YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

SEJARAH TEORI HUKUM

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

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

SEJARAH TEORI HUKUM

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 978-634-7227-17-1 (PDF)
9 786347 227171

Sejarah Teori Hukum

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

ISBN : 978-634-7227-17-1

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 Yunianto, 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 kepada Tuhan Yang Maha Esa atas karunia dan rahmat-Nya sehingga kami dapat menyelesaikan buku ini yang berjudul *"Sejarah Teori Hukum".* Buku ini menggambarkan perkembangan pemikiran tentang hukum dari masa ke masa. Mulai dari zaman kuno hingga sekarang, berbagai teori hukum lahir sebagai upaya untuk memahami fungsi hukum dalam masyarakat.

Sejarah teori hukum membahas perkembangan pemikiran tentang hukum dari masa ke masa, mulai dari zaman kuno hingga era modern. Kajian ini tidak hanya menelusuri bagaimana hukum diformulasikan, tetapi juga bagaimana gagasan tentang keadilan, kekuasaan, dan masyarakat memengaruhi bentuk dan fungsi hukum dalam kehidupan manusia. Melalui pemikiran tokoh-tokoh besar seperti Plato, Aristoteles, Thomas Aquinas, Hobbes, Locke, hingga para pemikir hukum kontemporer, kita dapat melihat bagaimana teori hukum berkembang sebagai respons terhadap perubahan sosial, politik, ekonomi, dan budaya.

Dengan mempelajari sejarah teori hukum, kita memperoleh pemahaman yang lebih dalam tentang dasar-dasar konseptual sistem hukum saat ini. Selain itu, kajian ini membantu kita memahami perdebatan mendasar tentang apa itu hukum, dari sudut pandang moralitas, logika, hingga kekuasaan negara. Pengetahuan ini penting sebagai landasan untuk berpikir kritis dalam menilai praktik hukum di dunia modern dan menentukan arah pembaruan hukum ke depan.

BAB 1 membahas tentang pengertian, interpretasi, dan sejarah aturan hukum serta kerangka teori negara hukum. BAB 2 membahas tentang dasar politik, ideologi, dan peran hakim dalam membentuk validitas aturan hukum. BAB 3 membahas tentang peran pengadilan dan konsep aturan hukum dalam tradisi hukum Inggris, khususnya pandangan Dicey. BAB 4 membahas tentang hubungan antara aturan hukum dan kekuasaan yudisial di Amerika Serikat, dari masa awal hingga pemikiran kontemporer. BAB 5 membahas tentang konsep Rechtsstaat dan perkembangan hak individu dalam sejarah konstitusi Jerman.

BAB 6 membahas tentang gagasan État de droit dan hubungan antara aturan hukum dan kedaulatan nasional di Prancis. BAB 7 membahas tentang konsep Rechtsstaat dalam sistem hukum Austria dan peran keadilan konstitusional menurut Hans Kelsen. BAB 8 membahas tentang krisis dan masa depan aturan hukum serta kemungkinan reformasi dalam negara hukum dan negara konstitusional. BAB 9 membahas tentang perkembangan baru aturan hukum, terutama dalam konteks global dan perubahan kekuasaan peradilan. BAB 10 membahas tentang bagaimana aturan hukum berdampak berbeda pada laki-laki dan perempuan dari perspektif feminis.

BAB 11 membahas tentang aturan hukum dalam tradisi republikan Machiavelli dan hubungannya dengan demokrasi dan hak. BAB 12 membahas tentang pandangan Leoni dan Hayek mengenai aturan hukum, kebebasan individu, dan sejarah hukum Eropa. BAB 13 membahas tentang perlakuan konstitusional terhadap masyarakat pribumi di Amerika Utara dan Latin. BAB 14 membahas tentang penerapan model kolonial aturan hukum di Afrika dan

warisan hukumnya. BAB 15 membahas tentang apakah nilai-nilai konstitusionalisme dapat sesuai dengan ajaran Islam.

BAB 16 membahas tentang bagaimana moralitas dapat membatasi aturan hukum, terutama dalam konteks Mesir. BAB 17 membahas tentang konsep “nilai-nilai Asia” dan pengaruhnya terhadap penegakan hukum di Asia. BAB 18 membahas tentang sejarah aturan hukum di India, dari masa Dharma hingga tantangan modern. BAB 19 membahas tentang tradisi hukum Tiongkok dan perbedaan pandangannya dengan teori hukum Eropa. BAB 20 membahas tentang perkembangan konstitusionalisme modern di Cina sebelum dan sesudah 1949. BAB 21 membahas tentang hak asasi manusia dan implementasi aturan hukum di Cina masa kini.

Dengan mempelajari sejarah ini, kita dapat mengerti bagaimana hukum berkembang dan berperan dalam menjaga keadilan serta ketertiban sosial. Semoga pembahasan mengenai sejarah teori hukum ini dapat memberikan pemahaman yang jelas dan bermanfaat bagi kita semua. Terima Kasih

`

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 ATURAN HUKUM: PENILAIAN ULANG YANG KRITIS 1
1.1 Kembalinya Aturan Hukum 1
1.2 Interpretasi Konstruktivis Terhadap Konsep Aturan Hukum 4
1.3 Pengalaman Sejarah Tentang Aturan Hukum 7
1.4 Kerangka Teoritis Negara Hukum 18
BAB 2 ASUMSI POLITIK DAN VALIDITAS ATURAN HUKUM 30
2.1 Status Epistemologis 30
2.2 Alternatif Ideologispolitik 35
2.3 Hakim Sebagai Pembuat Aturan 47
2.4 Pendekatan Terhadap Preseden 50
BAB 3 PENGADILAN HUKUM DAN "KEBEBALAN INGGRIS" 120
3.1 Hukum Dan Kebebalan Inggris 120
3.2 Teori Konstitusi Dicey 127
3.4 Pengadilan Sebagai Benteng Kebebasan Individu 143
3.5 Aturan Hukum Menurut Dicey Dan Teori Rechtsstaat 149
BAB 4 RULE OF LAW DAN JUDICIAL POWER DI AMERIKA SERIKAT 153
4.1 Pendahuluan 153
4.2 Gagasan Republik: Antara Pemerintahan Hukum Dan Rakyat 155
4.3 Tinjauan Hukum Perundang-undangan 159
4.4 Konsepsi Liberal Tentang Aturan Hukum Selama Abad Ke19 160
4.5 Meledaknya Ketegangan Antara Politik Dan Hukum 161
4.6 Konstitusi: Upaya Merumuskan Aturan Hukum Tertinggi 162
4.7 Antonin Scalia Dan Aturan Hukum Sebagai Aturan Aturan 163
4.8 Dworkin: Hakim Sebagai Penerjemah Prinsip-prinsip Konstitusi 166
4.9 Ackerman: Aturan Hukum Dan Kekuasaan Konstituen 169
4.10 Konstitusi: Melampaui Aturan Hukum Peradilan 172
BAB 5 RECHTSSTAAT DAN EVOLUSI HAK INDIVIDU DI JERMAN 177
5.1 Rechtsstaat Dan Aturan Hukum 177
5.2 Gagasan Rechtsstaat Dalam Konstitusionalisme Awal Di Jerman 179
5.3 Krisis Doktrin Liberal Rechtsstaat 183
5.4 Rechtsstaat Dan Hak-hak Publik Subyektif 185
5.5 Rechtsstaat Dan Demokrasi 187
BAB 6 ÉTAT DE DROIT DAN KEDAULATAN NASIONAL DI PRANCIS 191
6.1 Doktrin Republik Ketiga 194
6.2 Diskusi Kontemporer Tentang État De Droit 205
BAB 7 RECHTSSTAAT DAN KEADILAN KONSTITUSIONAL DI AUSTRIA 214
7.1 Pendahuluan 214
7.2 Rechtsstaat Dan Staatsrecht 215
7.3 Konsepsi Kelsen Tentang Rechtsstaat 219
7.4 Rechtsstaat Dan Konstitusi 223

7.5 Peran Keadilan Konstitusi 228
BAB 8 MASA LALU DAN MASA DEPAN RULE OF LAW 232
8.1 Rule Of Law, Negara Hukum, Dan Negara Konstitusional 232
8.2 Negara Hukum Dan Positivisme Hukum 233
8.3 Negara Konstitusional Dan Konstitusionalisme Yang Kaku 236
8.4 Pergeseran Institusional Dan Budaya 238
8.5 Krisis Yang Sedang Berlangsung Dari Kedua Model Rule Of Law 243
8.6 Masa Depan Negara Hukum: Prospek Reformasi 247
8.7 Masa Depan Negara Konstitusional 250
BAB 9 DI LUAR ATURAN HUKUM 256
9.1 Evolusi Rechtsstaat Dalam Pemikiran Konstitusional Modern 256
9.2 Transformasi Rule Of Law 258
9.3 Pergeseran Kekuasaan Peradilan Dalam Demokrasi Kontemporer 260
9.4 Harapan Dan Realitas Keadilan Global Di Era Globalisasi 261
BAB 10 ATURAN HUKUM DAN PERBEDAAN GENDER 265
10.1 Premis 265
10.2 Feminisme Perbedaan 266
10.3 Publik Dan Swasta: Perbedaan Yang Dangkal 269
10.4 Keluarga: Tempat Yang Tak Dapat Dibagi 271
10.5 Kritik Terhadap Negara Kesejahteraan 273
BAB 11 ATURAN HUKUM DALAM TRADISI REPUBLIKAN MACHIAVELLI 278
11.1 Aturan Hukum 280
11.2 Aturan Hukum Dan "Perjuangan Untuk Hak" 287
11.3 Aturan Hukum Dan Demokrasi 292
BAB 12 ATURAN HUKUM EROPA DALAM PANDANGAN LEONI DAN HAYEK 300
12.1 Pemerintahan Hukum Sebagai Pemerintahan Manusia 301
12.2 Aturan Hukum Dan Sejarah Hukum 304
12.3 Kebebasan Individu 306
12.4 Karakter Alami Hukum 308
12.5 Kedatangan Norma 310
12.6 Aturan Hukum Dan Demokrasi 313
BAB 13 HUKUM DAN PERLAKUAN TERHADAP PRIBUMI AMERIKA 315
13.1 Pengecualian Konstitusi: As Dan Kanada 315
13.2 Inklusi Konstitusional: Amerika Latin 319
13.3 Aturan Hukum Bangsa-Bangsa: Seluruh Amerika 326
BAB 14 MODEL KOLONIAL ATURAN HUKUM DI AFRIKA 335
14.1 Salus Regum Et Salus Rei Publikae 335
14.2 De Regimine Coloniae Ab Hispanis Deduktae 337
14.3 Ius Publicum Europaeum Di Orbe Africano 339
14.4 Locatioconductio Et Iura Aethiopum 345
14.5 De Theobromate Colligendo More Guineano 350
14.6 Si Vis Pacem, Para Bellum 354
14.7 Praestantia Linguae Latinae 358
BAB 15 APAKAH KONSTITUSIONALISME SESUAI DENGAN ISLAM? 363
15.1 Pendahuluan 363
15.2 Makna Konstitusionalisme 364

15.3 Landasan Konstitusionalisme Islam 367
15.4 Ruang Lingkup Konstitusionalisme Islam; Tentang Hak 374
15.5 Ruang Lingkup Konstitusionalisme Islam: Pemisahan Kekuasaan 377
BAB 16 ATURAN HUKUM YANG DIBATASI SECARA MORAL 386
16.1 Pendahuluan 386
16.2 Pengalihan Hukum Dan Implosi Syariah Di Mesir 388
16.3 Kerajaan Hukum Yang Dibatasi Secara Moral 391
BAB 17 "NILAI-NILAI ASIA" DAN PENGUKUHAN HUKUM 401
17.1 Nilai-Nilai Asia? 401
17.2 Konteks Sejarah Dan Politik 402
17.3 Kritik Terhadap Pengertian "Nilai-Nilai Asia" 410
17.4 Beberapa Konsep Yang Berhubungan 413
BAB 18 ATURAN HUKUM INDIA: DARI KOLONIAL KE PASCAKOLONIAL 420
18.1 Dharma Dan Aturan Hukum Dalam Tradisi Klasik India 420
18.2 Aturan Hukum Dan Pertemuan Kolonial 425
18.3 Percobaan Pascakolonial 432
18.4 Rule Of Law Dan Tantangan Di India Modern 436
18.5 Aturan Hukum Dan Seruan Untuk Transformasi Diri 439
BAB 19 TRADISI HUKUM CINA DAN EROPA TENTANG ATURAN HUKUM 443
19.1 Tentang Tradisi Hukum Cina 443
19.2 Krisis Hukum Cina Dan Impor Pemikiran Eropa 448
19.3 Perbedaan Teori Hukum Cina Kuno Dan Eropa Modern 453
BAB 20 KONSTITUSIONALISME MODERN DI CINA 456
20.1 Pendahuluan 456
20.2 Perkembangan Konstitusional Tiongkok Sebelum 1949 456
20.3 Konstitusi Tiongkok Di Era Partai Komunis 457
20.4 Komentar 461
20.5 Perbandingan Dengan Perkembangan Konstitusi As 462
BAB 21 HAK ASASI MANUSIA DAN ATURAN HUKUM DI CINA KONTEMPORER 465
21.1 Pelajaran Sejarah Dari Revolusi Kebudayaan 465
21.2 Uud 1982 467
21.3 Perkembangan Hak Asasi Manusia 468
21.4 Buku Putih Tentang Hak Asasi Manusia 471
21.5 Penerapan Aturan Hukum Secara Konstitusional 472
21.6 Tren Kontemporer 476
21.7 Teori Hak Asasi Manusia Yang Berbeda 479
21.8 Perkembangan Hak Asasi Manusia Di Cina 2000–2005 483
DAFTAR PUSTAKA 486

Bagian I Esai Perkenalan

BAB 1
ATURAN HUKUM: PENILAIAN ULANG YANG KRITIS

1.1 KEMBALINYA ATURAN HUKUM

Memahami Gagasan Negara Hukum dalam Perspektif Global

Dalam dunia hukum dan politik, istilah "*aturan hukum*" atau yang dalam bahasa Inggris disebut rule of law, merupakan salah satu konsep yang memiliki pengaruh besar, baik dalam teori maupun praktik kenegaraan. Sejak akhir abad ke-20, terutama setelah berakhirnya Perang Dunia II dan munculnya tantangan-tantangan besar terhadap sistem politik demokratis, konsep ini kembali menguat sebagai prinsip dasar dalam membangun pemerintahan yang adil dan berkeadaban.

Namun, pemahaman atas "*aturan hukum*" tidaklah seragam di seluruh dunia. Di Eropa, misalnya, dikenal istilah lain yang memiliki kemiripan makna dengan "*rule of law*", seperti "*Rechtsstaat*" dalam bahasa Jerman, "*État de droit*" dalam bahasa Prancis, "*Stato di diritto*" dalam bahasa Italia, dan "*Estado de derecho*" dalam bahasa Spanyol. Meskipun istilah-istilah ini sering diterjemahkan sebagai "*negara hukum*" dalam bahasa Indonesia, sebenarnya masing-masing memiliki akar sejarah, budaya, dan konteks politik yang unik. Oleh karena itu, penting untuk memahami tidak hanya arti harfiah dari istilah tersebut, tetapi juga latar belakang dan makna filosofis yang menyertainya.

Latar Belakang dan Asal Usul "*Rule of Law*"

Konsep rule of law berasal dari tradisi hukum Anglo-Saxon, khususnya Inggris. Sejak zaman pertengahan, prinsip bahwa kekuasaan harus tunduk pada hukum telah menjadi bagian dari kebudayaan politik Inggris. Salah satu tonggak sejarah penting dalam perkembangan ini adalah penandatanganan Magna Carta pada tahun 1215, yang menandai lahirnya kesadaran bahwa bahkan raja sekalipun tidak berada di atas hukum. Gagasan ini kemudian berkembang dalam sistem konstitusional Inggris dan menginspirasi banyak negara lain, terutama Amerika Serikat, yang mengadopsi sistem hukum dan pemerintahan berdasarkan prinsip konstitusionalisme dan supremasi hukum.

Rule of law dalam tradisi Anglo-Saxon menekankan bahwa hukum berlaku secara umum dan sama bagi semua orang, termasuk bagi pejabat negara dan pemerintah itu sendiri. Hukum dianggap sebagai pelindung hak-hak individu, dan peradilan yang independen menjadi instrumen utama untuk menegakkan prinsip tersebut. Dengan kata lain, hukum tidak hanya menjadi alat kekuasaan, tetapi juga pembatas kekuasaan agar tidak disalahgunakan.

Tradisi Rechtsstaat di Benua Eropa

Berbeda dengan tradisi Anglo-Saxon, konsep Rechtsstaat yang berkembang di Jerman memiliki pendekatan yang sedikit berbeda. Istilah ini secara harfiah berarti "*negara hukum*" dan pertama kali muncul pada abad ke-19, pada masa ketika pemikiran liberal mulai berkembang di Jerman sebagai tanggapan terhadap absolutisme monarki. Dalam konteks ini,

Rechtsstaat mengandung makna bahwa negara harus dibatasi oleh hukum dalam menjalankan kekuasaannya, dan hukum itu sendiri harus dirumuskan secara rasional dan adil untuk melindungi kebebasan warga negara.

Pemikiran ini kemudian menyebar ke Negara-negara lain di Eropa, termasuk Italia dan Prancis. Di Italia, konsep ini dikenal sebagai Stato di diritto, sementara di Prancis disebut État de droit. Meskipun memiliki istilah yang berbeda-beda, semua konsep ini menekankan pentingnya pembatasan kekuasaan negara melalui hukum dan penegakan prinsip-prinsip keadilan yang rasional. Namun demikian, Rechtsstaat lebih menekankan pada pentingnya legalitas formal, yaitu bahwa tindakan negara harus berdasarkan hukum yang berlaku, sedangkan rule of law dalam tradisi Anglo-Saxon lebih mengedepankan prinsip keadilan substansial, seperti perlindungan terhadap hak-hak dasar manusia.

Perdebatan tentang Kesetaraan Konsep

Munculnya berbagai istilah dan pendekatan ini menimbulkan pertanyaan penting: apakah semua istilah tersebut *rule of law, Rechtsstaat, État de droit*, dan lainnya dapat dianggap setara dalam makna dan tujuan? Banyak akademisi dan praktisi hukum mencoba untuk menyamakan istilah-istilah ini ke dalam satu kategori besar yang disebut “negara hukum”, yaitu suatu sistem negara yang berdasarkan hukum, bukan kekuasaan sewenang-wenang. Namun, penyamaan ini tidaklah sederhana.

Perbedaan istilah tersebut mencerminkan keragaman budaya, sejarah politik, dan teori hukum yang membentuk masing-masing tradisi. Misalnya, sistem hukum di Inggris dan Amerika Serikat berbasis pada *common law* (hukum kebiasaan), sedangkan Negara-negara Eropa kontinental umumnya menggunakan sistem *civil law* (hukum tertulis). Perbedaan ini berpengaruh pada cara memahami dan menerapkan prinsip negara hukum.

Selain itu, dalam tradisi Anglo-Saxon, rule of law juga terkait erat dengan perlindungan hak-hak individu dan kebebasan sipil, yang sering kali dijamin oleh pengadilan melalui preseden yurisprudensi. Sebaliknya, dalam tradisi Eropa kontinental, perlindungan terhadap hak-hak individu biasanya dijamin oleh konstitusi dan hukum yang dirumuskan secara sistematis oleh lembaga legislatif. Oleh karena itu, meskipun semua istilah tersebut mengarah pada nilai-nilai yang sama seperti keadilan, kepastian hukum, dan pembatasan kekuasaan cara mencapainya berbeda-beda.

Kebangkitan Kembali Supremasi Hukum di Abad Modern

Setelah kejatuhan Sistem-sistem totaliter di Eropa Timur pada akhir abad ke-20, seperti runtuhnya Uni Soviet dan Negara-negara satelitnya, dunia Barat menyaksikan kebangkitan kembali prinsip-prinsip demokrasi dan supremasi hukum. Dalam konteks ini, supremasi hukum tidak hanya dipahami sebagai tatanan hukum formal, tetapi juga sebagai sistem yang menjamin dan melindungi hak-hak asasi manusia.

Banyak tokoh pemikir terkemuka seperti Ronald Dworkin dari Amerika Serikat, Jürgen Habermas dari Jerman, Ralf Dahrendorf dari Inggris, serta Norberto Bobbio dan Luigi Ferrajoli dari Italia, memandang bahwa hukum harus menjadi instrumen utama dalam melindungi martabat manusia. Menurut mereka, negara hukum yang sejati adalah negara yang menjadikan hak asasi manusia sebagai dasar legitimasi kekuasaan. Ini mencakup hak untuk

hidup, kebebasan pribadi, keamanan, kepemilikan, kebebasan berkontrak, serta hak-hak politik seperti kebebasan berpendapat dan hak memilih.

Pemikiran ini membawa kita pada sebuah era yang oleh Bobbio disebut sebagai "*zaman hak*", yaitu masa ketika hak-hak individu menjadi pusat dari sistem hukum dan politik. Dalam pandangan ini, tujuan utama dari sistem hukum bukan hanya untuk mengatur masyarakat, tetapi untuk memastikan bahwa setiap individu dihormati, dilindungi, dan diberdayakan oleh hukum. Negara tidak boleh semenamena atau mengorbankan hak-hak warga demi kepentingan kekuasaan atau stabilitas semata.

Filosofi Individualisme dalam Negara Hukum

Salah satu ciri penting dari perkembangan modern konsep negara hukum adalah munculnya filsafat politik yang berbasis pada individualisme, yaitu pandangan bahwa individu adalah pusat utama dalam sistem sosial dan politik. Dalam filosofi ini, hak, kebebasan, dan harapan setiap orang dianggap sebagai prioritas utama yang harus dijamin oleh negara.

Pendekatan individualis ini menolak berbagai teori lama yang mengutamakan kolektivisme atau kepentingan negara di atas individu. Teori-teori seperti utilitarianisme kolektivis (yang mengorbankan kepentingan individu demi kebaikan bersama), statisme (yang menempatkan negara sebagai pusat segala otoritas), atau organikisme sosial (yang melihat masyarakat sebagai satu kesatuan tak terpisahkan) tidak lagi dianggap memadai dalam menjawab tuntutan keadilan modern.

Sebaliknya, negara hukum yang berorientasi pada individu mengharuskan negara untuk membatasi dirinya dan bertindak hanya sejauh tidak melanggar hak-hak dasar warganya. Kebijakan publik, peraturan hukum, dan tindakan pemerintah harus selalu diuji melalui prinsip-prinsip keadilan yang berakar pada kebebasan dan martabat manusia.

Penyatuan Pandangan antara Anglo-Saxon dan Kontinental

Meskipun terdapat perbedaan historis dan kultural antara tradisi Anglo-Saxon dan Eropa kontinental dalam memahami negara hukum, perkembangan global akhir-akhir ini menunjukkan adanya titik temu yang semakin kuat. Kedua belah pihak kini sama-sama mengakui pentingnya perlindungan terhadap hak-hak individu sebagai fondasi utama dari legitimasi kekuasaan negara.

Hal ini terlihat dari berbagai reformasi konstitusional dan kebijakan hukum yang terjadi di banyak negara, yang menempatkan hak-hak asasi manusia di pusat sistem hukum. Di Eropa, misalnya, Mahkamah Hak Asasi Manusia Eropa memainkan peran penting dalam memastikan bahwa Negara-negara anggota Uni Eropa menaati standar hak asasi manusia yang tinggi. Di Amerika Serikat, Mahkamah Agung secara aktif menafsirkan Konstitusi untuk melindungi kebebasan individu dari campur tangan pemerintah yang berlebihan.

