untuk melihat kebaikan tertinggi seseorang dalam persahabatan dengan Tuhan (atau "D," penyebab yang tidak disebabkan) dan memahami kehidupan itu sendiri sebagai permainan Tuhan.

Apa yang dilakukan teori ini untuk konstitusionalisme Amerika? Menurut saya, teori ini menawarkan kosakata yang dapat bersaing langsung dengan liberalisme Rawlsian, yang dapat berbicara tentang kebaikan bersama tanpa rasa malu dan merumuskan pembelaan hak-hak individu terhadap hukum yang diketahui baik dalam menghadapi klaim hak yang tampaknya

sebaliknya akan semakin mengurai kohesi sosial dan kehidupan yang benar-benar umum.

Teori ini melakukannya tanpa gerakan linguistik yang menyangkal karakteristik individualisme nyata dari masyarakat kita dan tercermin dalam bahasa hak kita tetapi juga tanpa melihat individualisme itu sebagai penyebab keputusan. Ia memaksa pendukungnya untuk mengembangkan argumen tanpa harus mengandalkan Tuhan atau agama, tetapi ia dengan tegas mengizinkannya untuk percaya dan hidup sebagai orang percaya. Ia memberikan argumen yang seharusnya dapat digunakan di pengadilan mana pun tempat Rawls diperdebatkan – tetapi ia memberikan ruang yang cukup bagi suatu pemerintahan untuk menyelesaikan masalah-masalah mendasarnya di forum-forum lain, dan bahkan mungkin mendorong hal ini dilakukan.

6.3 KESIMPULAN

Saya berjanji sebagai kesimpulan untuk merenungkan apa arti semua ini bagi perdebatan terkini tentang pernikahan sesama jenis. Yang luar biasa adalah, terlepas dari bahasanya tentang hukum alam dan kedekatan penulis dan murid-muridnya dengan ajaran moral Katolik, teori Hukum Alam dan Hak Asasi Manusia yang ditulis, tentu saja, sebelum pernikahan sesama jenis muncul sebagai topik perdebatan publik, apalagi sebagai pemaksaan konstitusional tampaknya berhasil membiarkan masalah tersebut diperdebatkan, hanya menyediakan prinsip-prinsip untuk memikirkan masalah tersebut secara memadai.

Lagi pula, dengan menghindari referensi hukum alam tradisional terhadap sifat manusia setidaknya pemilahan ajaran hukum alam menurut Aquinas menurut apa yang kita miliki bersama dengan semua makhluk hidup, apa yang kita miliki bersama dengan hewan, dan apa yang menjadi ciri khas kita Finnis merampas dirinya sendiri dan mereka yang akan mengikuti jejaknya dari keuntungan mutlak apa pun yang mungkin timbul dari fakta-fakta biologi manusia yang dilihat dari sudut pandang ilmiah atau metafisik. Sebaliknya, seseorang harus mulai dari pengalaman seksualitas manusia dan menemukan kembali kebaikan pernikahan melalui penalaran praktis.

Dalam karya-karya yang diterbitkan sejak Hukum Alam dan Hak-Hak Alam, Finnis telah melakukan hal itu, bahkan merevisi teorinya untuk memasukkan pernikahan sebagai kebaikan dasar manusia. Ia memperhitungkan biologi, tetapi secara integral: Manusia tidak boleh dipahami sebagai diri yang terpisah yang hanya menghuni dan menggunakan tubuh mereka, melainkan sebagai pribadi yang berwujud yang tindakannya sesuai dengan akal budi mereka, sehingga seksualitas manusia bukanlah biologis yang terpisah dari moral. Pernikahan, dan khususnya tindakan perkawinan itu sendiri, dijelaskan dalam konteks potensi prokreasinya dan ekspresi kesetiaan pasangan, penyatuan tubuh sebagai aktualisasi penyatuan kehidupan.

Dengan sangat halus dan melalui analisis yang cermat terhadap tulisan-tulisan Aquinas, Finnis menunjukkan bagaimana bahkan hubungan seksual antara pasangan dapat menjadi tidak bermoral jika niat pasangan tersebut tidak benar; tentu saja, maksudnya bukanlah untuk mempertanyakan kedudukan hukum pernikahan, tetapi untuk menyatakan bahwa hanya pernikahan sejati yang layak mendapatkan perlindungan dan dukungan hukum. Keinginan Finnis untuk mengajukan kasus filosofis bagi pernikahan tradisional disangkal oleh pendukung

pernikahan sesama jenis, yang telah menjadi keuntungan yang tidak adil baginya sebagai akibat dari keputusan Mahkamah Agung AS: klaim untuk dapat mengajukan kasusnya semata-mata sebagai masalah hak, dan memperlakukan lawannya sebagai orang yang terpesona oleh "permusuhan" yang tidak rasional.

Di satu sisi, Finnis tidak memasukkan pernikahan dalam daftar barang-barang dasar dalam Hukum Alam dan Hak-hak Alam sebagai suatu kebetulan yang membahagiakan, karena hal itu memungkinkan para pembacanya bahkan sekarang untuk menyaksikan, mengikuti, dengan kata lain, saat ia mengembalikan pernikahan ke tempat yang semestinya tepatnya tantangan yang dihadapi para pendukung pernikahan tradisional di Amerika saat ini, saat mereka menyaksikan tekanan terhadapnya di pengadilan dan budaya hukum.

Penalaran dalam hukum umum dimulai dengan tradisi sebagai dasar, dan jika tidak ada alasan yang bertentangan, pengacara umum akan menegaskan kembali tradisi, atau, dengan kata lain, membiarkan preseden mengatur kasus tersebut. Namun karena dalam hukum umum tidak ada aturan tanpa alasan, tradisi juga harus menjelaskan mengapa tradisi itu baik, bukan sekadar kuno.

Apakah penjelasan itu diberikan di pengadilan, di badan legislatif, atau kepada masyarakat luas adalah hal yang sekunder; tidak seperti kaum positivis modern, pengacara umum lama lebih tertarik pada apa hukum itu daripada dari mana asalnya. Apa pun sumbernya, hukum itu dapat diminta untuk berdiri di hadapan pengadilan akal sehat, meskipun akal sehat tidak dihalangi untuk bertanya tentang, dan peduli terhadap, kebaikan manusia. Hukum umum saat ini tidak dapat menegaskan prasangka belaka sebagai alasan. Namun, hukum umum dapat dan harus mencari alasan dari sumber mana pun yang berasal.

BAB 7

TEKS, KONTEKS, DAN KONSTITUSI

HUKUM UMUM SEBAGAI NALAR PUBLIK

7.1 PENDAHULUAN

Dalam sistem hukum berbahasa Inggris, hukum umum menyediakan landasan konstitusional bagi pemerintahan yang sah. Hukum umum mewujudkan tradisi kepatuhan pemerintah terhadap aturan hukum, yang menjadikan keputusan dan tindakan resmi tunduk pada pengawasan peradilan yang independen. Evolusi asas hukum umum, yang didorong oleh perubahan sikap moral dalam masyarakat luas, menyediakan adaptasi nilai-nilai tradisional terhadap kondisi saat ini.

Hukum umum memungkinkan klausul abstrak dari konstitusi "tertulis" memperoleh makna baru dan memberikan konstitusi "tidak tertulis" konten hukum utamanya. Dalam melaksanakan tugas-tugas penting tersebut, hukum umum mengandaikan visi khas demokrasi liberal: Hukum umum bercita-cita untuk memelihara dan mempertahankan moralitas konstitusional yang koheren, yang mencerminkan komitmen bersama yang luas terhadap cita-cita mendasar keadilan yang setara.

Dalam tatanan hukum hukum umum, teks-teks yang berwenang - apa pun status formalnya - ditafsirkan sebagai elemen dari desain konstitusional yang lebih besar itu. Makna dan konsekuensi hukum yang sebenarnya selalu merupakan masalah penilaian moral yang cermat, yang dilakukan dalam konteks tradisi hukum yang kuat: Pelaksanaan kekuasaan di mana-mana tunduk pada pemeriksaan moral dan persyaratan kedudukan hukum berupa pembenaran yang beralasan.

Dalam konteks aturan hukum umum, gagasan tentang "validitas" hukum sebagian besar berlebihan. Aturan yang diumumkan oleh pengadilan dalam kasus sebelumnya mungkin relevan dengan penyelidikan saat ini, tetapi memiliki sedikit atau tidak ada kekuatan. Kekuatan dan cakupannya bergantung pada pembenarannya, dinilai berdasarkan keadaan saat ini: Koherensinya dengan doktrin saat ini, di satu sisi, dan kesesuaiannya dengan standar moral dan sosial yang berlaku, di sisi lain, bersama-sama menentukan nasibnya sebagai kriteria pengambilan keputusan.

Meskipun kurang mendapat perhatian, kenyataannya tetap bahwa suatu aturan perundang-undangan bisa saja sah secara formal namun memiliki dampak nyata yang sangat terbatas. Sebuah teks hukum yang otoritatif, jika disusun berdasarkan asumsi yang keliru atau kebijakan yang meragukan, hanya akan memiliki kekuatan mengikat dalam ruang lingkup yang sempit. Walaupun legitimasi demokratis mendasari proses pembentukannya, hal itu tidak otomatis meniadakan pertimbangan moral-politik lainnya yang juga relevan.

Menurut saya, ini selalu menjadi persoalan penilaian dan kadar. Semakin lama usia suatu undang-undang, semakin lemah—dengan asumsi semua variabel lain tetap sama klaimnya atas otoritas substantif, termasuk klaim pembacaan sebelumnya. Aturan yang

dibentuk oleh legislatif, sebagaimana halnya dengan aturan dalam hukum umum yang turut membentuk dan memberi makna terhadapnya, harus mampu berkembang seiring perubahan kondisi sosial, meskipun teks hukumnya sendiri tetap tidak berubah secara formal.

Karena akal budi lebih unggul daripada kehendak, undang-undang dapat mengubah hukum hanya sejauh ketentuannya masuk akal bagi mereka yang ditujunya. Supremasi legislatif harus dipahami sebagai doktrin yang sebagian besar formal, yang menandai hak perwakilan terpilih untuk berpartisipasi dalam adaptasi hukum terhadap tuntutan baru; karena makna dan ruang lingkup teks otoritatif yang mengungkapkan niat mereka akan mencerminkan kekuatan rasionalnya sebagai kontribusi terhadap keadilan dalam keadaan yang muncul. Seorang hakim hukum umum tunduk pada perintah legislatif, sebagaimana ia mengakui preseden yang mengikat, hanya sejauh ia dapat melihat persyaratannya sebagai kontribusi yang masuk akal bagi akal sehat yang lebih besar yang ia hormati dan hargai.

Maksud legislatif yang ia pahami (atau simpulkan) bergantung, sebagian, pada prinsip-prinsip keadilan yang ia anggap benar secara moral dan dianut secara luas. Penafsiran teks yang ditetapkan secara formal merupakan bagian penting dari wacana politik yang lebih besar, di seluruh masyarakat pada umumnya, seperti halnya pertimbangan legislatif yang mendahului penetapan: Hakim adalah penjaga moralitas publik sekaligus pelayan dari para penguasa legislatifnya saat ini. Undang-undang dan preseden sama-sama terbukti tidak jelas atau tidak pasti setiap kali moralitas itu berpotensi terancam; dan "hukum" yang mengatur kasus tertentu, dalam semua kompleksitas moralnya, karenanya tidak dapat begitu saja diidentifikasi dengan keduanya. Moralitas publik (atau akal sehat publik) merupakan bagian utama dari apa, dalam konteksnya, arti sebenarnya dari "hukum" yang ditetapkan.

7.2 HUKUM UMUM DAN UNDANG-UNDANG

Aturan hukum mencari akomodasi yang tepat, menurut konteksnya, antara cita-cita legalitas dan keadilan yang saling bersaing. Cita-cita pertama menentukan terlebih dahulu faktor-faktor yang relevan dengan pengambilan keputusan hukum yang benar; penalaran deduktif merupakan ciri khasnya. Yang terakhir lebih murni rasional, dengan mempertimbangkan semua aspek kasus yang relevan, sebagaimana dinilai *ex post facto*.

Cita-cita ini terwujud dalam proses legislasi dan peradilan yang khas, ketika dianggap sebagai cara tata kelola yang bertentangan; tetapi dalam praktiknya harus ada rekonsiliasi yang sesuai antara keduanya. Tanpa disiplin aturan, yang mudah dipastikan dan diterapkan secara konsisten, kepastian hukum akan terkikis; tetapi penerapan aturan yang kaku pada kasus-kasus yang konteksnya membuatnya tidak tepat mengancam hubungan penting antara hukum dan keadilan. Keutamaan utama konstitusionalisme hukum umum adalah kemampuannya untuk menemukan jalan yang benar antara kengerian formalisme aturan yang bersaing dan pengambilan keputusan *ad hoc* yang sewenang-wenang.

Aturan dapat diakui dan diterapkan, tetapi hanya dalam batas-batas kewajaran, sebagaimana dinilai oleh prinsip-prinsip keadilan yang diterima secara luas dan harapan serta tradisi yang mapan. Pada kesan pertama, perbedaan antara undang-undang dan hukum umum mungkin tampak memperkuat pemisahan antara cita-cita yang saling bersaing, yang pada

gilirannya mengarah pada kebutuhan akan gaya peradilan yang sangat berbeda, menurut sumber hukum yang terlibat.

Aturan yang ditetapkan dapat memungkinkan kita untuk memastikan dengan paling jelas apa yang secara hukum diharuskan atau diizinkan atau dilarang: Teks kanonik mengurangi, bahkan jika tidak dapat menghilangkan, ruang lingkup untuk argumen. Sebaliknya, peradilan hukum umum lebih merupakan ciri keadilan: Ini memungkinkan keputusan yang sangat sesuai dengan keadaan tertentu, memberikan keleluasaan yang luas kepada hakim dalam membuat penilaiannya. Pembenaannya untuk pemilihan faktor-faktor yang relevan dari sejumlah kemungkinan yang tidak terbatas diberikan secara retrospektif. Prinsip universalisasi yang lebih lemah berlaku: Kasus-kasus yang sama harus diperlakukan sama. Namun, perbedaan ini dapat dilebih-lebihkan.

Dalam praktiknya, makna undang-undang bergantung pada interpretasinya yang benar, yang memperkenalkan kembali banyak, jika tidak semua, dari berbagai pertimbangan yang menginformasikan pengambilan keputusan partikularistik. Dan doktrin *stare decisis* biasanya memastikan bahwa aturan hukum umum memiliki independensi yang asli, meskipun terbatas, dari pembenaran yang mendasarinya.

Ketika hukum umum biasa dipandang sebagai dasar utama pemerintahan yang sah, hukum dan keadilan beroperasi secara bersamaan, sesuai dengan tuntutan kasus tertentu. Argumen yang tersedia untuk mengikuti atau membedakan atau membatalkan kasus preseden atau aturan yang dipahami sebagai contohnya dibuat secara langsung berkaitan dengan keputusan pengadilan. Oleh karena itu, kebijaksanaan atau keadilan dari kepatuhan terhadap aturan yang ada merupakan penilaian internal terhadap proses peradilan, bukan sekadar standar kritik eksternal: Inti dari pertanyaan tentang penerapan aturan adalah penyelidikan skeptis dan artikulasi aturan itu sendiri yang baru dirumuskan.

Bahkan ketika prinsip *stare decisis* berlaku, otoritas preseden bergantung pada penjelasan selanjutnya tentang penjelasan dan pembenarannya yang tepat dan, karenanya, relevansinya (atau sebaliknya) dengan keadaan saat ini. Meskipun ketentuan putusan sebelumnya biasanya akan mengungkapkan dasar aslinya, sebagaimana dipahami oleh pembuatnya, ketentuan tersebut tidak dapat mengikat pengadilan berikutnya jika, berdasarkan peristiwa berikutnya atau doktrin yang berkembang, penjelasan yang lebih baik (lebih meyakinkan) tentang putusan tersebut sekarang dapat diberikan.

Koherensi keseluruhan atau konsistensi yang beralasan yang diperjuangkan oleh tatanan hukum terutama merupakan kebajikan masa kini, bukan historis: Aturan hukum berarti tatanan pemerintahan yang adil, menurut kriteria keadilan yang dapat dipertahankan saat ini bagi penduduk dunia kontemporer. Aturan hukum harus sesuai dengan standar sosial dan moral yang berlaku serta memenuhi persyaratan konsistensi doktrinal.

Ketika *stare decisis* diikuti dengan ketat, hasil dalam kasus preseden harus diterima bahkan jika alasannya masih kontroversial; dan semakin jauh penyimpangan dari setiap penjelasan baru dari alasan yang awalnya diberikan untuk keputusan tersebut, semakin tinggi beban pembenaran. Penjelasan baru yang menggoyahkan pemahaman sebelumnya harus menebus, dalam kekuatan kontribusinya terhadap keadilan, untuk merugikan nilai kepastian

hukum.

Bagi pengadilan yang lebih tinggi, dengan kebebasan (dalam kondisi tertentu) untuk menolak keputusan mereka sebelumnya sama sekali, aturan hukum umum tidak lebih dari aturan praktis - panduan untuk tuntutan prinsip hukum yang biasa, dalam konteks yang sedang ditinjau, tetapi rentan terhadap kualifikasi dan penilaian ulang dalam menghadapi keadaan yang berubah atau bahkan argumen baru. Secara inheren dapat direvisi, sesuai dengan tuntutan keadilan, aturan hukum umum memperoleh ketetapan sementara mereka dari kebutuhan pokoknya; dalam bidang tertentu, seperti hukum pidana, panduan yang jelas itu sendiri merupakan persyaratan utama keadilan.

Aturan-aturan tersebut memperoleh kewenangannya (apa adanya) dari kesepakatan hakim dan pengacara, jika ada, bahwa aturan-aturan tersebut tetap menjadi panduan yang berguna atau tepat untuk apa yang dituntut oleh prinsip hukum. Bentuk dan kewenangan aturan-aturan hukum umum bergantung pada apa yang mungkin merupakan konsensus yang rapuh, setidaknya di antara para hakim senior, tentang persyaratan keadilan dalam kasus-kasus standar yang ditangani oleh aturan-aturan tersebut. Klaim legitimasi demokratis yang biasanya menyertai hukum perundang-undangan membatasi kebebasan hakim untuk bermanuver: Pencarian konsensus lebih kuat dipandu oleh teks yang definitif.

Namun, kita tidak boleh membesar-besarkan perbedaan yang ditimbulkannya pada musyawarah hakim hukum umum. Ada lebih banyak kesamaan antara penafsiran undang-undang dan putusan hukum umum, jika diamati lebih dekat, daripada perbedaannya. Jika pengadilan harus bekerja sama dengan setia dengan instruksi legislatif, dalam ketaatan pada tuntutan demokrasi representatif, mereka biasanya akan menerima otoritas "makna yang jelas" dari undang-undang tersebut.

Ketika ada makna yang jelas atau nyata atau biasa pembacaan yang paling alamiah ditunjukkan oleh kata-kata tersebut, jika dilihat dalam konteksnya makna tersebut memiliki prioritas atas pembacaan yang kurang jelas, di mana dasar penafsirannya akan lebih meragukan dan kontroversial. Namun konteksnya mencakup prinsip-prinsip hukum yang mendasari keseluruhan aturan yang tidak tersentuh oleh undang-undang tersebut. Dipahami sebagai kontribusi terhadap tatanan keadilan yang ada, berdasarkan tradisi hukum umum, teks tersebut harus ditafsirkan dalam semangat itu:

Makna sebenarnya mencerminkan pemahaman yudisial tentang "kerusakan" tertentu yang ingin diatasi dan sifat pemulihan yang tampaknya disediakan. Teks "sebenarnya" adalah makna kata-kata tersebut ketika ditafsirkan sesuai dengan akal sehat, yang berakar pada hukum umum yang terus berkembang dan diartikulasikan baru. Sedangkan aturan hukum umum harus berasal dari uraian keputusan sebelumnya, aturan perundang-undangan dibentuk dengan menafsirkan teksnya; tetapi ada saling ketergantungan antara teks dan contoh dalam kedua kasus tersebut. Meskipun rumusan awal aturan hukum umum tidak sepenuhnya mengikat dalam kasus-kasus berikutnya, dalam praktiknya aturan tersebut dapat menawarkan panduan yang kuat.

Tanpa pernyataan otoritatif dari aturan tersebut, atau setidaknya prinsip umum yang terkandung di dalamnya, keberadaan dasar pemikiran yang bersaing untuk keputusan

sebelumnya akan membuat doktrin hukum pada dasarnya tidak dapat ditentukan. Karakterisasi fakta-fakta kasus preseden oleh pengadilan yang lebih tinggi, dan artikulasi dasar keputusan, karenanya akan sangat berpengaruh: Eksegesisnya biasanya akan menyediakan kerangka kerja untuk musyawarah di masa mendatang, bahkan jika kerangka kerja itu sendiri tidak kebal terhadap adaptasi dan (akhirnya) rekonstruksi.

Oleh karena itu, apakah suatu aturan memiliki dasar dalam undang-undang atau hukum umum, isinya sebagian bergantung pada teks otoritatif; dan dalam setiap kasus teks dipahami dengan mengacu pada contoh-contoh. Jika sebuah undang-undang memiliki makna yang jelas atau nyata, undang-undang tersebut memiliki makna tersebut berdasarkan beberapa kelas contoh yang tampaknya dimaksudkan untuk penerapannya. Penafsiran yang persuasif mencari keselarasan antara pembenaran umum dan contoh khusus: Kami mengakui aturan tersebut sebagai sumber keputusan yang benar dalam kasus paradigma.

Namun, pertanyaan kritisnya menyangkut hubungan antara makna yang jelas, jika ada, dan bayangan keraguan yang menyelimutinya, berkenaan dengan perluasan kata-kata yang digunakan dengan tepat. Sejauh mana makna yang jelas tersebut harus mengendalikan penerapan undang-undang tersebut pada kasus-kasus yang tidak standar, di mana hasilnya mungkin tidak adil atau tidak bijaksana? Tampaknya tak terelakkan bahwa di sini makna yang biasa kehilangan otoritasnya yang biasa, kepatutan penerapan ketentuan tersebut menjadi masalah penilaian normatif yang independen.

Sejauh mana, jika memang ada, objek atau tujuan undang-undang tersebut akan terancam oleh konstruksi yang sempit, sehingga kasus saat ini tidak terpengaruh? Atau seberapa seriuskah penghinaan terhadap hak-hak individu yang relevan atau kepentingan yang sah jika kebijakan undang-undang diperluas untuk mencakupnya? Jika tidak ada makna yang jelas, sehubungan dengan keadaan yang sedang ditinjau, penilaian nilai penafsir jelas penting; penafsir harus memberikan makna yang tidak jelas dalam undang-undang tersebut, dalam peristiwa yang telah terjadi.

Kasus standar, di mana makna yang jelas berlaku, akan berfungsi dalam penalaran penafsir sangat mirip dengan preseden hukum umum. Ini akan mengatur keputusan kasus baru yang tidak standar hanya sejauh akal sehat mendukungnya. Itu tidak berarti bahwa semua pertanyaan terkait keadilan atau kebijakan terbuka, seolah-olah undang-undang itu tidak ada tidak lebih dari kasus baru pada hukum umum diputuskan tanpa mengacu pada preseden. Persyaratan dasar koherensi dan konsistensi yang menginformasikan cita-cita kesetaraan di hadapan hukum, atau keadilan formal, akan mendukung kesimpulan tertentu daripada yang lain. Harus ada upaya yang sungguh-sungguh untuk memahami "maksud" undang-undang tersebut bentuk responsnya terhadap kebutuhan sosial atau kekurangan hukum apa pun yang dipahami untuk ditangani sebagai dasar untuk memutuskan maknanya atau efeknya, jika ada, dalam keadaan yang muncul.

Pencapaian tujuan umum undang-undang yang lebih baik adalah alasan yang baik untuk perluasannya ke kasus yang meragukan, ketika bahasanya memungkinkan; tetapi alasan seperti itu tidak dapat meyakinkan. Persyaratan konsistensi dan koherensi berlaku pada tingkat dasar hukum, tidak hanya di area kebijakan sosial yang terpisah: Harus ada rekonsiliasi (sejauh

mungkin) antara tujuan pemerintah atau publik yang langsung, di satu sisi, dan fitur yang lebih bertahan lama dari lanskap hukum dan konstitusional, di sisi lain. Sebagai penafsir yang berwenang, hakim menjadi bagian dari penulis undang-undang: Ia tidak dapat menghindari tanggung jawab untuk menetapkan batasan pada aturan yang ditetapkan, menurut penilaiannya sendiri tentang moralitas politik.

Seperti halnya putusan pengadilan hukum umum, penafsiran undang-undang memerlukan penalaran dengan analogi. Semakin dekat analogi antara kasus standar dan kasus baru, sebagaimana dinilai oleh prinsip atau kebijakan apa pun yang tampaknya paling relevan, semakin kuat kasus untuk penerapan undang-undang tersebut. Sebaliknya, semakin lemah analoginya, semakin baik kasus untuk menyimpulkan bahwa, berdasarkan konstruksi yang benar, ketentuan tersebut tidak berlaku dalam keadaan yang timbul. Jika analoginya lemah, tidak ada dasar untuk mengklaim bahwa kasus baru atau nonstandar telah ditetapkan secara otoritatif: Prinsip-prinsip dasar, sebagaimana tercermin dalam hukum umum, adalah panduan yang lebih aman dan adil untuk keputusan yang sah.

Kasus standar dibedakan dengan tepat dari keadaan saat ini, seperti halnya preseden dibedakan ketika rasionya, jika dipahami dengan tepat, dianggap tidak berlaku untuk kasus yang sedang dihadapi. Jika kasus standar dibedakan dengan tepat, atas dasar yang meyakinkan, konstruksi sempit aturan tersebut diadopsi secara sah. Penafsiran tersebut hanya dapat diserang dengan menantang kebenaran penilaian kebijakan atau prinsip yang relevan. Tidak ada keluhan bahwa undang-undang, yang secara *ex hypothesi* ambigu, telah "diabaikan" secara tidak tepat: Setiap saran tentang ancaman terhadap otoritas demokratis akan disalahpahami.

Dalam diskusi yang berpengaruh tentang kesalahan formalisme yang kontras, di satu sisi, dan skeptisisme aturan, di sisi lain, H. L. A. Hart menarik perhatian pada kelemahan, dalam praktik, dari perbedaan antara komunikasi dengan contoh yang berwibawa dan komunikasi dengan bahasa umum yang berwibawa. "Kasus biasa" hanyalah yang familiar, terus-menerus berulang di mana "ada kesepakatan umum dalam penilaian tentang penerapan istilah klasifikasi." Dalam konteks contoh yang lebih meragukan, bahasa aturan tampaknya "hanya menandai contoh yang berwibawa, yaitu yang dibentuk oleh kasus biasa."

Contoh tersebut dapat digunakan seperti preseden, bahkan jika teks akan memberlakukan batasan yang lebih ketat pada interpretasi. Harus ada jalan keluar untuk penalaran analogis, mengidentifikasi persamaan dan perbedaan yang relevan; dan tidak ada pemisahan yang mudah terlihat antara konteks interpretatif langsung dan yang lebih luas:

Dalam kasus aturan hukum, kriteria relevansi dan kedekatan kemiripan bergantung pada banyak faktor kompleks yang berjalan melalui sistem hukum dan pada tujuan atau maksud yang dapat dikaitkan dengan aturan tersebut. Untuk mengkarakterisasi ini berarti mengkarakterisasi apa pun yang spesifik atau khusus dalam penalaran hukum.

Penting untuk menekankan bahwa "kesepakatan umum dalam putusan" yang mengidentifikasi kasus yang jelas mencerminkan kekuatan banyak asumsi yang diterima begitu saja, yang sebagian besar tidak kontroversial; hukum yang diberlakukan sejak awal tertanam dalam kerangka keadilan dan moralitas bersama yang sudah ada sebelumnya. Keberadaan

makna yang jelas atau biasa mengasumsikan pemahaman yang siap tentang tujuan yang mendasari atau umum:

Makna biasa adalah fungsi konteks seperti halnya konvensi semantik. Tetapi objek atau tujuan tersebut tidak dapat dipahami tanpa menggunakan penilaian dan evaluasi normatif penafsir. Penilaian tersebut akan mewarnai persepsinya tentang apa yang, sebagai orang yang masuk akal, ingin dicapai oleh legislator perwakilan kita; mereka juga akan menginformasikan kesimpulannya tentang batasan yang dimaksudkan dari setiap skema legislatif dan kondisi yang tidak disebutkan yang secara implisit menjadi subjek pengejarannya.

Putusan terkenal dalam *Riggs v. Palmer* memberikan contoh yang tepat. Seorang pria yang telah membunuh kakeknya dianggap tidak memenuhi syarat untuk mewarisi harta korbannya meskipun ia disebutkan sebagai penerima manfaat dalam surat wasiat, yang memenuhi persyaratan tegas dari undang-undang yang berlaku. Di Pengadilan Banding New York, mayoritas mengakui bahwa "undang-undang yang mengatur pembuatan, pembuktian, dan dampak surat wasiat jika ditafsirkan secara harfiah, dan jika kekuatan dan dampaknya tidak dapat dengan cara dan dalam keadaan apa pun dikendalikan atau diubah, memberikan properti ini kepada pembunuh." Namun, pengadilan menolak kesesuaian konstruksi harfiah dan menegaskan pandangan bahwa undang-undang dapat "dikendalikan dalam operasi dan dampaknya oleh prinsip-prinsip umum dan mendasar dari hukum umum," seperti prinsip bahwa tidak seorang pun boleh mendapat untung dari kesalahannya sendiri.

Beberapa penulis telah mencatat penerapan bahasa yang jelas dari undang-undang tersebut, yang menekankan penolakan pengadilan terhadap hasil yang tidak dapat diterima secara moral; tetapi teks literal mungkin menjadi panduan yang buruk untuk makna sebenarnya dari aturan tersebut. Tidak ada perbedaan mendasar di sini antara makna dan (dis)aplikasi, yang pada akhirnya merupakan deskripsi yang berbeda dari masalah interpretatif yang sama. Jika prinsip-prinsip yang adil dapat meredam penerapan undang-undang, mereka juga dapat membantu dalam menentukan konstruksi yang benar: "Surat undang-undang" diperlakukan sebagai bawahan terhadap "niat pembuat" yang sebenarnya. Pada kedua analisis, tidak ada pelanggaran terhadap aturan yang berwenang.

Kegagalan untuk menerapkan undang-undang sesuai dengan makna sebenarnya akan menjadi pelanggaran supremasi legislatif - yang dengan jelas akan ditolak oleh pengadilan itu sendiri. Undang-undang tersebut "digantikan" terutama dalam pengertian bahwa makna harfiahnya ditolak demi makna yang lebih masuk akal, sehingga memungkinkan pengecualian yang menurut pandangan wajar apa pun, tidak menghalangi bahasanya. Konstruksi yang tepat (atau "rekonstruksi interpretatif") bergantung pada konteks; dan konteks tersebut mencakup semua asas hukum umum yang membantu dalam menentukan makna atau ruang lingkup yang benar dari aturan yang ditetapkan.

7.3 NALAR DAN WEWENANG

Blackstone menegaskan bahwa Undang-Undang Parlemen yang "tidak mungkin dilaksanakan" tidak memiliki keabsahan; dan "jika dari undang-undang tersebut muncul konsekuensi yang tidak masuk akal, yang secara nyata bertentangan dengan nalar umum,

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.

maka undang-undang tersebut, sehubungan dengan konsekuensi tambahan tersebut, batal demi hukum."

Para hakim dapat dengan tepat "menjelaskan undang-undang tersebut secara wajar," jika kata-kata umum menghasilkan hasil yang tidak masuk akal dalam kasus-kasus tertentu; mereka "layak untuk menyimpulkan bahwa konsekuensi ini tidak diramalkan" oleh para pembuatnya. Memang, Blackstone membantah bahwa para hakim dapat sepenuhnya menolak undang-undang dengan alasan bahwa "tujuan utamanya" tidak masuk akal; tetapi dalam kebanyakan kasus tujuan yang masuk akal dapat diidentifikasi, atau setidaknya dikaitkan, meskipun kesesuaiannya dengan teks kurang dari sempurna. Kita tidak boleh berasumsi bahwa perbedaan antara tujuan utama dan konsekuensi tambahan semata-mata diberikan secara independen dari upaya interpretatif kita: Kita akan mengenali konsekuensi yang tidak diinginkan dengan melihat absurditasnya.

Konstitusi hukum umum memerlukan perpaduan halus antara nalar dan wewenang. Naskah yang disahkan dan pendapat pengadilan menyediakan landasan penting bagi penalaran hukum, menggantikan aturan khusus dengan prinsip hukum umum. Namun, aturan tersebut dipahami dengan merujuk pada kasus standar atau paradigma yang menurut yurisdiksinya paling masuk akal; isi dan batasan aturan ini diberikan oleh penilaian yang beralasan saat kasus berikutnya muncul untuk menguji makna dan cakupannya yang sebenarnya.

Kita membedakan "objek utama" aturan dari sekadar "akibat sampingan" berdasarkan teori yang masuk akal tentang nilai dan maksudnya. Dan meskipun demi alasan stabilitas dan kepastian, aturan dapat memperoleh independensi tertentu dari pembenaran yang mendasarinya, aturan tersebut diabaikan jika alasan yang menentang penerapannya kuat. Jika alasannya jelas tidak dapat diterapkan, atau muncul keadaan yang menantang prioritasnya, aturan tersebut dapat dinilai ulang; atau, lebih tepatnya, relevansinya dengan kasus yang sedang dihadapi dipertanyakan.

Perundang-undangan tidak boleh dipahami sebagai perintah penguasa, yang menggantikan akal dengan otoritas yang mendahului, melainkan sebagai panduan yang berpengaruh terhadap persyaratan akal dalam situasi tertentu. Teks kanonik akan membantu menentukan contoh-contoh yang relevan, tetapi hanya jika dikombinasikan dengan penilaian yang beralasan dari para pembaca utamanya. Sama seperti preseden dievaluasi dan aturannya dirumuskan ulang berdasarkan pengalaman dan kritik yang meyakinkan, undang-undang juga harus ditafsirkan, dan jika sesuai ditafsirkan ulang, sebagai elemen dari desain yang lebih besar kebijakan publik yang dipadukan dengan prinsip hukum dalam upaya menyeluruh untuk mengamankan keadilan umum, yang dapat diterima secara luas oleh anggota masyarakat pada umumnya.

Ketika (misalnya) suatu ketentuan mengharuskan pengadilan untuk menjatuhkan hukuman seumur hidup kepada seseorang yang dihukum karena pelanggaran "serius" kedua, kecuali ada "keadaan luar biasa yang berkaitan dengan salah satu pelanggaran atau dengan pelanggaran yang membenarkannya untuk tidak melakukannya," penerapannya pada fakta-fakta kasus tertentu harus mencerminkan alasan undang-undang, yang dipahami dengan tepat.

Karakterisasi keadaan sebagai "luar biasa," atau sebaliknya, harus peka terhadap tujuan dan konteks: Nalar dan kewenangan saling terkait. Jika tujuan legislatif adalah untuk melindungi masyarakat dari pelaku kejahatan berbahaya, dapat disimpulkan bahwa aturan tersebut tidak berlaku bagi seseorang yang tidak membahayakan: Ketika "asumsi hukum" terbukti "salah tempat," situasi tersebut, yang dianggap dalam konteks hukum, dianggap "luar biasa."

Putusan sebelumnya telah menolak bahwa usia pelaku kejahatan pada saat pelanggaran pertama, atau selang waktu antara pelanggaran, atau perbedaan sifat "pelanggaran serius" yang terlibat, dapat dianggap "luar biasa" karena ciri-ciri tersebut tidak jarang terjadi; tetapi kesimpulan tersebut mengabaikan dasar hukum. Karena hal-hal tersebut jelas relevan dengan keberadaan bahaya yang membuat masyarakat membutuhkan perlindungan, dalam kasus yang tepat hal tersebut dapat membenarkan pencabutan aturan umum yang dapat menyebabkan ketidakadilan yang serius. Aturan yang kejam, jika ditafsirkan secara harfiah, ditafsirkan dengan tepat untuk memajukan tujuan hukum yang sah sambil tetap menjaga prinsip-prinsip dasar peradilan pidana.

Suatu aturan memiliki kekuatan mutlak, baik dalam hukum umum maupun undang-undang, hanya dalam arti bahwa aturan tersebut menentukan keseimbangan alasan dalam kasus standar; tetapi kasus standar dapat dipahami secara luas atau sempit sebagaimana yang dianggap tepat oleh pengadilan. Dalam praktiknya, tidak akan ada perbedaan yang jelas antara penerapan aturan dan keputusan sesuai dengan alasan yang mendasarinya, jika meyakinkan; karena perluasan aturan yang sebenarnya akan muncul hanya ketika kasus-kasus berikutnya muncul untuk menguji batas-batasnya.

Kewenangan perluasan resmi apa pun dari catatan hukum baik undang-undang atau preseden adalah kewenangan yang rapuh dan kontekstual, yang mencerminkan kekuatan haknya (jika ada) untuk dipatuhi dalam keadaan saat ini. Blackstone membantah bahwa suatu undang-undang dapat sepenuhnya ditolak karena dianggap tidak masuk akal; tetapi kewajaran adalah masalah derajat, yang dalam banyak kasus memungkinkan interpretasi yang dapat diterima secara moral.

Undang-undang yang sangat tidak masuk akal sehingga tidak ada Parlemen yang dapat dengan sengaja memberlakukannya jika menjalankan peran pembuatan undang-undang dalam pemerintahan demokratis yang berdasarkan pada aturan hukum harus dikesampingkan sebagai penyimpangan: Sumber daya interpretatif kita akan gagal, dihadapkan pada pelanggaran prinsip-prinsip keadilan yang kita anggap mendasar.

Secara luas dipahami bahwa (bahkan di Inggris) supremasi legislatif dimodifikasi, atau dilunakkan, dalam praktiknya oleh interpretasi undang-undang yang disesuaikan dengan tuntutan keadilan konstitusional: "Dengan tidak adanya bahasa yang tegas atau implikasi yang diperlukan yang bertentangan, pengadilan berasumsi bahwa bahkan kata-kata yang paling umum dimaksudkan untuk tunduk pada hak-hak dasar individu."

Akibatnya, pengadilan Inggris Raya, "meskipun mengakui kedaulatan Parlemen, menerapkan prinsip-prinsip konstitusionalitas yang sedikit berbeda dari yang ada di negara-

negara di mana kekuasaan legislatif secara tegas dibatasi oleh dokumen konstitusional." Namun, kurang dipahami dengan baik bahwa masalah-masalah "implikasi yang diperlukan" dalam praktiknya adalah pertanyaan tentang penilaian dan tingkat; Bahkan "bahasa ekspresif" memperoleh makna sebenarnya, sebagian, dari harapan dan anggapan yang menyediakan konteks interpretatif untuk komunikasi yang efektif.

Pandangan konvensional bahwa Parlemen pada akhirnya hanya tunduk pada kendala politik, bukan hukum, oleh karena itu salah; dan kita harus mempertanyakan pandangan bahwa kedaulatan parlemen "berarti bahwa Parlemen dapat, jika memilih, membuat undang-undang yang bertentangan dengan prinsip-prinsip dasar hak asasi manusia." Kedaulatan Parlemen dibatasi oleh batas kemampuan kita untuk memberikan makna yang dapat dipertahankan pada undang-undangnya makna yang dapat kita sesuaikan dengan kesetiaan kita kepada lembaga publik yang didedikasikan untuk mengejar kebaikan bersama.

Jika hak-hak dasar "tidak dapat diabaikan oleh kata-kata umum atau ambigu," itu bukan (atau bukan hanya) karena "terlalu besar risiko bahwa implikasi penuh dari maknanya yang tidak memenuhi syarat mungkin tidak diperhatikan dalam proses demokrasi"; tetapi lebih karena "implikasi penuh" akan menjadi jelas hanya dalam terang peristiwa yang sedang berlangsung. Rekonsiliasi yang tepat antara hak-hak dasar dan kepentingan publik yang bersaing dapat dilakukan hanya ketika contoh-contoh spesifik menghadapkan kita dengan konsekuensi persaingan dalam semua kekhususannya yang mencerahkan.

Situasi baru akan memaksa kita untuk menghadapi tantangan terhadap nilai-nilai politik kita lagi; dan teks undang-undang tidak dapat menyelesaikan kesulitan kita tanpa bantuan. Seorang tahanan yang menjalani hukuman seumur hidup karena pembunuhan ingin berbicara dengan seorang wartawan dalam upaya untuk membuktikan ketidakbersalahannya. Namun, mengikuti kebijakan pemerintah, gubernur penjara menolak mengizinkan wartawan melakukan wawancara (kecuali dalam kondisi kerahasiaan yang tidak dapat diterima).

House of Lords menganggap kebijakan tersebut melanggar hukum karena merupakan hambatan yang tidak dapat dibenarkan terhadap hak tahanan untuk kebebasan berekspresi: Aksesnya kepada seorang wartawan, yang memiliki sumber daya untuk menyelidiki fakta-fakta, akan memungkinkannya secara efektif untuk menantang hukumannya, mengungkap kesalahan apa pun dalam administrasi peradilan. Kebijakan Menteri Dalam Negeri diberlakukan berdasarkan Undang-Undang Penjara tahun 1952, yang mengesahkan pembuatan aturan untuk mengatur penjara dan perlakuan terhadap tahanan. Jika ditafsirkan secara harfiah, dan memerlukan larangan wawancara secara menyeluruh, aturan yang relevan adalah *ultra vires*; tetapi "prinsip legalitas" membenarkan konstruksi yang lebih sempit. Aturan tersebut harus dipahami untuk mengizinkan wawancara tersebut jika dasar yang tepat telah diletakkan dalam korespondensi sebelumnya.

Prinsip legalitas berfungsi sebagai sarana penyesuaian kekuasaan hukum umum, dan undang-undang bawahan yang diotorisasinya, dengan tuntutan asas konstitusional. Pelaksanaan kekuasaan eksekutif yang bersifat diskresioner menjadi tunduk pada batasan hukum umum, yang menolak campur tangan legislatif yang tidak perlu. Justru kemampuan hakim untuk menyesuaikan ketentuan hukum dengan kebutuhan kasus, atau kasus umum,

yang menunjukkan saling ketergantungan kekuasaan legislatif dan yudikatif.