Meskipun demikian, penyatuan pendekatan ini tidak berarti meniadakan perbedaan. Masing-masing tradisi tetap memiliki sistem hukum, lembaga, dan prosedur yang berbeda. Namun, nilai-nilai yang menjadi dasar dari negara hukum seperti keadilan, kesetaraan, kebebasan, dan perlindungan hak telah menjadi bahasa universal yang melampaui batas negara dan budaya.

Kesimpulan

Negara Hukum sebagai Pilar Peradaban Modern

Kembalinya konsep "*negara hukum*" dalam diskursus global menunjukkan bahwa masyarakat dunia semakin sadar akan pentingnya hukum sebagai pelindung hak, kebebasan, dan martabat manusia. Dalam dunia yang semakin kompleks dan saling terhubung, tantangan terhadap hak asasi manusia, demokrasi, dan keadilan sosial menjadi semakin nyata. Oleh karena itu, prinsip negara hukum bukan hanya menjadi kebutuhan teoritis, tetapi juga keharusan praktis dalam membangun tata kelola yang adil dan berkelanjutan.

Negara hukum yang sejati bukan sekadar negara yang memiliki banyak undang-undang, tetapi negara yang menjadikan hukum sebagai alat untuk melindungi yang lemah, membatasi kekuasaan, dan memastikan bahwa setiap orang diperlakukan dengan hormat dan adil. Dalam era globalisasi dan transformasi digital saat ini, prinsip negara hukum juga harus mampu merespons isu-isu baru seperti keadilan digital, perlindungan data pribadi, hak atas akses informasi, dan partisipasi warga dalam pengambilan keputusan publik.

Dengan terus mengembangkan pemahaman yang kritis dan inklusif terhadap konsep negara hukum, kita dapat berharap bahwa hukum tidak lagi menjadi alat kekuasaan yang menakutkan, melainkan menjadi fondasi bagi kehidupan bersama yang damai, adil, dan bermartabat.

1.2 INTERPRETASI KONSTRUKTIVIS TERHADAP KONSEP ATURAN HUKUM

Konsep "*aturan hukum*" (rule of law) merupakan salah satu elemen penting dalam wacana hukum dan politik, terutama di dunia Barat. Istilah ini sering kali digunakan oleh para intelektual, politisi, dan jurnalis untuk menggambarkan karakteristik utama dari peradaban Barat yang dianggap unggul, serta sebagai tolok ukur perbandingan terhadap sistem hukum di wilayah lain, seperti dunia Islam dan tradisi Konfusianisme Tiongkok. Meskipun demikian, konsep ini masih sangat ambigu dan kontroversial secara teoritis. Banyak perdebatan yang muncul tentang makna, cakupan, serta relevansi dari "aturan hukum" dalam konteks yang berbeda-beda, baik dari segi historis maupun kelembagaan.

Secara umum, literatur yang membahas aturan hukum cenderung kurang memberikan definisi analitis yang jelas dan menyeluruh. Banyak penulis hanya menyajikan konsep ini secara normatif atau mengaitkannya dengan istilah-istilah lain seperti "negara hukum" (Rechtsstaat), "negara liberal", "negara demokrasi", atau "negara konstitusional". Padahal, istilah-istilah tersebut memiliki basis teori dan praktik yang tidak selalu identik. Di dunia akademik Eropa kontinental, buku-buku teori politik dan kamus ensiklopedis jarang menyelidiki secara mendalam tentang perbedaan dan kesamaan antara konsep-konsep tersebut. Sementara itu, dalam tradisi Anglo-Saxon, pembahasan tentang rule of law sangat terikat pada sejarah konstitusional Inggris dan pemikiran klasik dari tokoh seperti Albert Venn Dicey. Dicey mengidentifikasikan aturan hukum dengan tiga prinsip utama: supremasi hukum, persamaan di hadapan hukum, dan perlindungan hak asasi manusia melalui pengadilan.

Namun, sebagaimana dikemukakan oleh Carl Schmitt pada awal tahun 1930an, konsep Rechtsstaat atau negara hukum bersifat sangat fleksibel dan sering kali dimanipulasi secara

ideologis. Schmitt menilai bahwa istilah ini dapat digunakan oleh siapa pun baik untuk membenarkan maupun menentang suatu rezim politik karena maknanya yang kabur dan penuh muatan nilai. Hal yang sama juga diamati oleh Fernando Garzoni di Italia, yang mengeluhkan tentang ambiguitas dan lenturnya konsep Stato di diritto. Ia menyatakan bahwa justru karena kelenturannya, istilah ini dapat dengan mudah dipakai oleh berbagai pihak dengan tujuan ideologis masing-masing, bahkan oleh para teoritikus Sosialisme Nasional Jerman dan Fasisme Italia seperti Otto Koellreutter, Heinrich Lange, dan Sergio Panunzio.

Mengingat hal tersebut, menjadi tidak realistis untuk mencari definisi "aturan hukum" yang netral secara ideologis dan memiliki makna tunggal. Dalam pandangan konstruktivis, sebuah pendekatan yang berasal dari epistemologi konvensionalisme kognitif dan pragmatisme, yang penting bukanlah kepastian semantik dari suatu konsep, melainkan kegunaannya dalam memahami dan memecahkan masalah di dunia nyata. Oleh karena itu, alihalih berupaya membuat definisi yang kaku, pendekatan konstruktivis menawarkan interpretasi yang koheren, kontekstual, dan komunikatif mengenai konsep aturan hukum.

Dengan mendasarkan pendekatan ini pada "epistemologi yang lemah", sebagaimana dikemukakan dalam teori sosial kontemporer, maka tugas utama bukanlah menjelaskan konsep secara definitif, tetapi membangun pemahaman interpretatif yang koheren. Ini berarti bahwa konsep "aturan hukum" dipahami sebagai hasil dari proses konstruksi sosial, yang memiliki keterkaitan erat dengan konteks historis, politik, dan kelembagaan di mana ia digunakan. Interpretasi semacam ini tentu bersifat selektif dan tentatif, karena melibatkan pemilihan terhadap pengalaman historis dan teori hukum tertentu yang dianggap relevan dalam membentuk pemahaman yang menyeluruh.

Dalam konteks ini, sejarah eksternal dari konsep aturan hukum menjadi lebih relevan dibandingkan dengan sejarah internalnya. Sejarah eksternal merujuk pada perkembangan teoritis dan institusional yang membentuk kerangka besar bagi lahirnya konsep ini, mulai dari pemikiran klasik liberal seperti John Locke, Montesquieu, Immanuel Kant, Cesare Beccaria, Wilhelm von Humboldt, hingga Benjamin Constant. Para pemikir ini memberikan kontribusi penting dalam membentuk prinsip-prinsip dasar dari rule of law, seperti pembatasan kekuasaan, penghormatan terhadap hak individu, serta perlunya institusi yang menjamin keadilan dan kesetaraan di hadapan hukum.

Di sisi lain, sejarah internal seperti perkembangan sistem hukum di Inggris atau Jerman, meskipun penting, tidak mencerminkan keseluruhan proses pembentukan konsep ini secara global. Oleh karena itu, pendekatan konstruktivis lebih menekankan pada lintasan sejarah eksternal yang mencakup berbagai pengalaman politik seperti perang saudara Inggris pada abad ke-17, Revolusi Amerika, Revolusi Prancis, pembentukan Kekaisaran Jerman, serta institusi-institusi dalam Republik Ketiga Prancis. Setiap peristiwa tersebut memberikan kontribusi terhadap penguatan prinsip rule of law dalam berbagai bentuknya.

Namun, interpretasi ini juga harus selektif dalam menentukan pengalaman sejarah mana yang relevan dan layak dijadikan referensi. Misalnya, fakta bahwa konsep rule of law dikembangkan di Amerika Utara dalam konteks kolonialisme, genosida terhadap penduduk asli, dan keberlangsungan praktik perbudakan tidak dapat diabaikan. Ini menunjukkan bahwa

penerapan prinsip-prinsip rule of law tidak selalu bersih dari kontradiksi dan ketidakadilan. Oleh karena itu, konstruktivisme tidak hanya menawarkan pemahaman teoritis, tetapi juga membuka ruang untuk kritik terhadap ketimpangan dan penyimpangan yang mungkin muncul dalam penerapan prinsip-prinsip hukum.

Lebih lanjut, perlu dicatat bahwa pada era Nazi, beberapa pemikir hukum Jerman bahkan mencoba mengadaptasi konsep rule of law dalam kerangka negara totaliter. Mereka menciptakan istilah nationaler Rechtsstaat, yaitu negara hukum nasional yang didasarkan pada hukum sebagai alat normatif umum dan abstrak, sambil tetap menjamin independensi pengadilan secara formal. Konsep ini menunjukkan bahwa bahkan dalam sistem politik otoriter, prinsip rule of law dapat digunakan untuk memberikan legitimasi, meskipun isinya telah mengalami distorsi yang jauh dari semangat aslinya.

Dalam kerangka ini, pendekatan konstruktivis juga memungkinkan kita untuk mengkritisi pengalaman dan doktrin konstitusional yang hanya merujuk pada supremasi hukum secara formal, tanpa memberikan kontribusi teoritis yang substantif. Misalnya, karya Vittorio Emanuele Orlando di Italia, yang banyak dipengaruhi oleh model Jerman dan berfokus pada negara sebagai pusat hukum, tidak menampilkan orisinalitas dalam gagasan rule of law. Ini menunjukkan bahwa tidak semua teori atau pengalaman institusional yang mengklaim menjunjung aturan hukum benar-benar mencerminkan nilai-nilai dasar yang terkandung dalam konsep tersebut.

Kesimpulannya, interpretasi konstruktivis terhadap konsep aturan hukum menekankan pentingnya memahami konsep ini sebagai produk historis dan sosial yang terus berkembang. Pendekatan ini menolak definisi yang rigid dan netral, serta menekankan pada koherensi naratif, relevansi historis, dan konteks kelembagaan dalam menjelaskan prinsip rule of law. Dengan demikian, aturan hukum tidak lagi dilihat sebagai konsep yang statis dan universal, melainkan sebagai suatu kerangka normatif yang terus dibentuk oleh dinamika sosial, politik, dan historis. Pemahaman ini membuka ruang bagi refleksi kritis dan pembaruan teoritis terhadap cara kita memandang hukum dalam kehidupan masyarakat modern.

Dalam praktiknya, pemikiran konstruktivis ini dapat membantu kita menilai dengan lebih tajam bagaimana hukum berfungsi di berbagai negara dan konteks. Ia memungkinkan kita untuk bertanya: apakah hukum yang ada benar-benar menjamin keadilan substantif? Apakah lembaga-lembaga yang mengklaim beroperasi atas dasar rule of law benar-benar menjunjung nilai-nilai dasar dari prinsip tersebut, seperti keadilan, kesetaraan, dan kebebasan individu? Ataukah justru sebaliknya, mereka menggunakan jargon rule of law sebagai pembungkus legitimasi bagi sistem yang tidak demokratis atau bahkan opresif?

Dengan mempertimbangkan berbagai dinamika tersebut, pendekatan konstruktivis tidak hanya berguna bagi para akademisi, tetapi juga bagi para pembuat kebijakan dan aktivis masyarakat sipil yang ingin membangun sistem hukum yang lebih adil, inklusif, dan partisipatif. Rule of law bukan hanya tentang kepatuhan terhadap hukum yang tertulis, tetapi juga tentang nilai-nilai yang mendasari pembentukan hukum tersebut, bagaimana hukum diberlakukan, serta siapa yang mendapat manfaat atau dirugikan dari sistem hukum yang berlaku. Oleh karena itu, pemahaman yang mendalam dan kritis terhadap rule of law harus menjadi bagian

integral dalam pembangunan hukum dan demokrasi yang berkelanjutan.

Sebagai penutup, interpretasi konstruktivis terhadap aturan hukum mengajak kita untuk melihat hukum bukan sebagai sistem yang tertutup dan terlepas dari realitas sosial, melainkan sebagai arena perjuangan normatif yang terus menerus. Dalam arena ini, berbagai kekuatan baik ideologis, historis, maupun institusional saling berinteraksi dan saling mempengaruhi dalam menentukan bagaimana hukum didefinisikan, diimplementasikan, dan dipertahankan. Dengan cara pandang ini, kita diajak untuk tidak hanya menerima hukum sebagaimana adanya, tetapi juga berupaya memahami, mengkritisi, dan membentuknya agar lebih mencerminkan prinsip-prinsip keadilan dan kemanusiaan yang sejati.

1.3 PENGALAMAN SEJARAH TENTANG ATURAN HUKUM

Pengalaman sejarah mengenai aturan hukum menggambarkan bagaimana berbagai tradisi dan negara telah merumuskan kerangka norma dan kelembagaan untuk menjamin hak individu serta membatasi kekuasaan politik agar tidak bertindak sewenang-wenang. Dalam kerangka interpretatif ini, terdapat empat pengalaman sejarah utama yang dikategorikan sebagai “sejarah eksternal” aturan hukum: pertama, aturan hukum Inggris (rule of law); kedua, versi Amerika Utara (*rule of law* ala AS); ketiga, Rechtsstaat Jerman; dan keempat, État de droit Prancis. Keempat pengalaman historis tersebut memberikan beragam elemen teoritis yang, jika disatukan, membentuk model umum aturan hukum modern. Model ini merepresentasikan struktur normatif negara modern yang menempatkan sistem hukum sebagai lembaga kunci dalam menjamin hak individu, menekan kekuasaan politik yang terlalu luas, serta memastikan tindakan negara tunduk pada hukum bukan semata-mata pada politik atau pemerintahan sehari-hari.

1. Aturan Hukum Inggris (*Rule of Law*)

Pada tahun 1867, William Edward Hearn menulis kalimat yang mengandung kekuatan metaforis sangat kuat: "angin dan hujan dapat memasuki gubuk orang miskin, tetapi tidak raja." Ungkapan itu menggambarkan prinsip dasar rule of law di Inggris, yaitu bahwa setiap orang, tanpa kecuali, tunduk pada hukum bahkan sang raja dan hukum tersebut ditegakkan oleh pengadilan umum, bukan lembaga khusus. Albert Venn Dicey kemudian mengukuhkan konsep ini dalam Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Ia merumuskan tiga "prinsip panduan" utama. Pertama, kesetaraan hukum individu tanpa diskriminasi berdasarkan status sosial atau ekonomi setiap orang sama di depan hukum. Meskipun Inggris pada masa itu masih sangat berbeda secara sosial, secara hukum semua warga, mulai dari petani miskin hingga bangsawan dan pegawai negeri, tunduk pada sistem hukum umum (common law), terutama dalam perkara kriminal dan properti.

Prinsip kedua menyoroti sinergi antara Parlemen dan peradilan. Parlemen, yang terdiri atas Mahkota, Dewan Bangsawan, dan Dewan Rakyat, memiliki kedaulatan legislatif, sedangkan pengadilan umum mempraktikkan hukum berdasarkan preseden dari yurisprudensi mereka sendiri. Preseden merupakan keputusan-keputusan pengadilan sebelumnya yang menjadi acuan. Meskipun Parlemen adalah pembuat undang-undang tertinggi, interpretasi yang dilakukan oleh hakim memiliki peran signifikan dalam memberikan

makna konkret terhadap undang-undang mewujudkan realitas hukum yang seutuhnya. Dicey mencatat bahwa meski Parlemen bebas membuat undang-undang, hakim menginterpretasikan undang-undang tersebut dan dipengaruhi oleh koteks rasa hukum umum serta tradisi judicial yang sudah berkembang. Hal ini menunjukkan bahwa kekuasaan legislatif dan paraskekuasaan yudikatif bekerja sama dalam menciptakan, menafsirkan, dan menegakkan hukum.

Prinsip ketiga adalah perlindungan terhadap hak individu, termasuk kebebasan dan hak milik, melalui pengadilan umum. Dari Magna Carta (1215) hingga habeas corpus (melindungi hak bebas penahanan) dan Bill of Rights (1689), perlindungan ini lebih sering diwujudkan lewat keputusan pengadilan ketimbang tindakan legislatif murni. Contoh kasus penting adalah Bonham's Case (1610), di mana Edward Coke berargumen bahwa seorang hakim umum akan membatalkan undang-undang Parlemen jika dianggap bertentangan dengan hak akal sehat. Prinsip ini menunjukkan keberanian pengadilan umum dalam menolak undang-undang yang melanggar hak dasar. Dua abad kemudian, Dicey menegaskan bahwa pengadilan memiliki tugas untuk mempertahankan supremacy of common law, bahkan menghadapi Parlemen.

Dengan demikian, rule of law di Inggris tidak hanya menentang penyalahgunaan kekuasaan eksekutif, tetapi juga memberikan perlindungan hak melalui proses yudisial yang independen. Pengadilan umum menegakkan kepastian hukum, menolak sanksi berlebihan, melawan penerapan retroaktif dalam pidana, dan mempertahankan hak milik. Berbeda dari Negara-negara kontinental Eropa yang menggunakan konstitusi tertulis dan hakim sebagai pejabat negara, Inggris membangun sistem hukum yang bergantung pada tradisi tidak tertulis, preseden, dan kebiasaan yang berkembang dari Magna Carta hingga Revolusi 1689. Karakteristik ini menegaskan bahwa rule of law di Inggris bukanlah proses yuridisasi negara, melainkan evolusi institusional dan normatif yang berbasis pada tradisi sipil dan hukum umum.

2. Versi Aturan Hukum Amerika Utara

Para pendiri Amerika Serikat (AS), seperti Alexander Hamilton, James Madison, Thomas Jefferson, dan Thomas Paine, mengambil inspirasi dari tradisi normatif Inggris. Dicey bahkan menganggap konstitusi AS sebagai contoh aturan hukum yang paling murni dari penerapan rule of law ala Inggris. Anggapan ini muncul karena kuatnya peran peradilan dalam melindungi individu dari penyalahgunaan kekuasaan eksekutif, sebuah prinsip yang kurang diarahkan secara eksplisit oleh Inggris tetapi menjadi inti pada eksperimen hukum AS.

Berbeda dengan Inggris, AS menetapkan konstitusi tertulis dan melaksanakan federalisme membagi kekuasaan antara pemerintah federal dan negara bagian. Dalam tradisi ini muncul Bill of Rights, sepuluh amandemen pertama yang diadopsi pada tahun 1791, yang mengembalikan perlindungan terhadap hak-hak individu. Walaupun Bill of Rights baru diratifikasi setelah Konstitusi berlaku, pendiri republik AS menggunakan filosofi hukum alam sebagai dasar supremasi hukum bahwa hak-hak dasar adalah hak alamiah dan tidak dapat dicabut oleh legislatif.

Thomas Jefferson dan Thomas Paine membawa semangat demokrasi revolusioner Prancis ke dalam pemikiran politik AS, meskipun arah moderat liberal yang dipimpin Hamilton dan Madison lebih dominan. Dalam konteks supremasi hukum, konstitusi tertulis AS tidak

hanya membatasi eksekutif seperti di Inggris, tetapi juga menempatkan Parlemen Federal di bawah batasan yang ketat. Inilah karakteristik utama rule of law ala AS: tidak hanya kekuasaan eksekutif yang dibatasi, tetapi legislatif pun mendapat penjagaan dari hakim. Mahkamah Agung, sejak keputusan landmark Marbury v. Madison (1803), diberikan hak judicial review kemampuan untuk membatalkan undang-undang jika bertentangan dengan Konstitusi.

Kasus Marbury v. Madison menjadi tonggak penting. Dalam kasus ini, Mahkamah Agung menegaskan dirinya sebagai pengawal konstitusi, memperkenalkan judicial review, dan menempatkan hakim sebagai pengendali kekuasaan legislasi federal. Dengan kata lain, hakim menjadi penjaga konstitusi tertulis dan hak individu, bukan hanya pengikut hukum umum. Hal ini membuka jalan bagi sistem keseimbangan kekuasaan (*checks and balances*) yang menjadi ciri khas sistem politik AS.

Walaupun rule of law AS masih berakar pada tradisi Inggris, ada dua perbedaan mendasar. Pertama, adanya konstitusi tertulis yang kaku membuat proses perubahan norma lebih sulit dan kurang fleksibel dibanding Inggris. Kedua, hakim memiliki peran institusional secara formal dalam meninjau undang-undang, sebuah perbedaan yang signifikan dari sistem Inggris di mana tidak ada judicial review atas tindakan legislatif. Konstitusi AS pun dirancang untuk melindungi individu dari kejahatan populer, seperti tirani mayoritas, melalui tata kelola hukum dan pengawasan yudisial yang kuat, sebagaimana dijelaskan oleh Alexis de Tocqueville dalam Democracy in America.

Rezim Amerika juga melejitkan gagasan bahwa hakim memiliki keahlian profesional teknis untuk menafsirkan konstitusi dan melindungi hak secara netral dan transnasional tanpa terlibat politik praktis sehari-hari. Interpretasi ini memisahkan legalitas dari politik, menjadikan hakim sebagai pelindung abadi terhadap potensi kelebihan kekuasaan legislatif dan eksekutif.

3. Rechtsstaat Jerman

Berbeda dengan Inggris dan AS, tradisi hukum Jerman (*Rechtsstaat* yang secara harfiah berarti "negara hukum") berkembang dari doktrin hukum positif dan Wissenschaft des Recht pendekatan ilmiah pada hukum yang menekankan pentingnya undang-undang tertulis. Tokohtokoh besar seperti Friedrich Carl von Savigny, Georg Friedrich Puchta, dan Rudolf von Jhering mengembangkan sistem hukum yang sangat sistematis dan codified.

Pada awal abad ke-19, Jerman tidak memiliki negara modern terpusat melainkan ratusan negara kecil. Ketika proses unifikasi dengan Reichstag Bismarck dan Kaisar Wilhelm I berlangsung, maka dikodifikasikannya *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, Kitab Undang-undang Perdata Jerman) menjadi simbol utama Rechtsstaat. BGB secara sistematis mengatur hak individu dan sistem kekuasaan negara. Prinsip kedaulatan hukum diwujudkan dalam adanya lembaga peradilan administrasi yang independen (*Materialjustiz*) dan sistem pengawasan peradilan (*Judicial control*) terhadap tindakan pemerintah.

Rechtsstaat menekankan several prinsip: legalitas (*spirit of legality*), kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), dan perlindungan hak-hak manusia. Sultan legalitas berarti semua tindakan negara harus didasarkan pada undang-undang formal dan jelas. Kepastian hukum menjamin bahwa warga dapat memahami hak dan kewajibannya. Perlindungan hak manusia muncul lewat peradilan administratif: individu dapat menggugat tindakan pemerintah yang merugikan

kepentingan public misalnya penggusuran tanah dan diselesaikan oleh pengadilan yang netral.

Keistimewaan Rechtsstaat adalah bahwa interpretasi hukum dikembalikan kepada lembaga peradilan melalui proses ilmiah dan sistematis. Hakim dan pengacara dilatih secara akademis dengan metode eksak, sehingga kekuasaan legislatif tidak memiliki porsi dominan dalam menafsirkan undang-undang. Paradigma ini membedakan Rechtsstaat dari rule of law Inggris yang banyak berkembang lewat preseden tidak tertulis dan interpretasi fleksibel.

4. État de Droit Prancis

Pengalaman Prancis dalam mengembangkan aturan hukum *État de droit* terpengaruh oleh pengalaman Revolusi 1789 dan filosofi Pencerahan. Doktrin ini menekankan terciptanya suatu negara yang tunduk pada hukum, di mana hukum adalah cerminan dari kehendak umum (*volonté générale*), dan semua warga negara tunduk dan dilindungi oleh ketentuan universal yang disusun oleh perwakilan terpilih.