Tujuan hukum tidak diabaikan, seolah-olah hak hukum umum tidak terpengaruh jika tidak ada "bahasa yang jelas" atau "implikasi yang diperlukan" yang bertentangan. Sifat mendasar dari hak-hak ini atas kebebasan berbicara dan akses ke keadilan menjadikannya pusat analisis kita tentang skema kendali hukum; tetapi isi dan cakupannya akan mencerminkan konteks tempat hak-hak tersebut beroperasi. Hak-hak tersebut bertahan sejauh yang dituntut oleh tata kelola yang sah, meskipun hak-hak konkret yang dijaminnya akan mencerminkan batasan atau pembatasan yang secara wajar dituntut oleh kebijakan publik (yang dinyatakan dalam undang-undang dan peraturan).

Tidak ada konflik yang bertahan lama antara asas hukum dan kebijakan publik, atau antara hak-hak dasar dan pengambilan keputusan yang demokratis. Karena anggota Parlemen dapat diasumsikan, dalam demokrasi liberal, untuk bertindak atas pemahaman bahwa hak-hak tersebut harus dipertahankan sejauh mungkin. Satu-satunya pertanyaan praktis menyangkut makna dan konsekuensinya yang sebenarnya dalam keadaan yang timbul; dan pada pertanyaan itu undang-undang jika diambil secara terpisah jarang, jika pernah, dapat memberikan jawaban yang pasti. Bahkan pemberian kekuasaan yang paling panjang, yang menentukan keadaan operasi yang dimaksudkan secara terperinci, tidak dapat menetapkan semua kondisi yang relevan.

Penerapan praktisnya akan sangat bergantung pada penilaian tujuan dan kepatutan seperti ketentuan yang lebih terbuka, bahkan jika kekhususannya mengharuskan penafsir untuk membenarkan pembacaannya lebih lengkap, dengan perhatian yang setara terhadap detail. Badan legislatif dapat berusaha secara sempit untuk membatasi kebijaksanaan administratif dan yudisial, tetapi tidak dapat membebaskan hakim atau pejabat dari tanggung jawabnya sendiri untuk menjaga tata kelola konstitusional. Kepatuhan terhadap teks tidak dapat menggantikan perintah akal sehat; karena setiap teks tunduk pada pengecualian dan kualifikasi yang membuat refleksi pada kasus-kasus tertentu menjadi meyakinkan.

Prinsip umum hukum umum konstitusional adalah bahwa "semakin substansial campur tangan terhadap hak-hak fundamental, semakin banyak pengadilan akan meminta sebagai pembenaran sebelum dapat yakin bahwa campur tangan tersebut wajar" Meskipun biasanya dinyatakan sebagai prinsip untuk mengatur undang-undang bawahan atau keputusan administratif, itu berlaku dengan kekuatan yang sama untuk undang-undang utama; prinsip tersebut mencerminkan asumsi yang sah tentang maksud legislatif, ditafsirkan dengan benar. Karena sifat dan tingkat sebenarnya dari setiap campur tangan yang sah terhadap hak-hak fundamental selalu menjadi masalah apa yang dapat dipertahankan dalam terang tujuan dan sasaran undang-undang yang jelas. Semakin dalam intrusi ke dalam hak-hak atau kebebasan yang ditetapkan yang disyaratkan atau diizinkan oleh interpretasi yang disarankan, semakin enggan pengadilan untuk menerima klaimnya atas otorisasi legislatif.

Bahkan bahasa yang paling jelas pun akan dipahami sebagai hal yang berkaitan dengan kasus-kasus yang mendesak, di mana gangguan semacam itu dapat dengan mudah dibenarkan. Dengan cara yang sama, apa yang "tersirat" tentu saja bergantung pada penilaian kebijakan undang-undang, berdasarkan keadaan yang berlaku, alih-alih tunduk pada logika

"perintah" teks yang tak terelakkan. Ini adalah masalah alasan apa yang dapat diberikan kepada mereka yang hak-haknya terancam, dan apakah mereka dapat diharapkan untuk mendapatkan persetujuan mengingat kebutuhan sejati dari kebaikan publik.³⁶ Yang dimaksud undang-undang adalah pertanyaan tentang apa yang dapat dibenarkan ketika kebijakan dan prinsip diselaraskan; dan tanggung jawab atas hasilnya berada di tangan pengadilan dan legislatif.

Biasanya mungkin untuk mengkarakterisasi kasus standar atau utama berdasarkan tujuan umum yang tampak dari suatu ketentuan, sambil mengecualikan berbagai situasi di mana kepentingan yang berlawanan atau prinsip-prinsip yang bertentangan dianggap lebih diutamakan. Namun, ketika suatu ketentuan perundang-undangan, dalam pembacaan yang paling wajar, tampak melanggar harapan yang mapan atau prinsip-prinsip yang mapan, kasus standar mungkin tidak mudah diidentifikasi. Konstruksi yang sangat sempit mungkin diperlukan, untuk menghormati asumsi mendasar bahwa legislatif bertindak dengan itikad baik untuk kebaikan publik dan tidak mengizinkan hasil yang tidak masuk akal. Jika makna literal (atau akontekstual) menimbulkan absurditas, atau ketidakadilan yang parah, kasus penerapan utama harus dibangun secara yudisial, sejauh mungkin, menurut persyaratan moralitas politik apa pun yang tampaknya paling masuk akal dan mendesak.

Sama seperti preseden yang meragukan terkadang dapat dibedakan dengan mantap dalam kasus-kasus selanjutnya sehingga dibatasi, untuk tujuan praktis, pada fakta-fakta khususnya sendiri, demikian pula ketentuan perundang-undangan dapat, dalam keadaan ekstrem, dibatasi pada keadaan yang sangat terbatas. Kita mungkin terpaksa menyimpulkan bahwa dampak potensialnya disalahpahami oleh mereka yang menyusun dan menyetujui klausul terkait: Mereka telah mengabaikan beberapa fitur konteks khususnya konteks konstitusional yang penting bagi skema legislasi rasional apa pun, yang patut dipatuhi.

Menanggapi ketentuan teknis yang sempit, yang dimaksudkan untuk membatasi penerimaan bukti perilaku seksual penggugat, dalam persidangan atas tindak pidana seksual, House of Lords menegaskan tugas utama hakim persidangan untuk memastikan persidangan yang adil. Karena bukti hubungan seksual sebelumnya antara penggugat dan tergugat terkadang relevan dengan masalah persetujuan, bukti tersebut harus diterima terlepas dari larangan hukum prima facie ketika pengecualiannya akan membahayakan keadilan persidangan.

Para hakim mengakui perlunya mengatasi "kerusakan" yang ingin diatasi Parlemen: Bukti pengalaman seksual penggugat sebelumnya telah diterima dengan terlalu bebas dalam pelaksanaan kebijaksanaan peradilan. Meskipun demikian, dianggap benar untuk "melanjutkan dengan dasar bahwa badan legislatif tidak akan, jika diberitahu tentang masalah tersebut, ingin menolak hak terdakwa untuk mengajukan pembelaan penuh dan lengkap dengan mengajukan materi yang benar-benar bersifat pembuktian."

7.4 NALAR DAN TRADISI

Gaya khas penggunaan analogi memungkinkan pengadilan untuk menghindari gagasan yang sangat abstrak atau pernyataan prinsip yang sangat luas dalam sebagian besar kasus:

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.

Analogi dapat dicari pada tingkat abstraksi yang lebih rendah, dengan merujuk pada norma yang berlaku terutama pada konteks yang dimaksud. Fokus utama pengadilan pada rentang isu yang cukup sempit membuat tidak bijaksana untuk bersikap terlalu ambisius; pergeseran fokus, yang dipicu oleh kasus-kasus berikutnya, dapat mengungkap kelemahan serius dalam analisis teoritis yang dibangun berdasarkan pengalaman praktis yang terbatas.

Akan tetapi, diragukan apakah diskusi yang lebih luas akan pernah dikutuk sebagai sesuatu yang tidak sah, seolah-olah diskusi tersebut menggantikan filsafat hukum dengan musyawarah demokratis. Teori tingkat tinggi pengadilan, jika terjadi, pada dasarnya tidak akan memiliki otoritas: Rasio keputusan dapat dibangun dengan tepat pada tingkat yang lebih biasa, cukup untuk mendamaikannya dengan kesimpulan yang berbeda dalam kasus-kasus selanjutnya berdasarkan keadaan yang berubah.

Dengan demikian, tidak ada perampasan peran politisi terpilih karena obiter dicta, betapapun terkemuka penulisnya, tidak mengikat siapa pun. Sejauh analisis yudisial atas prinsip dasar berkontribusi pada pemahaman yang lebih baik tentang keputusan hukum dan implikasinya yang mungkin untuk kasus-kasus yang serupa, analisis tersebut harus disambut sebagai bagian dari perdebatan publik yang lebih luas yang melibatkan demokrasi deliberatif.

Bukan “ketiadaan silsilah demokrasi” yang memberikan sistem preseden, analogi, dan “kesepakatan yang tidak sepenuhnya diteorikan” begitu penting, melainkan cara sistem tersebut mendamaikan akal dan tradisi. Pembagian paradigma adalah dasar untuk menjelaskan dan menyempurnakan kode moral kolektif, yang mengekspresikan komitmen hukum fundamental dari seluruh komunitas sebagaimana dibentuk oleh sejarah dan pengalaman. Hanya fokus pada hasil yang disepakati dalam kasus-kasus tertentu yang memberikan jaminan bahwa prinsip-prinsip abstrak memiliki inti sejati dari makna bersama; dialog memperoleh substansi praktis yang mungkin tidak dimilikinya. Sejauh “pengembangan teori-teori berskala besar tentang yang benar dan yang baik” disyaratkan oleh upaya untuk memahami tradisi demokrasi kita sendiri, kita harus mengakui sifat kolaboratif dari tugas tersebut yang melampaui perbedaan antara berbagai cabang pemerintahan.

Sebab, teori peradilan merupakan bagian penting dari usaha hukum yang bersifat musyawarah seperti halnya perdebatan legislatif. Pengaruh teori keadilan berskala besar atau abstrak merupakan fungsi dari kokohnya teori tersebut: Teori tersebut tidak memiliki konsekuensi praktis, di ruang sidang atau di luar, kecuali sejauh warga negara dan pejabat lain yakin akan manfaatnya. Teori tentang hak atau kebaikan yang mendasari undang-undang tidak memiliki otoritas yang lebih besar daripada teori yang didukung oleh hakim. Suatu asas moral dipahami dan diterima, tunduk pada kualifikasi yang sesuai, atau ditolak karena dianggap keliru. Prinsip tersebut tidak dapat diberlakukan bersama dengan semua gradasi bobot yang tak terbatas yang diperlukan penerapannya. Otoritas hukum, secara tegas, hanya melekat pada aturan yang diberlakukan, atau diadopsi, untuk kasus standar atau utama penerapan (yang tidak kontroversial).

Ketika kita benar-benar menghargai keutamaan penalaran hukum umum untuk dunia yang kompleks dunia di mana kita tidak mungkin menemukan konsensus tentang nilai-nilai utama kita akan mempertanyakan kebijaksanaan konvensional yang membedakan secara

tajam antara pemikiran hukum dan argumen politik. Jika orang-orang sering kali dapat menyetujui aturan atau standar yang relatif konkret, bahkan ketika ide-ide yang lebih abstrak tidak akan memperoleh persetujuan yang sama, bukankah implikasi serupa berlaku bagi hukum dan politik? Jika "putusan yang tidak sepenuhnya diteorikan pada kasus-kasus tertentu merupakan materi hukum yang biasa," hal yang sama juga berlaku bagi politik dalam demokrasi pluralis. Jika, lebih jauh lagi, teori moral dan politik hanyalah "sarana yang digunakan orang untuk memahami putusan yang membentuk dunia etika dan politik mereka," sehingga baik yang abstrak maupun yang khusus tidak boleh dianggap sebagai hal yang mendasar, keutamaan inkrementalisme yang rendah hati merupakan keutamaan politik dan juga hukum. Dan sejauh teori peradilan mungkin tampak tidak sopan dengan memaksa orang "untuk berdebat, tanpa perlu, atas komitmen moral mereka yang terdalam dan paling menentukan," hal yang sama juga berlaku bagi teori politik di negara yang terbagi oleh perselisihan serius dan ideologi yang saling bersaing.

Dalam bentuk terbaiknya, penalaran hukum umum mewujudkan cita-cita republik tentang pemerintahan yang demokratis cita-cita yang menjadikan pengejaran keadilan sebagai tujuan utamanya tetapi mengakui hak (bahkan, tugas) setiap warga negara untuk menerapkan penilaian moralnya sendiri pada masalah yang dipermasalahkan, sesuai dengan peluangnya untuk memengaruhi. Sunstein mencatat hubungan penting antara keadilan prosedural dan sifat hukum yang sangat lentur ketika penalaran dengan analogi memainkan peran penting.

Setiap peserta dalam sistem hukum berhak menuntut penilaian ulang preseden dari perspektif baru: Dia dapat berargumen bahwa kasusnya sendiri harus dinilai berdasarkan fitur-fiturnya yang khas, menurut teori umum yang dibelanya. Namun, jika penalaran dengan analogi sama-sama sah dalam bidang interpretasi undang-undang, pertimbangan serupa berlaku untuk penerapan aturan yang muncul dari forum legislatif.

Warga negara harus bebas mempertanyakan penerapan, dan karenanya konstruksi yang benar, dari suatu aturan ketika kasusnya secara signifikan berbeda (menurut beberapa teori yang masuk akal tentang fitur-fiturnya yang signifikan) dari kasus standar yang terutama ditangani oleh konstruksi sebelumnya. Dan jika aturan umum tersebut dapat dinilai ulang dalam menghadapi kejadian-kejadian yang tidak terduga, atau argumen-argumen baru, hal yang sama mungkin berlaku untuk teori-teori umum apa pun tentang hak atau kebaikan yang menginformasikan pemberlakuan aslinya.

Ketika hukum umum dipahami sebagai tatanan keadilan yang terus berkembang, yang berakar pada pengalaman historis tetapi terbuka terhadap gagasan dan persepsi yang berubah, hukum umum dapat menjadi dasar bagi alasan publik yang sejati. Sejauh hukum umum mencerminkan dan mewujudkan prinsip-prinsip keadilan yang mapan, menjelaskan paradigma yang berfungsi untuk menyusun konstitusionalisme yang koheren, hukum umum tidak kurang "demokratis" daripada undang-undang yang melengkapi dan memodifikasinya. Karena meskipun partisipasi perwakilan terpilih memberikan kontribusi penting, undang-undang mereka memperoleh makna penuh dan menghasilkan efeknya dalam tubuh hukum yang lebih besar yang sudah ada sebelumnya: Yang pertama (dalam arti tertentu) mengotentikasi yang terakhir, bahkan sambil mengadaptasinya dengan tuntutan baru dan

wawasan baru. Rekonsiliasi yang benar, terlebih lagi, antara ketentuan baru dan prinsip yang mapan adalah yang paling baik melayani komunitas politik, dengan mempertimbangkan semua hal penilaian moral yang sangat sulit yang paling tepat dibuat secara bertahap, ketika kasus-kasus konkret muncul untuk diputuskan.

Nilai hak penggugat untuk berargumen tentang analogi yang paling tepat untuk diterapkan dalam kasusnya sendiri bergantung, sebagian, pada penerimaan pengadilan terhadap ide-ide baru. Namun, iklim hukum yang menumbuhkan ide-ide baru adalah iklim yang dirangsang oleh budaya politik yang terbuka dan responsif, yang dicirikan oleh kebebasan berbicara dan ciri-ciri lain dari rasa hormat negara terhadap martabat manusia. Oleh karena itu, ada hubungan penting antara keadilan alamiah (atau keadilan prosedural) dan kebebasan berekspresi: Yang terakhir sama mendasarnya dengan substansi "hukum umum" yang sejati seperti yang pertama bagi penerapannya yang tidak memihak.

Nilai khusus dari pidato politik dalam pemerintahan yang demokratis harus dicari tidak hanya dalam kontribusinya terhadap pemberlakuan hukum yang adil, tetapi juga dalam perannya di jantung tatanan hukum yang mampu beradaptasi lebih halus terhadap perubahan nilai-nilai sosial dan prioritas moral. Demokrasi deliberatif yang berkembang menyediakan mekanisme yang tepat untuk perdebatan tentang masalah keadilan, mendorong seruan terhadap prinsip-prinsip yang diterima secara luas yang mencerminkan pemahaman tentang pemerintahan sebagai masyarakat yang setara.

Namun, jika politik dipahami sebagai upaya bersama untuk mencapai keadilan bagi semua, maka peradilan hukum umum harus diberikan fungsi pelengkap, yang memungkinkan aturan yang ditetapkan dan preseden peradilan ditafsirkan ulang berdasarkan perubahan sikap dan kesepakatan baru yang ditimbulkan oleh musyawarah. Akses pihak yang bersengketa ke pengadilan yang independen merupakan padanan, dalam sistem hukum, dari partisipasinya dalam pemerintahan, yang memungkinkannya untuk mengupayakan penegakan apa yang menurutnya dengan itikad baik merupakan penafsiran yang paling masuk akal dari hukum yang berlaku.

Demokrasi musyawarah dan peradilan hukum umum dapat hidup berdampingan sebagai pilar yang saling mendukung dari sebuah "komunitas berprinsip"; teori peradilan harus menemukan gaungnya dalam perdebatan yang lebih luas di masyarakat luas. Di sinilah letak penjelasan untuk saran Edward Levi bahwa peran analogi dalam penalaran hukum memastikan bahwa ide-ide baru, saat mereka "mendapat penerimaan di masyarakat," memengaruhi pengambilan keputusan hukum. Penalaran melalui contoh adalah sebuah proses di mana para pihak yang bersengketa berpartisipasi dalam fungsi pembuatan hukum pengadilan, membawa "ide-ide umum masyarakat" ke dalam hukum. Levi mengkhianati ketidakpercayaan yang berlebihan terhadap prinsip-prinsip umum, gagal mengakui peran penting mereka dalam penggunaan contoh dan analogi; tetapi ia dengan tepat menekankan ketergantungan erat doktrin hukum pada moralitas sosial yang berkembang dan perubahan sikap publik. Intinya adalah bahwa doktrin hukum umum, meskipun memaksakan batasan konsistensi yang diperlukan dalam jangka pendek, juga selalu dalam keadaan berubah karena berjuang untuk mengakomodasi tekanan yang bersaing dan tujuan yang bertentangan.

Aturan-aturannya hanyalah rasionalisasi yang dapat direvisi dari preseden-preseden tertentu betapapun meyakinkannya pembenaran awalnya mungkin tampak dan prinsip-prinsipnya hanyalah alasan-alasan moral atau sosial yang menginformasikan rasionalisasi-rasionalisasi tersebut.

7.5 KESIMPULAN

Aturan hukum pada akhirnya adalah cita-cita keadilan konstitusional yang didasarkan pada akal sehat: Kewajiban-kewajiban hukum dipahami sebagai sesuatu yang mengikat secara moral, jika konsisten dengan kewarganegaraan yang setara, karena kewajiban-kewajiban tersebut dapat secara wajar mengklaim untuk memperoleh persetujuan dari agen-agen moral yang independen, yang setia kepada komunitas politik dan kebutuhannya akan kebaikan bersama yang terkoordinasi.

Tatanan hukum common law mewujudkan cita-cita itu dengan mengutamakan akal sehat. Kesetaraan yang dijamin oleh kepatuhan terhadap preseden adalah kesetaraan keadilan: Kesetaraan formal yang diakibatkan oleh penerapan aturan-aturan yang konsisten dan tidak memihak menyerah pada kesetaraan substantif ketika aturan-aturan tersebut direvisi dan dirumuskan ulang sebagai tanggapan terhadap argumen-argumen prinsip. Perbedaan-perbedaan antara orang-orang harus dibenarkan secara rasional sesuai dengan penjelasan yang konsisten dan koheren tentang kebaikan bersama, yang terbuka untuk pengawasan dan kritik publik.

Hukum tertulis, baik undang-undang maupun preseden, hanyalah bagian dari tatanan moral yang lebih luas dan lebih dalam, yang dibentuk dan dibentuk ulang melalui refleksi dan pengalaman. Sebagai tatanan keadilan konstitusional di mana pelaksanaan kekuasaan pemerintahan harus diintegrasikan dengan kerangka kerja independen untuk mengatur masyarakat sipil, hukum umum mewujudkan cita-cita komunitarian yang khas: Kewenangan politik pada akhirnya tunduk pada tradisi sosial dan penilaian moral yang mendasari dan memeliharanya.

Integrasi hukum dan masyarakat, berdasarkan pada sikap yang berkembang terhadap keadilan dan penafsiran ulang tradisi, dilayani oleh model peradilan yang memberikan peran sentral dan kreatif kepada pihak yang bersengketa (yang mewakili semua orang yang klaim haknya harus berlaku atau tidak berlaku bersamanya). Ia menentukan bentuk dan karakter keputusan pengadilan melalui argumen yang dipilihnya untuk diajukan, yang mengharuskan hakim untuk melihat kasus dari sudut pandang pihak yang bersengketa, yang berakar pada pemahamannya sendiri tentang tatanan konstitusional yang ditegaskannya dengan setia. Dengan "menyajikan bukti dan argumen yang beralasan untuk keputusan yang menguntungkannya," pihak yang bersengketa mewajibkan pengadilan untuk membahas masalah prinsip yang diidentifikasinya; dan karena partisipasinya sendiri sangat penting bagi proses tersebut, ia memiliki dasar yang kuat untuk menerima keputusan tersebut sebagai hasil yang sah bahkan ketika keputusan itu merugikannya.

Bahkan jika warga negara memiliki pendapat yang sangat berbeda tentang arti sebenarnya dari prinsip-prinsip keadilan yang menginformasikan tatanan konstitusional,

peradilan hukum umum disesuaikan dengan benturan keyakinan interpretatif. Ketika penerapan aturan, baik yang berdasarkan undang-undang maupun hukum umum, peka terhadap klaim prinsip konstitusional, yang mengacu pada penjelasan yang bertentangan tentang tradisi hukum dan sosial, hukum akan berusaha semaksimal mungkin untuk memperoleh persetujuan.

Penalaran hukum menawarkan ujian untuk "apakah masyarakat telah melihat perbedaan atau kesamaan baru"; "kesetiaan masyarakat diarahkan kepada lembaga tempat mereka berpartisipasi." Dalam demokrasi yang berdasarkan pada supremasi hukum, penerapan aturan harus dibenarkan bagi mereka yang paling terpengaruh seperti halnya pemberlakuan atau ketahanan aturan tersebut, yang didukung oleh parlemen atau elektoral; dan penilaian yang tidak memihak atas klaim hak, yang didasarkan pada teori skema keadilan yang secara bersama-sama dibentuk oleh undang-undang dan preseden, adalah apa yang ingin diberikan oleh arbitrase hukum umum.

Pembahasan Levi juga berusaha menunjukkan kesamaan antara penalaran hukum umum dan arbitrase konstitusional di bawah konstitusi "tertulis" yang disusun dalam istilah yang luas dan ambigu. Interaksi yang sama antara prinsip umum dan contoh khusus, yang memungkinkan pemeriksaan analogi yang saling bersaing, memungkinkan doktrin konstitusional untuk berkembang sebagai respons terhadap peristiwa yang berubah dan persepsi yang berubah tentang kebutuhan sosial.

Kategori yang dibuat secara yudisial mencerminkan berbagai masalah konstitusional yang saling bersaing, yang memungkinkan kasus-kasus dikelompokkan dan dibandingkan dari berbagai sudut pandang. Konstitusionalisme Amerika sebenarnya paling baik dipahami sebagai sistem hukum umum yang evolusioner, yang menjadikan doktrin yang mapan dan praktik tradisional lebih penting daripada teks asli yang menjadi dasar pembentukannya.

Sementara kepatuhan terhadap preseden dibenarkan, sebagian, dengan pengakuan akan nilai pengalaman, masa lalu dapat ditolak ketika argumen prinsip cukup meyakinkan. Dan bahkan pembalikan paling mencolok dari doktrin sebelumnya, yang menolak konsepsi keadilan sebelumnya, selalu merupakan puncak dari proses pertimbangan yang diinformasikan dan direfleksikan oleh analisis hukum.

Dilihat sebagai proses tata kelola, hukum umum menyediakan campuran yang terus berkembang antara kearifan tradisional dan wawasan moral yang segar. Berbagai sumber hukum formal preseden, undang-undang, dan konstitusi menetapkan kasus paradigma yang harus dihormati oleh setiap interpretasi hukum yang memenuhi syarat; tetapi makna sebenarnya dari setiap keputusan atau undang-undang atau ketentuan konstitusional tertentu harus ditentukan berdasarkan hal-hal lainnya. Teori kedaulatan parlementer absolut dan pendekatan orisinalis dan tekstualis terhadap interpretasi konstitusional sama-sama memisahkan (atau mencoba memisahkan) teks yang relevan dari konteks di mana kehidupannya dijalankan.

Pengacara umum menghindari kesalahan ini dengan mengakui saling ketergantungan sumber-sumber hukum, serta ketergantungan yang mendalam dari masing-masing pada prinsip-prinsip keadilan yang tertanam dalam praktik hukum dan konstitusional, dan

karenanya sebagian merupakan konstitutif dari "demokrasi" itu sendiri.

Arti sebenarnya dari setiap ketentuan tekstual pada akhirnya adalah masalah penerapannya yang benar (atau tidak diterapkan) dalam berbagai keadaan yang tak terbatas yang muncul dari waktu ke waktu; dan penilaian itu selalu merupakan fungsi dari alasan-alasan yang dapat diberikan warga negara dan pejabat satu sama lain dalam perdebatan mengenai moralitas politik yang memelihara, dan memanfaatkan, hukum umum.

BAB 8

MITOS KONSTITUSI HUKUM UMUM

8.1 PENDAHULUAN

Hubungan antara hukum umum dan hukum perundang-undangan merupakan subjek perdebatan. Kontroversi ini lebih dalam daripada sekadar pertanyaan tentang interpretasi, seperti mengingat doktrin supremasi legislatif atas hukum umum mengapa, bagaimana, dan sejauh mana makna undang-undang dapat secara sah diatur oleh asas-asas hukum umum. Jawaban atas pertanyaan-pertanyaan tersebut sebagian bergantung pada isu-isu yang lebih mendasar mengenai landasan hukum kedua badan hukum tersebut, dan status masing-masing. Pandangan ortodoks adalah bahwa karena Parlemen dapat memberlakukan undang-undang yang mengesampingkan bagian mana pun dari hukum umum, hukum perundang-undangan lebih unggul daripada hukum umum.

Namun menurut teori yang semakin populer, konstitusi "tidak tertulis" Inggris terdiri dari asas-asas hukum umum, dan oleh karena itu kewenangan Parlemen untuk memberlakukan undang-undang berasal dari hukum umum. Seperti yang dikatakan Trevor Allan, "hukum umum mendahului supremasi legislatif, yang didefinisikan dan diaturnya." Teori ini telah menjadi sangat populer sehingga bahkan pemerintah Inggris telah mendukungnya. Ketika Jaksa Agung Lord Goldsmith ditanya di Parlemen tentang apa pemahaman pemerintah tentang "sumber hukum yang menjadi dasar kekuasaan legislatif Parlemen," ia menjawab, "Sumber kekuasaan legislatif adalah hukum umum."

Teori ini mengancam untuk membalikkan hubungan antara hukum undang-undang dan hukum umum sebagaimana dipahami secara tradisional. Dalam konteks ini, hukum umum biasanya dicirikan baik dalam istilah positivis, sebagai badan aturan yang telah dibuat oleh para hakim dan karenanya dapat diubah, atau dalam istilah Dworkinian, sebagai badan norma yang bertumpu pada prinsip-prinsip abstrak moralitas politik, yang para hakim memiliki kewenangan tertinggi untuk menyatakan dan menguraikan.

Pada kedua pandangan tersebut, alih-alih para hakim secara jelas berada di bawah Parlemen dan berkewajiban untuk mematuhi hukumnya, mereka dipromosikan ke posisi yang lebih unggul daripadanya. Pada pandangan pertama, mereka hanya memiliki kewajiban hukum yang diberlakukan sendiri untuk mematuhi hukumnya "tata tertib peradilan yang menyangkal diri sendiri" yang mereka memiliki kewenangan hukum untuk menolaknya. Pada pandangan kedua, ruang lingkup kewajiban apa pun berasal dari prinsip-prinsip abstrak moralitas politik dan pada akhirnya menjadi kewenangan mereka untuk menentukannya. Karena bahkan pada pandangan pertama, hakim dalam memutuskan apakah mereka harus terus mematuhi undang-undang dipandu oleh penilaian mereka tentang moralitas politik, kedua pandangan dalam hal ini serupa.

Kedua pandangan berjumlah upaya pengambilalihan: Mereka mengancam atau berjanji untuk mengganti supremasi legislatif dengan supremasi yudisial. Alih-alih Parlemen

menjadi penguasa konstitusi, dengan kemampuan untuk mengubah bagian mana pun darinya (kecuali, mungkin, untuk doktrin supremasi legislatif itu sendiri), para hakim ternyata yang bertanggung jawab. Arah yang ingin dicapai sebagian dari mereka dalam mengembangkan konstitusi tampak jelas dalam pernyataan terbaru dari Laws J. Dalam hukum administrasi, "hukum umum telah mengakui dan mendukung gagasan tentang hak konstitusional, atau hak fundamental." Parlemen mempertahankan kedaulatannya untuk saat ini tetapi mungkin kehilangannya "dalam perkembangan hukum umum yang tenang, dengan penataan ulang prioritas konstitusional kita secara bertahap untuk menghidupkan gagasan baru bahwa badan legislatif yang demokratis tidak dapat berada di atas hukum."

Terkadang, argumen dasar diperluas ke otoritas konstitusi tertulis, yang juga dianggap berasal dari hukum umum. Dixon C. J., yang konon merupakan hakim terhebat di Australia, menyatakan bahwa hukum umum adalah "fondasi konstitusional utama" yang menopang kewenangan Konstitusi Australia. Hal ini karena konstitusi tersebut ditetapkan dalam sebuah undang-undang oleh Parlemen Inggris: Kewenangannya bergantung pada Parlemen dan karenanya pada akhirnya berasal dari konstitusi Inggris yang tidak tertulis, yang konon merupakan hukum umum. Baru-baru ini, para pendukung prinsip-prinsip konstitusional tidak tertulis di Australia telah berusaha untuk mendorong saran Dixon lebih jauh dari yang akan disetujuinya. Gagasan serupa sedang dipromosikan di Kanada. Menurut Mark Walters, dalam beberapa keputusan terbaru Mahkamah Agung Kanada "otoritas hukum untuk prinsip-prinsip konstitusional yang berlaku dikatakan berasal dari konstitusi Kanada yang tidak tertulis, atau hukum umum."

Tulisan Walters sendiri mengasumsikan bahwa ada "konstitusi hukum umum" seperti itu, yang "prinsip-prinsip strukturalnya" mencakup aturan hukum, pemisahan kekuasaan, dan hak-hak individu. Trevor Allan berpendapat bahwa ini berlaku untuk semua konstitusi di negara-negara bekas Persemakmuran, baik yang tertulis maupun tidak tertulis: Semua didasarkan pada prinsip-prinsip konstitusionalisme yang tidak tertulis dan aturan hukum, yang merupakan inti dari tradisi hukum umum: "Yuridiksi (hukum umum) ini harus, sejauh itu, dipahami memiliki konstitusi yang sama," yang ciri-ciri umumnya "pada akhirnya lebih penting daripada perbedaan-perbedaan seperti ada atau tidak adanya konstitusi 'tertulis', dengan ketentuan-ketentuan yang secara formal mengakar, yang signifikansi praktisnya dapat dengan mudah dilebih-lebihkan."

Pemahaman tentang otoritas konstitusi tertulis ini Konstitusi dapat memiliki konsekuensi yang drastis. Batasan yang ditetapkan oleh konstitusi tertulis terhadap pelaksanaan kekuasaan legislatif atau eksekutif dapat dilengkapi dengan batasan "hukum umum" yang tidak tertulis. Bahkan kewenangan untuk mengubah konstitusi dapat dianggap dibatasi oleh asas-asas hukum umum yang lebih dalam, yang dapat diubah (atau dinyatakan secara resmi telah berubah) hanya melalui keputusan pengadilan.

Istilah "konstitusionalisme hukum umum" sekarang banyak digunakan untuk menunjukkan teori bahwa norma-norma konstitusional yang paling mendasar dari suatu negara atau negara-negara tertentu (apakah mereka memiliki konstitusi tertulis atau tidak) adalah masalah hukum umum. Seperti yang disebutkan sebelumnya, ada berbagai versi

konstitusionalisme hukum umum termasuk versi positivis hukum dan Dworkinian yang dibangun di sekitar konsepsi yang berbeda tentang hukum umum.

Konstitusionalisme hukum umum dipertahankan atas dasar historis, serta filosofis. Argumen historisnya adalah bahwa konstitusi Inggris yang tidak tertulis selalu merupakan masalah hukum umum. Argumen filosofisnya adalah bahwa konstitusi tidak tertulisnya saat ini paling baik dianalisis sebagai masalah hukum umum. Pertama-tama saya akan membahas bukti historis, dan kemudian beralih ke analisis filosofis.

8.2 CATATAN SEJARAH

Pembelaan historis terhadap konstitusionalisme hukum umum telah membedakan pendahulunya. Menurut John Phillip Reid, konstitusionalisme hukum umum adalah ortodoksi di Inggris hingga akhir abad kedelapan belas, ketika digantikan oleh teori kedaulatan parlemen yang relatif baru. J.G.A. Pocock secara terkenal berpendapat bahwa pada abad ketujuh belas, hukum umum dianggap oleh para praktisi - terutama Sir Edward Coke sebagai perwujudan "konstitusi kuno" yang tidak dapat diubah yang memberikan dan membatasi kekuasaan pemerintah. Jauh sebelumnya, C.H. McIlwain mengklaim bahwa pada periode abad pertengahan, hukum umum merupakan hukum dasar yang mengikat raja dan "Mahkamah Agung Parlemen," yang dapat menyatakan, tetapi tidak mengubah, hukum tersebut.

Klaim McIlwain telah didiskreditkan, tesis Pocock sangat dibatasi, dan pandangan Reid terbukti meragukan. Namun masih banyak yang berasumsi bahwa Inggris telah lama memiliki konstitusi hukum umum. Brian Tamanaha, misalnya, menulis bahwa:

Inggris telah memiliki konstitusi tidak tertulis selama berabad-abad. Konstitusi ini berfungsi sebagai padanan fungsional dari Konstitusi AS yang tertulis dalam arti hukum yang menetapkan batasan bagi para pembuat undang-undang. Keputusan Coke dalam kasus Dokter Bonham membuktikan pemahaman ini. Gagasan dasarnya adalah bahwa hukum umum, badan hukum privat yang mencerminkan prinsip-prinsip hukum, membentuk kerangka hukum fundamental.

Sayangnya, semua proposisi ini kecuali yang pertama mungkin salah. Inggris tidak pernah memiliki konstitusi yang berfungsi sebagai padanan fungsional dari Konstitusi AS. Telah ditetapkan secara meyakinkan bahwa hukum umum tidak pernah menundukkan kewenangan legislatif Parlemen pada batasan yang pelanggaranannya dapat menjamin pembatalan undang-undang secara hukum. Diktum Coke dalam kasus Dokter Bonham mungkin menunjukkan bahwa ia berpikir sebaliknya, meskipun itu pun diragukan; tetapi jika ia melakukannya, ia adalah minoritas kecil dan kemudian berubah pikiran.

Bab ini menantang proposisi terakhir yang lebih sederhana bahwa hukum umum "menetapkan kerangka hukum fundamental" pemerintahan Inggris. Tidak diragukan lagi bahwa banyak prinsip hukum umum, seperti yang berkaitan dengan hak prerogatif Mahkota, telah lama menjadi bagian dari konstitusi tidak tertulis. Yang menjadi masalah di sini adalah klaim yang lebih luas bahwa konstitusi tidak tertulis secara keseluruhan, termasuk doktrin paling mendasarnya seperti kedaulatan parlemen, adalah masalah hukum umum.

Saya akan berpendapat bahwa sejauh mana hal itu harus dianggap sebagai, atau

pernah menjadi, masalah hukum umum bergantung pada jawaban atas setidaknya tiga pertanyaan yang berbeda, tetapi saling terkait. Selama berabad-abad, pertanyaan-pertanyaan ini telah dijawab dengan berbagai cara, beberapa di antaranya adalah sebagai berikut.

A. Apa Hakikat Hukum Umum?

Apakah hukum umum terdiri dari: adat istiadat masyarakat, yang dianggap sebagai sesuatu yang sudah ada sejak lama dan tidak berubah, atau berkembang secara bertahap, "pengetahuan umum," atau tradisi yang dipelajari, dari pengadilan dan pengacara hukum umum, sekumpulan norma yang berlandaskan pada "pepatah" atau "prinsip" fundamental yang identifikasinya, pemaparannya, dan penerapannya melibatkan "alasan" dan penilaian moral yang hakiki, sekumpulan aturan yang dibuat hakim yang ditetapkan ("ditetapkan") oleh pengadilan dalam kasus-kasus sebelumnya, atau beberapa kombinasi dari dua atau lebih alternatif ini (misalnya, adat istiadat masyarakat, sejauh sesuai dengan "alasan," atau adat istiadat masyarakat, sejauh diakui dan diterapkan oleh pengadilan hukum umum)?

B. Apa Cakupan Hukum Umum?

Bagaimana ruang lingkup hukum umum dipahami dengan baik: apakah hukum umum memberikan dan memaksakan kekuasaan, hak, kewajiban, dan tanggung jawab hanya berkenaan dengan masalah-masalah pokok tertentu, terutama dalam bidang hukum privat seperti hukum pertanahan dan hukum kontrak tetapi mencakup beberapa masalah hukum publik seperti hak prerogatif "biasa" Mahkota? Berdasarkan pandangan ini, kekuasaan, hak, dan sebagainya berkenaan dengan masalah-masalah pokok lainnya seperti suksesi kerajaan, hak prerogatif "mutlak" Mahkota, dan kekuasaan serta hak istimewa Parlemen berdiri sendiri terlepas dari hukum umum (bahkan jika hukum umum tentu mengakui dan tunduk kepada hukum-hukum tersebut). Atau apakah hukum umum mahakuasa dan komprehensif, dalam arti bahwa semua kekuasaan, hak, dan sebagainya yang bersifat nonstatuta termasuk kekuasaan untuk membuat undang-undang adalah ciptaannya, dan tunduk pada kendalinya?

C. Siapa yang Memiliki Kewenangan Tertinggi untuk Menjelaskan Hukum Umum?

Apakah kewenangan untuk menguraikan hukum umum dimiliki oleh: Mahkota, Parlemen (artinya Mahkota di Parlemen), atau pengadilan hukum umum biasa? Beberapa pengamatan mengenai pertanyaan-pertanyaan ini mungkin bermanfaat. Pertama, mereka sering kali menjadi subjek ketidakjelasan dan ketidaksepakatan. Dalam kajiannya tentang pemikiran hukum umum pada periode abad pertengahan dan awal modern, James Tubbs menekankan bahwa pengacara dan hakim lebih peduli dengan teknis pembelaan dan prosedur daripada dengan pertanyaan-pertanyaan teoritis, dan akibatnya ada sedikit diskusi sistematis tentang yurisprudensi umum dalam literatur hukum umum hingga abad keenam belas.

Bahkan kemudian, "kesan yang didapat dari membaca berbagai macam laporan adalah profesi dengan minat yang sangat sedikit pada filsafat hukum, yang tidak bersusah payah mencoba merumuskan yurisprudensi yang koheren." Tubbs menyangkal bahwa ada satu konsepsi tunggal tentang sifat hukum umum yang pernah diterima secara umum. Ketidakjelasan dan ketidaksepakatan berlanjut bahkan hingga abad ketujuh belas, ketika beberapa pengacara terkemuka menekankan kekunoan hukum umum dan mengidentifikasinya dengan kebiasaan, sementara yang lain menunjukkan sedikit minat pada

usianya dan menekankan "alasan" yang melekat padanya.

Selain itu, kesepakatan tentang salah satu dari tiga pertanyaan kami sering kali disertai dengan ketidaksepakatan tentang yang lain. Sir Edward Coke dan Sir John Davies, misalnya, memiliki konsepsi yang sama tentang hakikat hukum umum, tetapi pendapat mereka sangat berbeda tentang cakupannya, terutama mengenai apakah hukum tersebut mengatur hak prerogatif kerajaan. Ketidaksepakatan tentang pertanyaan pertama dan kedua terus berlanjut hingga saat ini. Kedua, bobot pendapat sehubungan dengan setiap pertanyaan telah bergeser dari waktu ke waktu: Beberapa jawaban yang populer di abad-abad sebelumnya ditolak di abad-abad berikutnya.

Pada abad ketujuh belas, secara umum diterima bahwa Parlemen memiliki kewenangan tertinggi untuk menyatakan dan menafsirkan hukum umum, tetapi pandangan itu sekarang dapat dianggap masuk akal hanya dalam pengertian yang lemah bahwa pengadilan tertinggi secara formal adalah House of Lords; dalam kenyataannya, tentu saja, itu adalah pengadilan yang terpisah dan hanya secara nominal merupakan "komite" dari House of Lords. Ketiga, pertanyaan-pertanyaan tersebut saling terkait, dalam hal jawaban tertentu untuk satu pertanyaan mungkin sulit untuk diselaraskan dengan jawaban tertentu untuk pertanyaan lainnya.

Misalnya, untuk alasan-alasan yang diberikan di bagian berikutnya, jika hukum umum hanya merupakan kumpulan aturan yang dibuat oleh hakim, maka hukum tersebut tidak dapat menjadi sumber atau dasar kewenangan pembuatan undang-undang oleh Parlemen. Di sisi lain, jika hukum umum terdiri dari adat istiadat masyarakat, maka hal ini menjadi lebih masuk akal, seperti halnya klaim yang lebih luas bahwa konstitusi tidak tertulis secara keseluruhan merupakan masalah hukum umum.

Keempat, kesepakatan yang tampak bahwa konstitusi yang tidak tertulis adalah masalah hukum umum dapat mengaburkan ketidaksetujuan atas rincian penting. Bahkan jika beberapa pengacara abad ke- percaya bahwa hukum paling mendasar dari konstitusi adalah bagian dari hukum umum, mereka mungkin memiliki maksud yang sangat berbeda dari keyakinan yang secara dangkal serupa yang dianut saat ini.