État de droit berbeda dari Rechtsstaat karena menempatkan Parlemen (atau badan legislatif) sebagai penguasa utama dalam merumuskan hukum sesuai dengan prinsip kedaulatan rakyat ala Rousseau. Hukum tidak hanya membatasi kekuasaan, melainkan juga mengekspresikan kehendak rakyat secara kolektif. Fungsi peradilan diatur secara administratif dan teknis; hakim adalah bagian dari Administrasi Negara dan tidak memiliki independence judicial yang sama seperti di Inggris atau Jerman. Hal ini mengubah État de droit menjadi model yang menempatkan peradilan sebagai pelaksana hukum negara yang disahkan badan politik.

Revolusi Prancis memperkenalkan berbagai instrumen hukum prosedural dan administratif: *Conseil d'État* sebagai pengadilan administratif tertinggi, dan Cour de cassation sebagai pengadilan kasasi tertinggi dalam matters perdata dan pidana. Namun, hak-hak individu seperti kebebasan, hak milik, kesetaraan dijamin dalam *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), dan diadaptasi terus sejak itu. Fungsinya dibawa melalui mekanisme politik, bukan yudisial. Parlemen mengesahkan hukum sebagai perwakilan kehendak umum, sementara hakim menerapkan hukum secara administratif dan teknis.

Rangkaian reformasi hukum Prancis selama abad ke-19 dan ke-20 seperti codifikasi sistem perdata dan pidana, modernisasi *Conseil d'État*, serta perlindungan hak-hak dasar (misalnya, hak atas proses hukum) membentuk kerangka yang menyatu antara kedaulatan hukum dan legitimasi politik. *État de droit* memiliki keunggulan dalam menjaga kesinambungan nilai-nilai Revolusi, namun juga kritik karena hakim dan yudikatur kurang memiliki independensi dari pengaruh politik mengenai interpretasi hukum.

Model Umum Aturan Hukum sebagai Kesimpulan

Melalui telaah pengalaman Inggris, AS, Jerman, dan Prancis, terlihat bahwa model umum aturan hukum (*rule of law*) memiliki elemen inti yang konsisten dibandingkan keempat tradisi tersebut, meskipun dengan varian kelembagaan yang berbeda:

- Kepastian hukum (*legal certainty*): Hukum harus jelas, dapat diperoleh aksesnya oleh publik, serta dapat dipahami agar individu tahu hak dan kewajibannya.
- Kesetaraan di hadapan hukum (*equality before the law*): Setiap warga negara, tanpa membedakan status dan kekayaan, diperlakukan sama dalam sistem hukum.

- Perlindungan hak–hak dasar: Termasuk kebebasan individu, hak milik, hak atas proses hukum yang adil dan tidak sewenang-wenang.
- Pembatasan kekuasaan negara: Hukum sebagai pembatas kekuasaan eksekutif, legislatif, dan administratif agar tidak bertindak di luar ketentuan legal ini diwujudkan lewat lembaga peradilan independen (Inggris, AS, Jerman) ataupun prosedur konstitusional (Prancis).
- Struktur kelembagaan hukum: Ada variasi: sistem tidak tertulis dan berbasis preseden (Inggris), sistem tertulis dan hakim berwenang melakukan judicial review (AS, Jerman), hingga sistem administratifpolitik di bawah prinsip kehendak umum (Prancis).

Keempat tradisi ini, jika diintegrasikan, memberikan kerangka yang lebih kuat daripada sekadar meniru model tertentu. Dalam konteks modern, rule of law tidak berarti bahwa suatu negara harus mengadopsi seluruh struktur Inggris, seluruh konstitusi AS, atau seluruh Rechtsstaat Jerman secara tunggal, melainkan bahwa negara modern dapat membangun struktur normatif yang menggabungkan nilai tradisi, kontitusi tertulis, judicial review, preseden hukum, dan proses legislatif demokratik.

Pentingnya Penerapan Prinsip dalam Konteks Global

Memahami perbedaan model aturan hukum ini amat berguna bagi negara berkembang seperti Indonesia, yang di satu pihak memiliki sistem hukum campuran warisan kolonial dan adat, serta kebutuhan akan konstitusi kuat, hakim independen, dan budaya hukum yang berkembang. Negara modern dapat membangun sistem kelembagaan yang unggul, misalnya dengan memperkuat judicial review, menegakkan standar prosedural dalam pengambilan keputusan administratif, dan mendukung budaya preseden yang sehat dalam yurisprudensi nasional.

Contoh konkret nyata adalah penggunaan uji materi dalam Mahkamah Konstitusi Indonesia untuk membatasi kekuasaan legislasi, serta peran Mahkamah Agung dalam menjaga preseden hukum pemidanaan dan hak pihak terdakwa. Upaya reformasi yudisial (*justice reform*) dan pelembagaan kode etik hakim menjadi bagian dari implementasi model aturan hukum berbasis prinsip-prinsip universal ini.

Rechtsstaat

Sejauh pengetahuan kita, ungkapan Rechtsstaat pertama kali digunakan pada tahun 1830an oleh Robert von Mohl, dalam risalahnya *Die Polizeiwissenschaft nach* den *Grundsätzen des Rechtsstaates*, yang menyatakan bahwa kebebasan individu, pada saat itu, sudah dipandang sebagai tujuan utama tindakan negara. Namun, Rechtsstaat sebenarnya didirikan di Jerman selama Restorasi, yang menyusul pemberontakan tahun 1848, dan merupakan lambang kompromi antara doktrin liberal, yang didukung oleh kaum borjuis, dan ideologi otoriter yang didukung oleh kekuatan konservatif, terutama monarki, aristokrasi pedesaan, dan birokrasi militer tingkat tinggi. Selama periode yang mencakup Kekaisaran pertama dan kedua, kompromi kelembagaan didukung secara teoritis, melalui instrumen doktrinal yang sangat kaya dan canggih, oleh para ahli hukum publik Jerman, yang diwakili khususnya oleh Georg Jellinek, Otto Mayer, dan Rudolf von Jhering.

Dengan mengambil inspirasi dari Kant dan Humboldt, doktrin semacam itu

menyandingkan Rechtsstaat dengan negara absolut dan negara polisi, dan menguraikan kembali dalam istilah hukum positif sesuai dengan “metode hukum” elemen-elemen utama pemikiran liberal klasik, khususnya perlindungan publik terhadap hak asasi manusia dan “pemisahan kekuasaan”. Evaluasi ulang Jerman terhadap prinsip-prinsip liberal tersebut mengarah pada perumusan teori terkenal tentang “hak publik subjektif” yang dikemukakan oleh Jellinek dan pada keutamaan hukum sebagai sistem aturan yang impersonal, abstrak, umum, dan tidak berlaku surut.

Teori “hak publik subjektif” tidak diragukan lagi merupakan konsepsi hak yang bersifat statis. Kewenangan kedaulatan negara keseimbangan antara prinsip monarki dan fungsi perwakilan Parlemen yang menetapkan hak-hak individu dengan menjadi “pembatasan diri”. Sumber hak-hak individu bukanlah kedaulatan rakyat, seperti yang diteorikan oleh Revolusioner Prancis: Satu-satunya sumber hukum yang asli dan positif adalah kekuatan pembuat hukum negara bangsa, yang melaluinya identitas spiritual rakyat diekspresikan. Bukanlah suatu kebetulan, seperti yang digarisbawahi secara kritis oleh Carl Schmitt, bahwa doktrin dan praktik konstitusional Jerman, mengikuti jejak Kant, membatalkan “hak perlawanan” dari daftar kebebasan individu. Karena tidak adanya konstitusi yang kaku yang cukup umum dalam konstitusionalisme Eropa abad ke-1942 kekuasaan legislatiflah yang memutuskan dan mengatur pemberian hak-hak individu.

Hak-hak berada di bawah kendali eksklusif kekuasaan legislatif berdasarkan “reservasi undang-undang”. Sikap antikontraktualis semacam itu, yang jauh lebih dekat dengan konstitusionalisme Inggris daripada Prancis, tidak diragukan lagi meredakan kekhawatiran kaum moderat dan, sangat mungkin, juga kaum konservatif. Namun, hal itu juga mengungkapkan kecenderungan yang mengakar dari pemikiran konstitusional Jerman: kebutuhan, yang dipengaruhi oleh pemikiran historisisme dan antihukum alam Savigny dan Puchta, untuk sekularisasi yang ketat baik terhadap sistem hukum maupun hak-hak individu. Asal usul prapolitik dan sifat keagamaan (transenden, universalis, dan berbasis hukum alam) dari kebebasan individu, yang didukung oleh kontraktualisme John Locke, tidak diakui.

Aksioma kedua Rechtsstaat, yaitu keutamaan hukum, tercermin dalam "asas legalitas" (*Gesetzmässigkeit*), yang menurutnya seperangkat aturan yang ditetapkan oleh Parlemen harus dihormati secara ketat oleh kekuasaan eksekutif dan yudikatif agar tindakan mereka sah. Subordinasi ganda terhadap keutamaan hukum tersebut secara tegas dianggap sebagai pertahanan yang paling efektif terhadap penyalahgunaan kekuasaan politik dan jaminan tertinggi bagi perlindungan hak-hak individu.

Teori aturan hukum tersebut gagal memperhitungkan potensi penggunaan kekuasaan legislatif secara sewenang-wenang, karena teori tersebut mengasumsikan adanya kesesuaian yang sempurna antara keinginan negara, legalitas, dan legitimasi moral; lebih jauh lagi, kepercayaan warga negara terhadap kesesuaian tersebut dianggap sebagai hal yang wajar. Rechtsstaat Jerman dengan demikian dianggap kosong secara hukum, sebagai “negara tautologis”, prosedural, dan sekadar “negara hukum”. Rechtsstaat tampaknya tidak lain adalah “hukum negara” (*Staatsrecht*), yang dicirikan oleh konsep hukum yang murni teknis dan formal (umumnya dan abstraknya norma).

Terpisah dari referensi apa pun terhadap nilai-nilai etika dan konten politik, dan tidak tunduk pada kontrol yurisdiksi atas konstitusionalitasnya, hukum negara tersebut tampaknya secara paradoks sewenang-wenang: sic volo, sic jubeo. Namun, Carl Schmitt sendiri, seorang kritikus keras Rechtsstaat, mengakui bahwa prosedur legislatif, dengan mekanisme ikatan dan penyeimbangnya yang rumit, memberikan jaminan signifikan terhadap moderasi dan perlindungan subjek individu terhadap kemungkinan penyalahgunaan hukum. Melampaui formalisme hukum dan "agama hukum ketetapan" apa pun, perlindungan kebebasan dan hak milik memang merupakan "isi material" baik pada tingkat politik maupun ideologis dari Rechtsstaat Jerman.

État de droit

Di Prancis, teori eksplisit tentang *État de droit* dirumuskan sangat terlambat. Teori ini pertama kali dikemukakan oleh Raimond Carré de Malberg selama Republik Ketiga, pada dekade awal abad kedua puluh. Tidak seperti Dicey, yang telah menggagas gagasan tentang supremasi hukum secara independen dari gagasan Rechtsstaat, Carré de Malberg dipengaruhi oleh pengalaman Jerman dan, sebagian, oleh pengalaman Amerika Serikat. Faktanya, dapat dikatakan bahwa, sementara Dicey telah merekonstruksi tradisi konstitusional Inggris dengan mengklaim otonomi dan keunggulannya, Carré de Malberg tampaknya khawatir tentang pengakuan keunggulan doktrin Jerman dan AS atas hukum publik Prancis: pada dasarnya, ia mencoba sintesis teoretis antara kedua pengalaman ini untuk diterapkan pada lembaga-lembaga Prancis. Selain itu, sementara Dicey dan para ahli teori Jerman tentang Rechtsstaat telah mengajukan teori mereka berdasarkan pengalaman sejarah yang efektif tentang "aturan hukum", Carré de Malberg mengusulkan modelnya tentang État de droit sebagai alternatif terhadap realitas konstitusionalisme Prancis, dengan mengkritik keras lembaga-lembaga Republik Ketiga itu sendiri.

Seperti para ahli hukum liberal Jerman, Carré de Malberg percaya bahwa perlindungan hak-hak individu terhadap potensi kesewenang-wenangan negara adalah tujuan utama dari Etat de droit yang, untuk tujuan ini, harus "membatasi diri" kekuasaan kedaulatannya dengan mengikatnya untuk menghormati aturan-aturan umum dan erga omnes (terhadap semua orang) yang berlaku. Namun, Carré de Malberg berpendapat bahwa perlindungan hak-hak memerlukan penilaian ulang yang mendalam terhadap tradisi konstitusional Prancis, termasuk pemeriksaan kritis terhadap Revolusi itu sendiri. Ia mengklaim bahwa lembaga-lembaga publik di Perancis didominasi oleh kemahakuasaan Parlemen, yang tampaknya mewarisi hak monopoli atas kedaulatan negara dari absolutisme monarki, dan ini merupakan bahaya terbesar bagi kebebasan rakyat Perancis.

Di Prancis, ekspresi paling dinamis dari teori revolusioner adalah gagasan kedaulatan rakyat (atau nasional), yang menurutnya Parlemen dianugerahi keutamaan absolut berkenaan dengan kekuasaan negara lainnya, karena Parlemen adalah Satu-satunya badan yang dapat mengklaim pelantikan rakyat secara langsung. "Hukum" telah dipahami, sejalan dengan pemikiran Rousseau, sebagai ekspresi kehendak umum bangsa, yang ketentuannya secara ketat mengikat kekuasaan eksekutif. Mengenai kekuasaan yudikatif, dalam deklarasi hak-hak dan teks-teks konstitusional Revolusi Prancis, hakim telah menjadi objek peraturan negatif

secara eksklusif: hakim tidak boleh mencampuri pelaksanaan kekuasaan legislatif dan tidak dapat menangguhkan penegakan hukum.

Ketidakpercayaan terhadap hakim seperti itu, yang dapat dijelaskan mengingat peran yang dimainkan oleh para hakim rezim kuno, membuat sistem konstitusional Prancis sangat berbeda dari model Inggris dan AS. Lebih jauh, gagasan Rousseau tentang kedaulatan rakyat yang tidak dapat dicabut dan tidak dapat dicabut telah menyebabkan seorang penulis ternama seperti EmmanuelJoseph Sieyès membuat perbedaan yang terkenal antara pouvoir constituant dan pouvoirs constitués. Kekuasaan konstituen dimaksudkan sebagai pembuat undang-undang kolektif yang hebat, yang mendefinisikan nilai-nilai dan prinsip-prinsip, serta menetapkan aturan-aturan yang menjadi dasar komunitas politik. Kekuasaan ini merupakan kekuasaan prahukum, yang tidak dipadamkan oleh tindakan awal yang mengarah pada munculnya negara dan "kekuasaan konstitusionalnya".

Tidak seperti kekuasaan semacam itu, yang merupakan kekuasaan terbatas, kekuasaan konstituen memiliki kekuatan yang tidak terbatas dan tidak ada habisnya, bebas dari batasan normatif yang diberlakukan oleh konstitusi. Pasal 28 Deklarasi Hak Asasi Manusia tahun 1793, misalnya, secara sangat eksplisit menetapkan bahwa rakyat selalu berhak untuk meninjau, mereformasi, dan mengubah konstitusi mereka dan bahwa tidak ada generasi yang terikat oleh hukum yang dibuat oleh generasi sebelumnya.

Voluntarisme normatif dari doktrin demokrasi radikal semacam itu membawa dua konsekuensi penting: pertama, Parlemen secara bersamaan cenderung bertindak dalam kapasitas kekuasaan konstituen dan kekuasaan konstitusi, dengan demikian mengasumsikan hak prerogatif kedaulatan. Secara khusus, ia mengklaim hak permanen untuk meninjau konstitusi, serta kekuasaan revisi yang tidak terbatas, setara dengan kekuasaan konstituen. Kedua, ada kecenderungan konstitusional yang jelas untuk menolak secara tegas gouvernement des juges, yaitu menolak kekakuan konstitusional dan kontrol yudisial atas legitimasi konstitusional hukum biasa.

Carré de Malberg dengan keras menyerang tradisi Jacobin tersebut dan menegakkan pemahaman tentang supremasi hukum, yang menyerahkan semua kekuasaan, termasuk kekuasaan legislatif, kepada hukum. Parlemen harus dipandang sebagai kekuasaan yang hanya dibentuk bukan sebagai kekuasaan konstituen yang fungsinya harus tunduk pada batasan dan kontrol, seperti halnya kekuasaan administratif. Menyerahkan tindakan administratif pada prinsip legalitas memang penting, meskipun tidak cukup untuk menjamin perlindungan penuh terhadap hak-hak individu: Etat légal belum menjadi Etat de droit yang tepat. État de droit yang autentik harus menyediakan sarana hukum bagi individu untuk memungkinkan mereka menentang keinginan pembuat undang-undang setiap kali tindakannya melanggar hak-hak fundamental mereka.

Untuk tujuan ini, jika peninjauan kembali undang-undang (yang berlaku di Amerika Serikat) sayangnya tidak dapat dilakukan di Prancis, seperti yang dikemukakan oleh Carré de Malberg, maka diperlukan pembedaan yang jelas antara konstitusi dan hukum biasa. Perlu untuk menempatkan yang pertama di atas yang kedua dan memaksa Parlemen untuk menghormati semua batasan hukum yang ditetapkan oleh konstitusi, sehingga melepaskan

klaim konstituen apa pun.

Aturan hukum Inggris: sebuah "pengecualian mendasar"

Dalam perjalanan sejarah pemikiran tentang aturan hukum (*rule of law*), kita menemukan ragam pengalaman konstitusional yang sangat berbeda antara Inggris, Amerika Serikat, Jerman, dan Prancis. Keempatnya menyajikan pendekatan yang khas dalam hal atribusi kedaulatan, fungsi konstitusi, serta perlindungan terhadap hak-hak individu. Melalui tiga parameter utama ini, kita dapat memahami bagaimana masing-masing sistem menempatkan supremasi hukum dalam struktur negara dan masyarakat.

Di Inggris, sistem aturan hukum berkembang dengan ciri yang unik: kedaulatan sepenuhnya berada di tangan Parlemen, dan konstitusinya tidak dituliskan dalam dokumen formal. Alihalih berupa satu naskah hukum yang utuh, konstitusi Inggris terbentuk dari gabungan tradisi hukum, kebiasaan, prinsip normatif, serta praktik sosial yang diakui bersama. Tradisi ini mengarahkan dan membatasi kekuasaan eksekutif, sedangkan perlindungan terhadap hak-hak individu dilakukan melalui sistem peradilan umum yang berbasis hukum kebiasaan (*common law*). Mahkamah memainkan peran penting dalam menetapkan batas-batas kekuasaan dan menjamin hak warga negara melalui interpretasi atas preseden hukum yang telah ada.

Sebaliknya, model Amerika Serikat menampilkan bentuk yang lebih sistematis dan tertulis. Di negara ini, kedaulatan tidak berada pada satu lembaga tunggal, melainkan dibagibagi dan dibatasi oleh supremasi konstitusi tertulis yang sangat kaku. Konstitusi AS mengikat semua cabang pemerintahan eksekutif, legislatif, dan yudikatif dan hanya dapat diubah melalui prosedur yang sangat ketat. Pengadilan, khususnya Mahkamah Agung, memiliki peran sentral dalam menafsirkan isi konstitusi serta memastikan bahwa hak-hak individu dilindungi sesuai dengan prinsip-prinsip dasar yang tertuang dalam teks konstitusi.

Sementara itu, dalam pengalaman Jerman yang dikenal dengan konsep Rechtsstaat, kedaulatan cenderung diidentifikasi dengan lembaga legislatif. Kekuasaan legislatif memiliki keutamaan normatif atas cabang kekuasaan lainnya, namun tidak dibingkai oleh konstitusi yang kaku seperti di Amerika. Konstitusi Jerman bersifat lebih fleksibel dan tidak selalu berada di atas hukum biasa, sehingga tidak seluruhnya dilindungi melalui sistem peradilan konstitusional. Perlindungan terhadap hak-hak individu dipercayakan sepenuhnya kepada Parlemen sebagai institusi yang mewakili kehendak rakyat dan bertanggung jawab dalam menetapkan hukum.

Berbeda lagi dengan model Prancis atau *État de droit*, yang dikembangkan oleh pemikir hukum *Carré de Malberg*. Di sini, Parlemen tetap menjadi pemegang kedaulatan, namun fungsinya bukan sebagai konstituen utama, melainkan sebagai salah satu kekuasaan konstitusional yang tunduk pada pembatasan. Konstitusi memiliki posisi superior dibandingkan hukum biasa, dan warga negara memiliki hak untuk mengajukan tuntutan hukum tidak hanya terhadap tindakan administratif tetapi juga terhadap undang-undang yang melanggar hak-hak dasar mereka. Hal ini menunjukkan pergeseran penting dalam teknik perlindungan hukum yang lebih terstruktur dan memungkinkan partisipasi aktif warga dalam menjaga hak-haknya.

Keempat pendekatan ini menunjukkan betapa beragamnya praktik konstitusional di Barat. Pengalaman Inggris, dengan konstitusinya yang bersifat tidak tertulis dan fleksibel, sangat berbeda dengan model Amerika maupun Eropa kontinental yang menekankan pentingnya konstitusi tertulis yang eksplisit dan kaku. Bahkan, perbedaan ini begitu signifikan hingga digambarkan sebagai "perpecahan besar" dalam tradisi negara hukum. Inggris tetap mempertahankan eksklusivitasnya, sementara Amerika Serikat dan Negara-negara Eropa lainnya bergerak ke arah formalisasi dan kodifikasi hak-hak dalam bentuk konstitusional yang lebih pasti.

Pemikiran Carl Schmitt, yang mengikuti jejak Friedrich von Savigny, memberikan sudut pandang menarik terhadap keunikan konstitusionalisme Inggris. Menurutnya, sistem ini tidak lahir dari spekulasi teoretis atau sistematisasi normatif, tetapi dari praktik hukum yang hidup di tengah masyarakat. Konstitusi Inggris dipupuk oleh lembaga-lembaga hukum yang bersifat otonom, bukan dari negara atau birokrasi. Bahkan, konsep "negara" itu sendiri tidak menempati posisi sentral dalam konstitusionalisme Inggris. Para ahli hukum Inggris lebih tertarik memahami dinamika politik, adat istiadat, dan budaya normatif masyarakat dalam merumuskan batas-batas kekuasaan.

Dalam tradisi hukum Inggris, hak-hak individu tidak dirumuskan berdasarkan prinsip moral atau nilai-nilai universal yang tertuang dalam deklarasi formal. Sebaliknya, hak-hak tersebut berkembang secara bertahap dari preseden kasus-kasus hukum mengenai kebebasan, properti, dan kontrak. Hak individu di Inggris bukan merupakan hasil dari kodifikasi, melainkan hasil dari generalisasi normatif melalui keputusan pengadilan. Inilah yang membedakan Inggris dari tradisi hukum lainnya, yang cenderung lebih formalistik dan dogmatis.

Kelebihan pendekatan Inggris terletak pada fleksibilitasnya. Meskipun konstitusi tidak tertulis, pengadilan biasa di Inggris tetap dapat menerapkannya secara ketat. Sebaliknya, di Negara-negara kontinental seperti Prancis dan Jerman, konstitusi sering kali berupa pernyataan prinsip-prinsip umum yang khidmat namun kurang operasional secara prosedural. Akibatnya, banyak prinsip tersebut tidak dapat ditegakkan secara efektif.

Konstitusi Inggris juga tidak dimaksudkan sebagai panduan normatif yang dirancang oleh sekelompok elit politik untuk membentuk masyarakat baru. Konstitusi bukanlah dokumen idealis yang menyusun tatanan politik berdasarkan teori hukum, melainkan hasil dari adaptasi historis yang terus berkembang. Perlindungan hak-hak individu pun tidak diklaim sebagai hak-hak universal umat manusia, melainkan sebagai kebebasan khas warga Inggris sebuah warisan historis yang terus dijaga dan ditegakkan melalui tradisi hukum umum.