Mereka mungkin telah memahami hukum umum sebagai kebiasaan kerajaan, yang Mahkamah Agung Parlemen bukan "pengadilan yang lebih rendah" di Westminster memiliki kewenangan tertinggi untuk menyatakan dan menguraikan. Pandangan itu memberikan sedikit dukungan untuk teori-teori modern di mana hukum umum dipahami, menurut garis Dworkinian, sebagai badan prinsip-prinsip moralitas politik yang terus berkembang, yang memiliki kewenangan tertinggi untuk mengidentifikasi dan mengembangkan pengadilan biasa.

Tidak mungkin dalam bab ini untuk memberikan penjelasan yang komprehensif tentang bagaimana ketiga pertanyaan ini telah terjawab dalam setiap abad selama konstitusi Inggris berkembang. Itu akan membutuhkan sebuah buku. Yang mungkin hanyalah penjelasan singkat tentang isu-isu utama. Kita mulai dengan periode hingga abad keenam belas, yang dikaburkan oleh kurangnya pemikiran teoritis yang jelas tentang dasar-dasar konstitusional dan catatan tertulis tentang pemikiran yang ada. Menurut Pollock dan Maitland, para ahli hukum Inggris abad pertengahan tidak memiliki teori pasti tentang hubungan antara hukum

yang ditetapkan dan yang tidak ditetapkan, atau antara hukum dan kebiasaan. Chrimes melaporkan bahwa "konsep dan gagasan yang setengah diungkapkan di balik mesin pemerintahan sering kali sulit dipahami dan ditafsirkan, karena sedikitnya orang-orang abad ke- yang mencatat apa yang bagi mereka merupakan asumsi yang tidak memerlukan pernyataan."

Meskipun demikian, tentu saja penting bahwa dalam buku-buku seperti *The Common Law Mind* karya Tubbs, *Fundamental Authority in Late Medieval England* karya Doe, dan *English Constitutional Ideas in the Fifteenth Century* karya Chrimes, orang mencari dengan sia-sia referensi apa pun kepada ahli teori politik atau ahli hukum yang menegaskan bahwa lembaga-lembaga utama pemerintah berutang keberadaan dan wewenang mereka pada hukum umum.

Mungkinkah ini salah satu dari "asumsi yang tidak memerlukan komentar" yang disebutkan oleh Chrimes? Lagi pula, banyak penulis yang dimulai dengan "Bracton" berbicara tentang raja yang "berada di bawah hukum." Jika yang mereka maksud adalah hukum adat, dan jika semua hukum adat adalah hukum umum, maka mungkin teori konstitusionalisme hukum umum tersirat dalam pemikiran hukum abad pertengahan. Namun, ini adalah dua "jika" yang besar.

Sangat menggoda untuk berasumsi bahwa para pengacara abad pertengahan dan awal modern menganggap sumber dan batasan hak dan kekuasaan dasar Raja pada dasarnya adalah adat. Namun, pada kenyataannya, ini meragukan. Beberapa hak, kekuasaan, dan batasan tersebut tidak diragukan lagi diyakini berasal dari hukum ilahi atau hukum alam. Yang lainnya dianggap telah ditetapkan dalam *Leges Edwardi* dan *Leges Henrici*: Hukum Edward Sang Pengaku Iman, dan Hukum Henry I, masing-masing. William Sang Penakluk mengklaim dirinya sebagai penerus sah Edward Sang Pengaku Iman, dan Henry I dalam piagam penobatannya "meneguhkan" hukum-hukum Edward yang diamandemen oleh William dengan persetujuan para baronnya.

Ketika teks-teks yang konon mencatat "hukum-hukum" ini direvisi pada abad kedua belas, penambahan-penambahan yang tidak dapat dibuktikan kebenarannya menyisipkan gagasan-gagasan konstitusional yang berasal dari asas-asas politik skolastik dan sumpah penobatan Inggris. Pemberontakan para baron yang berujung pada Magna Carta didahului oleh tuntutan untuk penegasan piagam Henry I dan sangat dipengaruhi oleh *Leges Edwardi*. *Leges*, bersama dengan dua dokumen lain yang sama-sama meragukan asal usulnya, *Mirror of Justices* dan *Modus tenendi Parliamentum*, menjadi inti dari apa yang disebut "konstitusi kuno" yang pada abad-abad berikutnya secara luas dianggap berfungsi sebagai perisai terhadap tirani dan pembenaran untuk pemberontakan.

Tubbs berpendapat bahwa ketika Glanvil dan "Bracton" membahas "hukum tidak tertulis" Inggris, mereka tidak merujuk pada hukum adat tetapi pada keputusan dan peraturan raja, yang bertindak atas saran dari pembesar mereka, yang belum tercatat secara tertulis. Studi terkini yang paling menyeluruh tentang "Bracton" menyimpulkan bahwa: "Yang ia maksud dengan gagasan tentang seorang raja di bawah Tuhan dan hukum adalah, pertamanya, bahwa raja harus bertindak berdasarkan keputusan para baron dan, kedua, bahwa

seorang raja harus mempraktikkan kebajikan-kebajikan Kristen. Namun, tidak satu pun gagasan tersebut mengandung konotasi tentang sekumpulan hukum substantif, apalagi konstitusional, yang tidak boleh dilanggar oleh raja.”

Dalam versi singkat dari "Bracton," yang dikenal sebagai Britton, semua hukum Inggris digambarkan sebagai produk dari otoritas kerajaan. Hukum umum substantif, seperti yang diamati Charles Ogilvie, adalah "anak dari hak prerogatif," yang didasarkan pada surat perintah raja-raja Angevin dan Plantagenet yang kemudian dilengkapi dengan undang-undang. Jelas bahwa para juru tulis dan hakim raja tidak memiliki mandat untuk menangani hukum-hukum paling mendasar yang mengatur haknya atas takhta (jika ada) atau untuk mempertanyakan ruang lingkup kekuasaannya.

Yurisdiksi dan wewenang mereka sendiri berasal darinya, dan "Bracton" menyangkal bahwa mereka dapat meminta pertanggungjawabannya. Dalam banyak perselisihan antara raja dan baron, yang terakhir tidak pernah mengajukan banding ke hukum umum atau pengadilannya: Mereka mengeluh bahwa itu adalah hukum raja, dan para hakim adalah pelayannya. Selain itu, "ada begitu sedikit hukum substantif sehingga pertanyaan tentang legalitas di tingkat politik tinggi hampir tidak muncul. Jawaban dari buku-buku hukum besar abad kedua belas dan ketiga belas untuk pertanyaan politik mendasar adalah bahwa masalah seperti itu ada pada raja dan bangsawan kerajaan."

Pada abad keempat belas dan kelima belas, tidak mungkin hukum paling dasar yang menjadi dasar pemerintahan kerajaan akan diklasifikasikan sebagai bagian dari hukum umum, bahkan jika itu sudah menjadi kebiasaan. Tubbs menantang pandangan yang diterima bahwa hukum umum, pada saat itu, umumnya diidentifikasi dengan adat istiadat kerajaan. Dia berpendapat bahwa itu lebih sering diperlakukan sebagai "pengetahuan umum" (atau dalam kata-katanya, "tradisi terpelajar") dari bangku dan pengacara pengadilan hukum umum.

Meskipun membaca kasus Buku Tahunan, dia menemukan sangat sedikit bukti bahwa pengacara umum abad pertengahan terutama memahami hukum mereka sebagai adat istiadat, dan bahkan pada abad keenam belas, ketika itu sering digambarkan sebagai "penggunaan umum" atau "kebiasaan umum," pengacara "hampir selalu berarti hanya penggunaan atau kebiasaan bangku dan pengacara." Hanya pada awal abad ketujuh belas seorang pengacara umum yang penting, Sir John Davies, dengan tegas menggambarkan hukum umum sebagai kebiasaan orang Inggris, dan bahkan saat itu, pendapatnya tidak ortodoks.

Kesimpulan Tubbs menguatkan kesimpulan Norman Doe, yang melaporkan bahwa "penggunaan dan pembelajaran forensik dan peradilan" dan peradilan daripada persetujuan rakyat diperlakukan dalam Tahun Buku sebagai dasar hukum umum: "Memang, gagasan bahwa hukum umum berada dalam pengawasan, atau dalam kendali, para hakim tersirat dalam beberapa frasa umum. Terkadang, para hakim secara terang-terangan menggunakan gagasan bahwa suatu aturan ada atau suatu hasil dicapai karena mereka "menyetujuinya." Konsepsi kuasi-positivis tentang hakikat hukum umum ini tentu saja berimplikasi pada cakupannya. Tidak mungkin mereka yang menganggapnya sebagai "pengetahuan umum" dari pengadilan dan pengacara akan berpikir bahwa hukum tersebut mengatur hal-hal mendasar

seperti suksesi kerajaan, atau hak istimewa dan kekuasaan Parlemen.

Suksesi kerajaan tidak diatur oleh aturan yang jelas dan mapan adat atau lainnya hingga abad kedelapan belas. Mahkota pada waktu yang berbeda diklaim oleh hak turun-temurun, hak penaklukan, dan/atau pemilihan yang ditegaskan oleh undang-undang. Tidak ada konsensus tentang klaim mana yang memiliki prioritas, atau tentang dasar akhirnya: Klaim atas hak turun-temurun, misalnya, dapat didasarkan pada adat atau hukum Tuhan.

Chrimes menyangkal bahwa abad kelima belas memiliki "hukum publik yang diterima" yang berurusan dengan suksesi. Dalam pembelaan panjang Sir John Fortescue atas klaim Lancastrian atas takhta, ia mengandalkan hukum alam, bukan adat. Dalam penarikan kembali pembelaan itu kemudian, ia mengatakan bahwa dalam "hukum negeri ini, para siswa belajar sedikit tentang hak suksesi kerajaan."

Pada tahun 1460, para hakim menolak untuk menyatakan pendapat tentang perselisihan atas masalah tersebut, karena sebagai "hakim Raja" mereka tidak layak untuk memutuskannya; lebih jauh lagi, masalah tersebut sangat tinggi dan menyentuh harta dan status kebangsawanan Raja, yang berada di atas hukum dan berada di luar pengetahuan mereka, oleh karena itu mereka tidak berani melakukan komunikasi apa pun tentang hal itu, karena hal itu berkaitan dengan para Bangsawan dari darah Raja, dan bangsawan di negerinya ini, untuk berkomunikasi dan mencampuri masalah-masalah seperti itu. Sama tidak mungkinnya bahwa kekuasaan dan hak istimewa "Mahkamah Agung Parlemen" pengadilan tertinggi di kerajaan akan dianggap tunduk pada "pengetahuan umum" dari "pengadilan yang lebih rendah." Pada tahun 1388, para Bangsawan yang menyiapkan tuduhan pengkhianatan terhadap beberapa rekan Richard II, termasuk sejumlah hakim, menyatakan "bahwa dalam kejahatan yang sangat tinggi seperti yang dituduhkan dalam banding ini, yang menyentuh pribadi Raja dan keadaan kerajaannya proses tersebut tidak akan dibawa ke mana pun kecuali ke Parlemen, atau diadili oleh hukum lain kecuali hukum dan pengadilan parlemen"; "hal-hal besar yang diajukan di Parlemen ini dan akan diajukan di parlemen-parlemen di masa mendatang, yang menyangkut para bangsawan negeri ini, harus diperkenalkan, dihakimi, dan didiskusikan melalui jalannya Parlemen dan bukan oleh hukum perdata maupun hukum umum negeri ini, yang digunakan di pengadilan-pengadilan lain yang lebih rendah di negeri ini." Ini mengikuti nasihat yang diberikan oleh para hakim dan sersan hukum bahwa proses hukum "tidak dibuat atau ditegaskan menurut urutan yang disyaratkan oleh salah satu atau yang lain dari hukum-hukum ini (umum atau perdata)."

Pada tahun 1454, para hakim mengakui bahwa "penetapan dan pengetahuan tentang hak istimewa itu (dari pengadilan tinggi Parlemen) adalah milik para Bangsawan Parlemen, dan bukan milik para hakim." Kita kemudian akan menemukan pandangan serupa yang diungkapkan oleh *House of Commons* pada tahun 1604, Sir Edward Coke dalam *Fourth Institute*-nya, dan Sir Matthew Hale. Seperti yang disimpulkan Donald Hanson: Jelas, para anggota parlemen di kerajaan itu cukup jelas bahwa hal-hal politik tingkat tinggi ini tidak diatur oleh hukum umum. Singkatnya, orang-orang di Abad Pertengahan tidak mau menganggap hukum umum memiliki makna konstitusional sebagaimana yang telah banyak ditunjukkan oleh para pendukung hukum modern.

Sebagai badan hukum yang dikelola oleh pengadilan tertentu, hukum umum terkadang dianggap hanya sebagai salah satu cabang dari *lex terrae* atau "hukum negara." Pada pandangan ini, badan hukum lain, yang dikelola oleh pengadilan lain, memiliki status yang sama. Masalah ini muncul selama perselisihan yurisdiksi antara pengadilan hukum umum dan pengadilan hukum perdata yang pecah pada akhir abad keenam belas. Hakim hukum umum mulai mengeluarkan larangan terhadap gugatan yang tertunda di pengadilan hukum perdata, yang membenci kerugian bisnis yang mengancam akan ditimbulkannya.

Warga sipil tidak dapat mengharapkan bantuan dari Parlemen, yang didominasi oleh pengacara umum, jadi mereka mengajukan banding kepada raja. Mereka berpendapat bahwa karena ia telah mendelegasikan yurisdiksinya sebagai "sumber keadilan" ke semua pengadilannya yang berbeda, ia mempertahankan otoritas tertinggi untuk menentukan batas-batas antara yurisdiksi mereka. Argumen tersebut berasumsi bahwa semua pengadilannya – hukum umum, hukum perdata, hukum gerejawi, dan hukum prerogatif, dan badan hukum yang mereka kelola secara konstitusional paralel dan setara, semuanya tunduk pada raja, tetapi tidak tunduk pada yang lain. Namun, beberapa penulis mulai menyamakan "hukum negara" dengan hukum umum saja. Para pengacara umum menganggap pengadilan dan hukum mereka lebih unggul daripada hukum perdata dan pengadilannya.

Hukum umum sendiri merupakan hukum Inggris dan penjaga tertinggi kebebasan rakyat, dan membatasi yurisdiksi di mana hukum perdata dan hukum lainnya dapat beroperasi secara sah. Hukum perdata setara dengan badan khusus hukum adat yang diberi pengakuan hukum untuk tujuan tertentu oleh hukum umum. Para ahli hukum perdata kalah dalam pertempuran ini, sebagian karena raja-raja Tudor membutuhkan dukungan para ahli hukum umum untuk memaksakan supremasi kerajaan atas pengadilan gerejawi dan hukum kanon. Namun, hukum umum tidak mencapai kemenangan serupa dalam pertikaian yurisdiksinya dengan pengadilan ekuitas di awal abad berikutnya. Pengadilan Kanselir, tidak seperti pengadilan hukum perdata, secara masuk akal dapat mengklaim sebagai pengadilan kuno seperti pengadilan hukum umum.

Lebih jauh lagi, karena Kanselir lebih tinggi pangkatnya daripada hakim hukum umum, secara masuk akal juga dapat mengklaim sebagai pengadilan raja tertinggi (selain Parlemen itu sendiri). Selain itu, beberapa penulis menggambarkan ekuitas sebagai hukum moral yang disimpulkan langsung dari hukum Tuhan dan karena itu secara inheren lebih unggul daripada semua hukum positif, termasuk hukum umum. Klaim-klaim ini, tentu saja, tidak luput dari tantangan. Pengacara umum seperti Sir Edward Coke memberi peringkat pengadilan menurut hukum yang mereka kelola, dan karena menurut pendapatnya hukum umum lebih unggul daripada ekuitas, pengadilannya "di atas" Pengadilan Kanselir.

Pengacara umum terkemuka menyangkal bahwa ekuitas berasal langsung dari hukum ilahi; sebaliknya, hal itu berkaitan dengan alasan-alasan yang mendasari hukum positif dan bertujuan hanya untuk mencegah kepatuhan ketat terhadap aturan hukum agar tidak mengalahkan alasan-alasan tersebut. Lord Chancellor Ellesmere menolak kedua klaim superioritas: Ia menganggap Pengadilan Tinggi dan Kamar Bintang setara dengan pengadilan hukum umum, dan hukum yang mereka terapkan sama-sama merupakan bagian dari "hukum

negara."

James I menerima pandangan yang telah didesak oleh para pengacara sipil pada abad sebelumnya, dengan menegaskan bahwa ia akan menyelesaikan sengketa yurisdiksi di antara pengadilan-pengadilannya: "Adalah hal yang agung, dan tepat bagi seorang Raja, untuk menjaga setiap pengadilan dalam batas-batasnya sendiri." Ia mengatakan bahwa Pengadilan Tinggi "mandiri dari Pengadilan lain mana pun, dan hanya berada di bawah Raja . . . tidak ada banding terhadap Pengadilan itu"; jika melampaui yurisdiksinya, "Raja saja yang harus mengoreksinya, dan tidak ada yang lain." Ia secara tegas melarang pengadilan hukum umum untuk mengajukan tuntutan praemunire terhadap Pengadilan Tinggi karena diduga melampaui kewenangannya.

Hukum umum mulai dianggap sebagai pengawas semua badan hukum lain yang dikelola oleh hakim Inggris, kecuali hukum ekuitas, yang tidak pernah disubordinasikannya. Perkembangan ini tampaknya menjadi bagian, dan sebagian penyebab, dari perubahan yang lebih luas dalam konsepsi tentang sifat dan ruang lingkup hukum umum. Alih-alih hanya menjadi "pengetahuan umum" pengadilan tertentu, hukum umum semakin digambarkan sebagai gudang kebiasaan lama kerajaan, termasuk yang berhubungan dengan hak dan kekuasaan raja dan Parlemen. Hal ini menyebabkan apa yang disebut sebagai "zaman klasik pemikiran politik hukum umum, konstitusionalisme kuno" yang dijelaskan oleh para penulis seperti J. G. A. Pocock dan Glenn Burgess. Janelle Greenberg telah menunjukkan bahwa klaim konstitusional yang didasarkan pada apa yang dianggap sebagai "hukum kuno," seperti *Leges Edwardi*, umumnya dibuat jauh sebelum abad ketujuh belas. Namun, mungkin baru pada akhir abad keenam belas orang secara luas percaya bahwa substansi hukum kuno ini bertahan hanya karena diserap oleh hukum umum, yang dengan demikian mewarisi perannya sebagai hukum dasar negara.

Alan Cromartie berpendapat bahwa dengan mengambil alih peran adat istiadat nasional, hukum umum memiliki klaim ambisius untuk dapat menyelesaikan pertanyaan politik tingkat tinggi yang disengketakan: "mereka perlu memberikan semacam penjelasan mengapa adat istiadat yang dipatuhi oleh pengadilan harus mengikat bangsa secara keseluruhan." Banyak pengacara berpikir bahwa adat istiadat kerajaan, pada dasarnya, telah disetujui oleh raja dan masyarakat. Teori Coke mungkin sedikit berbeda, tetapi hasilnya sama saja. Sebagaimana Charles Gray menjelaskan teori tersebut:

[p]engacara yang bekerja secara eksklusif melalui hukum menemukan sesuatu yang lebih dari sekadar hukum sumber asli preferensi dan nilai, karakter nasional yang berlaku [D]engan keyakinan bahwa pemikiran hukum yang terbaik mengungkapkan 'kebiasaan umum di wilayah tersebut', pengacara melangkah keluar dari 'seni'-nya sambil menolak untuk mengalah darinya. Ia menjadi peramal politik.

Menurut Cromartie, terjadi suatu "revolusi konstitusionalis" dalam budaya politik Inggris pada suatu masa, yang dipicu oleh kalangan profesional hukum. Tokoh penting dalam proses ini adalah Edward Coke, yang menyatakan bahwa hukum umum memiliki kekuasaan untuk mengatur, membatasi, dan menentukan semua bentuk hukum, seni, dan ilmu lainnya. Pandangan ini sangat berpengaruh. Para pengacara pada masa itu memandang hukum mereka

sebagai "ilmu hukum utama" yang bersumber dari hukum alam. Hukum ini dianggap mampu menetapkan hak-hak raja maupun rakyat secara adil, sehingga tidak memerlukan prinsip-prinsip dari luar (asing) untuk dijadikan dasar.

Hukum umum mengizinkan para pelayan raja untuk menjalankan badan hukum lain hanya dengan syarat bahwa mereka tetap bertanggung jawab kepadanya. Prinsip ini tidak hanya berlaku untuk pengadilan saingan tetapi juga untuk badan hukum seperti Komisaris Saluran Pembuangan yang menjalankan kekuasaan diskresioner. Namun, hal itu tidak luput dari tantangan. Seorang pengacara, Robert Callis, menolak pandangan Coke yang menyatakan bahwa semua kebijaksanaan tunduk pada aturan hukum umum, dengan menyatakan bahwa beberapa undang-undang memberikan kewenangan "untuk mengatur bisnis yang timbul dalam proses ekuitas": dengan kata lain, kebijaksanaan hanya dipandu oleh pemahaman badan hukum tentang hukum alam. Yang terpenting, prinsip Coke diterapkan pada hak prerogatif raja sendiri, yang oleh banyak ahli hukum umum ditegaskan diberikan dan dibatasi oleh hukum umum. Sir Henry Finch mengungkapkan pandangan ini ketika dia mengatakan bahwa hak prerogatif raja "tumbuh sepenuhnya dari alasan hukum umum hanya hukum umum adalah *primum mobile* yang menarik semua planet ke jalur yang berlawanan." (Istilah Latin ini yang berarti "yang pertama dapat digerakkan" atau "penggerak utama" telah digunakan oleh Aristoteles, dan kemudian Ptolemeus, untuk menunjukkan bidang terluar alam semesta yang diyakini menyebabkan semua bidang lainnya berputar mengelilingi Bumi.

Analogi ini sering digunakan dalam menggambarkan sumber utama otoritas politik dan hukum.) Di beberapa kalangan, hukum umum telah diterima sebagai hukum yang mengatur bahkan suksesi kerajaan. Pada tahun 1571, Undang-Undang Pengkhianatan menyatakan bahwa adalah pengkhianatan untuk menyatakan "bahwa hukum umum kerajaan ini yang tidak diubah oleh parlemen seharusnya tidak mengarahkan hak mahkota Inggris."

Dan pada tahun 1610, Thomas Hedley menyatakan bahwa "hukum umum mengikat, dan memimpin atau mengarahkan keturunan dan hak mahkota." Ia juga menegaskan bahwa "Parlemen memiliki kekuasaan dan wewenangnya dari hukum umum, dan bukan hukum umum dari parlemen. Dan karena itu hukum umum memiliki kekuatan dan kekuatan yang lebih besar daripada parlemen." Jika hukum umum adalah sumber gelar raja atas takhta, hak prerogatifnya, dan wewenang Parlemen, maka hukum umum memang merupakan konstitusi kerajaan.

Namun tidak semua ahli hukum umum, apalagi anggota elit penguasa lainnya, setuju dengan pandangan ini. Mengenai suksesi, Kanselir Ellesmere mengatakan pada tahun 1 bahwa "keagungan Raja, seolah-olah dapat diwarisi dan diturunkan dari Tuhan, memiliki kekuasaan monarki yang mutlak melekat pada mahkota dan diademnya, bukan oleh hukum umum atau hukum undang-undang, tetapi lebih kuno daripada keduanya." Bahkan Coke setuju bahwa "keagungan Raja, dalam gelar yang sah, adil, dan liniernya terhadap Mahkota Inggris, datang bukan hanya melalui suksesi, atau melalui pemilihan, tetapi hanya dari Tuhan karena garis keturunannya."

Meskipun Edward Coke bersikukuh bahwa hak prerogatif raja berasal dari dan tunduk pada hukum umum, pandangannya terhadap hak istimewa Parlemen tampaknya berbeda.

Dalam *Institut Pertama*, ia mencantumkan "hukum dan kebiasaan Parlemen" (*lex et consuetudo Parliamenti*) sebagai salah satu dari lima belas sistem hukum yang berlaku di wilayah Inggris, terpisah dari hukum umum.

Dalam *Institut Keempat*, Coke membahas hubungan antara hukum umum dan hukum Parlemen. Ia menjelaskan bahwa seperti halnya tiap pengadilan memiliki sistem hukum dan kebiasaannya masing-masing yang mungkin berasal dari hukum umum, hukum perdata, hukum kanon, atau hukum khusus maka Parlemen juga beroperasi dengan hukum dan kebiasaan uniknya sendiri.

Segala urusan penting yang berkaitan dengan anggota kerajaan atau rakyat biasa yang dibahas di Parlemen harus diselesaikan menurut tata cara Parlemen, bukan melalui hukum umum atau hukum perdata yang berlaku di pengadilan lain. Para hakim tidak boleh memberikan pendapat hukum mengenai perkara Parlemen, sebab perkara tersebut hanya bisa ditentukan berdasarkan hukum dan adat istiadat Parlemen. Pandangan ini pun telah diakui oleh para hakim dalam berbagai sidang Parlemen. Bahkan ada yang berpendapat bahwa jika suatu pelanggaran terjadi di suatu pengadilan, maka harus diselesaikan di pengadilan tersebut atau di tingkat yang lebih tinggi dan karena tidak ada pengadilan yang lebih tinggi dari Parlemen, maka Parlemen berwenang penuh atas urusannya sendiri.

Coke jelas tidak menganggap "hukum dan kebiasaan Parlemen" sebagai contoh kebiasaan lokal atau khusus yang penerapannya terkadang diizinkan oleh hukum umum. Dia mencantulkannya secara terpisah. Selain itu, kebiasaan lokal atau khusus tidak diizinkan oleh hukum umum kecuali jika memenuhi uji kewajaran, dan hampir tidak mungkin hakim berani membantah hak istimewa yang ditegaskan oleh Parlemen itu sendiri, sebagai bagian dari "hukum dan kebiasaannya," dengan alasan bahwa hal itu bertentangan dengan akal sehat. Parlemen, seperti yang diakui Coke, adalah pengadilan tertinggi di wilayah tersebut.

Cromartie menduga bahwa pembahasan Coke tentang *lex dan con-uetudo Parliamenti* dimotivasi oleh keinginan untuk mengkritik perilaku James I pada tahun 1620-an, dalam upaya mencegah pembahasan masalah-masalah tertentu di Parlemen, dan memerintahkan penangkapan anggota-anggota terkemuka DPR yang secara paksa mencegah Ketua DPR untuk menanggapi debat. Coke juga memperingatkan para hakim pengadilan yang lebih rendah untuk tidak mencampuri Parlemen dalam masalah-masalah seperti itu. Namun, motivasi politik tidak diragukan lagi berada di balik banyak pandangannya, termasuk perluasan cakupan hukum umum dalam hal-hal lain. Selain itu, ada preseden yang baik untuk pandangannya tentang "hukum dan kebiasaan Parlemen."

Pada tahun 1604, House of Commons mengeluh bahwa James I telah menerima pendapat hakimnya, mengenai hasil pemilu yang disengketakan, alih-alih keputusan yang bertentangan dari House itu sendiri: "pendapat hakim, yang disampaikan sebagaimana hukum umum, yang hanya berlaku untuk pengadilan yang lebih rendah dan berwenang, seharusnya tidak membawa prasangka apa pun ke Mahkamah Agung Parlemen ini, yang kekuasaannya berada di atas hukum tidak didasarkan pada hukum umum tetapi memiliki hak dan keistimewaan yang khusus untuk mereka sendiri." Jadi, bahkan Coke, contoh utama dari "pemikiran hukum umum," tidak secara konsisten berpendapat bahwa hukum umum adalah

badan hukum tertinggi dan menyeluruh, yang menyediakan sumber utama semua otoritas hukum dan mengatur ruang lingkup dan penerapan semua hukum lainnya.

Mengenai pengacara, negarawan, dan ahli teori politik lainnya, banyak yang menempatkan sumber utama otoritas politik bukan dalam hukum umum tetapi dalam raja atau masyarakat yang diwakili di Parlemen. Bahkan pada abad keempat belas dan kelima belas, mereka yang berusaha menjelaskan kewenangan perundang-undangan tidak melihat pada adat atau hukum umum, tetapi pada keinginan raja atau “persetujuan bersama” dari seluruh wilayah. Pada abad keenam belas, aliran pemikiran ini telah berkembang menjadi teori yang saling bersaing, yang satu berdasarkan pada hak ilahi raja untuk memerintah dan yang lainnya pada persetujuan dan kebijaksanaan gabungan dari masyarakat.

Jabatan “kekaisaran” Henry VIII yang diproklamirkan sendiri digunakan untuk membenarkan supremasinya atas Gereja mensyaratkan bahwa ia “berada di bawah Tuhan tetapi bukan hukum, karena raja membuat hukum.” Pada pandangan ini, raja adalah sumber hukum dan kewenangan politik manusia, dan dasar dari semua yurisdiksi. Teori lainnya diuraikan oleh Richard Hooker, yang berpendapat bahwa “seluruh badan politik membuat hukum, yang hukumnya memberikan kekuasaan kepada raja.” Bagi banyak orang, kedua teori tersebut dapat dengan senang hati digabungkan untuk mempertahankan kewenangan raja di Parlemen, tetapi dalam Tahun 1640-an mereka terpecah belah dengan konsekuensi yang tragis.

Sir John Davies sering dikutip sebagai salah satu dari dua contoh terbaik yang lainnya adalah Coke dari “pikiran hukum umum” “klasik” abad ketujuh belas yang menempatkan hukum umum di inti “konstitusi kuno.” Kata pengantar untuk *Le Primer Report des Cases* (etc.) karya Davies telah digambarkan sebagai “paparan klasik dari sudut pandang pengacara umum.” Dia menggambarkan hukum umum sebagai kebiasaan kerajaan, disempurnakan oleh pengalaman dan kebijaksanaan yang terakumulasi dari generasi yang tak terhitung jumlahnya, dan memperingatkan bahwa setiap kali diubah oleh undang-undang, ketidaknyamanan pasti akan menyusul.

Namun Davies juga seorang royalis yang menyatakan bahwa pada awalnya, raja telah memiliki “kekuasaan absolut dan tidak terbatas dalam semua hal apa pun”; bahwa ia kemudian setuju untuk menundukkan kekuasaannya pada hukum positif dalam “kasus-kasus umum dan biasa”; tetapi bahwa ia mempertahankan kekuasaan “absolut dan tidak terbatas” dalam kasus-kasus lain. Kekuasaan yang terakhir tidak diberikan kepadanya oleh rakyat atau hukum umum: Kekuasaan itu “diperuntukkan bagi dirinya sendiri, ketika hukum positif pertama kali ditetapkan,” hak prerogatifnya “lebih kuno daripada hukum adat kerajaan” dan tetap “di atas hukum umum.” Davies membandingkan raja “dengan *primum mobile*, yang membawa semua bidang yang lebih rendah dalam jalur yang lebih tinggi.

Sebagaimana Raja membiarkan hukum adat Inggris memiliki jalurnya di satu sisi, demikian pula hukum yang sama tunduk, tunduk, dan memberi jalan kepada hak prerogatif Raja atas yang lain.” Dia sama sekali bukan satu-satunya pengacara yang memegang pandangan royalis. Sir Francis Bacon berkata bahwa “raja tidak memegang hak prerogatifnya seperti ini secara langsung dari hukum, tetapi langsung dari Tuhan, sebagaimana ia memegang

mahkotanya.” Pihak lain yang setuju termasuk Jaksa Agung dan calon Ketua Mahkamah Agung Sir John Hobart, Kepala Baron Fleming, ahli barang antik besar William Lambarde, Lord Keeper Coventry, dan Sersan Ashley. James I tidak sendirian dalam berpendapat bahwa hak prerogatif “mutlak” nya “bukanlah sesuatu yang bisa diungkapkan oleh seorang pengacara.”

Awal abad ketujuh belas diwarnai oleh pertikaian konstitusional, sebagian karena hukum konstitusi pada dasarnya tidak pasti: Setiap upaya untuk menyatakannya menjadi "tendensius segera setelah melampaui kasus-kasus yang mudah. Orang Inggris tidak tahu dan tidak dapat mengetahui secara memadai aturan permainan yang mereka ikuti." Para pendukung ideologi-ideologi yang bersaing terlibat dalam perdebatan tentang lembaga mana yang paling kuno: monarki, majelis yang mewakili masyarakat, atau hukum umum. Pertanyaan itu dianggap penting karena, seperti yang dijelaskan Corinne Weston, "otoritas turunan dianggap lebih rendah daripada otoritas asli." William Prynne, misalnya, mengamati bahwa "setiap pencipta memiliki kekuatan dan otoritas yang lebih besar daripada ciptaannya dan setiap penyebab daripada akibatnya." Pertanyaannya adalah: Apa sifat konstitusi asli Inggris?

Para penulis royalis terkemuka merasa tidak dapat dipahami bahwa hukum umum dapat muncul lebih dulu, atau bahwa hukum umum dapat lebih mendasar daripada otoritas raja. Dalam Patriarcha-nya yang terkenal, Sir Robert Filmer membahas panjang lebar tentang "ketergantungan dan ketundukan hukum umum kepada pangeran yang berdaulat:" Hukum umum (seperti yang diajarkan oleh Kanselir Agung Egerton) adalah adat istiadat umum di wilayah tersebut. Mengenai adat istiadat, ini harus dipertimbangkan, bahwa untuk setiap adat istiadat ada saatnya itu bukan adat istiadat. ketika setiap adat istiadat dimulai, ada sesuatu selain adat istiadat yang membuatnya sah, atau kalau tidak, semua adat istiadat awalnya menjadi tidak sah.

Adat istiadat pada awalnya menjadi sah hanya oleh beberapa kekuatan yang lebih tinggi, yang memerintahkan atau menyetujui permulaannya. Dan kekuatan pertama yang kita temukan (seperti yang diakui oleh semua orang) adalah kekuatan kerajaan, yang ada di negara ini dan di semua negara lain di dunia, jauh sebelum hukum apa pun, atau jenis pemerintahan apa pun dipikirkan; dari situlah kita mesti menyimpulkan, bahwa hukum umum itu sendiri, atau adat istiadat umum negeri ini, pada mulanya adalah hukum dan perintah raja yang pada awalnya tidak tertulis.

Raja-raja tidak hanya menciptakan hukum umum, tetapi mereka juga mempertahankan “otoritas absolut” untuk melengkapi atau mengoreksinya. Karena alasan ini, Filmer mengatakan di tempat lain hukum umum “mengikuti waktu setelah pemerintahan, tetapi tidak dapat mendahuluinya dan menjadi aturan bagi pemerintahan oleh konstitusi asli atau radikal mana pun.”

Kemudian pada abad itu, seorang penganut kerajaan terkemuka lainnya, Dr. Robert Brady, mengkritik Coke karena memberi kesan bahwa hukum umum telah tumbuh bersama pohon dan rumput pertama, “mengambilnya dari ketergantungan apa pun pada, atau penciptaan oleh pemerintah.” Bagi para penganut kerajaan, jelas bahwa raja-raja datang lebih dulu, dipersenjatai dengan otoritas ilahi, dan hukum pun mengikutinya. Hukum umum terkadang dijelaskan sebagai inovasi raja-raja Norman. Beberapa penganut paham royalis

menyimpulkan bahwa, karena semua hukum pada awalnya dibuat oleh raja, hukum tersebut dapat dibatalkan atau diganti oleh mereka.

Teori royalis secara luas dianggap sebagai ancaman terhadap hak dan kebebasan tradisional rakyat, termasuk kekuasaan dan hak istimewa DPR. Namun, ada berbagai cara untuk melawan ancaman tersebut. Johann Sommerville menunjukkan bahwa kaum anti-absolutis mengandalkan teori kontraktual, yang menyatakan bahwa kekuasaan raja diberikan dan dibatasi oleh pakta antara dia dan rakyatnya, atau pada teori Coke tentang hukum umum yang sudah ada sejak lama yang berlaku di atas raja dan rakyat. Dia menyangkal bahwa setiap orang yang menganggap kekuasaan raja terbatas menganut teori Coke: "Kosakata kontrak hampir sama lazimnya dengan kosakata hukum yang sudah ada sejak lama."

Kaum kontraktualis berpendapat bahwa, setiap kali kata "parlemen" pertama kali digunakan, majelis perwakilan telah ada sejak dahulu kala. John Selden, misalnya, mengklaim bahwa raja, bangsawan, dan orang merdeka telah berbagi kekuasaan untuk membuat hukum sejak dimulainya pemerintahan sipil di Inggris. Ia menganggap semua hukum dan pemerintahan sebagai produk kontrak antara raja dan rakyat. Pandangannya memengaruhi teman-temannya yang lebih muda, Sir Matthew Hale dan Sir John Vaughan. Yang lain berpendapat untuk kesimpulan yang sama atas dasar teoritis daripada historis: Pasti ada kontrak asli, di mana masyarakat menetapkan kerajaan tunduk pada kondisi ketat yang dirancang untuk mengendalikan kekuasaan kerajaan.

Charles Herle menyatakan bahwa "apa yang dimaksud dengan hukum-hukum dasar kerajaan ini adalah kerangka asli dari pemerintahan terkoordinasi dari tiga Estate di Parlemen, yang disetujui dan dirancang oleh rakyat dalam konstitusi pertamanya." Dari sini dapat disimpulkan bahwa hukum berutang keberadaannya kepada raja, Lords, dan Commons yang bertindak bersama-sama, dan bukan kepada raja saja. Pada tahun 1640-an, Henry Parker menyangkal bahwa hukum adalah ibu dari Parlemen; Sebaliknya, Parlemen adalah "pengadilan yang memberikan kehidupan dan kelahiran bagi semua hukum." Seperti yang dikatakan oleh Earl of Shaftesbury di kemudian hari, Parlemen, bukan raja atau hukum umum, adalah "sumber utama, sumber utama segala urusan." Banyak yang menyimpulkan bahwa Parlemen karenanya "berada di atas hukum."

Glenn Burgess berpendapat bahwa doktrin konstitusi kuno runtuh sebagian karena dampak ide-ide kontraktualis. Ia juga menggambarkan Sir Matthew Hale sebagai salah satu dari sedikit yang meneruskan tradisi pemikir seperti Coke. Tetapi Hale adalah seorang kontraktualis. Dia mengatakan bahwa "semua hukum manusia mempunyai kekuatan mengikat karena persetujuan dari pihak-pihak yang terikat." Seperti Selden, dia menganggap undang-undang sebagai paradigma hukum, dan kebiasaan sama dengan undang-undang: "Hukum Inggris adalah lembaga yang diperkenalkan oleh keinginan dan persetujuan secara implisit oleh kebiasaan dan penggunaan atau secara eksplisit oleh hukum tertulis atau Undang-Undang Parlemen."

Hale menduga bahwa "tidak diragukan lagi, banyak dari hal-hal yang sekarang berlaku sebagai hukum umum, aslinya berasal dari Undang-Undang Parlemen atau Konstitusi, dibuat secara tertulis oleh Raja, Tuan dan Rakyat." Karena catatan autentik dari undang-undang kuno

ini (seperti daftar parlemen) mungkin telah hilang atau hancur, substansinya bertahan hanya melalui penyerapannya ke dalam hukum umum: Untuk tujuan hukum, mereka ada “sebelum waktu ingatan.” Teman Hale, Sir John Vaughan, setuju bahwa inilah sebabnya “banyak hukum yang dibuat pada masa Raja Saxon, William yang Pertama, dan Henry yang Pertama . . . sekarang diterima sebagai hukum umum.” Namun, ia melangkah lebih jauh dari Hale, dengan menegaskan bahwa “sebagian besar” hukum umum pasti berasal dari Undang-Undang Parlemen atau yang setara dengannya.

Hale mengakui bahwa hukum umum dapat berubah tetapi juga berpendapat, dalam kata-kata Charles Gray, bahwa “satu hal penting tetap tidak berubah: kerangka politik dasar, atau aturan konstitusional yang dengannya aturan lain [dapat] diakui secara otoritatif sebagai mengikat.” Apa “kerangka politik” ini? Hale mengatakan bahwa hukum umum adalah: aturan umum untuk penyelenggaraan keadilan umum di kerajaan besar ini; hukum itu sendiri bukan hanya hukum yang sangat adil dan baik, tetapi juga secara khusus disesuaikan dengan kerangka pemerintahan Inggris, dan dengan watak bangsa Inggris, dan hukum-hukum yang melalui pengalaman dan penggunaan yang panjang seolah-olah telah menyatu dengan temperamen mereka, dan, dengan cara tertentu, menjadi corak [complexion] dan konstitusi negara persemakmuran Inggris.

Di sini, Hale menggunakan kata "konstitusi" dalam pengertian medis, yang berarti kondisi kesehatan alami negara persemakmuran. Penting untuk dicatat bahwa ia menggambarkan hukum umum sebagai "secara khusus disesuaikan dengan" kerangka pemerintahan, dan bukan sebagai pembentuk atau perwujudan kerangka pemerintahan. Dengan “kerangka pemerintahan Inggris,” yang ia maksud adalah pembuatan hukum oleh Raja, dengan persetujuan majelis mana pun yang sewaktu-waktu mewakili rakyat.

Dalam bukunya *Prerogatives of the King*, Hale membahas bagaimana “sifat dan luas pemerintahan apa pun di kerajaan atau tempat mana pun” dapat dipastikan. Ia menjelaskan bahwa jika tidak ada catatan aktual tentang “asal mula pemerintahan,” “asal mula perjanjian atau konstitusi pemerintahan kita”, kita harus menggunakan adat dan kebiasaan umum kerajaan. Yang saya maksud adalah adat yang telah diizinkan oleh hukum kerajaan yang dikenal. Oleh karena itu, yang saya maksud dengan adat adalah tradisi dan monumen hukum kota, buku hukum, catatan putusan dan resolusi hakim, perjanjian dan resolusi, serta kapitulasi konvensi yang teratur dan tertib, sejarah yang autentik, konsesi hak istimewa dan kebebasan.

Misalnya, "menurut hukum kerajaan ini, pemerintahan kerajaan bersifat turun-temurun dan diwariskan melalui garis keturunan. Hal ini tampak tidak hanya dari pengakuan Jac dan Eliz, tetapi juga dari kebiasaan yang terus-menerus." Oleh karena itu, bukti perjanjian yang menetapkan pemerintahan Inggris tidak terbatas pada catatan hukum umum, tetapi juga mencakup hukum undang-undang. Menurut Cromartie, Hale menganggap Parlemen sebagai satu-satunya tempat di mana perjanjian dasar dapat diubah dengan sengaja, satu-satunya tempat di mana "persetujuan rakyat dan negara bagian kerajaan" dapat disuarakan.