Ironisnya, meskipun bersifat lokal dan partikularistik, konstitusi Inggris justru menjadi sumber inspirasi utama bagi berkembangnya gagasan supremasi hukum di dunia Barat. Kebebasan orang Inggris, yang dimulai sejak Magna Carta hingga Bill of Rights, telah menjadi panutan bagi berbagai gerakan politik dan hukum di Amerika, Prancis, dan Jerman. Namun, meski memiliki pengaruh ideologis yang luas, model konstitusi Inggris tidak mampu menyediakan teknik kelembagaan yang dapat diadopsi secara luas oleh Sistem-sistem konstitusional lain.

Model Inggris gagal mendapatkan tempat di Negara-negara seperti Amerika Serikat, Jerman, atau Prancis yang lebih memilih sistem hukum tertulis dan konstitusi yang eksplisit. Mereka tidak tertarik pada pendekatan fleksibel yang menolak kodifikasi hak-hak individu. Mereka justru menganggap daftar hak normatif sebagai sesuatu yang esensial dan menganggap bahwa kebebasan individu hanya dapat dijamin melalui sistem peradilan konstitusional yang formal dan hierarkis.

Sebaliknya, Amerika dan Eropa kontinental mengembangkan pendekatan konstitusional yang mengutamakan formulasi hak-hak secara eksplisit dan universal. Konstitusi dan deklarasi hak dianggap sebagai manifestasi kedaulatan rakyat yang menetapkan prinsip-prinsip dasar kehidupan politik. Sistem hukum diberi struktur hierarkis, di mana hukum biasa tunduk pada konstitusi sebagai sumber norma tertinggi.

Tren ini semakin menguat pada abad ke-20, terutama dengan munculnya teori hukum dari Hans Kelsen. Ia mengembangkan konsep judicial review yang tidak hanya memeriksa legalitas hukum biasa, tetapi juga menilai kesesuaiannya dengan konstitusi. Gagasannya diterapkan pertama kali dalam Konstitusi Austria 1920 yang mendirikan Mahkamah Konstitusi (Verfassungsgerichtshof). Sejak itu, lembaga serupa menyebar ke berbagai negara Eropa, terutama setelah Perang Dunia II, di mana banyak negara berupaya bangkit dari rezim otoriter dengan membangun sistem konstitusional yang kuat.

Contoh mencoloknya adalah Jerman dan Italia pascaperang, serta Portugal dan Spanyol setelah transisi menuju demokrasi. Negara-negara ini membentuk pengadilan konstitusi yang tidak hanya dapat membatalkan undang-undang dalam kasus tertentu, tetapi juga menyatakan ketidaksesuaian hukum secara keseluruhan terhadap konstitusi. Pengadilan semacam ini menjadi penjaga konstitusi dan jaminan utama perlindungan hak-hak fundamental.

Kisah tragis Republik Weimar di Jerman, yang tidak mampu mempertahankan konstitusi 1919 di tengah krisis politik dan parlementarisme yang rapuh, memperkuat kebutuhan akan pengadilan konstitusi yang kuat. Kehancuran sistem ini membuka jalan bagi pemikiran bahwa perlindungan konstitusi tidak cukup hanya melalui prosedur politik, tetapi memerlukan mekanisme hukum yang efektif. Inilah yang menjadi dasar bagi gagasan tentang demokrasi konstitusional, yaitu sistem politik yang menempatkan konstitusi sebagai landasan mutlak bagi pemerintahan demokratis.

Dalam demokrasi konstitusional, supremasi hukum tidak hanya ditegakkan melalui proses politik seperti pemilu atau representasi parlementer, tetapi juga melalui mekanisme yudisial yang menjaga konstitusi dari pelanggaran. Konstitusi dianggap sebagai perjanjian dasar yang tidak dapat dilanggar oleh mayoritas parlementer sekalipun. Dengan demikian, perlindungan hak-hak individu tidak hanya menjadi bagian dari wacana politik, tetapi dikawal secara ketat oleh sistem peradilan.

Secara keseluruhan, keempat pengalaman historis dalam mengembangkan aturan hukum menunjukkan ragam pendekatan yang semuanya memiliki kekuatan dan keterbatasannya masing-masing. Inggris menekankan pada tradisi dan fleksibilitas hukum hidup, Amerika menekankan pada kekakuan konstitusional dan kekuatan yudisial, Jerman

mengutamakan supremasi legislatif, sementara Prancis menempatkan konstitusi sebagai batas yang harus dihormati oleh semua lembaga negara. Perbedaan ini membentuk spektrum pemikiran konstitusional yang kaya dan terus mempengaruhi perkembangan teori serta praktik negara hukum di seluruh dunia.

1.4 KERANGKA TEORITIS NEGARA HUKUM

Membangun Kesatuan dalam Keragaman

Dalam perkembangan sejarah hukum dan sistem politik modern, konsep negara hukum telah mengalami perjalanan yang kompleks dan beragam. Pengalaman masing-masing negara dalam membentuk dan mengembangkan prinsip-prinsip negara hukum sangat dipengaruhi oleh struktur kelembagaan, tradisi konstitusional, serta cara mereka mendefinisikan dan menegakkan hak-hak individu. Hal ini terutama terlihat dalam perbedaan antara model negara hukum yang berkembang di Inggris dan model lain yang ada di Negara-negara Barat daratan Eropa seperti Prancis dan Jerman. Perbedaan ini mencerminkan latar belakang filosofi politik yang berbeda-beda, struktur kedaulatan yang beragam, serta mekanisme perlindungan hukum terhadap individu yang tidak selalu seragam.

Namun, jika kita melihat lebih dalam pada fondasi filosofis dan nilai-nilai dasar yang menopang konsep negara hukum, keragaman tersebut mulai tampak memiliki benang merah yang menyatukan. Dalam artian ini, meskipun ekspresi historis dan institusional negara hukum dapat berbeda satu sama lain, asumsi dasar yang mendasari seperti penghormatan terhadap hak asasi manusia, pembatasan kekuasaan, dan kepercayaan terhadap hukum sebagai pengatur kehidupan bernegara memiliki kesamaan yang kuat. Dengan kata lain, di balik keragaman permukaan, terdapat satu struktur konseptual yang dapat mengintegrasikan berbagai pengalaman historis ke dalam satu kerangka teoritis yang kohesif dan menyeluruh.

Kerangka teoritis ini membantu kita memahami bahwa negara hukum bukan sekadar institusi atau doktrin, melainkan merupakan hasil dari proses panjang yang melibatkan transformasi sosial, politik, dan hukum selama berabad-abad. Dalam proses ini, Negara-negara modern Eropa secara bertahap membentuk dan menegaskan sistem hukum yang bukan hanya bertugas menetapkan aturan, melainkan juga menjaga agar kekuasaan tidak digunakan secara sewenang-wenang. Negara hukum, dalam pengertian ini, dapat dipahami sebagai suatu struktur normatif dan kelembagaan yang berakar pada prinsip-prinsip dasar tertentu khususnya prinsip supremasi hukum, distribusi kekuasaan, dan diferensiasi kekuasaan.

Supremasi hukum, atau *rule of law*, merupakan prinsip kunci yang menegaskan bahwa hukum harus berada di atas segala bentuk kekuasaan politik. Dalam konteks negara modern, ini berarti tidak ada lembaga atau individu termasuk pemerintah yang berada di atas hukum. Supremasi hukum menjamin bahwa hukum menjadi pedoman utama dalam setiap pengambilan keputusan publik, dan sekaligus menjadi tameng bagi warga negara dalam menghadapi kemungkinan penyalahgunaan kekuasaan oleh penguasa. Supremasi hukum bukan hanya bersifat formal, tetapi juga substantif, yakni mengandung nilai-nilai keadilan, rasionalitas, dan penghormatan terhadap hak-hak dasar manusia.

Dalam kerangka ini, supremasi hukum tidak muncul secara tibatiba. Ia merupakan hasil

dari proses historis yang panjang di mana masyarakat Eropa secara bertahap menolak sistem kekuasaan yang mutlak dan mulai menuntut pembatasan terhadap otoritas negara. Melalui perjuangan politik, perdebatan filsafat, dan reformasi kelembagaan, muncul kesadaran bahwa kekuasaan harus dibatasi agar kebebasan individu dapat terjamin. Inilah yang kemudian memunculkan dua prinsip dasar lain yang menyempurnakan negara hukum modern: prinsip distribusi kekuasaan dan prinsip diferensiasi kekuasaan.

Distribusi kekuasaan, atau *separation of powers*, merupakan prinsip yang mengatur agar kekuasaan negara tidak terkonsentrasi pada satu tangan. Kekuasaan dibagi ke dalam beberapa lembaga yang saling mengawasi dan mengimbangi. Dalam model klasik Montesquieu, kekuasaan negara dibagi menjadi tiga cabang: legislatif (pembuat undang-undang), eksekutif (pelaksana undang-undang), dan yudikatif (pengawas dan penegak hukum). Tujuan dari pembagian ini bukan hanya untuk efisiensi administratif, melainkan untuk mencegah dominasi satu lembaga atas yang lain, serta memastikan bahwa setiap tindakan negara tunduk pada hukum.

Distribusi kekuasaan juga mengimplikasikan bahwa hubungan antara negara dan individu harus diatur secara hukum. Artinya, kekuasaan publik tidak boleh dijalankan berdasarkan kehendak pribadi atau kepentingan sesaat, tetapi harus tunduk pada kerangka hukum yang adil dan transparan. Sebaliknya, hak-hak individu juga harus dirumuskan secara hukum agar dapat dilindungi dari intervensi sewenang-wenang. Dengan demikian, prinsip distribusi kekuasaan menciptakan ruang legal yang memungkinkan kebebasan individu berkembang tanpa mengabaikan kebutuhan akan ketertiban sosial.

Prinsip lain yang tak kalah penting dalam struktur negara hukum modern adalah diferensiasi kekuasaan. Prinsip ini mengacu pada pemisahan fungsi sistem hukumpolitik dari sistem sosial lainnya, seperti agama, etika, dan ekonomi. Dalam masyarakat modern, sistem sosial menjadi semakin kompleks dan mandiri. Oleh karena itu, perlu ada pemisahan yang jelas antara peran dan fungsi masing-masing subsistem. Negara hukum modern dituntut untuk tidak mencampuradukkan urusan keagamaan dengan kebijakan publik, atau membiarkan kekuatan ekonomi mengendalikan hukum. Diferensiasi ini bertujuan untuk menjaga netralitas dan rasionalitas hukum dalam menghadapi berbagai kepentingan sosial.

Dalam praktik kelembagaan, diferensiasi kekuasaan juga berarti bahwa fungsi negara harus dibagi dan diatur secara sistematis. Fungsi legislasi (pembuatan undang-undang) dan fungsi eksekutif (pelaksanaan hukum) harus dijalankan oleh lembaga yang berbeda, dengan batasan dan tanggung jawab yang jelas. Hal ini menciptakan sistem checks and balances yang penting dalam menjamin akuntabilitas pemerintahan. Jika fungsi-fungsi ini tidak dibedakan dengan baik, maka negara akan cenderung otoriter, dan hukum kehilangan fungsinya sebagai pelindung hak dan kebebasan warga.

Dengan memahami ketiga prinsip ini secara utuh supremasi hukum, distribusi kekuasaan, dan diferensiasi kekuasaan kita dapat melihat bahwa negara hukum bukanlah konsep yang statis atau seragam. Ia merupakan hasil sintesis dari nilai-nilai filosofis, tuntutan politik, dan realitas kelembagaan yang terus berkembang. Meski lahir dalam konteks sejarah yang berbeda-beda, pengalaman berbagai negara dalam membentuk negara hukum

menunjukkan kecenderungan yang serupa: yakni perlunya membatasi kekuasaan, melindungi hak-hak individu, dan menjadikan hukum sebagai mekanisme utama dalam mengatur kehidupan bersama.

Dalam konteks global saat ini, kerangka teoritis yang koheren dan uniter ini menjadi semakin penting. Di tengah meningkatnya tantangan terhadap demokrasi, penyalahgunaan kekuasaan, dan ancaman terhadap hak asasi manusia, negara hukum tetap menjadi landasan utama bagi masyarakat yang adil dan beradab. Dengan memiliki pemahaman yang utuh terhadap dimensi teoritis negara hukum, kita tidak hanya mampu menilai sistem hukum suatu negara dari bentuk institusinya saja, tetapi juga dari sejauh mana ia menerapkan nilai-nilai dasar yang membentuk negara hukum sejati.

Oleh karena itu, membangun kerangka teoritis yang menyatukan berbagai pengalaman negara hukum bukanlah upaya yang siasia. Justru, inilah cara terbaik untuk memahami secara mendalam identitas konseptual dari negara hukum, dan bagaimana konsep ini terus relevan dalam menghadapi tantangan kontemporer. Kerangka ini memberikan pemahaman bahwa hukum bukan hanya soal aturan tertulis, tetapi juga mencerminkan prinsip moral, struktur politik, dan visi sosial mengenai keadilan dan kebebasan. Dalam pandangan ini, negara hukum bukan hanya institusi politik, melainkan juga cerminan dari peradaban yang menghargai martabat manusia, rasionalitas, dan penghormatan terhadap aturan bersama.

Premis filosofis dan politis

Dalam memahami konsep supremasi hukum yang menjadi dasar negara hukum modern, kita perlu menelusuri akar filosofis dan etis yang membentuknya. Pemikiran Norberto Bobbio menjadi salah satu titik penting dalam menjelaskan hal ini. Ia menyatakan bahwa individualisme merupakan dasar filosofis dan politis utama dari konsep supremasi hukum serta doktrin hak-hak fundamental. Melalui penyederhanaan historiografis, Bobbio menggambarkan bahwa hubungan antara negara dan warganya mengalami transformasi penting dalam sejarah Eropa. Dulu, individu memiliki kewajiban utama terhadap otoritas politik atau agama. Namun, dalam perkembangan negara bangsa modern, posisi ini berbalik: kini negara yang berkewajiban mengakui dan melindungi hak-hak warga negara. Hak-hak tersebut bukan sekadar pengakuan formal, tetapi menjadi syarat utama bagi legitimasi kekuasaan itu sendiri.

Perubahan mendasar ini tercermin dari pergeseran antara dua figur deontik: dari kewajiban individu menjadi harapan dan tuntutan individu. Hal ini diperjelas dalam bentuk pengakuan kolektif atas "hak individu". Secara historis, perubahan ini mulai tampak nyata saat Eropa dilanda perang agama yang berakhir dengan Perdamaian Westphalia pada pertengahan abad ke17. Selama periode konflik tersebut, muncul klaim atas hak untuk melawan penindasan. Ini adalah bentuk awal dari hak-hak individu atas kebebasan yang dianggap sebagai bagian dari kodrat manusia. Kebebasan tersebut tidak diturunkan dari kehendak politik, tetapi dianggap melekat dalam keberadaan manusia itu sendiri.

Konsep negara hukum modern yang bertumpu pada pengakuan terhadap hak individu tumbuh di Eropa, dan secara historis, terbentuk dalam konteks unik di benua ini. Di dalamnya, muncul pemikiran yang berbeda dari model Aristotelian atau pandangan Thomistik yang lebih

mengedepankan keterpaduan antara individu dan komunitas. Dalam pandangan klasik ini, seseorang hanya dapat mewujudkan kemanusiaan dan rasionalitasnya melalui keterlibatan dalam kehidupan sosialpolitik. Namun, pandangan tersebut mulai ditinggalkan.

Sebagai gantinya, berkembang perspektif hukum alam yang baru, yang dikenal sebagai "hukum alam modern". Perspektif ini berbeda dari hukum alam versi klasik. Akar dari hukum alam modern ini dapat ditelusuri sejak pemikiran Fransiskan pada abad ke13 dan 14, terutama melalui tokoh seperti William dari Ockham. Tradisi ini kemudian berkembang melalui pemikiran Machiavelli, Spinoza, dan tokohtokoh pemikir radikaldemokratik lainnya. Dalam kerangka ini, hak-hak individu dipahami sebagai hak yang alamiah, bukan sebagai sesuatu yang diberikan oleh otoritas politik.

Hak-hak alamiah tersebut sering kali diposisikan secara kontras dengan hukum positif yang dalam tradisi Latin disebut sebagai *leges* yaitu hukum yang dikeluarkan dan dijamin oleh kekuasaan yang berdaulat. Sementara *leges* berasal dari kekuasaan politik, *jura* atau hak alamiah justru melekat pada individu. Pandangan klasik tentang tatanan alam sebagai struktur hierarkis dan harmonis mulai ditinggalkan. Konsepsi tersebut, yang banyak dibangun oleh para pemikir Katolik dengan pengaruh besar dari pemikiran Yunani dan Romawi, mulai digantikan oleh pemahaman baru mengenai keutamaan manusia sebagai makhluk yang memiliki hati nurani dan kebebasan moral.

Dalam kerangka hukum alam modern ini, hukum tidak lagi dipandang sebagai tatanan yang bersifat tunggal dan normatif, melainkan sebagai kumpulan hak-hak yang plural dan tidak bersumber dari kehendak politik. Hak-hak tersebut bukan produk otoritas, melainkan sesuatu yang harus diakui oleh komunitas politik sebagai dasar keberadaannya. Deklarasi Hak Asasi Manusia tahun 1789 menegaskan bahwa tujuan dari setiap asosiasi politik adalah pelestarian hak-hak alami dan tidak dapat diganggu gugat dari manusia.

Dengan dasar ini, dua prinsip penting dalam filsafat politik dan teori hukum menjadi tampak: pertama, adanya pesimisme terhadap kekuasaan politik, dan kedua, keyakinan normatif bahwa kekuasaan tersebut dapat dibatasi oleh hukum. Pesimisme politik merujuk pada pandangan bahwa kekuasaan, meskipun diperlukan untuk menjaga ketertiban dan stabilitas, juga memiliki potensi bahaya yang besar. Kekuasaan cenderung untuk tumbuh, mereproduksi diri, dan akhirnya menjadi otoriter atau sewenang-wenang jika tidak dikendalikan.

Pandangan pesimistis ini sangat berbeda dengan pemikiran AristotelianThomis yang melihat kekuasaan sebagai sarana untuk mencapai kebaikan bersama, atau dalam pemikiran Timur seperti Konfusianisme yang mengedepankan kesetiaan individu terhadap otoritas. Dalam tradisi ini, individu tidak dilihat sebagai subjek yang memiliki klaim atas hak hukum terhadap negara, melainkan sebagai bagian dari tatanan yang harus tunduk kepada kekuasaan.

Lebih jauh lagi, pesimisme terhadap kekuasaan juga tidak ditemukan dalam ideologi revolusioner seperti Marxisme atau sosialisme totaliter, yang cenderung melihat kekuasaan negara sebagai alat untuk mewujudkan keadilan dan emansipasi. Sebaliknya, pemikir seperti Carl Schmitt mengkritik keras ide bahwa kekuasaan politik dapat tunduk pada hukum. Menurutnya, kekuasaan adalah keputusan yang bersifat partikular dan tidak netral; kekuasaan

menciptakan hukum, bukan sebaliknya. Pemikiran ini bertolak belakang dengan cita-cita supremasi hukum.

Namun, dalam negara hukum modern, justru gagasan tentang supremasi hukum yang menjadi dasar utama. Di sini, hukum dianggap sebagai instrumen untuk mengatur kekuasaan, bukan sekadar ekspresi dari kekuasaan itu sendiri. Negara hukum menuntut keberadaan sistem normatif dan lembaga-lembaga yang bertugas untuk mengawasi dan membatasi kekuasaan politik agar tidak disalahgunakan. Kekuasaan, dalam sistem ini, harus tunduk pada hukum yang bersifat umum dan abstrak.

Hukum tidak lagi dipandang sebagai alat dari penguasa, tetapi sebagai struktur normatif yang menetapkan bentuk, prosedur, dan batasan kekuasaan. Sebagai contoh, dalam sistem hukum modern, keputusan yang diambil oleh eksekutif atau pengadilan tidak boleh didasarkan pada kehendak pribadi atau perintah khusus, tetapi harus mengikuti aturan umum yang telah ditetapkan. Ini berarti bahwa kekuasaan menjadi lebih transparan, lebih dapat diprediksi, dan lebih mudah dikontrol oleh warga negara.

Keterikatan pada hukum memungkinkan terjadinya pembatasan terhadap kebijaksanaan politik yang berlebihan. Ketika semua tindakan pemerintah diatur melalui prosedur dan bentuk hukum yang berlaku umum, maka peluang untuk bertindak sewenang-wenang menjadi jauh lebih kecil. Dengan demikian, hukum berfungsi sebagai pengaman terhadap penyalahgunaan kekuasaan dan sebagai jaminan atas hak-hak warga negara.

Dalam kerangka ini, sistem hukum di Negara-negara Eropa modern memiliki tiga fungsi utama. Pertama, sebagai instrumen untuk menciptakan ketertiban sosial dan stabilitas politik. Kedua, sebagai mekanisme untuk mengendalikan dan membatasi kekuasaan politik agar tidak menyimpang dari tujuan-tujuan hukum. Dan ketiga, sebagai sarana untuk menjamin perlindungan terhadap hak-hak individu. Ketiganya saling melengkapi dan membentuk landasan kokoh bagi negara hukum modern.

Kesimpulannya, perkembangan konsep supremasi hukum merupakan hasil dari proses panjang evolusi pemikiran politik dan hukum di Eropa. Ia bukan sekadar konstruksi hukum, tetapi juga cerminan dari transformasi mendalam dalam cara pandang terhadap hubungan antara individu dan negara, kekuasaan dan hukum, serta moralitas dan legalitas. Dengan memahami premis filosofis ini, kita dapat lebih menghargai pentingnya supremasi hukum sebagai pilar utama dalam kehidupan bernegara yang adil dan demokratis.

Supremasi Hukum dan Arsitektur Kekuasaan

Dalam dunia modern yang menjunjung demokrasi dan keadilan, supremasi hukum menjadi prinsip utama dalam membangun sistem kenegaraan yang sehat. Supremasi hukum, atau "rule of law", mengandung makna bahwa hukum harus menjadi panglima tertinggi dalam kehidupan bernegara. Tidak ada individu, baik warga biasa maupun pejabat negara, yang berada di atas hukum. Prinsip ini juga menjadi landasan bagi perlindungan hak asasi manusia, pembatasan kekuasaan negara, serta jaminan atas kebebasan individu. Salah satu turunan penting dari supremasi hukum adalah prinsip distribusi kekuasaan.

Distribusi kekuasaan bukan hanya perkara administratif dalam struktur negara, melainkan juga merupakan asas normatif yang mendasari pembagian dan pengendalian

kekuasaan. Prinsip ini mengatur bagaimana kekuasaan tidak boleh terpusat pada satu entitas tunggal, melainkan harus dibagikan kepada berbagai institusi serta individu, baik di dalam maupun di luar pemerintahan. Distribusi ini dilakukan melalui kerangka hukum yang memungkinkan adanya klaim, kewenangan, dan otonomi dari subjek hukum – yaitu warga negara – terhadap bahkan lembaga negara sekalipun. Dengan kata lain, kekuasaan tidak hanya dimiliki oleh negara, tetapi juga oleh warga negara melalui hak-haknya yang sah dan diakui.

Sistem hukum menjalankan fungsi ini dengan menyediakan aturan perilaku dan prosedur pembatasan kekuasaan, sehingga kecenderungan negara untuk bertindak sewenang-wenang dapat dicegah. Aturan-aturan tersebut tidak hanya menciptakan kepastian hukum, tetapi juga membentuk batas-batas intervensi politik agar hak dasar individu seperti kebebasan pribadi dan hak milik tetap terlindungi. Dengan prinsip ini pula, struktur kekuasaan yang dulunya bersifat absolut dan terkonsentrasi pada penguasa tunggal seperti yang lazim dalam sistem monarki mulai digantikan oleh tatanan yang lebih demokratis dan terbuka. Kini, masyarakat bukan lagi sekadar subjek yang harus patuh, melainkan menjadi warga negara yang memiliki kewenangan hukum.

Sepanjang sejarah penerapan supremasi hukum, prinsip distribusi kekuasaan telah berkembang dalam berbagai bentuk kelembagaan dan norma, yang mencerminkan semangat pemerataan dan pembatasan kekuasaan. Pembahasan lebih lanjut akan menguraikan bagaimana prinsip ini diaktualisasikan melalui konsep individualitas subjek hukum, kesetaraan di hadapan hukum, dan kepastian hukum tiga pilar utama yang menopang tatanan hukum modern.

Keunikan dan Individualitas Subjek Hukum

Salah satu fondasi terpenting dalam sistem hukum modern adalah pengakuan bahwa setiap individu adalah subjek hukum yang unik dan memiliki hak serta kapasitas hukum yang setara. Dalam konteks supremasi hukum, setiap anggota masyarakat politik diperlakukan sebagai pemegang hak yang sah dan diberi kesempatan yang sama untuk bertindak secara hukum. Artinya, tidak ada lagi kategorikategori sosial atau status bawaan yang membatasi kemampuan seseorang untuk mengakses hukum atau menggunakan hak-haknya secara penuh.

Transformasi ini menjadi revolusioner karena mengubah pola pikir yang telah berlangsung selama ribuan tahun. Dalam masyarakat feodal atau monarki abad pertengahan, status sosial seseorang sangat menentukan apakah ia memiliki hak hukum atau tidak. Teks-teks hukum seperti *Dekrit Theodoric*, *Dekrit Rotary*, hingga *Magna Carta* masih memuat diskriminasi terhadap kelompok tertentu berdasarkan kelahiran, jenis kelamin, atau status budak. Namun, dengan lahirnya prinsip supremasi hukum, logika seperti ini secara bertahap ditinggalkan. Setiap individu kini dihargai berdasarkan keberadaannya sebagai manusia, bukan berdasarkan kelas atau gelar.

Meskipun demikian, penerapan prinsip individualitas tidak terjadi secara utuh dan seragam. Ketimpangan gender, misalnya, tetap menjadi salah satu titik lemah dalam sejarah penerapan supremasi hukum. Dalam banyak sistem hukum, terutama pada masa awal, perempuan masih diposisikan sebagai subjek hukum sekunder terutama dalam urusan

keluarga dan hak politik. Bahkan pemikir liberal seperti Emmanuel Sieyès dan Immanuel Kant tetap menggunakan kriteria sensus atau kepemilikan untuk menentukan siapa yang layak diberi hak politik, yang tentu saja menyisihkan banyak warga negara, termasuk perempuan dan kelas pekerja.

Namun demikian, pergeseran tetap berlangsung. Lambat laun, sistem hukum di Eropa dan belahan dunia lain mulai menghapuskan pembedaan status hukum antara orang merdeka, budak, pelayan, atau kelompok sosial feodal seperti baroni, kota, atau episkopat. Lembaga-lembaga yang sebelumnya memiliki hak istimewa feodal berdasarkan piagam kerajaan, kini kehilangan keistimewaannya di hadapan hukum umum. Tidak ada lagi pengecualian berdasarkan asal sosial, dan semua warga negara diberi status hukum yang sama meskipun tentu dengan tantangan aktualisasi yang terus diperjuangkan hingga hari ini.

Kesetaraan di Hadapan Hukum

Kesetaraan hukum merupakan prinsip lanjutan dari pengakuan individualitas subjek hukum. Gagasan dasarnya adalah bahwa semua orang, tanpa memandang status sosial, ekonomi, jenis kelamin, atau latar belakang lainnya, harus diperlakukan sama oleh hukum. Dalam praktiknya, prinsip ini tercermin dalam cara sistem hukum menyusun aturan-aturan yang berlaku umum dan mengikat semua subjek hukum secara setara.

Artinya, jika dua orang berada dalam situasi hukum yang serupa, maka akibat hukum yang ditimbulkan juga harus sama. Misalnya, jika dua orang melakukan pelanggaran lalu lintas yang sama, keduanya harus menerima sanksi yang identik, tanpa memandang apakah salah satu dari mereka orang kaya, pejabat, atau berasal dari kelompok minoritas. Ini adalah bentuk kesetaraan normatif suatu kondisi di mana aturan hukum tidak boleh memuat pengecualian yang bersifat diskriminatif.

Namun, penting untuk memahami bahwa kesetaraan hukum bukanlah kesetaraan substansial. Kesetaraan substansial lebih mengarah pada pemerataan hasil atau kondisi ekonomi dan sosial masyarakat. Dalam sistem hukum modern, kesetaraan formal tidak serta merta menuntut negara untuk menyamakan semua individu dalam kondisi kehidupan mereka. Negara hanya menjamin bahwa setiap individu diperlakukan sama berdasarkan hukum bukan bahwa mereka harus mencapai hasil yang sama. Oleh karena itu, perbedaan faktual tetap diakui: antara pemilik dan bukan pemilik properti, antara pekerja dan pengusaha, antara warga negara dan orang asing, atau antara remaja dan orang dewasa.

Dalam logika ini, kesetaraan hukum justru menjadi antitesis dari privilese. Privilese adalah hak istimewa yang hanya dimiliki oleh segelintir orang karena faktor nonhukum, seperti keturunan atau status sosial. Oleh karena itu, menghapuskan privilese berarti menegakkan kesetaraan formal, yakni memastikan bahwa tidak ada aturan hukum yang secara sengaja membedakan individu dalam posisi yang secara hukum setara.

Kepastian Hukum; Stabilitas dan Prediktabilitas bagi Warga Negara

Selain pengakuan terhadap individualitas dan kesetaraan, prinsip lain yang tak kalah penting dalam supremasi hukum adalah kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan landasan bagi masyarakat untuk merasa aman dan terlindungi dalam menjalani kehidupan sehari-hari. Tanpa adanya aturan yang jelas, tetap, dan dapat diprediksi, maka warga negara

akan hidup dalam ketidakpastian yang berujung pada ketakutan dan ketidakstabilan sosial.

Dalam sistem hukum modern, kepastian hukum diwujudkan melalui peraturan tertulis yang konsisten, tidak sewenang-wenang, dan dapat diakses oleh semua orang. Hukum yang baik adalah hukum yang memungkinkan seseorang memprediksi konsekuensi hukum dari tindakannya. Misalnya, seseorang harus tahu bahwa jika ia melakukan pencurian, maka ia akan dijatuhi hukuman pidana sesuai ketentuan yang berlaku. Tanpa kepastian ini, masyarakat tidak akan tahu apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan, dan aparat penegak hukum pun bisa bertindak sewenang-wenang.

Kepastian hukum juga erat kaitannya dengan nonretroaktivitas hukum, yakni larangan memberlakukan suatu aturan secara surut. Prinsip ini menjamin bahwa seseorang tidak dapat dihukum atas perbuatan yang, pada saat dilakukan, belum dilarang oleh hukum. Ini adalah prinsip dasar dalam negara hukum modern, yang membedakan antara rezim demokratis dengan sistem otoriter atau tirani.

Namun, perlu disadari bahwa dalam kehidupan nyata, hukum tidak selalu sepenuhnya pasti. Terkadang, tafsir terhadap hukum bisa berbeda-beda, tergantung pada konteks, nilai-nilai masyarakat, dan perubahan sosial. Oleh karena itu, meskipun kepastian hukum penting, ia tidak boleh diartikan sebagai kekakuan hukum. Hukum tetap perlu memiliki ruang interpretasi agar dapat menyesuaikan diri dengan perkembangan zaman, selama tetap dalam kerangka prinsip-prinsip umum yang telah disepakati bersama.

Sinergi antara Kebebasan, Hukum, dan Keadilan dalam Supremasi Hukum

Pada akhirnya, supremasi hukum bukan hanya soal mematuhi aturan. Lebih dari itu, ia adalah mekanisme untuk menjamin kebebasan, keadilan, dan kehidupan yang bermartabat bagi semua warga negara. Dalam sistem hukum yang menjunjung supremasi hukum, negara tidak lagi menjadi kekuatan absolut yang bisa bertindak sesuka hati. Sebaliknya, negara tunduk pada hukum, sama seperti warga negara lainnya.

Prinsip distribusi kekuasaan menjadi instrumen untuk memastikan bahwa tidak ada satu pihak pun yang memiliki kekuasaan mutlak. Kekuasaan harus dibagi, dikontrol, dan diawasi – tidak hanya secara institusional (antara legislatif, eksekutif, dan yudikatif), tetapi juga secara horizontal kepada masyarakat sipil. Inilah yang menjadi inti dari negara hukum demokratis: negara yang tidak hanya memerintah, tetapi juga mendengarkan dan memberikan ruang kepada warganya untuk berpartisipasi aktif.

Pengakuan terhadap individualitas subjek hukum, penerapan kesetaraan di hadapan hukum, dan jaminan kepastian hukum adalah pilar utama dari tatanan tersebut. Ketiganya saling menopang, membentuk struktur hukum yang tidak hanya adil secara normatif, tetapi juga fungsional dalam melindungi masyarakat dari penyalahgunaan kekuasaan.

Dalam konteks ini, hukum menjadi lebih dari sekadar kumpulan aturan. Ia adalah ekspresi dari kehendak masyarakat untuk hidup bersama secara damai dan setara. Ia adalah alat pembebasan dari tirani, sekaligus pagar pembatas bagi kekuasaan yang berpotensi menindas. Supremasi hukum adalah jantung dari sistem demokrasi yang sehat dan hanya dengan menghormatinya, negara dapat menjamin keadilan dan kebebasan bagi semua.

Pengakuan konstitusional atas hak-hak individu.

Aturan hukum bergantung pada pengakuan hak sebagai hak prerogatif normatif “asli” dari subjek individu atau pemberian hak-hak tersebut secara “positif” kepada semua anggota masyarakat politik. Melampaui perbedaan mencolok dalam hal penalaran filosofis dan cara perlindungan hukum doktrin hukum alam versus positivisme hukum, universalisme versus partikularisme, kekakuan konstitusional versus fleksibilitas konstitusional, dan peninjauan kembali undang-undang oleh pengadilan versus keutamaan absolut kekuasaan legislatif pengalaman yang berbeda tentang aturan hukum dicirikan oleh komitmen konstitusional untuk menjamin hak-hak individu, yang memberikan pemegangnya kekuasaan untuk menuntutnya di tingkat peradilan, bahkan terhadap badan-badan negara.

Jika taksonomi historis dan sosiologis Thomas Marshall didukung, hak-hak individu dapat dibagi menjadi tiga kategori: hak-hak sipil, hak-hak politik, dan hak-hak sosial. Selain hak untuk hidup, hak-hak sipil mencakup "hak kebebasan": kebebasan pribadi, jaminan prosedural habeas corpus terhadap kekuatankekuatan represif, kebebasan berpikir, berbicara dan beragama, tidak dapat diganggu gugatnya tempat tinggal pribadi, kerahasiaan komunikasi pribadi, dan sebagainya. Hak-hak patrimonial pertamatama hak atas properti dan kebebasan inisiatif ekonomi otonomi kontraktual (yaitu hak untuk membuat kontrak yang mengikat) dan hak untuk mengajukan permohonan ke pengadilan secara ketat terkait dengan hak-hak sipil.

Hak-hak politik secara formal mengakui kepentingan warga negara untuk berpartisipasi dalam pelaksanaan kekuasaan politik, baik sebagai anggota badan-badan yang diberkahi dengan otoritas pengambilan keputusan atau sebagai pemilih dari mereka. Hak pilih umum untuk pemilihan Parlemen dan majelis-majelis publik lainnya adalah ekspresi utama dari pengakuan ini. Terakhir, hak-hak sosial yang memengaruhi pekerjaan, kesehatan, rumah, bantuan sosial, jaminan sosial, dsb. bertujuan untuk memberikan status normatif pada kepentingan warga negara dalam hal pendidikan, kesejahteraan, dan jaminan sosial, sejalan dengan standar yang berlaku di suatu negara (industri).

Jika pembagian hak tiga kali lipat di atas ditegakkan, maka supremasi hukum dapat dikatakan pada dasarnya berkaitan dengan perlindungan hak-hak sipil, karena hak-hak ini bertepatan dengan rentang “kebebasan negatif”. Pada paruh kedua abad kesembilan belas, perlindungan semacam itu diperluas meskipun melalui pendekatan Sosial, kesulitan, dan kekurangan ke hak-hak politik, sedangkan “hak-hak sosial”, yang hanya dilindungi sebagian oleh negara Kesejahteraan Eropa abad kedua puluh, tetap berada di luar logika fungsional supremasi hukum. Menurut logika seperti itu, berhak atas hak-hak sipil dan politik memungkinkan setiap individu untuk terlibat secara bebas, sebagai “unit independen”, dalam interaksi sosial. Pada saat yang sama, hal ini membenarkan asumsi bahwa semua individu diberikan perangkat hukum yang diperlukan untuk mencapai keberhasilan sosial tanpa harus bergantung pada perlindungan paternalistik negara.

Diferensiasi kekuasaan

Sebagaimana disebutkan di atas, asas diferensiasi kekuasaan, yang merupakan unsur karakteristik negara hukum, mencakup dua aspek utama:

(1) diferensiasi diri subsistem politik dan hukum dari subsistem fungsional lainnya; (2) diferensiasi internal subsistem politik dalam suatu proses, yang meningkatkan kompleksitas,

spesialisasi, dan efisiensinya, serta memunculkan pluralitas struktur politik dan cara menjalankan kekuasaan yang berbeda. Sebagaimana diketahui, proses semacam itu telah ditafsirkan dan dipopulerkan oleh teori-teori politik liberal (sejak Montesquieu dan seterusnya) sebagai strategi untuk “pemisahan kekuasaan” yang secara sengaja ditujukan untuk menjamin keseimbangan di antara organorgan negara (“pemerintahan moderat”) dan, pada akhirnya, perlindungan hak-hak individu.

Sehubungan dengan aspek pertama, negara hukum Eropa merupakan karakteristik dari jenis subsistem politik tertentu yang menonjol, jika dibandingkan dengan bentuk-bentuk politik masa lalu, karena otonomi fungsionalnya yang tinggi berkenaan dengan subsistem etikaagama dan ekonomi. Melalui otonomi fungsional inilah filsafat politik individualistis berhasil dalam pengalaman supremasi hukum, berbeda dengan model organikis kuno. Bahkan, konsepsi peluang, klaim, dan kekuasaan individu sebagai hak hukum (bukan sekadar harapan etisreligius) mengacu pada proses umum 'positivisasi hukum' sebagai premis fungsional yang diperlukan.

Dengan kata lain, sistem hukum "positif" mendasarkan nilai normatif resepnya pada "kontrak sosial", yaitu pada kemauan anggota komunitas politik, dengan demikian tidak lagi mengacu pada deontologi transenden. Melalui penaklukan evolusioner seperti itu, di Eropa, sistem hukum, yang terbebas dari selubung etika dan teologis tradisionalnya, juga memutuskan hubungan dengan organikisme AristotelesThomist dan dengan konsepsi monistik tentang apa yang benar dan baik. Seperti yang terlihat, ini khususnya terjadi pada tradisi hukum umum Inggris dan filsafat liberal yang di Jerman memunculkan Rechtsstaat.

Lebih jauh, otonomi fungsional yang tinggi dari subsistem hukumlah yang memungkinkan aturan hukum untuk menetapkan prinsip kesetaraan formal individu, yaitu kesetaraan yang mengabaikan posisi berbeda yang dipegang oleh subjek individu dalam subsistem fungsional lain yang didasarkan pada properti, kekuasaan politik, atau hubungan keluarga. Tidak mengherankan, justru struktur sosial yang “formalistik” dan “atomistik” seperti itulah yang kemudian menjadi inti kritik komunis awal Marx tentang “hukum yang setara” dan “kebebasan borjuis”. Bagaimanapun, baik keunikanindividualitas subjek hukum maupun kesetaraan formal mereka, pada gilirannya, merupakan faktor fungsional yang terjadi bersamaan dalam pengembangan ekonomi pasar yang terbebas dari premis organikis dan tujuan etikareligius.

Mengenai aspek kedua diferensiasi fungsional internal – aturan hukum merupakan ciri khas sistem politik yang sangat kompleks. Kompleksitas tersebut terutama disebabkan oleh pembagian sistem politik ke dalam dua lingkup yang secara formal terpisah: di satu pihak, penaklukan dan pengelolaan kekuasaan politik melalui organisasi partai politik dan ritual elektoral; di pihak lain, aktivitas administratif, yang disatukan oleh tugas mengeluarkan keputusan yang mengikat melalui prosedur birokrasi.

Tidak seperti dalam rezim despotik atau totaliter, di bawah aturan hukum partai politik (seperti halnya serikat pekerja) bukanlah organ birokrasi negara dan tidak dapat membuat keputusan yang mengikat erga omnes. Pada gilirannya, fungsi administratif diatur atas dasar dua subfungsi yang, pada prinsipnya, dilakukan dalam pengaturan kelembagaan yang berbeda

dan dengan prosedur yang berbeda: di satu pihak, kekuasaan legislatif, yang terutama diberikan kepada parlemen terpilih yang berhak memberlakukan hukum umum dan abstrak; di sisi lain, penegakan hukum umum dan abstrak atau, lebih tepatnya, penerbitan keputusan yang mengikat berkenaan dengan kasus-kasus aktual tunggal, yang pada hakikatnya dilakukan oleh organorgan yang secara ketat bersifat administratif. Terakhir, dalam administrasi, proses otonomi fungsional lebih lanjut telah dikembangkan: "kekuasaan kehakiman" telah terpisah dari "kekuasaan eksekutif", dengan demikian membebaskan dirinya dari subjek birokrasi pemerintahan politik. Peradilan membuat keputusan atas dasar imparsialitas dan otonomi politik anggotanya (yang dipersengketakan).

Dengan sangat skematis, dapat ditegaskan bahwa sepanjang pengalaman historis yang berbeda dari aturan hukum, prinsip diferensiasi kekuasaan telah diungkapkan oleh modalitas kelembagaan berikut.

Pembatasan ruang lingkup kekuasaan politik dan penegakan hukum.

Diferensiasi diri sistem politik, yang sepenuhnya tercapai di bawah aturan hukum, memiliki dua efek simetris: di satu sisi, ia cenderung mengecualikan campur tangan fungsional subsistem etikaagama dan ekonomi dari lingkup politik dan hukum; di sisi lain, ia secara eksplisit mendefinisikan ruang lingkup fungsional subsistem hukumpolitik dengan membatasi (atau membatasi diri) kedaulatan internal negara. Garis batas yang jelas antara "publik" dan "pribadi", mengecualikan apa yang di Eropa disebut dari Ferguson hingga Marx dan Gramsci "masyarakat sipil" (bürgerliche Gesellschaft, società civile) dari ruang lingkup politik dan hukum. Masyarakat sipil mencakup ranah privasi, yaitu kepercayaan dan praktik keagamaan, hubungan seksual dan keluarga, komunikasi dan informasi pribadi, ekspresi kreativitas sastra dan seni, dan sebagainya. Ia juga mencakup lingkup otonomi kontraktual, inisiatif kewirausahaan, dan kegiatan patrimonial secara umum.

Pemisahan antara lembaga legislatif dan lembaga administratif.

Seperti yang telah kita lihat, di bawah negara hukum, badan khusus (parlemen) dipercayakan dengan tugas memberlakukan norma-norma umum dan abstrak (undang-undang), sedangkan eksekutif dan yudikatif diberi peran untuk menerapkan undang-undang, yaitu lebih tepatnya mengeluarkan norma-norma khusus dan konkret (keputusan atau putusan administratif), dan mengawasi penegakannya. Meskipun garis antara memberlakukan norma-norma umum (legis latio) dan menerapkannya (legis executio) sangat tipis, namun tidak dapat disangkal bahwa negara hukum menyediakan sistem ganda yang, setidaknya pada prinsipnya, memisahkan lembaga legislatif dari lembaga administratif.

Keutamaan kekuasaan legislatif, asas legalitas, cadangan legislasi.

Berdasarkan aturan hukum, badan yang berhak memberlakukan norma umum (undang-undang) diberi keutamaan fungsional berkenaan dengan badan yang memutus kasus tertentu dengan mengeluarkan norma khusus (tindakan dan putusan eksekutif). Keutamaan tersebut dapat lebih atau kurang absolut menurut tingkat subordinasi yang tinggi atau rendah dari kekuasaan legislatif terhadap prinsip-prinsip konstitusional dan menurut seberapa kuat kontrol terhadap legalitas konstitusional oleh peradilan.

Namun, seluruh fungsi normatif dan kelembagaan dari aturan hukum dibentuk oleh

"asas legalitas", yang melaluinya setiap tindakan administratif baik eksekutif maupun yudikatif harus mematuhi norma umum sebelumnya. Logika fungsional yang sama mendukung prinsip "reservasi undang-undang", yang menyatakan bahwa hanya kekuasaan legislatif yang berhak memberlakukan norma-norma mengenai hak-hak individu, dengan demikian mengecualikan kekuasaan eksekutif dan yudikatif dari fungsi tersebut.

Kewajiban kekuasaan legislatif untuk menghormati hak-hak individu.

Pembatasan kekuasaan legislatif merupakan salah satu masalah yang paling pelik dan kontroversial dalam pengalaman negara hukum. Akan tetapi, dapat dikatakan bahwa, meskipun dengan cara yang berbeda, dalam semua pengalaman historis negara hukum, kekuasaan legislatif tampaknya dibatasi oleh komitmen politik atau kewajiban hukumnya untuk menghormati hak-hak individu yang diakui secara konstitusional. Pembatasan tersebut memiliki sifat implisit, yaitu politis, di Inggris Raya, Jerman, dan Prancis, sedangkan di Amerika Serikat, pembatasan tersebut memiliki sifat hukum (yudisial).

Otonomi peradilan.

Mengesampingkan pertanyaan tentang jaksa penuntut umum yang akan memerlukan analisis yang berbeda dan jauh lebih rumit di bawah negara hukum, semua hakim “hanya tunduk pada hukum”. Di antara berbagai kegiatan administratif, fungsi peradilan terkenal karena ambisinya untuk menempati lingkup kelembagaan “ketiga” atau netral sehubungan dengan kepentingan politik dan sosial yang saling bertentangan. Oleh karena itu, dalam menjalankan kewenangan pengambilan keputusannya, para hakim bertindak secara independen dari subordinasi hierarkis apa pun, khususnya terhadap jajaran eksekutif tinggi, yang pada hakikatnya mengikuti preferensi ideologis mayoritas politik tertentu.

BAB 2
ASUMSI POLITIK DAN VALIDITAS ATURAN HUKUM

Ringkasan teoritis dari paragraf sebelumnya harus memenuhi kebutuhan ganda yang menjadi asal usul esai kita, yaitu untuk menguraikan teori aturan hukum yang dapat diterima dari sudut pandang historis dan, pada saat yang sama, berguna dalam hal kognitif, yaitu, membantu dalam memahami dan memecahkan masalah-masalah praktis.

Rekonstruksi teoritis aturan hukum di atas memberikan gambaran yang terpadu dan koheren tentang asumsiasumsi filosofis dan sarana normatifkelembagaan, yang telah menjadi ciri pengalaman terpentingnya. Meskipun rekonstruksi semacam itu hanyalah salah satu dari sekian banyak kemungkinan penafsiran atas fenomena yang sangat kompleks, rekonstruksi tersebut harus meyakinkan dalam perspektif historis. Akan tetapi, hal itu memberikan pengertian tentang negara hukum dengan makna yang cukup tepat dan membedakannya dari pengertian lain yang sering keliru dalam kumpulan konsep, rumus, dan postulat yang rumit yang telah lama menenggelamkannya.