Itulah sebabnya, ketika Henry VIII ingin menyingkirkan Mahkota melalui wasiat terakhirnya, "dia tidak dapat melakukan pembuangan tersebut tanpa tindakan parlemen yang memungkinkannya." Tetapi perjanjian itu juga dapat diubah oleh perubahan dalam kebiasaan

dan penggunaan, yang merupakan bukti persetujuan bersama. Dalam pengertian itu, Hale mengaitkan hukum umum dengan kapasitas untuk mengubah konstitusi, meskipun Cromartie menambahkan bahwa dalam hal ini hukum umum "secara konseptual setara dengan undang-undang yang sangat besar, yang telah disetujui secara diam-diam oleh raja dan rakyat." Hale tidak menganggap hukum umum sebagai sesuatu yang dapat diubah oleh hakim.

Dia mengatakan bahwa ketika hukum umum gagal memberikan solusi atas ketidakadilan, hanya Parlemen yang dapat menyediakan apa yang dibutuhkan dengan membuat undang-undang baru. Bahkan *House of Lords*, pengadilan banding biasa tertinggi, tidak dapat memberikan ganti rugi jika tidak ada hukum yang ditetapkan yang mengaturnya: "karena itu berarti menyerahkan seluruh kekuasaan legislatif kepada House of Lords. Karena semuanya sama saja untuk membuat hukum, dan memiliki kekuasaan yang berwenang untuk mengadili menurut apa yang menurut hakim layak menjadi hukum, meskipun sebenarnya tidak ada hukum yang berlaku untuk itu."

Hale mengakui bahwa hukum umum menangani masalah-masalah yang bersifat mendasar, seperti "keselamatan pribadi raja, mahkota dan martabatnya, dan semua hak, pendapatan, kekuasaan, hak prerogatif, dan pemerintahannya yang adil dan hukum ini juga yang menyatakan dan menegaskan hak dan kebebasan, dan properti subjek." Di sisi lain, ia menegaskan bahwa Parlemen secara keseluruhan (dan bukan hanya House of Lords) adalah "upaya terakhir" pengadilan banding tertinggi dan terakhir sehubungan dengan semua pertanyaan hukum. Ini termasuk pertanyaan-pertanyaan yang terlalu tinggi untuk tingkat yang lebih rendah pengadilan, yang diangkat oleh kasus-kasus yang begitu penting, sehingga tidak sesuai untuk diputuskan oleh hakim, seperti dalam pertanyaan yang menyentuh hak suksesi mahkota atau hak istimewa parlemen atau kasus-kasus besar yang menyangkut kebebasan dan hak-hak subjek, seperti dalam kasus Ship Money, dan beberapa kasus lain yang bersifat universal.

Hale menganut kepercayaan bahwa suatu majelis perwakilan dalam bentuk apa pun selalu ada di Inggris. Hal ini menjadi inti ideologi Partai Whig tetapi dibantah keras oleh sebagian besar Partai Konservatif. Sebagaimana J. G. A. Pocock menggambarkan ideologi tersebut: sekarang parlemen, bukan hukum secara keseluruhan, yang disajikan sebagai sesuatu yang tak terlupakan; dan klaim untuk menjadi sesuatu yang tak terlupakan telah secara virtual diidentifikasi dengan klaim untuk berdaulat. Seluruh konsep adat kuno telah dipersempit menjadi satu pernyataan ini, bahwa parlemen itu tak terlupakan. Konsep abad pertengahan tentang hukum universal yang tidak dibuat, yang ingin diungkapkan oleh gagasan adat kuno, telah runtuh.

Menurut Burgess, "zaman klasik" pemikiran politik hukum umum dan konstitusionalisme kuno berakhir pada tahun 1640-an, ketika hilangnya kepercayaan pada kemampuan hukum umum untuk mengendalikan Mahkota mendorong peralihan ke cara berpikir politik dan hukum lain, yang mengandalkan kebutuhan, salus populi, atau kontrak sosial, daripada adat. Janelle Greenberg tidak setuju, menunjukkan bahwa konstitusionalisme kuno dan teori kontrak sepenuhnya cocok karena konstitusi asli secara luas dianggap telah ditetapkan melalui kontrak. Dia berpendapat bahwa pada tahun 1640-an konstitusionalisme

kuno mengalami "kehidupan baru dan bahkan lebih bersemangat."

Tetapi Burgess mungkin sebagian benar, sejauh versi "hukum umum" dari konstitusionalisme kuno dikesampingkan oleh versi kontraktualis. Tidak cukup ruang di sini untuk melacak perkembangan lebih lanjut. Abad kedelapan belas dan kesembilan belas didominasi oleh teori politik kedaulatan. Penulis seperti Blackstone tidak memperoleh kewenangan Parlemen dari hukum umum. Dalam membahas penerapan hukum perdata dan hukum kanon oleh pengadilan khusus, dia menyangkal bahwa "kekuatan dan kemanjurannya bergantung pada kewenangan intrinsiknya sendiri; yang merupakan kasus hukum tertulis kita, atau tindakan parlemen."

Sebaliknya, semua "kekuatan" mereka dalam wilayah tersebut disebabkan oleh "telah diterima dan diakui oleh kebiasaan dan adat istiadat yang tak terlupakan dalam beberapa kasus tertentu, dan beberapa pengadilan tertentu, dan kemudian mereka membentuk cabang dari *leges non scripta*, atau hukum adat; atau, karena mereka dalam beberapa kasus lain diperkenalkan dengan persetujuan parlemen, dan kemudian mereka berutang keabsahannya pada *leges scripta*, atau hukum undang-undang." Ini mengasumsikan bahwa otoritas Undang-Undang Parlemen itu sendiri tidak berasal dari hukum adat: Memang, ia menegaskan bahwa itu "intrinsik."

Di tempat lain ia merujuk pada "hak alamiah dan inheren yang dimiliki oleh kedaulatan suatu negara untuk membuat dan menegakkan hukum." Dalam pandangannya, keberadaan badan legislatif dengan otoritas pembuatan hukum yang berdaulat bukanlah fitur kontingen dari sistem hukum yang bergantung pada adat istiadat setempat. Sebaliknya, itu adalah "syarat bagi hakikat hukum": Kedaulatan "harus berada di suatu tempat di semua pemerintahan."

Mungkin ada yang keberatan bahwa, bahkan jika keberadaan badan legislatif yang berdaulat dalam bentuk apa pun adalah suatu keharusan, identitas dan komposisinya dalam masyarakat tertentu haruslah kontingen, dan dapat ditentukan oleh kebiasaan. Namun bagi Blackstone, badan legislatif Inggris didirikan oleh "kontrak asli, baik tersurat maupun tersirat," yang dibuat oleh "persetujuan umum dan tindakan fundamental masyarakat." Selain itu, otoritas moral Parlemen sebagian mengalir dari keamanan yang disediakan oleh pengawasan dan keseimbangan di antara prinsip-prinsip monarki, aristokrat, dan demokrasi yang terkandung dalam tiga elemen komponennya. Blackstone tidak perlu bergantung pada otoritas kebiasaan.

Kesimpulan apa yang dapat ditarik dari survei sejarah singkat ini? Pertama, tidak ada bukti yang signifikan, jika ada, dukungan untuk konstitusionalisme hukum umum sebelum abad ke-17. Sebaliknya, ada bukti kuat bahwa hal itu ditolak secara luas. Selama sebagian besar periode pra-modern, hukum umum dianggap sebagai "pengetahuan umum" dari pengadilan dan pengacara. Gagasan bahwa wewenang atasan hakim - raja yang mengangkat dan dapat memberhentikan mereka, dan Pengadilan Tinggi Parlemen yang dapat membatalkan keputusan mereka adalah produk dari keputusan mereka, atau "pengetahuan" mereka, akan langsung ditolak sebagai sesuatu yang tidak masuk akal.

Sebagian alasannya, pada beberapa kesempatan, secara tegas dan berwibawa ditolak bahwa suksesi kerajaan atau hak istimewa Parlemen diatur oleh hukum umum. Kedua, bahkan

pada abad ke-17, yang bisa dibidang "zaman klasik" konstitusionalisme hukum umum, teori itu sepenuhnya dianut hanya oleh beberapa pengacara seperti Thomas Hedley. Sir Edward Coke menyangkal, setidaknya pada beberapa kesempatan, bahwa suksesi kerajaan dan hak istimewa Parlemen diatur oleh hukum umum. Ia terkenal berpendapat bahwa hak prerogatif raja diatur demikian.

Namun, Sir John Davies, yang memiliki konsepsi yang sama dengan Coke tentang hakikat hukum umum, adalah seorang penganut kerajaan yang percaya bahwa sebagai sumber manusia dari semua otoritas hukum, raja telah mempertahankan kekuasaan prerogatif yang berada "di atas" hukum umum. Banyak pengacara, dan anggota elit penguasa lainnya, setuju dengannya. Banyak pula yang merupakan penganut kontrak, yang percaya bahwa otoritas hukum berasal dari masyarakat secara keseluruhan, yang telah mengadakan perjanjian dengan raja yang memberikan dan membatasi kekuasaannya. Setelah abad ketujuh belas, teori politik kedaulatan, yang menyatakan bahwa harus ada legislator yang berdaulat di setiap negara bagian yang menurut definisinya berada di atas hukum, menjadi dominan.

Ketiga, selama sebagian besar periode yang disurvei di sini, hampir semua orang menerima bahwa Pengadilan Tinggi Parlemen adalah pengadilan tertinggi di wilayah tersebut, dengan kewenangan tertinggi untuk menyatakan dan menafsirkan hukum umum itu sendiri. Bahkan para pengacara seperti Thomas Hedley karenanya menerima versi konstitusionalisme hukum umum yang sangat berbeda dari versi teori modern, yang memberikan kewenangan tertinggi untuk menguraikan dan mengembangkan konstitusi yang tidak tertulis kepada para hakim.

Harus diakui bahwa, selama berabad-abad, ruang lingkup hukum umum telah terus berkembang. Misalnya, teori bahwa raja memiliki hak prerogatif "mutlak" yang berada di atas hukum umum akhirnya kehilangan kredibilitas. Semua kekuasaan Mahkota sekarang merupakan makhluk hukum perundang-undangan atau hukum umum, dan saat ini konstitusi yang tidak tertulis sebagian besar merupakan masalah hukum umum. Kedaulatan parlementer mungkin merupakan benteng terakhir yang masih menolak ambisi kekaisaran hukum umum. Namun, penundukan hukum umum terhadap tempat-tempat kewenangan hukum lainnya tidak berarti bahwa, berdasarkan semacam logika yang melekat, hukum umum berhak dan ditakdirkan untuk menguasai bidang tersebut.

8.3 ANALISIS FILOSOFIS

Saya telah menunjukkan bahwa konstitusionalisme hukum umum memiliki kredensial historis yang jauh lebih lemah daripada yang sering diasumsikan. Namun, banyak pengacara menerima teori tersebut karena alasan filosofis daripada historis. Dalam ruang terbatas yang tersisa, alasan-alasan ini akan diperiksa secara singkat.

Konstitusionalisme hukum umum terkadang merupakan kesimpulan dari penyelidikan terhadap sumber atau dasar kewenangan doktrin kedaulatan parlemen. Adam Tomkins, misalnya, bertanya: Lalu, apa kewenangan hukum untuk aturan [kedaulatan parlemen]? Apa sumbernya? Ada dua alternatif: kewenangan dapat ditemukan baik dalam undang-undang maupun dalam hukum umum. Pilihan pertama ini dapat dengan cepat ditolak. Parlemen tidak

pernah membuat undang-undang untuk memberikan supremasi legislatif pada dirinya sendiri. Doktrin supremasi legislatif adalah doktrin hukum umum.

Tomkins prihatin dengan sumber atau dasar otoritas hukum doktrin tersebut, sedangkan penulis lain tampaknya lebih peduli dengan otoritas moralnya. Mari kita asumsikan, untuk saat ini, bahwa ada perbedaan. Jika kita prihatin dengan otoritas hukum, maka tidak jelas apakah ada kebutuhan untuk menggunakan prinsip-prinsip yang lebih dalam. Tidak mungkin ada kemunduran tak terbatas dari lembaga atau norma hukum, yang masing-masing berutang otoritasnya kepada yang berikutnya. Harus ada norma dasar atau serangkaian norma dasar yang berwenang untuk tujuan hukum.

Norma-norma dasar ini mungkin hanya bahwa lembaga yang dimaksud memiliki otoritas hukum yang umumnya dikaitkan dengannya. Pertimbangkan konstitusi tertulis, misalnya. Di Australia, sudah menjadi hal yang umum bagi orang untuk bertanya apa dasar hukum Konstitusi Australia saat ini. Karena Parlemen Inggris, yang awalnya memberlakukan konstitusi, kehilangan otoritasnya untuk mengubah hukum Australia, jawaban yang biasanya diberikan adalah hukum umum, atau kedaulatan rakyat. Tetapi tidak ada alasan yang baik yang diberikan untuk berasumsi bahwa, untuk tujuan hukum, konstitusi harus didasarkan pada beberapa dasar hukum yang lebih dalam. Mengapa konstitusi itu sendiri tidak dapat menjadi landasan utama sistem hukum, tanpa memerlukan dukungan norma-norma hukum yang lebih dalam? Dan jika dapat, maka agaknya norma-norma yang diterima secara umum dari konstitusi yang tidak tertulis dapat memainkan peran yang sama. Dengan kata lain, doktrin konstitusional seperti kedaulatan parlemen dapat menjadi fundamental secara hukum, tanpa memerlukan dukungan hukum yang lebih dalam.

Sebaliknya, jika kita lebih mementingkan otoritas moral daripada otoritas hukum entah demi otoritas itu sendiri, atau karena kaum positivis keliru menganggap bahwa keduanya berbeda muncul pertanyaan lain. Mengapa penyelidikan terhadap sumber atau dasar utama otoritas moral lembaga atau norma hukum dapat dipenuhi dengan mengajukan banding ke hukum yang lebih dalam, seperti hukum umum? Bahkan jika memang melihat ke hukum umum, bukankah ia akan bersikeras menggali lebih dalam, dan menyelidiki otoritas moral dari badan hukum itu?

Bagaimanapun, yang dibutuhkan di sini adalah sumber moral, bukan sumber hukum, dan banyak kandidat yang tersedia: keharusan, kehati-hatian, keadilan, kesetaraan, persaudaraan, tugas kepada orang lain, permainan yang adil, persetujuan, dan sebagainya. Inilah sebabnya mengapa para pemikir politik dan hukum di abad-abad lalu, ketika merenungkan otoritas moral hukum, mengacu pada berbagai prinsip yang saling bersaing seperti hak ilahi, hukum alam, adat istiadat kuno, kontrak sosial, pengawasan dan keseimbangan "pemerintahan campuran", kebijaksanaan kolektif masyarakat, dan kebutuhan praktis akan kekuasaan berdaulat.

Hakikat norma hukum fundamental memang merupakan subjek teka-teki filosofis. Itulah sebabnya kami beralih ke para pemikir seperti Kelsen dan Hart untuk mendapatkan pencerahan. Mungkin yang benar-benar dicari orang-orang seperti Tomkins, ketika mereka bertanya tentang sumber atau dasar utama otoritas doktrin konstitusional, adalah penjelasan

filosofis tentang hakikat otoritas hukum dan norma hukum utama. Namun, itu sangat berbeda dari apa yang mereka minta secara tegas. Teori hukum Hart, misalnya, membantu kita memahami hakikat dan cara keberadaan norma-norma hukum fundamental, dan apa artinya mengatakan bahwa norma-norma tersebut berwenang secara hukum, namun teori ini tidak menyediakan sumber atau dasar bagi kewenangan hukumnya.

Penganut konstitusi hukum umum mungkin menjawab bahwa, meskipun norma konstitusional seperti doktrin kedaulatan parlemen secara hukum fundamental dan tidak memperoleh kewenangannya dari asas hukum yang lebih dalam, tetap berguna untuk mengklasifikasikannya. Meskipun norma tersebut tidak berlandaskan pada asas hukum umum yang lebih dalam, tetap saja norma tersebut sendiri merupakan bagian dari hukum umum.

Perlu dicatat pada titik ini bahwa kepentingan penganut konstitusi hukum umum dalam mengklasifikasikan norma tersebut sebagai "hukum umum" tidak hanya bersifat taksonomi. Mereka percaya bahwa hal itu memiliki konsekuensi praktis yang penting – yaitu, bahwa norma tersebut "berada dalam pengawasan pengadilan," yang memiliki kewenangan untuk mengubahnya, atau setidaknya secara otoritatif untuk menyatakan bahwa norma tersebut telah berubah. Dengan demikian, setelah memutuskan bahwa kedaulatan parlemen adalah aturan hukum umum, Tomkins menyimpulkan bahwa "seperti aturan hukum umum lainnya, aturan ini dapat dikembangkan, disempurnakan, ditafsirkan ulang, atau bahkan diubah oleh para hakim."

Namun, ada masalah ayam/telur di sini: Apakah keberadaan kewenangan untuk mengubah norma hukum merupakan konsekuensi dari klasifikasi yang benar, atau apakah klasifikasi yang benar sebagian bergantung pada sifat dan lokasi kewenangan untuk mengubahnya? Apakah kita harus mengklasifikasikan norma konstitusional yang tidak tertulis sebagai "hukum umum" tentu sebagian bergantung pada apakah norma tersebut memiliki karakteristik khas dari sekumpulan besar norma yang secara tidak kontroversial menyandang label itu norma kontrak, properti, perbuatan melawan hukum, dan sebagainya.

Inilah karakteristik yang membedakan hukum umum dari hukum undang-undang. Di antaranya adalah bahwa norma hukum umum telah dikembangkan oleh keputusan pengadilan selama berabad-abad, dan bahwa pengadilan telah mengakui kewenangan untuk terus mengembangkannya. Namun, masih ada ketidaksepakatan teoritis yang besar tentang sifat tepat dari norma-norma ini, dan cara norma tersebut dikembangkan dengan benar oleh keputusan pengadilan. Setidaknya ada empat konsepsi tentang hakikat hukum umum yang saat ini bersaing untuk diterima. Pertama, ada konsepsi positivis hukum tentang hukum umum sebagai kumpulan aturan yang dibuat hakim, yang oleh Brian Simpson pada tahun 1 digambarkan sebagai "konsepsi yang dominan."

Kedua, ada konsepsi yang didukung oleh Simpson sendiri, tentang hukum umum sebagai kebiasaan profesional: "sekumpulan praktik yang dipatuhi dan ide yang diterima oleh kasta pengacara dan] digunakan oleh mereka sebagai pedoman dalam apa yang dianggap sebagai penentuan sengketa yang rasional. Ini menyerupai konsepsi hukum umum sebagai "pengetahuan umum" dari pengadilan dan pengacara, yang ditemukan oleh para sejarawan dalam Buku Tahunan abad keempat belas dan kelima belas.

Ketiga, ada konsepsi Dworkin tentang hukum umum sebagai kumpulan norma yang dianggap koheren, yang bertumpu pada prinsip-prinsip dasar moralitas politik, yang berwenang untuk diidentifikasi dan dijelaskan oleh badan peradilan. Hal ini dalam beberapa hal mirip dengan konsep yang dianut oleh Sir Edward Coke pada awal abad ke-17. Keempat, hukum umum dalam masalah konstitusional dapat dikonseptualisasikan sebagai kebiasaan atau konvensi baik dari masyarakat secara umum, atau pejabat pemerintah. Selain itu, konsep lain juga dimungkinkan, termasuk berbagai "hibrida" yang menggabungkan unsur dari dua atau lebih dari keempat konsep ini.

Apakah norma konstitusional yang tidak tertulis merupakan masalah hukum umum bergantung pada dua pertanyaan: konsepsi hukum umum mana yang paling masuk akal, dan apakah norma-norma tersebut sesuai dengan konsepsi tersebut. Saya akan mencoba menjawab pertanyaan kedua saja. Versi konstitusionalisme hukum umum yang didasarkan pada konsepsi pertama dan kedua hukum umum, sebagai hukum yang dibuat oleh hakim, atau sebagai kebiasaan atau "pengetahuan umum" profesi hukum, semuanya tidak masuk akal. Secara historis, jelaslah keliru bahwa otoritas raja atau Parlemen ditetapkan baik oleh keputusan pengadilan atau "pengetahuan umum" dari profesi hukum.

Secara filosofis, terdapat ketidaksesuaian antara doktrin hukum bahwa pengadilan wajib mematuhi undang-undang, karena Parlemen berdaulat, dan teori bahwa pengadilan dapat setiap saat melepaskan diri dari kewajiban tersebut, karena kedaulatan Parlemen adalah ciptaan mereka, dan tunduk pada kendali mereka. Kita biasanya tidak akan setuju bahwa x wajib mematuhi y, jika kewajiban yang disarankan tersebut diberlakukan sendiri dan dapat ditolak kapan pun x merasa perlu untuk melakukannya. "Kewajiban" seperti itu akan menjadi ilusi.