Berdasarkan interpretasi kami, negara hukum dapat didefinisikan sebagai kerangka normatif dan kelembagaan negara modern Eropa yang, atas dasar filosofi individualistis (dengan akibat ganda dari pesimisme politik dan optimisme normatif) dan melalui proses distribusi dan diferensiasi kekuasaan, mempercayakan sistem hukum dengan tugas utama melindungi hak-hak sipil dan politik, sehingga untuk tujuan ini kontras dengan kecenderungan otoritas politik terhadap kesewenang-wenangan dan penyalahgunaan kekuasaan mereka.

Sekarang kita akan menentukan status epistemologis teori ini, implikasi filosofis dan politiknya, serta batas-batas validitasnya. Hal ini kemudian akan memungkinkan kita untuk menilai kegunaan kognitif dari aturan hukum ketika dihadapkan pada berbagai masalah yang, dalam proses kontemporer meningkatnya kompleksitas sosial dan integrasi global, harus ditangani untuk melindungi hak-hak individu dan membatasi kesewenang-wenangan politik. Jelas sekali, masalah-masalah seperti itu dewasa ini perlu diperiksa dengan memberi ruang yang cukup bagi pengalamanpengalaman internasional dan transnasional, sehingga melampaui ruang politik aturan hukum, yaitu ruang politik negarabangsa yang berdaulat.

2.1 STATUS EPISTEMOLOGIS

Sejauh menyangkut status epistemologis teori aturan hukum yang disarankan, karakternya yang evaluatif dan bukan formalistik harus digarisbawahi. Meskipun bukan teori umum tentang keadilan dan tidak berlandaskan pada metafisika etika dan politik klasik, teori aturan hukum, seperti yang telah kita lihat, mengandung beberapa pilihan khusus mengenai tujuan politik dan hukum. Permusuhan terhadap kekuasaan yang sewenang-wenang dan seruan untuk kepastian hukum yang telah ditafsirkan oleh beberapa penulis sebagai adiaforis aksiologis sendiri mengandung asumsi etika yang jelas, karena keduanya mendukung tatanan politik yang rasional dan dapat diramalkan, di mana hukum terutama menjamin kebebasan

individu dan keamanan transaksi mereka (dengan demikian kurang mementingkan topiktopik “komunitarian”, seperti keadilan sosial, solidaritas, dan kesetaraan). Meskipun aturan hukum bukanlah proyek etika dan politik untuk mewujudkan "republik terbaik" juga tidak ditujukan untuk mewujudkan "negara keadilan"dan meskipun bergantung pada instrumen hukum yang dibedakan secara fungsional, aturan hukum tidak dapat dibayangkan di luar lingkup antropologi Barat yang khas, yaitu individualistis, rasionalistis, dan sekuler.

Tidak dapat pula dikatakan bahwa teori aturan hukum hanya merekomendasikan prosedur tertentu yang tidak memiliki konten preskriptif, yaitu sekadar konseptualisasi prosedural negara dan hukum, dan dengan demikian netral secara ideologis. Tidak dapat disangkal bahwa, dalam banyak hal, model aturan hukum berkaitan dengan teknik prosedural atau perangkat kelembagaan yang, dengan demikian, mungkin tampak tidak terbatas secara aksiologis dan hanya formal.

Kepastian hukum mungkin tampak tidak peduli dengan isi hukum yang etis dan politis, sedemikian rupa sehingga dapat dikatakan, misalnya, bahwa undang-undang rasis mungkin sesuai dengan aturan hukum selama ketentuannya jelas, tidak bertentangan, dan tidak berlaku surut: dengan kata lain, la légalité qui tue. Dengan menggunakan pertimbangan serupa, "asas legalitas" juga dapat ditafsirkan secara formal murni, seperti yang diklaim oleh Antonin Scalia, yang memandang aturan hukum sebagai "aturan dari aturan". Faktanya, asas legalitas tidak menyiratkan penilaian etis dan politis apa pun terhadap isi hukum tertentu, baik oleh administrator yang terikat untuk menerapkannya maupun oleh warga negara, yang merupakan penerima utamanya.

Namun, penafsiran semacam itu tampaknya mengabaikan keadaan bahwa, menurut teori aturan hukum, lembaga dan prosedur formal tidak merujuk pada diri sendiri dan mendasarkan diri pada diri sendiri. Sebaliknya, mereka mengejar tujuan untuk melindungi hak-hak individu, yang mengikat pembuat undang-undang itu sendiri. Mereka tidak lain hanyalah sarana linier untuk mencapai tujuan tersebut, yang bagaimanapun juga dinyatakan secara meyakinkan oleh teks-teks atau tradisi konstitusional. Dengan mengabaikan aksioma yang sederhana dan mencerahkan tersebut, penafsiran formalistik tentang supremasi hukum seperti halnya teori-teori proseduralis serupa tentang demokrasi memperlihatkan kelemahan umum semua doktrin formalistik tentang politik dan hukum, belum lagi formalisme linguistik dan kognitif yang secara implisit dirujuknya.

Aturan hukum dan teori hak individu

Doktrin aturan hukum, mungkin sekali, merupakan warisan terpenting yang, pada awal milenium ketiga, ditawarkan oleh tradisi politik Eropa kepada budaya politik dunia. Relevansi teoretisnya yang luar biasa terletak pada upayanya (yang berhasil) untuk menjamin kebebasan fundamental individu di dalam, dan melalui, organisasi kekuasaan politik tertentu, yaitu negara bangsa.

Dibandingkan dengan peradaban lain aturan hukum Eropa secara unik menggabungkan kebutuhan akan ketertiban dan keamanan, yang merupakan inti dari kehidupan politik, dengan tuntutan akan kebebasan sipil dan politik, yang khususnya dirasakan dalam masyarakat yang kompleks.

Penemuan "hak subjektif" sebagai ekspresi hukum kebebasan individu, selain efektivitas teknik yang tidak diragukan lagi yang digunakan untuk membedakan dan menyeimbangkan kekuasaan, merupakan kunci orisinalitas dan keberhasilannya. Dalam beberapa abad, "penemuan" semacam itu telah menjadi model umum baik di Eropa maupun di Amerika Utara. Runtuhnya otoritarianisme fasis dan kolektivisme Marxis hanya menegaskan keberhasilannya pada abad kedua puluh. Saat ini, model negara hukum tidak hanya tidak ditantang oleh alternatif lain di dunia Barat, tetapi juga tampaknya harus dipaksakan di tingkat internasional sebagai syarat bagi rasionalitas, modernitas, dan kemajuan budaya di semua benua, termasuk yang terjauh, seperti budaya Islam, budaya asli Amerika dan Afrika dan, di Timur Jauh, Hinduisme, Buddha, dan Konfusianisme.

Namun, untuk menegakkan universalitas model atau mendukung perluasan internasionalnya yang semakin meningkat, setidaknya ada tiga isu teoritis mengenai instrumentasi konseptualnya dan implikasi kelembagaannya yang perlu dinilai dan mungkin dipecahkan. Isu pertama menyangkut hubungan antara model negara hukum dan teori demokrasi; isu kedua berasal dari konflik antara prinsip (demokratis) kedaulatan rakyat dan saran – yang diajukan oleh sejumlah besar ahli teori negara hukum – untuk membuat Piagam Hak konstitusional lebih kaku; isu ketiga menyangkut landasan filosofis dan dengan demikian nilai universal teori hak individu (atau, dalam leksikon hukum internasional, “hak asasi manusia”).

Aturan hukum dan demokrasi.

Doktrin aturan hukum jelas berbeda dari gagasan demokrasi (dan “negara demokrasi”), bahkan dalam versi terlemahnya, yang mengambil inspirasi dari kritik Schumpeter terhadap model demokrasi klasik yang partisipatif dan representatif. Meskipun para pemikir liberaldemokratis yang berwibawa, dimulai dengan Norberto Bobbio, Ralf Dahrendorf, dan Jürgen Habermas, menganggap perlindungan hak individu sebagai conditio sine qua non (kondisi mutlak) dari setiap rezim demokrasi yang mungkin, lembaga-lembaga aturan hukum, dengan demikian, acuh tak acuh terhadap poinpoin utama yang diberikan dari konsepsi demokrasi klasik dan pascaklasik tentang sistem politik. Kecuali petunjuk yang sangat lemah dan tersirat mengenai sifat representatif dari kekuasaan legislatif, teori negara hukum tidak terikat pada isu-isu seperti kedaulatan rakyat, partisipasi nyata warga negara dalam pengambilan keputusan kolektif, prosedur dan nilai representasi politik, pluralisme calon politikus atau akuntabilitas dan daya tanggap pemerintah.

Singkatnya, kerangka hukum dan politik negara hukum dapat disandingkan dengan negara absolut klasik, negara totaliter modern, dan, secara umum, negara polisi. Namun, negara hukum tidak bertentangan dengan rezim oligarki dan teknokratik, yang dicirikan oleh apatisme politik massa dan perbedaan ekonomi dan sosial yang besar. Negara hukum tampaknya lebih sejalan dengan tradisi politik liberal daripada dengan filosofi politik yang didasarkan pada tanggung jawab sipil warga negara, pada transparansi dan penyebaran komunikasi politik, dan pada vitalitas ruang publik. Di bawah negara hukum, ancaman terhadap kebebasan individu tampaknya berasal secara eksklusif dari tindakan sewenang-wenang organ negara, dan tidak juga dari penyalahgunaan kekuasaan mereka oleh subjek yang

termasuk dalam dunia sosial dan ekonomi.

Oleh karena itu, internasionalisasi model negara hukum dapat bertentangan dengan prinsip dan nilai yang merupakan atau, lebih tepatnya, telah menjadi komponen penting dari pengalaman demokrasi Eropa. Secara praktis, hal ini berlaku saat ini untuk proses integrasi Eropa, sebagaimana digarisbawahi oleh perdebatan yang sedang berlangsung mengenai "defisit demokrasi" lembaga-lembaga Eropa, meskipun mereka berkomitmen untuk melindungi hak-hak individu (dikonfirmasi oleh Piagam Hak-hak Fundamental yang disetujui pada pertemuan puncak Nice).

Risiko mengabaikan nilai-nilai demokrasi yang penting juga hadir secara dramatis dalam skala global, sebagaimana dibuktikan oleh kontras yang tajam antara, di satu sisi, kekuatankekuatan Barat yang besar dan, di sisi lain, banyak negara nonBarat dan sejumlah besar asosiasi nonpemerintah dan gerakan politik transnasional. Kekuatankekuatan Barat mendukung perluasan internasional model supremasi hukum, bersama dengan pembelaan yang tak kenal kompromi terhadap universalitas, saling ketergantungan, dan keutuhan "hak asasi manusia". Akan tetapi, Negara-negara lain jauh lebih peka terhadap apa yang mereka sebut "hak kolektif", yang diperluas untuk mencakup pengurangan kesenjangan ekonomi dan sosial, perlindungan identitas budaya dan otonomi politik masyarakat, pemberantasan kemiskinan dan penyakit epidemik, serta kebebasan Negara-negara yang secara ekonomi terbelakang dari utang luar negeri.

Konstitusi, hak individu, kedaulatan rakyat.

Seperti yang telah kita lihat di atas ketika secara khusus mengkaji konstitusionalisme AS dan Prancis "pengecualian" Inggris telah dianalisis secara terpisah dua pendekatan yang berbeda, di sini secara konvensional disebut "liberal" dan "demokratis", dapat diadopsi sehubungan dengan jaminan konstitusional atas hak-hak individu.

Pendekatan liberal

Pendekatan liberal, yang merupakan ciri khas pengalaman Amerika Serikat, cenderung menganggap Bill of Rights sebagai sumber dari semua prinsip dan aturan yang melindungi kebebasan fundamental. Validitas normatif aturan hukum bersumber dari asumsi rasionalitas dan universalitas etika prinsip-prinsipnya, sehingga tidak ada mayoritas parlemen bahkan persetujuan bulat dari anggota majelis terpilih yang dapat membatalkan ketentuan konstitusional mengenai, misalnya, hak untuk hidup, hak kebebasan, dan hak milik serta inisiatif ekonomi. Setiap keputusan parlemen untuk membatalkan ketentuan tersebut, bahkan ketika mematuhi prosedur yang ditetapkan untuk amandemen konstitusional, harus dianggap subversif secara konstitusional dan dengan demikian batal demi hukum dan tidak berlaku.

Sikap teoritis semacam itu mengandung konsekuensi prosedural dan institusional yang penting: pertama, fondasi negara hukum perlu ditegakkan dengan kuat dengan membuat ketentuan konstitusional yang melindungi hak-hak individu seketat mungkin, yaitu dengan mensyaratkan mayoritas yang memenuhi syarat dan hambatan prosedural lainnya untuk peninjauan parlemen terhadap konstitusi. Kedua, dan yang terpenting, kekuasaan legislatif juga harus dibatasi secara institusional, sehingga mempercayakan tugas kepada badan peradilan untuk mengevaluasi (dengan kemanjuran erga omnes) konstitusionalitas undang-

undang.

Pada paruh kedua abad kedua puluh, dengan pengecualian yang terus menerus dari Inggris Raya, pendekatan "liberal", yang awalnya dikembangkan di Amerika Serikat, juga berlaku dalam pengalaman konstitusionalisme Eropa, khususnya di Jerman dan Italia, dan dengan demikian akhirnya diidentikkan secara langsung dengan doktrin negara hukum kontinental. Menurut pendekatan semacam itu, jaminan hak-hak fundamental bergantung pada saling mengawasi dan menyeimbangkan antara “kekuasaan konstitusional”, termasuk kekuasaan legislatif, di bawah pengawasan Mahkamah Konstitusi, sebagaimana yang disarankan secara otoritatif oleh Hans Kelsen.

Pada saat yang sama, gagasan “demokratis”, yang menurutnya kekuasaan konstituen adalah sumber dari setiap kemungkinan legitimasi konstitusional, kehilangan kekuatannya.94 Dengan demikian, gagasan tentang kemahakuasaan legislator demokratis ditolak: demokrasi tidak bisa tidak menjadi “demokrasi konstitusional”, yang dibatasi oleh konstitusi liberal di mana hak-hak fundamental, sebagaimana ditulis oleh Luigi Ferrajoli, dianggap tidak dapat dicabut dan tidak dapat diganggu gugat dan karenanya “tidak rentan terhadap keputusan”95 oleh mayoritas atau kekuatan politik mana pun, karena mereka berada di luar kedaulatan rakyat.

Pendekatan demokratis.

Menurut pendekatan "demokratis", perlindungan hak-hak individu dan, secara lebih umum, pembentukan badan-badan negara dan definisi fungsi-fungsinya bergantung pada kekuatan konstituen dan pada inisiatif permanen komunitas politik. Pendekatan voluntaristik seperti itu tidak mengidentifikasi konstitusi dengan jaminan hak-hak dan pemisahan kekuasaan, sebagaimana dianjurkan oleh Pasal 16 yang terkenal dari Deklarasi Hak-hak Asasi Manusia dan Warga Negara tahun 1789. Asalkan konstitusi telah diinginkan secara bebas dan ditetapkan secara demokratis oleh sebagian besar anggota komunitas politik, konstitusi itu sepenuhnya sah, bahkan jika tidak disimpulkan dari prinsip-prinsip liberal. Dalam hal ini, model untuk mengambil inspirasi adalah pengalaman revolusioner Prancis, yang mendahului perumusan teori État de droit dan yang dikritik langsung oleh Carré de Malberg.

Dalam pengalaman Prancis, pembentukan hak-hak adalah hasil dari perjuangan politik, yang berhasil berkat, antara lain, dukungan dari majelis-majelis elektif; itu bukan hasil dari keseimbangan yang canggih dan birokratis antara kekuasaan pemerintahan yang “campuran” atau “moderat”. Menurut pendekatan ini, diyakini bahwa sifat konstitusi yang kaku atau peninjauan undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi bukanlah cara penting untuk melindungi hak-hak individu. Yang lebih penting adalah opini publik yang waspada, debat politik yang terbuka dan kompeten, dan inisiatif rakyat yang permanen, yang mengarah, jika perlu, pada pembaruan konstitusi dan deklarasi hak-hak legislatif yang cepat (atau berbasis referendum). Sama seperti tindakan normatif lainnya, Bill of Rights ditakdirkan untuk diatasi oleh perubahan sosial, terutama karena perubahan tersebut dipercepat oleh kecepatan evolusi masyarakat yang kompleks. Ketidakfleksibelan konstitusional yang berlebihan dapat menyebabkan keterbelakangan sosial dan dapat menghalangi demokrasi. Itu juga dapat melindungi hak-hak dengan buruk karena bergantung pada lembaga hukum yang berpura pura

menetralkan politik.

2.2 ALTERNATIF IDEOLOGISPOLITIK

Meskipun kedua pendekatan di atas sama-samama peduli dengan perlindungan dan promosi hak-hak individu, solusi teoritis yang mendamaikan keduanya dalam kompromi antara rasionalisme normatif yang merupakan ciri khas doktrin hukum Eropakontinental dan voluntarisme demokratis tidaklah layak. Jelas sekali, pendekatan “demokratis” dapat dikritik karena kurangnya (atau kelemahan) pengekangan prosedural dan kelembagaan yang melindungi Piagam Hak-hak dapat berbahaya, karena pendekatan ini menyerahkan nasib hak-hak individu dan demokrasi itu sendiri di tangan mayoritas parlemen sementara.

Faktanya, rezim demokrasi formal tidak dapat dibayangkan tanpa menghormati hak-hak kebebasan utama. Oleh karena itu, pendekatan "liberal" sebenarnya merupakan jaminan penting bagi demokrasi itu sendiri, karena pendekatan ini mengurangi risiko bukan sekadar risiko skolastik, seperti yang ditunjukkan oleh jatuhnya Republik Weimar bahwa rezim demokratis dapat disingkirkan dan digantikan oleh rezim otoriter tanpa memerlukan pelanggaran prosedur parlementer. Dengan demikian, demokrasi diperkuat, bukan dilemahkan, oleh pengekangan liberal yang mencegah penghancuran dirinya sendiri.

Namun, pendekatan "liberal" juga dapat dikritik. Dalam istilah teoritis yang ketat, tidak relevan apakah sebuah konstitusi disetujui atau diubah oleh mayoritas yang memenuhi syarat daripada oleh mayoritas sederhana atau oleh mayoritas absolut. Intinya adalah bahwa sebuah konstitusi sebagai norma konstitusional tunggal selalu mengungkapkan keinginan sebagian tertentu dari "rakyat" (atau "bangsa"), tidak peduli seberapa luasnya, yang bertentangan dengan keinginan sebagian lain, sebagaimana halnya dengan hukum biasa, yang biasanya disetujui oleh mayoritas sederhana.

Hal ini khususnya terjadi pada masyarakat yang kompleks, yang dicirikan oleh "politeisme" budaya dan nilai-nilai moral. Oleh karena itu, norma-norma konstitusional mengenai hak-hak individu juga bukan merupakan ekspresi dari "kehendak umum" yang diilhami Rousseau, melainkan preferensi dari mayoritas politik tertentu. Tidak menjadi masalah apakah mayoritas ini menganggap prinsip-prinsip yang didukungnya berada di luar perselisihan politik; sebaliknya, keyakinan seperti itu menjadikan pendirian "liberal"nya dogmatis dan berpotensi tidak toleran.

Oleh karena itu, asalusul historis dan partisannya seharusnya mencegah segala bentuk atribusi rasionalitas, kekekalan, atau bahkan kesakralan pada konstitusi apa pun, bahkan pada konstitusi yang berkomitmen pada kebebasan sipil dan inklusi politik. Bertentangan dengan klaim Kelsen bahwa sebuah konstitusi tidak memiliki pengarang politik, harus diakui bahwa prinsip-prinsip konstitusional mengekspresikan ideologi politik dan nilai-nilai etika yang dianut (dan atau masih dianut) hanya oleh mayoritas warga negara yang lebih besar atau lebih kecil dan ditolak (dan/atau masih ditolak) oleh minoritas. Oleh karena itu, bahkan konstitusi liberaldemokratis mungkin menindas kepentingan dan harapan minoritas yang tidak setuju dengan mayoritas konstituen. Bahkan, mayoritas mungkin mendukung hukuman mati dan perang, dan/atau mungkin menentang hak keluarga homoseksual, aborsi, eutanasia, atau penghormatan terhadap hewan dan larangan membunuh mereka.

Oleh karena itu, kecenderungan untuk menetapkan rentang nilai-nilai liberal pada saat tertentu dalam perkembangan historisnya, dan mempercayakan birokrasi peradilan dengan tugas memastikan bahwa majelis-majelis terpilih tidak memperkenalkan inovasi legislatif yang tidak liberal, berisiko menjadi paradoks dogmatis, dan despotik. Relevansi dan orisinalitas versi hukum Eurokontinental dalam sejarah "eksternal"nya di abad kedua puluh tidak dapat disangkal. Namun, risiko yang mereka hadapi saat ini adalah semacam konservatisme konstitusional, yang memfosilkan keinginan "para pendiri" mereka.

Risiko semacam itu dapat diperburuk dengan memberikan kewenangan kepada pengadilan tinggi untuk menafsirkan konstitusi yang pada kenyataannya merupakan kewenangan konstituen dan legislatif sedemikian rupa sehingga memungkinkan mereka untuk membentuk konstitusi, yang meskipun demikian dianggap “kaku”, yaitu tidak dapat diganggu gugat oleh Parlemen. Selain itu, seseorang dapat bertanya kepada para pendukung pendekatan “liberal” tentang badan mana, jika bukan pengadilan agung, yang berhak memutuskan isu politik mana yang tidak dapat menjadi subjek perdebatan dan keputusan publik yang bebas misalnya yang berbasis referendum dengan alasan bahwa isu-isu tersebut secara konstitusional tidak tunduk pada keputusan politik.

Oleh karena itu, tampaknya pendekatan "liberal" terbuka terhadap kritik tidak kurang dari pendekatan "demokratis". Untuk mengatasi kritik tersebut, para ahli teori hukum AS dan Eropabenua harus secara ketat mengisolasi (sedikit atau bahkan sangat sedikit) prinsip konstitusional mengenai, misalnya, kebebasan berpikir dan ekspresi publiknya yang pelanggarannya mencegah kebebasan mengekspresikan keinginan politik, karena ini merupakan syarat penting legitimasi politik pemerintah menurut pendekatan "liberal" dan "demokratis".

Hanya prinsip-prinsip konstitusional tersebut yang harus dilindungi oleh prosedur khusus bukan oleh bias metafisik yang membuat pencabutannya sangat sulit. Perlu juga diingat bahwa, dalam masyarakat yang terfragmentasi secara politik ini sering terjadi pada masyarakat yang terdiferensiasi dan kompleks mayoritas sederhana dalam keputusan parlemen sudah merupakan ambang batas yang memungkinkan kelumpuhan pengambilan keputusan terjadi. Dengan demikian, pilihan antara pendekatan “liberal” dan “demokratis” tampaknya terkait dengan pertimbangan empiris dan preferensi ideologispolitik yang sebagian besar masih dipertanyakan. Dilema semacam itu dapat dijelaskan melalui analisis teoritis, meskipun tidak dapat diselesaikan.

Landasan dan universalitas hak-hak individu.

Pertanyaan teoritis ketiga yang belum terpecahkan menyangkut landasan filosofis dan universalitas hak asasi manusia. Pertanyaan-pertanyaan tersebut menyentuh masalah penerapan koersif umum, yang secara dramatis disorot oleh "perang kemanusiaan" tahun 1999 untuk Kosovo. Menurut Norberto Bobbio, landasan filosofis dan dengan demikian rasional dan universal dari doktrin hak asasi manusia tidak dapat dibayangkan. Alasannya adalah, menurut pendapatnya, bahwa hak asasi manusia dibebani oleh antinomi deontik, terutama oleh yang menentang kebebasan dan hak patrimonial terhadap kesetaraan sosial, yang terakhir menjadi nilai yang harus dipromosikan dan dilindungi oleh pembentukan "hak-

hak sosial".

Penulis lain (di antaranya Jack Barbalet) menyandingkan, dalam daftar normatif hak-hak kebebasan, hak-hak "nonakuisisi" dengan hak-hak "akuisisi". Yang pertama mencakup pertamatama perlindungan terhadap “kebebasan negatif”, yaitu batasan yang diberlakukan pada intervensi negara (dan pihak ketiga) dalam ranah privat, seperti halnya kebebasan pribadi, kebebasan berpikir, dan hak yang tidak dapat diganggu gugat atas tempat tinggal pribadi dan hak milik pribadi; hak nonakuisisi juga mencakup “hak sosial”, yang memberikan kekuatan sederhana untuk mengonsumsi atau menikmati.

Hak akuisisi, termasuk otonomi kontraktual, kebebasan berserikat atau pers, dan inisiatif ekonomi, memiliki kapasitas akuisisi yang nyata karena, dalam kondisi tertentu, pelaksanaannya menghasilkan kekuatan politik, ekonomi, dan komunikasi yang menguntungkan pemegangnya. Karena hanya sebagian kecil individu yang biasanya diberikan sarana politik, ekonomi, dan organisasi yang diperlukan untuk memanfaatkan kapasitas akuisisi hak-hak tersebut, maka pelaksanaannya mengarah pada pembatasan yang nyata terhadap kebebasan individu lain dan peningkatan ketimpangan sosial. Oleh karena itu, gagasan yang tersebar luas bahwa hak asasi manusia memberi individu tuntutan yang sah yang secara spontan bertemu dalam interaksi sosial yang damai dan progresif harus ditinggalkan dan digantikan oleh pendekatan agonistik dan selektif dari "perjuangan untuk hak".

Bersama dengan teori Bobbio dan Barbalet, harus ditambahkan bahwa doktrin hak asasi manusia tidak memiliki kriteria yang diperlukan (seperti yang dikatakan oleh leksikon sistemik) untuk pengaturan diri kognitif, karena tidak memiliki kategori teoritis yang secara ketat menentukan dan mendefinisikan hak-hak individu (taksonomi yang disarankan oleh Thomas Marshall, meskipun sangat berguna, memiliki jejak historis dan sosiologis, dan terlebih lagi secara langsung dibentuk pada tiga abad terakhir sejarah Inggris).

Oleh karena itu, "katalog hak" terus menerus terbuka terhadap inflasi melalui akumulasi anomik melalui "generasi" hak yang berurutan atau interpolasi normatif yang timbul dari keadaan faktual belaka. Beberapa filsuf dan ahli hukum Barat bahkan telah menyarankan bahwa teori hak individu juga harus mencakup makhluk hidup yang tidak termasuk dalam spesies manusia, embrio, dan bahkan benda mati. Dengan kata lain, terlepas dari Deklarasi Universal 1948 dan terlepas dari konsensus pragmatis yang meluas mengenai sejumlah hak "fundamental", yang secara substansial sesuai dengan "hak sipil" Marshall, saat ini tidak ada "katalog" hak individu yang didefinisikan secara teoritis dan umum dianut, bahkan di Negara-negara Barat. Hal ini juga berlaku untuk implikasi normatif dan aplikasi praktis hak-hak tunggal.

Mari kita berikan beberapa contoh ilustratif (di antara banyak yang tersedia) dalam hal ini. Jika benar bahwa hak untuk hidup adalah salah satu hak individu yang paling "pasti" secara normatif, maka juga benar bahwa tidak ada konsensus teoritis mengenai ketidaksesuaiannya dengan hukuman mati, yang dipraktikkan secara luas di Amerika Serikat, meskipun Amerika Serikat secara luas diakui sebagai, dan menganggap dirinya sebagai, tanah air hak-hak individu dan supremasi hukum.

Contoh lain diberikan oleh hukuman penjara seumur hidup yang, bahkan dalam bentuk

brutal, mendekati penyiksaan yang sering dipraktikkan di Negara-negara Barat, biasanya diyakini sesuai dengan hak kebebasan dan hak tahanan atas integritas fisik dan psikis; hanya sedikit yang menyatakan pendapat berbeda tentang subjek ini. Contoh lebih lanjut: mutilasi alat kelamin perempuan (dikenal sebagai 'infibulasi') praktik yang sangat umum di banyak negara Afrika Timur Laut dan Tengah secara koheren telah dinyatakan oleh beberapa negara Eropa untuk melanggar hak perempuan atas integritas fisik dan psikis.

Mengenai mutilasi alat kelamin laki-laki ("sunat"), diketahui bahwa ini dipraktikkan pada jutaan anak di bawah umur tidak hanya di dunia Islam dan Yahudi tetapi juga di dunia Barat, terutama di Amerika Serikat,tanpa alasan agama yang eksplisit. Mutilasi semacam itu biasanya tidak dianggap sebagai pelanggaran integritas pribadi anak di bawah umur. Meskipun lesi yang terjadi biasanya tidak terlalu serius dibandingkan dengan “infibulasi” pada perempuan, sejumlah kecil dokter dan ahli hukum Barat menekankan bahwa hal ini tetap saja melibatkan mutilasi organ tubuh yang sehat yang tidak dapat dikembalikan lagi, yang dilakukan tanpa persetujuan dari individu yang bersangkutan dan tanpa alasan higienis yang sah.

James Stoner memulai pembahasan ini dengan mempertimbangkan hubungan antara hukum umum, hukum alam, dan Konstitusi AS. Stoner menelusuri hubungan antara hukum dan akal budi dalam tulisan-tulisan Aquinas, Aristoteles, Cicero, Coke, Grotius, Hobbes, dan Locke. Dengan cara ini, Stoner menghubungkan pembahasan konstitusionalisme dengan pembahasan sebelumnya tentang penalaran dan pemberian nalar. Baik sebagai bentuk nalar publik maupun sebagai bentuk pembatasan konstitusional, hukum umum menyediakan sarana untuk membenarkan pelaksanaan sanksi hukum dan kekuasaan pemerintahan bagi mereka yang tunduk pada sanksi dan kekuasaan tersebut.

Dengan kata lain, hubungan historis antara nalar dan hukum dalam tradisi hukum umum, dalam bentuk pemberian nalar yudisial dan dalam bentuk teks konstitusional, merupakan metode pembenaran publik atas pembatasan substantif yang diberlakukan hukum terhadap rakyat dan lembaga pemerintahan mereka. Stoner memulai analisisnya yang lebih terperinci dengan hukum umum. Seperti yang dijelaskannya, fokus hukum umum tradisional adalah pada kebiasaan kuno yang diakui oleh pengadilan daripada pada prinsip dan norma yang dihasilkan oleh pengadilan.

Pengembangan doktrin preseden, dengan sendirinya, merupakan bukti komitmen historis hukum umum terhadap kekuatan dan tempat akal, karena preseden yang ditentukan untuk bertentangan dengan akal akan dibatalkan atau diabaikan. Stoner kemudian menyebutkan pentingnya juri bagi tradisi hukum umum. Juri juga mencerminkan komitmen terhadap kebiasaan dan akal dalam penerapan standar hukum pada perselisihan faktual.

Anggota masyarakat biasa akan terbiasa dengan kebiasaan setempat dan dapat menggunakan akal mereka sendiri dalam menentukan makna peristiwa tertentu dan dalam memberikan putusan tentang tanggung jawab hukum dan kesalahan. Dan, tentu saja, ini juga merupakan metode untuk melibatkan masyarakat secara langsung dalam penerapan standar publik pada kasus-kasus individual.

Stoner kemudian beralih ke penulisan Konstitusi (atau, lebih tepatnya, konstitusi) di Amerika Serikat. Konstitusi Inggris yang tidak tertulis dianggap oleh para pendiri Amerika

memberikan terlalu banyak kekuasaan kepada pemerintah pusat dalam bentuk yang tidak terdefinisi dan tidak diencerkan. Namun, Deklarasi Kemerdekaan AS dari Inggris sendiri merujuk pada prinsip-prinsip konstitusionalisme dan konstitusi, dan Stoner menjelaskan bahwa referensi ini, pada saat itu, hanya dapat menjadi referensi pada prinsip-prinsip tidak tertulis dari konstitusi AngloAmerika (atau tradisi konstitusional).

Selain itu, Konstitusi yang kemudian ditulis melindungi dari semua penyalahgunaan yang disebutkan dalam Deklarasi dan memberikan bukti bahwa para perumus memandang diri mereka sendiri sebagai pengembang tradisi yang diwariskan, daripada menciptakan tradisi yang sama sekali baru. Bahasa Konstitusi, lembaga peradilan, dan hak-hak fundamental semuanya merujuk, dalam satu bentuk atau lainnya, pada tradisi hukum umum yang ada yang, bagaimanapun juga, paling dikenal oleh para perumus. Maksud Stoner di sini bukanlah untuk menyangkal inovasi struktural dan kelembagaan yang asli dari Konstitusi AS.

Sebaliknya, Stoner berpendapat bahwa inovasiinovasi ini pemisahan kekuasaan, federalisme, republikanisme paling baik dipahami, dan dipahami, bukan sebagai pengganti sistem pemerintahan tradisional melainkan sebagai reformasi yang beralasan. Stoner menekankan di sini bahwa penafsiran konstitusional dari semua jenis dan dari semua perspektif ideologis harus memperhitungkan fakta bahwa penggabungan lembaga, nilai, dan prinsip hukum umum dalam Konstitusi dimaksudkan untuk mewujudkan perlindungan terbaik atas kebebasan individu dalam suatu sistem pemerintahan.

Hal ini membawa Stoner pada pembahasannya tentang hukum alam. Stoner menunjukkan hubungan konseptual antara karya John Finnis dan karya John Rawls dan Ronald Dworkin. Finnis dan Rawls sama-samama mengembangkan teori keadilan; Finnis dan Dworkin sama-samama menulis sebagai tanggapan terhadap H.L.A. Hart. Namun, sementara Rawls dan Dworkin mendasarkan karya mereka pada tradisi filsafat Kant, Finnis membangun karyanya pada tradisi Thomistik.

Di sini, sekali lagi, Stoner menyoroti tematema tentang akal budi, pemberian alasan, dan pembenaran publik untuk putusan hukum. Konstitusionalisme hukum umum dan penalaran hukum umum saling terkait dalam persyaratan publik (atau harapan) pemberian alasan yudisial. Stoner berpendapat bahwa teori hukum alam Finnis dapat berfungsi sebagai landasan teoritis bagi aturan dan lembaga hukum umum sebagaimana teori liberal Rawls dan Dworkin. Memang, kata Stoner, Finnis dapat melakukan pekerjaan yang lebih baik dalam hal ini, karena karyanya lebih erat kaitannya dengan penalaran hukum umum tradisional.

Dalam keterlibatannya dengan dan ketergantungannya pada alasan setiap individu, bukan hanya alasan hakim dan pejabat lainnya, Stoner menyatakan bahwa teori hukum alam Finnis sebenarnya menyediakan kerangka kerja yang lebih konsisten dengan konstitusionalisme populer dalam tradisi hukum umum. Hukum alam dan liberalisme, menurut Stoner, sebenarnya saling terkait erat dalam fokus mereka pada pilihan otonom, hak individu, dan pengalaman sosial warga negara modern dalam pemerintahan. Selain itu, teori hukum alam yang diartikulasikan Finnis menawarkan konstitusionalisme hukum umum kerangka kerja teoritis dan kosakata bagi mereka yang mencari alternatif untuk liberalisme Rawlsian.

Stoner kemudian beralih ke penulisan Konstitusi (atau, lebih tepatnya, konstitusi) di Amerika Serikat. Konstitusi Inggris yang tidak tertulis dianggap oleh para pendiri Amerika memberikan terlalu banyak kekuasaan kepada pemerintah pusat dalam bentuk yang tidak terdefinisi dan tidak diencerkan. Namun, Deklarasi Kemerdekaan AS dari Inggris sendiri merujuk pada prinsip-prinsip konstitusionalisme dan konstitusi, dan Stoner menjelaskan bahwa referensi ini, pada saat itu, hanya dapat menjadi referensi pada prinsip-prinsip tidak tertulis dari konstitusi AngloAmerika (atau tradisi konstitusional).

Selain itu, Konstitusi yang kemudian ditulis melindungi dari semua penyalahgunaan yang disebutkan dalam Deklarasi dan memberikan bukti bahwa para perumus memandang diri mereka sendiri sebagai pengembang tradisi yang diwariskan, daripada menciptakan tradisi yang sama sekali baru. Bahasa Konstitusi, lembaga peradilan, dan hak-hak fundamental semuanya merujuk, dalam satu bentuk atau lainnya, pada tradisi hukum umum yang ada yang, bagaimanapun juga, paling dikenal oleh para perumus. Maksud Stoner di sini bukanlah untuk menyangkal inovasi struktural dan kelembagaan yang asli dari Konstitusi AS. Sebaliknya, Stoner berpendapat bahwa inovasiinovasi ini – pemisahan kekuasaan, federalisme, republikanisme – paling baik dipahami, dan dipahami, bukan sebagai pengganti sistem pemerintahan tradisional melainkan sebagai reformasi yang beralasan. Stoner menekankan di sini bahwa penafsiran konstitusional dari semua jenis dan dari semua perspektif ideologis harus memperhitungkan fakta bahwa penggabungan lembaga, nilai, dan prinsip hukum umum dalam Konstitusi dimaksudkan untuk mewujudkan perlindungan terbaik atas kebebasan individu dalam suatu sistem pemerintahan.

Hal ini membawa Stoner pada pembahasannya tentang hukum alam. Stoner menunjukkan hubungan konseptual antara karya John Finnis dan karya John Rawls dan Ronald Dworkin. Finnis dan Rawls sama-samama mengembangkan teori keadilan; Finnis dan Dworkin sama-samama menulis sebagai tanggapan terhadap H.L.A. Hart. Namun, sementara Rawls dan Dworkin mendasarkan karya mereka pada tradisi filsafat Kant, Finnis membangun karyanya pada tradisi Thomistik. Di sini, sekali lagi, Stoner menyoroti tematema tentang akal budi, pemberian alasan, dan pembenaran publik untuk putusan hukum.

Konstitusionalisme hukum umum dan penalaran hukum umum saling terkait dalam persyaratan publik (atau harapan) pemberian alasan yudisial. Stoner berpendapat bahwa teori hukum alam Finnis dapat berfungsi sebagai landasan teoritis bagi aturan dan lembaga hukum umum sebagaimana teori liberal Rawls dan Dworkin. Memang, kata Stoner, Finnis dapat melakukan pekerjaan yang lebih baik dalam hal ini, karena karyanya lebih erat kaitannya dengan penalaran hukum umum tradisional.

Dalam keterlibatannya dengan dan ketergantungannya pada alasan setiap individu, bukan hanya alasan hakim dan pejabat lainnya, Stoner menyatakan bahwa teori hukum alam Finnis sebenarnya menyediakan kerangka kerja yang lebih konsisten dengan konstitusionalisme populer dalam tradisi hukum umum. Hukum alam dan liberalisme, menurut Stoner, sebenarnya saling terkait erat dalam fokus mereka pada pilihan otonom, hak individu, dan pengalaman sosial warga negara modern dalam pemerintahan. Selain itu, teori hukum alam yang diartikulasikan Finnis menawarkan konstitusionalisme hukum umum

kerangka kerja teoritis dan kosakata bagi mereka yang mencari alternatif untuk liberalisme Rawlsian.

Stoner mengakhiri babnya dengan penerapan kerangka hukum alam ini pada perdebatan tentang pernikahan sesama jenis di Amerika Serikat. Lebih dari banyak alternatif, Stoner berpendapat bahwa teori hukum alam setidaknya seperti yang dikembangkan Finnis – menyediakan sarana untuk terlibat dalam perdebatan publik yang bermakna tentang hasil kebijakan dan implikasi konstitusional yang melingkupi isu tersebut tanpa prasangka atau polemik. Seperti hukum umum, perdebatan publik yang dibayangkan oleh teori hukum alam Finnis pada akhirnya bergantung pada alasan yang diberikan untuk membenarkan suatu hasil (baik oleh hakim atau orang lain).

Tradisi saja tidak cukup. Pada akhirnya, ketergantungan pada preseden adalah ketergantungan pada akal sehat, dan seperti yang disebutkan Stoner dengan kutipan yang memulai babnya, tidak ada yang bertentangan dengan akal sehat yang sah. Perdebatan tentang pernikahan sesama jenis adalah, atau seharusnya, perdebatan tentang apa yang masuk akal dan apa yang konstitusional. Dilihat dari perspektif teori hukum alam, konstitusionalisme hukum umum adalah masalah melihat bahwa, dalam arti penting, keduanya mengarah pada pertanyaan yang sama.

Trevor Allan memulai pembahasannya tentang konstitusionalisme hukum umum dengan mencatat hubungan antara asas-asas hukum umum dan adat istiadat sosial. Allan kemudian mencatat hubungan antara asas-asas hukum yang terus berkembang dan nilai-nilai konstitusional yang aspiratif (dan aktual) dalam sistem hukum umum. Adat istiadat dan nilai-nilai sosial ini menginformasikan evolusi norma-norma hukum umum dan mencerminkan komitmen hukum umum terhadap pembenaran publik atas norma-norma ini sebagai cerminan komitmen moral (dan konstitusional) masyarakat tersebut. Poin pertama menghubungkan esai Allan, sebagian, dengan pembahasan Eisenberg tentang pembenaran aturan hukum dengan mengacu pada proposisi sosial.

Poin kedua mencerminkan hubungan antara analisis Allan tentang konstitusionalisme dan pembahasan Dyzenhaus dan Taggart tentang pemberian alasan, bersama dengan perlakuan Postema terhadap penalaran hukum umum yang deliberatif karena harus melibatkan wacana publik tentang klaim keadilan yang diinformasikan oleh pertimbangan historis dan praktis. Seperti yang dijelaskan Allan selanjutnya, tradisi hukum umum tentang pembenaran publik yang beralasan itu sendiri mencerminkan komitmen terhadap pemerintahan konstitusional, terlepas dari apakah konstitusi itu tertulis atau tidak tertulis.

Allan mempelajari konstitusionalisme hukum umum melalui analisis berkelanjutan terhadap hukum perundang-undangan dan yurisprudensi. Ia mencatat bahwa, seperti keputusan pengadilan, legislasi memperoleh kewenangannya tidak hanya dari sumber kelembagaannya tetapi juga (dan yang lebih penting) dari koherensi substantifnya dengan prinsip-prinsip sosial dan konstitusional bersama. Makna hukum, semua hukum, pada akhirnya berasal dari dan diinformasikan oleh refleksi dan artikulasi moralitas publik sebagaimana diungkapkan melalui suatu bentuk wacana publik.

Seperti Alexander dan Sherwin, Allan menekankan pentingnya aturan untuk adjudicasi

hukum umum dan hubungan aturan-aturan ini dengan nilai-nilai masyarakat bersama. Dikotomi yang sering dirasakan (atau diasumsikan) antara legislasi dan keputusan pengadilan mengaburkan konvergensi kedua badan hukum ini: Dalam praktiknya, perlunya interpretasi pengadilan berarti bahwa aturan perundang-undangan tidak akan beroperasi secara formalistik, dan doktrin preseden memperkenalkan beberapa stabilitas yang bermanfaat dalam evolusi aturan hukum umum. Pemerintahan yang representatif dan legitimasi yang demokratis biasanya menuntut hakim untuk menegakkan ketentuan yang jelas dari peraturan perundang-undangan.

Namun, pada saat yang sama, Allan berpendapat bahwa poin ini juga dapat terlalu ditekankan. Peraturan perundang-undangan itu sendiri harus selalu dipahami dan ditafsirkan berdasarkan prinsip-prinsip hukum umum yang mendasar, dan prinsip-prinsip ini terkadang harus diterapkan oleh pengadilan untuk memastikan bahwa undang-undang tersebut sesuai dengan persyaratan konstitusional yang mendasar. Sama seperti preseden yang menginformasikan penalaran dan pengambilan keputusan yudisial dalam kasus-kasus baru, maksud dan tujuan legislatif memandu penentuan yudisial selanjutnya tentang ruang lingkup undang-undang.

Poin Allan di sini adalah bahwa penalaran analogis berlaku untuk putusan hukum umum yang melibatkan undang-undang serta preseden. Dalam mempertimbangkan hubungan antara penafsiran undang-undang dan putusan hukum umum, Allan mencatat bahwa konten dan konteks tidak dapat sepenuhnya dipisahkan. Penafsiran memerlukan konteks, dan konteks dibangun oleh penafsir. Ini tidak berarti bahwa tujuan dan bahasa undang-undang sepenuhnya (atau bahkan sebagian besar) tidak dapat ditentukan. Tetapi ini berarti bahwa konteks yang relevan akan selalu mencakup referensi eksplisit atau implisit terhadap prinsip-prinsip hukum umum yang membantu dan dapat membatasi interpretasi yang tersedia dari bahasa undang-undang yang jelas.

Selanjutnya Allan mempertimbangkan korelasi antara kewenangan dan nalar dalam hukum umum. Dalam tradisi hukum umum, perundang-undangan paling tepat diperlakukan bukan sebagai perintah, tetapi sebagai ungkapan nalar kolektif pada suatu titik waktu tertentu. Demikian pula, preseden (terutama ketika ditafsirkan sebagai serangkaian kasus) juga sering dipandang sebagai ungkapan nalar kolektif selama kurun waktu tertentu.

Hukum perundang-undangan dan hukum kasus, dengan demikian, paling baik dipahami dalam tradisi hukum umum sebagai ungkapan kelembagaan doktrin hukum yang berbeda tetapi selaras dalam tatanan konstitusional yang terpadu.10 Atas dasar ini, kewenangan hukum tidak ada, bahkan secara konseptual, terlepas dari nalar; kewenangan hukum harus selalu diungkapkan (atau setidaknya mampu diungkapkan) berdasarkan beberapa pembenaran yang beralasan.

Oleh karena itu, Allan berpendapat, jika kita membayangkan suatu undang-undang yang sepenuhnya bertentangan dengan prinsip-prinsip pemerintahan yang demokratis dan prinsip-prinsip keadilan hukum umum – dengan kata lain, undang-undang yang sama sekali tidak masuk akal – maka undang-undang tersebut tidak akan sesuai dengan interpretasi atau penegakan hukum.

Ini mungkin tampak bertentangan dengan gagasan supremasi legislatif (dalam sistem hukum umum tempat doktrin itu berlaku), tetapi Allan tidak setuju. Bahkan ketika kedaulatan parlemen dipahami sebagai fitur dasar dari arsitektur konstitusional, kedaulatan itu harus dilaksanakan dengan cara yang konsisten dengan hak-hak fundamental. Batasan konstitusional atas kewenangan legislatif ada, baik tertulis maupun tidak tertulis, dalam setiap sistem hukum umum, karena konstitusionalisme hukum umum menuntut pembenaran yang beralasan untuk semua tindakan kekuasaan publik. Di Inggris, seperti yang dijelaskan Dicey dengan definisi ketiganya tentang aturan hukum, ini berarti bahwa prinsip-prinsip konstitusional harus didefinisikan oleh keputusan pengadilan (dan terkadang keputusan ini akan melibatkan pembatasan jangkauan undang-undang). Selain itu, prinsip-prinsip supremasi hukum yang menciptakan batasan konstitusional atas tindakan pemerintah "bukanlah sumber tetapi konsekuensi dari hak-hak individu, sebagaimana didefinisikan dan ditegakkan oleh Pengadilan."