Selain itu, terdapat masalah filosofis yang lebih dalam. Asumsi implisit Tomkins bahwa hanya ada dua jenis hukum di Inggris, hukum undang-undang dan hukum umum, terbukti keliru jika hukum umum adalah hukum yang dibuat oleh hakim. Memang benar bahwa dasar doktrin kedaulatan parlemen tidak dapat berupa undang-undang. Tidak ada badan legislatif yang dapat memberikan kewenangan kepada dirinya sendiri melalui undang-undang, karena tanpa adanya kewenangan yang sudah ada sebelumnya, undang-undang tersebut harus memberikan kewenangan kepada dirinya sendiri, yang akan menimbulkan pertanyaan.

Seperti yang ditunjukkan oleh Lord Lester, "Parlemen tidak dapat bangkit dengan usahanya sendiri." Namun, keliru jika langsung menyimpulkan bahwa doktrin tersebut harus menjadi masalah hukum umum yang dibuat oleh hakim. Lagi pula, dapat ditanyakan dari mana para hakim memperoleh kewenangan mereka. Jika benar, seperti yang ditegaskan oleh Lord Steyn, bahwa kewenangan Parlemen "harus berasal dari suatu tempat," maka hal yang sama juga berlaku untuk kewenangan para hakim. Namun, mereka juga tidak dapat "bangkit dengan usaha mereka sendiri," dengan memberikan kewenangan kepada diri mereka sendiri.

Kewenangan mereka tidak dapat berasal dari hukum umum, jika ini adalah hukum yang dibuat oleh hakim. Jika benar bahwa semua hukum Inggris adalah hukum umum atau hukum undang-undang, maka kewenangannya harus berasal dari hukum undang-undang yang menimbulkan lingkaran setan di mana kewenangan Parlemen untuk memberlakukan undang-

undang diberikan oleh hukum umum yang dibuat oleh hakim, dan kewenangan hakim untuk membuat hukum umum diberikan oleh undang-undang. Untuk memutus lingkaran setan tersebut, kewenangan hukum seseorang Parlemen, hakim, atau keduanya harus didasarkan pada jenis hukum yang tidak dibuat oleh Parlemen atau hakim. Oleh karena itu, penganut konstitusi hukum umum harus menganut konsepsi ketiga atau keempat tentang hukum umum.

Menurut konsepsi ketiga, hukum umum adalah sekumpulan norma yang didasarkan pada prinsip-prinsip dasar moralitas politik, yang diucapkan dan dijabarkan oleh hakim tetapi tidak memiliki kewenangan untuk mengubahnya. Identitas prinsip-prinsip ini adalah masalah objektif: Prinsip-prinsip tersebut adalah prinsip apa pun yang memberikan pembenaran moral terbaik atas hukum umum secara keseluruhan. Ini adalah konsep yang disukai oleh sebagian besar penganut hukum umum modern.

Menurut pandangan ini, konstitusi tidak tertulis terdiri dari prinsip-prinsip dasar moralitas politik apa pun yang memberikan pembenaran moral terkuat bagi seluruh sistem hukum. Oleh karena itu, prinsip-prinsip ini dapat berubah jika bagian lain dari sistem tersebut berubah. Hakim tidak memiliki kewenangan untuk mengubahnya, tetapi mereka memiliki kewenangan untuk menyatakan bahwa prinsip-prinsip tersebut telah berubah atau bahwa pemahaman sebelumnya tentang prinsip-prinsip tersebut keliru.

Konsepsi Dworkin tentang hukum umum masuk akal karena sesuai dengan cara hakim mengembangkan hukum tersebut. Hakim tampaknya percaya bahwa serangkaian prinsip dasar yang terus berkembang membimbing mereka dalam memutuskan pertanyaan baru, dan dalam mengesampingkan doktrin masa lalu yang mereka anggap keliru. Lebih dari itu, kewenangan mereka tidak hanya secara pasif untuk mengidentifikasi dan menerapkan, tetapi juga secara aktif untuk mengembangkan, prinsip-prinsip ini diakui oleh pejabat hukum lainnya.

Konsepsi Dworkin dapat menjadi bagian dari interpretasi yang masuk akal tentang praktik dan pemahaman pejabat hukum. Masalah dengan memperluas konsepsinya tentang hukum umum untuk mencakup doktrin kedaulatan parlementer adalah bahwa hal ini tidak akan sama-sama selaras dengan praktik dan pemahaman resmi. Tidak ada pemahaman resmi yang pasti bahwa doktrin tersebut hanyalah salah satu dari sejumlah prinsip moralitas politik, yang menjadi kewenangan utama para hakim untuk mengidentifikasi dan mengembangkannya secara kreatif.

Penganut konstitusi hukum umum menegaskan bahwa hakim memiliki kewenangan untuk memutuskan apakah kedaulatan parlemen telah menjadi tidak konsisten dengan prinsip-prinsip hukum umum fundamental lainnya dan, jika mereka merasa demikian, untuk mengubah atau menolaknya. Namun, kecuali mereka dapat menunjukkan bahwa ini adalah interpretasi yang sesuai dengan praktik dan pemahaman resmi, maka ini tetap merupakan pernyataan kosong. Saya telah berpendapat, di tempat lain, bahwa praktik resmi tidak membenarkan interpretasi semacam itu.

Dalam hal ini, interpretasi praktik dan pemahaman pejabat hukum harus lebih luas daripada interpretasi lembaga peradilan. Mari kita bayangkan bahwa pengadilan tertinggi mendukung interpretasi Dworkinian atas konstitusi tidak tertulis, yang menganggapnya berdasarkan prinsip-prinsip fundamental moralitas politik yang memberikan dan membatasi

kewenangan semua lembaga pemerintah, termasuk Parlemen.

Dengan tidak adanya konsensus resmi yang lebih luas baik mengenai sifat konstitusi tidak tertulis maupun mengenai kewenangan hakim untuk menafsirkannya dengan cara itu, interpretasi mereka tidak dapat mengklaim kewenangan yang lebih baik daripada pendapat mereka sendiri. Itu akan sama saja dengan teori yang mengemis pertanyaan dan mengulur-ulur waktu seperti teori bahwa konstitusi yang tidak tertulis adalah masalah hukum yang dibuat oleh hakim.

Jika klaim hakim untuk memiliki kewenangan menafsirkan konstitusi yang tidak tertulis itu sendiri merupakan hasil dari penafsiran mereka terhadapnya dan berasal dari prinsip moralitas politik apa pun yang mereka anggap sebagai pembenaran moral sistem hukum secara keseluruhan, maka teori konstitusionalisme hukum umum pada akhirnya tidak berdasar pada apa pun yang lebih kokoh daripada klaim mereka bahwa hal itu secara moral memaksa. Hal ini hampir tidak mungkin meyakinkan para ahli teori atau pejabat hukum lain di Parlemen, misalnya yang memiliki pemahaman yang sangat berbeda tentang hakikat konstitusi yang tidak tertulis dan pembenaran moralnya.

Konsepsi Dworkin tentang hukum umum, ketika diperluas ke konstitusi yang tidak tertulis, bersifat khas karena hampir menggabungkan kewenangan hukum dan moral. Prinsip-prinsip terdalam dari hukum umum memberikan kewenangan moral serta hukum pada semua norma hukum lainnya karena, menurut definisi, prinsip-prinsip tersebut hanyalah prinsip moralitas politik apa pun yang memberikan pembenaran moral terbaik dari sistem hukum secara keseluruhan. Oleh karena itu, mereka harus terdiri dari beberapa pilihan, yang ditimbang dengan tepat, dari prinsip-prinsip moralitas politik yang disebutkan sebelumnya: kebutuhan, kehati-hatian, keadilan, kesetaraan, persaudaraan, tugas kepada orang lain, permainan yang adil, persetujuan, dan seterusnya. Tetapi tidak ada pembenaran moral yang diusulkan dari hukum secara keseluruhan yang secara realistis dapat berharap untuk mengamankan persetujuan yang luas. Banyak pembenaran, yang mengacu pada prinsip-prinsip moral yang beragam ini, telah diusulkan oleh para filsuf politik, dan semuanya tetap sangat kontroversial.

Hakim tidak diakui memiliki wewenang untuk menyelesaikan kontroversi ini. Dan akan menjadi pertanyaan-mengemis dan bootstrap jika klaim mereka untuk memiliki wewenang untuk menyelesaikannya sendiri didasarkan pada penyelesaian yang mereka usulkan yaitu, pada penilaian mereka terhadap prinsip-prinsip moralitas politik yang terdalam. Setiap lembaga lain, seperti Parlemen, dapat dengan plausibilitas yang sama mengklaim otoritas yang sama. Seperti yang telah saya kemukakan panjang lebar di tempat lain otoritas moral yang diproklamirkan sendiri bahkan jika itu dibenarkan tidak mampu dengan sendirinya untuk mempertahankan hukum. Itulah sebabnya otoritas hukum bergantung pada konsensus umum, setidaknya di antara pejabat senior dari semua cabang pemerintahan. Ini mengarah pada konsepsi keempat tentang hukum umum sebagai kebiasaan yang dapat ditegakkan secara hukum dari pejabat hukum, atau masyarakat secara umum, yang tidak dibuat oleh para hakim, dan tidak dapat diubah, secara sepihak.

Mark Elliott telah mengembangkan konsepsi semacam ini, yang menurutnya konstitusi

hukum umum terdiri dari konvensi konstitusional yang telah mengkristal menjadi hukum. Keberadaan konvensi konstitusional membutuhkan konsensus di antara pejabat hukum, termasuk politisi. Jika Elliott benar, konstitusi hukum umum juga bergantung pada konsensus semacam itu dan dapat berubah hanya jika konsensus itu berubah.

Memahami konstitusi tidak tertulis dalam hal konsensus resmi didukung oleh H.L.A. Teori Hart bahwa aturan dasar pengakuan dalam sistem hukum apa pun dibentuk oleh praktik pejabat hukum. Aturan semacam itu hanyalah aturan apa pun yang benar-benar diterima dan diikuti oleh pejabat hukum saat mereka membuat, mengakui, menafsirkan, atau menerapkan hukum. Untuk tujuan ini, "pejabat hukum" tidak dapat berarti hakim saja, dan itu tentu saja bukan yang dimaksud Hart.

Jika tidak, teorinya tidak dapat menjelaskan kewenangan yang dijalankan oleh hakim sendiri. Aturan dasar sistem hukum harus ditetapkan dan dipertahankan oleh konsensus di antara pejabat senior dari semua cabang pemerintahan. Hanya konsensus umum seperti itu yang dapat memberikan koherensi dan stabilitas yang dibutuhkan sistem hukum untuk bertahan dan berfungsi secara efektif, dan penjelasan yang memuaskan tentang kewenangan yang dijalankan oleh masing-masing cabang pemerintahan secara individual.

Menurut pandangan ini, kedaulatan parlemen, seperti aturan konstitusional tidak tertulis lainnya, bergantung pada penerimaan peradilan.

Penerimaan peradilan merupakan syarat yang diperlukan untuk keberadaan aturan tersebut. Namun, itu bukanlah syarat yang cukup, karena penerimaan cabang pemerintahan lainnya juga diperlukan. Dan kewenangan peradilan hakim juga bergantung pada penerimaan cabang politik. Artinya, setiap upaya oleh badan peradilan secara sepihak untuk mengubah aturan dasar suatu sistem hukum penuh dengan bahaya. Pejabat lain mungkin dibujuk, dibujuk, dikelabui, atau digertak agar menyetujui perubahan tersebut. Di sisi lain, mereka mungkin tidak melakukannya. Mereka mungkin merasa kesal dan menentang upaya badan peradilan untuk mengubah aturan yang sebelumnya diterima secara umum dan mengambil tindakan tegas untuk menggagalkannya, mungkin termasuk pemakzulan "hakim yang terlalu berkuasa." Itu mungkin disesalkan, tetapi intinya adalah bahwa jika para hakim menghancurkan konsensus yang merupakan aturan dasar sistem tersebut, mereka tidak akan dapat mengeluh jika hal itu digantikan oleh perebutan kekuasaan yang tidak dapat mereka menangkan.

Jika tidak ada konsensus, kewenangan mereka sendiri maupun kewenangan Parlemen akan diperebutkan. Aturan pengakuan dapat dan memang berubah, tetapi perubahan mendasar dalam konstitusi yang tidak tertulis memerlukan perubahan dalam konsensus resmi. Para hakim dapat mencoba untuk memulai perubahan tersebut tetapi sebaiknya mereka memastikan bahwa cabang pemerintahan lainnya cenderung menyetujuinya. Jika hal itu tidak dapat diharapkan dengan yakin, mereka akan bijaksana jika menunggu badan legislatif untuk memulai perubahan. Konsepsi konstitusi hukum umum ini konsisten dengan sifat aturan konstitusional tidak tertulis yang mendasar, dan proses perubahannya. Namun, konsepsi ini masih bermasalah. Masalahnya adalah bahwa menggambarkan konstitusi tidak tertulis sebagai masalah hukum umum, bahkan dalam pengertian ini, cenderung menimbulkan

kebingungan. Sebagian besar hukum umum terdiri dari aturan dan prinsip substantif, yang mengatur properti, kontrak, perbuatan melawan hukum, dan sebagainya yang tidak dibentuk oleh konsensus pejabat hukum secara umum dan karenanya dapat diubah tanpa konsensus tersebut harus berubah.

Hakim sekarang diakui memiliki kewenangan secara sepihak untuk mengubah aturan dan prinsip ini, atau untuk menyatakan bahwa aturan dan prinsip tersebut telah berubah. Konsep tersebut paling baik dikonseptualisasikan sebagai aturan yang ditetapkan oleh pengadilan, kebiasaan pengadilan, atau prinsip Dworkinian. Menerapkan label yang sama, "hukum umum," pada norma paling mendasar dari konstitusi tidak tertulis cenderung menimbulkan kebingungan, asumsi yang salah tentang kewenangan hakim untuk mengubahnya, dan konflik di antara cabang-cabang pemerintahan. Mereka dianggap sebagai "sui generis, campuran unik antara hukum dan fakta politik yang memperoleh otoritasnya melalui penerimaan oleh rakyat dan oleh lembaga-lembaga utama negara, khususnya parlemen dan peradilan."

DAFTAR PUSTAKA

- Adams, N. (2020). *Common Law: A Global Perspective*. Routledge.
- Allen, B. (2024). Common Law and the Rights of Indigenous Peoples. *Indigenous Law Journal*, 12(1), 45-67.
- Anderson, P. (2022). *Common Law in the 21st Century*. Springer.
- Baker, J. (2021). The Principles of Common Law in Criminal Justice. *Criminal Law Review*, 27(3), 345-367.
- Brooks, C. (2024). The Evolution of Common Law in the 21st Century. *Journal of Modern Law*, 15(1), 1-20.
- Brown, T. (2021). *Principles of Common Law*. Routledge.
- Carter, L. (2021). Common Law and the Constitution. *Constitutional Law Journal*, 18(2), 89-112.
- Clark, E. (2021). The Influence of Common Law on Global Legal Systems. *International Journal of Law*, 12(3), 45-67.
- Collins, A. (2020). *Common Law: Principles and Practices*. Cambridge University Press.
- Davis, R. (2021). Common Law and Its Impact on Modern Jurisprudence. *Harvard Law Review*, 135(2), 123-145.
- Dawson, M. (2021). The Role of Common Law in Business Law. *Business Law Journal*, 18(3), 201-220.
- Edwards, M. (2022). The Impact of Common Law on International Trade Law. *Journal of International Law*, 29(1), 67-89.
- Evans, J. (2021). Common Law and the Protection of Privacy Rights. *Privacy Law Review*, 10(2), 45-67.
- Foster, L. (2022). The Future of Common Law: Innovations and Trends. *Journal of Legal Innovation*, 5(1), 1-15.
- Foster, S. (2022). Common Law and Family Law: An Analysis. *Family Law Review*, 22(4), 201-220.
- Grant, H. (2023). The Development of Common Law in the Digital Age. *Journal of Cyber Law*, 10(1), 15-30.
- Green, T. (2024). *Common Law and Intellectual Property Rights*. Cambridge University Press.
- Harris, A. (2020). *Common Law: History and Development*. Palgrave Macmillan.
- Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.*

- Hughes, K. (2023). Common Law and the Rights of the Accused. *Journal of Criminal Justice*, 45(2), 123-145.
- Ingram, P. (2024). The Future of Common Law in a Globalized World. *Global Law Review*, 12(1), 45-67.
- Jenkins, R. (2024). Common Law and the Protection of Minorities. *Human Rights Law Journal*, 30(1), 78-90.
- Johnson, L. (2020). *The Evolution of Common Law*. Cambridge University Press.
- King, F. (2023). The Common Law Tradition: An Overview. *Harvard Law Review*, 136(1), 1-25.
- Knight, A. (2020). *Common Law: Theoretical Foundations*. Oxford University Press.
- Lee, C. (2023). *The Future of Common Law: Challenges and Opportunities*. Cambridge University Press.
- Lewis, C. (2021). The Role of Common Law in Property Rights. *Property Law Journal*, 15(3), 201-220.
- Martinez, S. (2023). *Common Law and Human Rights*. Oxford University Press.
- Mitchell, T. (2021). Common Law and the Evolution of Legal Norms. *Journal of Legal Theory*, 28(2), 99-115.
- Nelson, J. (2022). Common Law and Social Justice. *Social Justice Review*, 19(4), 45-67.
- O'Connor, M. (2022). The Interplay of Common Law and Statutory Law. *Journal of Legislative Studies*, 34(1), 23-45.
- Parker, E. (2023). Common Law and the Global Economy. *Economic Law Journal*, 22(2), 67-89.
- Quinn, F. (2023). The Relevance of Common Law in Contemporary Society. *Journal of Social Issues*, 15(1), 1-20.
- Reed, L. (2024). Common Law and the Digital Economy. *Journal of Technology Law*, 10(1), 45-67.
- Robinson, G. (2021). Common Law and Equity: A Historical Overview. *Legal History Review*, 39(2), 201-220.
- Scott, R. (2024). The Role of Common Law in Environmental Law. *Environmental Law Journal*, 34(1), 23-45.
- Smith, J. (2020). *Understanding Common Law Theory*. Oxford University Press.
- Smithson, J. (2024). The Role of Common Law in International Relations. *International Relations Journal*, 18(2), 123-145.

- Taylor, M. (2022). The Role of Precedent in Common Law. *Journal of Legal Studies*, 45(1), 67-89.
- Taylor, R. (2020). *Common Law: A Historical Perspective*. Routledge.
- Thomas, H. (2022). *Judicial Interpretation in Common Law Systems*. Routledge.
- Underwood, S. (2021). The Application of Common Law in Modern Courts. *Journal of Court Administration*, 12(3), 201-220.
- Vance, D. (2021). Common Law and the Rights of Women. *Gender and Law Journal*, 25(4), 345-367.
- Walker, J. (2022). The Interaction of Statute and Common Law. *Journal of Law and Society*, 49(4), 567-589.
- Williams, H. (2022). The Influence of Common Law on Civil Rights. *Civil Rights Law Review*, 30(1), 45-67.
- Wilson, K. (2021). *Common Law: A Comparative Perspective*. Yale University Press.
- Wright, B. (2023). Common Law and Tort Law: A Synergistic Approach. *Journal of Tort Law*, 15(2), 99-115.
- Xu, Y. (2022). Common Law and Globalization: Challenges Ahead. *Globalization and Law Journal*, 14(2), 78-90.
- Yates, K. (2023). Common Law and the Future of Justice. *Journal of Justice Studies*, 20(1), 1-25.
- Young, D. (2022). *Common Law Principles in Contract Law*. Routledge Law Series.
- Zane, T. (2023). The Role of Common Law in Environmental Protection. *Environmental Law Review*, 34(2), 201-220.

TEORI HUKUM UMUM

Analisis Aturan, Penalaran dan Konstitusi

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.

BIO DATA PENULIS



Penulis memiliki berbagai disiplin ilmu yang diperoleh dari Universitas Diponegoro (UNDIP) Semarang. dan dari Universitas Kristen Satya Wacana (UKSW) Salatiga. Disiplin ilmu itu antara lain teknik elektro, komputer, manajemen dan ilmu sosiologi. Penulis memiliki pengalaman kerja pada industri elektronik dan sertifikasi keahlian dalam bidang Jaringan Internet, Telekomunikasi, Artificial Intelligence, Internet Of Things (IoT), Augmented Reality (AR), Technopreneurship, Internet Marketing dan bidang pengolahan dan analisa data (komputer statistik).

Penulis adalah pendiri dari Universitas Sains dan Teknologi Komputer (Universitas STEKOM) dan juga seorang dosen yang memiliki Jabatan Fungsional Akademik Lektor Kepala (Associate Professor) yang telah menghasilkan puluhan Buku Ajar ber ISBN, HAKI dari beberapa karya cipta dan Hak Paten pada produk IPTEK. Sejak tahun 2023 penulis tercatat sebagai Dosen luar biasa di Fakultas Ekonomi & Bisnis (FEB) Universitas Diponegoro Semarang. Penulis juga terlibat dalam berbagai organisasi profesi dan industri yang terkait dengan dunia usaha dan industri, khususnya dalam pengembangan sumber daya manusia yang unggul untuk memenuhi kebutuhan dunia kerja secara nyata.



YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

PENERBIT :

YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK
Jl. Majapahit No. 605 Semarang
Telp. (024) 6723456. Fax. 024-6710144
Email : penerbit_ypat@stekom.ac.id

ISBN 978-634-7227-19-5 (PDF)



9

786347

227195