Dengan kata lain, seperti yang dikatakan Allan, proses penafsiran undang-undang oleh pengadilan memperkuat koordinasi dan pertemuan otoritas kelembagaan dalam sistem hukum umum. Demokrasi dan hak hidup berdampingan, meskipun sesekali ada ketegangan antara kepentingan mayoritas dan minoritas, karena substansi hak-hak tersebut dan isi hukum undang-undang harus diintegrasikan dalam proses penalaran dan pengambilan keputusan yudisial. Melalui artikulasi alasan publik untuk keputusan yudisial, pengadilan terlibat dengan masyarakat dan pemerintah dalam wacana tentang makna konstitusi mereka, nilai-nilai bersama mereka, dan lingkungan politik dan sosial mereka.

Allan menyimpulkan analisisnya dengan meneliti peran preseden dan tradisi dalam ekspresi berkelanjutan nilai-nilai publik melalui penalaran yudisial dalam kasus-kasus yang diputuskan. Seperti yang ditekankan Allan, tanggung jawab kelembagaan, konstitusional, dan politik untuk ekspresi ini dipikul bersama oleh pengadilan dan legislatif. Pengadilan tidak hanya menjalankan fungsi sosialpolitik untuk menyelesaikan, sebagai masalah hukum, masalah moral yang kontroversial dalam menghadapi ketidaksepakatan publik yang berkelanjutan. Allan percaya kita juga harus melihat bahwa teori yudisial, mungkin terutama dalam kasus-kasus sulit, juga merupakan bentuk teori politik.

Para pihak yang bersengketa secara individu merupakan peserta yang diperlukan dalam proses peradilan hukum umum sama seperti individuindividu tersebut merupakan peserta yang diperlukan dalam proses politik yang demokratis. Selain itu, produk dari kedua proses kelembagaan – hukum kasus dan hukum undang-undang – memperoleh legitimasi dan otoritas publik mereka, sebagian, justru karena partisipasi tersebut. Hasil dari kedua proses tersebut juga harus dibenarkan, sesuai dengan struktur, batasan, dan fungsi masing-masing lembaga, melalui bentuk wacana publik dan akuntabilitas (misalnya, opini yudisial dan pemilihan politik). Ini berarti bahwa, bagi Allan, hukum umum ada sebagai bentuk alasan publik karena alasan dan hasil yudisial berasal dari argumen para pihak yang berperkara di pengadilan dan menjelaskan hasil hukum dan doktrin hukum kepada para pihak yang berperkara dan kepada publik.

Metode karakteristik penalaran hukum umum (misalnya, preseden dan analogi)

memastikan bahwa doktrin saat ini akan selalu memiliki hubungan yang stabil dan bermakna dengan masa lalu; dan konstitusionalisme hukum umum memastikan bahwa doktrin hukum akan selalu memiliki hubungan yang bermakna dengan nilai-nilai publik dan prinsip-prinsip konstitusional (terkadang berkembang).

Di bab terakhir, Jeffrey Goldsworthy memberikan tanggapan kepada Allan. Seperti Allan, Goldsworthy mempertimbangkan hubungan antara hukum perundang-undangan dan hukum umum secara khusus dan dalam konteks maknanya yang lebih luas untuk isu-isu kedaulatan parlemen, kewenangan peradilan, dan konstitusionalisme hukum umum. Pertukaran pendapat mereka dalam volume ini melanjutkan perdebatan mereka yang sedang berlangsung dalam karya-karya yang diterbitkan sebelumnya dan berkontribusi pada perdebatan yang lebih luas di antara para ahli teori konstitusi Inggris (dan lainnya) tentang doktrin ultra vires dan dasar-dasar tinjauan yudisial. Pandangan berbasis vires yang lebih tradisional adalah bahwa pengadilan Inggris memperoleh kewenangan mereka untuk meninjau tindakan legislatif dari maksud implisit (atau eksplisit) Parlemen.

Mengingat kedaulatan parlemen, pendelegasian kewenangan legislatif kepada badan administratif tentu saja membawa serta anggapan diamdiam bahwa badan tersebut dapat menjalankan kewenangannya hanya sebagaimana dibatasi oleh arahan undang-undang. Setiap kali suatu badan melampaui batasan legislatifnya dan dengan demikian bertindak ultra vires Parlemen bermaksud agar peradilan mengakui kendala legislatif dan membatasi tindakan badan tersebut.

Para ahli teori yang mencoba menyelaraskan peninjauan kembali yudisial dengan kedaulatan parlemen membela gagasan doktrin ultra vires ini sebagai upaya mempertahankan lingkup peninjauan kembali yudisial yang bermakna yang tidak menyinggung ortodoksi kewenangan hukum Parlemen yang secara teoritis tidak terbatas. Para ahli teori lainnya, seperti Allan, berpendapat bahwa hukum umum mendukung konstitusi Inggris yang tidak tertulis. Para ahli teori ini berpendapat bahwa dasar otentik peninjauan kembali yudisial dapat ditemukan dalam asas-asas hukum umum, yang mendahului dan lebih mendasar bagi hukum dan teori ketatanegaraan Inggris daripada kedaulatan parlemen.

Goldsworthy berpendapat bahwa teori hukum umum tentang peninjauan kembali yudisial mendistorsi hubungan antara hukum undang-undang dan hukum kasus. Masalahnya menyangkut hubungan antara teori konstitusional dan teori hukum. Menurut Goldsworthy, positivisme memandang hukum umum sebagai aturan hukum yang dapat dibuat dan dibatalkan oleh hakim, sementara teori Dworkinian memandang hukum umum sebagai norma hukum yang dibangun oleh hakim melalui proses interpretatif yang menyajikan hukum dalam cahaya moral sebaik mungkin (mengingat kendala konstitusional, kelembagaan, historis, sosial, dan politik tertentu). Apa pun itu, hakim menempati ruang kelembagaan di atas, bukan di bawah, badan legislatif. Akibatnya, hukum umum menjadi sama luasnya dengan konstitusi.

Beberapa ahli teori menyambut baik hal ini sebagai jaminan bahwa semua sistem hukum di dunia hukum umum tetap berkomitmen pada prinsip-prinsip konstitusionalisme yang, secara historis dan teoritis, telah mengekang kekuasaan pemerintah dengan aturan hukum. Teori lain berpendapat bahwa teori hukum umum tentang peninjauan kembali ke

pengadilan mengancam doktrin inti konstitusi Inggris, dan dengan perluasan konstitusi Negara-negara Persemakmuran lainnya, sambil mengklaim untuk memulihkannya.

Dan seperti yang dijelaskan Goldsworthy, teori hukum umum memperoleh penerimaan hukum di Inggris, Australia, dan Kanada. Goldsworthy menantang teori konstitusi hukum umum secara historis dan filosofis. Secara historis, Goldsworthy berpendapat bahwa hukum umum tidak, dan tidak akan, membentuk kerangka hukum pemerintahan Inggris. Goldsworthy mempertimbangkan tiga pertanyaan: (1) apa sifat hukum umum? (2) apa ruang lingkup hukum umum? dan (3) siapa yang memiliki kewenangan tertinggi untuk menguraikan hukum umum? Dengan menggunakan pertanyaan-pertanyaan ini sebagai kerangka tematik, Goldsworthy meneliti sejarah hukum umum dari periode abad pertengahan dan seterusnya. Ia berpendapat bahwa tidak pernah ada satu jawaban yang pasti untuk semua pertanyaan ini dan bahwa pendapat yang berlaku tentang aspek-aspek pertanyaan ini telah bervariasi dari waktu ke waktu.

Bahkan ideide yang paling mendasar dan umum misalnya, bahwa konstitusi Inggris yang tidak tertulis terdiri dari prinsip-prinsip hukum umum dapat membawa konotasi yang berbeda selama periode sejarah yang berbeda. Misalnya, saat ini ide ini mungkin berarti bahwa konstitusi hukum umum mencakup hak-hak dan prinsip-prinsip dasar yang diartikulasikan dan ditegakkan oleh pengadilan hukum umum yang membatasi pemerintah dan rakyat. Namun, berabad-abad yang lalu, ide tentang konstitusi hukum umum mungkin merujuk pada hukum adat yang diartikulasikan dan ditegakkan oleh Parlemen (selama masa ketika Parlemen juga dianggap sebagai pengadilan).

Goldsworthy mengamati bahwa, selama periode abad pertengahan dan awal modern, para ahli teori politik dan pengacara tampaknya tidak percaya bahwa hukum umum menjalankan fungsi konstitusional dalam pengakuan atau pengaturan kekuasaan pemerintah. Apakah fungsi ini dipertimbangkan dalam kaitannya dengan gelar dan hak prerogatif kerajaan, suksesi monarki, atau otoritas parlementer, para ahli hukum dan teori Inggris selalu tidak setuju tentang sumber kekuasaan pemerintah ini.

Beberapa ahli teori dan pengacara Inggris menemukan sumber ini dalam hukum umum, tetapi yang lain mencari di tempat lain. Selain itu, Goldsworthy berpendapat, ketergantungan pada hukum adat (sebagai bagian dari hukum umum) atau referensi ke pepatah terkenal tentang keberadaan raja di bawah hukum, juga tidak menetapkan keunggulan hukum umum di tingkat konstitusional.

Referensi ini mungkin merupakan klaim yang tidak dibedakan tentang otoritas hukum alam atau hukum ilahi. Bab karya James Stoner mengkaji hubungan antara hukum umum dan hukum alam di Amerika Serikat pada masa awal, dan Goldsworthy memfokuskan perhatiannya pada Inggris, karena perkembangan konstitusional di kedua sistem tersebut, meskipun tentu saja terkait dalam cara-cara yang mencerahkan, mungkin juga berbeda secara material ketika dievaluasi dalam konteks historis. Tentu saja, ini juga merupakan titik pertentangan antara Goldsworthy dan Allan. Allan dan Goldsworthy tampaknya tidak setuju tentang besarnya struktur dan prinsip konstitusional yang sama di antara Negara-negara yang menganut hukum umum.

Hal ini mengarah pada analisis filosofis Goldsworthy. Goldsworthy mencatat bahwa argumen konseptual antara mereka yang menerima dan mereka yang menolak klaim konstitusionalisme hukum umum sama dengan argumen tentang klasifikasi prinsip-prinsip konstitusional fundamental sebagai hukum undang-undang atau norma-norma hukum umum. Dengan mengklasifikasikan prinsip-prinsip konstitusional, termasuk doktrin kedaulatan parlemen, sebagai norma-norma hukum umum, para penganut hukum umum konstitusional dapat menyimpulkan bahwa prinsip-prinsip ini pada akhirnya bergantung pada pengadilan untuk artikulasi dan interpretasinya.

Goldsworthy menjelaskan, bagaimanapun, bahwa kita harus mengevaluasi klaim klaim ini berdasarkan empat konsepsi yang saling bersaing tentang hukum umum:

(1) konsepsi positivis tentang hukum umum sebagai aturan-aturan yang dibuat oleh hakim,
(2) konsepsi hukum umum sebagai kebiasaan dan praktik profesional dari profesi hukum,
(3) konsepsi Dworkin tentang hukum umum sebagai prinsip-prinsip hukum yang dibangun secara yudisial yang berasal dari interpretasi terbaik dari bahan bahan yang ada dan moralitas politik, dan
(4) konsepsi hukum umum sebagai kebiasaan atau konvensi yang diterima masyarakat (atau komunitas pejabat dalam suatu sistem).

Untuk menentukan apakah norma konstitusional berasal dari prinsip-prinsip hukum umum, Goldsworthy mengatakan bahwa dua pertanyaan harus diajukan: (1) konsepsi hukum umum mana yang paling masuk akal dan (2) apakah norma konstitusional sesuai dengan konsepsi yang dipilih. Goldsworthy berkonsentrasi pada pertanyaan kedua. Meskipun benar bahwa kedaulatan parlemen tidak dapat ditetapkan secara undang-undang (karena Parlemen tidak dapat memberikan kewenangan konstitusionalnya kepada dirinya sendiri), Goldsworthy berpendapat bahwa hal yang sama berlaku untuk pengadilan (peradilan tidak dapat memberikan kewenangan konstitusional kepada dirinya sendiri melalui keputusan pengadilan). Beberapa otoritas kelembagaan harus melacak sumber hukumnya ke sesuatu selain hukum undang-undang atau hukum kasus.

Ini berarti, menurut Goldsworthy, bahwa konstitusionalis hukum umum harus mengikuti konsepsi ketiga atau keempat dari hukum umum (karena konsepsi pertama mengarah pada masalah konseptual yang dijelaskan sebelumnya dan konsepsi kedua tidak dapat didukung sebagai masalah fakta sejarah). Akibatnya, kata Goldsworthy, banyak konstitusionalis hukum umum kontemporer, seperti Allan, menganut konsepsi Dworkinian tentang hukum umum.

Nilai karya teoritis Dworkin untuk konstitusionalisme hukum umum adalah bahwa ia memberikan gambaran yang cukup akurat tentang cara banyak hakim percaya bahwa mereka memenuhi fungsi kelembagaan mereka ketika memutuskan kasus-kasus yang sulit. Ini juga merupakan masalah dengan uraian Dworkin, bagaimanapun, di mana konstitusionalisme hukum umum bersangkutan.

Goldsworthy percaya bahwa konsepsi Dworkin tentang hukum umum tidak dapat menjelaskan pandangan sebenarnya dari banyak hakim Inggris terhadap kedaulatan parlemen. Sampai konstitusionalis hukum umum dapat menunjukkan bahwa konsepsi

Dworkin tentang hukum umum dapat disesuaikan dengan pemahaman yudisial tentang kedaulatan parlemen, yang menurut Goldsworthy tidak dapat mereka lakukan sekarang, konsepsi Dworkin tidak dapat membantu konstitusionalis hukum umum menetapkan bahwa kedaulatan parlemen menelusuri asalusulnya sendiri ke landasan hukum umum.

Demikian pula, Goldsworthy berpendapat bahwa konsepsi hukum umum sebagai konvensi bersama suatu komunitas atau pejabatnya juga tidak akan berhasil. Kecuali pejabat lain menerima bahwa peradilan memiliki kewenangan unik untuk membangun dan menafsirkan doktrin konstitusional seperti kedaulatan parlemen, peradilan tidak dapat begitu saja mengklaim kewenangan ini untuk dirinya sendiri.

Selama anggota parlemen dan ahli teori ultra vires menyangkal kewenangan peradilan ini, konvensi dan praktik resmi tidak dapat menetapkan klaim tentang kewenangan peradilan dan sifat hukum umum dari konstitusi yang tidak tertulis. Goldsworthy tidak menyangkal bahwa kedaulatan parlemen bergantung sebagian untuk kewenangannya sebagai aturan konstitusional pada pengakuan hakim. Dan sebaliknya, kata Goldsworthy, pengadilan bergantung pada kewenangan konstitusional mereka pada pengakuan Parlemen dan aktor kelembagaan lainnya. Goldsworthy memperingatkan, secara politis dan konstitusional berbahaya bagi hakim (atau ahli teori) untuk mencoba mengubah doktrin fundamental dari konstitusi yang tidak tertulis secara sepihak.

Hakim diakui oleh pejabat lain memiliki kewenangan untuk mengubah bidang hukum umum tradisional (properti, perbuatan melawan hukum, kontrak, dll.); tetapi Goldsworthy berpendapat bahwa adalah menyesatkan untuk menganggap norma konstitusional fundamental sebagai "hukum umum" dalam pengertian yang sama, karena hal itu akan mengarah pada klaim yang tidak didukung tentang perluasan kewenangan peradilan dan ketegangan yang terjadi bersamaan antara cabangcabang pemerintahan. Goldsworthy berpendapat bahwa dalam keadaan ini yang terbaik adalah pengadilan bertindak hatihati dan menyerahkannya kepada Parlemen.

Pertukaran pendapat antara Goldsworthy dan Allan dalam buku ini, seperti banyak perdebatan implisit dan eksplisit lainnya yang terkandung dalam babbab ini mengenai aturan hukum umum, penalaran hukum umum, dan konstitusionalisme hukum umum, tidak akan berakhir di sini. Sungguh, akan sangat disayangkan jika hal itu berakhir. Manfaat analisis teoritis, historis, doktrinal, dan komparatif dalam sistem hukum umum, di antara sistem hukum umum, dan antara hukum umum dan sistem hukum lainnya bergantung pada pertukaran gagasan dan perumusan argumen yang jauh lebih banyak daripada penyelesaian sengketa tertentu. Dalam hal ini, perdebatan yang lebih besar sendiri mencerminkan proses hukum umum.

2.3 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 sebaikbaiknya 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.4 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, pertamatama 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.

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 pihakpihak, 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-samama 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.8 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.

2.4 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.10 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".11 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 diaturnya. 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 kesulitankesulitan 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 pertimbanganpertimbangan 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 kendalakendala 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 imparsialitas 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, pertamatama, 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. 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.

Misalkan, misalnya, kasus preseden (P) melibatkan fakta jenis a, b, c, d, dan e. Pengadilan yang memimpin P mencapai hasil X dan mengumumkan aturan, "Jika a, b, dan c, maka X." Fakta d dan e disebutkan tetapi tidak dibahas. Kemudian, kasus baru N muncul, yang melibatkan fakta jenis a, b, c, d, dan f. Pengadilan selanjutnya mungkin membedakan kasusnya dengan mencatat bahwa kasus tersebut melibatkan fakta baru jenis f dan menyatakan kembali aturan preseden sebagai "Jika a, b, dan c, dan bukan f, maka X." Atau mungkin membedakan kasusnya dengan mencatat bahwa kasus tersebut tidak melibatkan fakta jenis e dan menyatakan kembali aturan sebagai "Jika a, b, c, dan e, maka X."

Namun, pada kenyataannya, rujukan pada aturan tersebut menyesatkan karena, berdasarkan pendekatan yang sedang kita bahas sekarang, aturan yang ditetapkan dalam kasus-kasus sebelumnya pada kenyataannya tidak berperan dalam penalaran pengadilan-pengadilan berikutnya. Tidak ada aturan preseden yang dapat sekaligus cukup menentukan untuk mendikte hasil dan cukup komprehensif untuk mencakup semua keadaan dari setiap sengketa yang diberikan.

Oleh karena itu, setiap kasus baru akan menyajikan beberapa fakta yang tidak

ditentukan oleh predikat aturan preseden dan, karenanya, dapat berfungsi sebagai fakta pembeda. Jika setiap pengadilan berikutnya bebas untuk membedakan setiap aturan preseden, maka kewenangan keputusan preseden, jika ada, harus terletak pada fakta dan hasilnya, bukan pada aturan apa pun yang diumumkan oleh pengadilan preseden. Dalam membedakan keputusan sebelumnya, pengadilan berikutnya hanya membandingkan kumpulan fakta a, b, c, d, dan e dengan kumpulan fakta a, b, c, d, dan f. Jika kedua kumpulan tersebut berbeda, sebagaimana yang pasti akan terjadi, kasus baru dapat dibedakan dan aturan preseden diabaikan.

Oleh karena itu, deskripsi kami tentang bentuk penalaran yudisial ini sebagai "model hasil" preseden. Pendekatan terhadap preseden ini, bagaimanapun, menimbulkan pertanyaan apakah hasil hasil dalam konteks fakta tertentu benar-benar dapat memberikan batasan pada keputusan selanjutnya. Bentuk batasan yang paling masuk akal berdasarkan hasil adalah efek a fortiori: Jika alasan untuk hasil yang dicapai oleh pengadilan preseden setidaknya sama kuatnya dalam konteks kasus selanjutnya seperti halnya dalam konteks kasus preseden, maka pengadilan selanjutnya harus mencapai hasil paralel meskipun meyakini bahwa, jika tidak ada preseden, hasilnya salah.

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 kehatihatian 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. (Kami membahas penggunaan aturan implisit di Bagian III.1.)

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.

Tekateki 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 kehatihatian 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 tertentu, pengadilan harus memutuskan perkara untuk pihak tergugat dalam semua kasus di mana keseimbangan utilitas lebih menguntungkan penggugat hanya dengan selisih sepuluh satuan utilitas atau kurang, tanpa memperhatikan relevansi substansial antara kasus-kasus tersebut. Dengan pendekatan ini, sebuah perkara gugatan dapat menjadi preseden bagi perkara kontrak yang sama sekali tidak memiliki kemiripan.

Dalam model berbasis hasil yang menggunakan satu metrik umum untuk membandingkan kasus, konsekuensi dari satu keputusan yang keliru akan bersifat sistemik. Misalnya, jika pengadilan preseden secara tidak tepat memutuskan bahwa serangkaian fakta A, yang mendukung penggugat, lebih kuat daripada serangkaian fakta B, yang mendukung tergugat, maka kasus baru yang melibatkan serangkaian fakta X (untuk penggugat) dan Y (untuk tergugat) mungkin akan diputuskan dengan preferensi terhadap Y.

Namun, pengadilan tetap dapat terikat untuk memutuskan mendukung penggugat apabila fakta X dianggap lebih kuat daripada A, dan fakta B dianggap lebih kuat daripada Y. Dengan kata lain, apabila memang terdapat suatu metrik umum yang memungkinkan fakta-fakta hukum dibandingkan lintas perkara, maka hanya beberapa keputusan yang salah saja sudah cukup untuk menggoyahkan koherensi keseluruhan doktrin hukum.

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. 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. Alihalih 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 hasilhasil 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.

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.

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 hatihati.

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 hatihati.

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 aturanpluspenerimaan 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.

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.63 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.64 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.

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 menebaknebak 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.

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.

Hanya 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.

Beberapa Jenis Hukum

John Gardner

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 diaturnya (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.

I. 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 (dalam bagian 2 dan 3) 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. 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 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 debatdebat ini dibawa ke puncaknya.

Debatdebat 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, debatdebat 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.

II. 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 basabasi. 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 normatiflah 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 menyisakan 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 mempermasalahkan 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 kepurapuraan 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 butuh sedikit waktu untuk sampai pada gagasan bahwa para pejabat yang tindakannya membentuk aturan pengakuan setiap sistem hukum terlibat dalam sesuatu yang mendekati kerja sama tim, yang secara sengaja berkoordinasi satu sama lain seperti orkestra yang memainkan simfoni hukum. Bagi saya, semua beban tambahan ini tidak hanya salah arah dan tidak perlu, tetapi juga bertentangan dengan nada usulan awal Hart.36 Hal ini membawa aturan pengakuan semakin dekat dengan model hukum yang diundangkan, ciptaan banyak orang yang bekerja sebagai satu kesatuan.

Namun, inti dari Hart adalah bahwa jenis hukum yang berbeda diperlukan sebelum hukum yang diundangkan menjadi mungkin. Hukum ini diperlukan untuk menciptakan lembaga hukum yang dapat meloloskan undang-undang tanpa delegasi. Hukum adat ini bukanlah hasil kerja banyak orang yang bekerja sebagai satu kesatuan. Hukum adat ini adalah hasil kerja banyak orang yang bertindak sebagai banyak orang. Mereka menciptakan hukum baru secara kolektif sebagai hasil sampingan yang tidak disengaja dari upaya masing-masing untuk mengikuti hukum sebagaimana adanya. Masing-masing bermaksud dalam kasusnya sendiri untuk mengikuti aturan pengakuan, bukan untuk mengubahnya.

III. 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 situasisituasi tertentu dan bukan pada jenis situasi tertentu. Dalam kasus Barnewall v. Adolphus, misalnya, mungkin ada putusan hukum yang menyatakan bahwa Barnewall sekarang berutang Rp.1.500.000 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 sertamerta 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, alihalih 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.

- Aturan: Setiap orang yang menyebut orang lain pembohong memiliki kewajiban untuk membayar Rp. 814.750 kepada orang tersebut.
- Fakta: Barnewall (seseorang) menyebut Adolphus (orang lain) pembohong.
- Putusan: Jadi, Barnewall memiliki kewajiban untuk membayar Rp. 814.750 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. 814.750 kepada orang tersebut. Mungkin aturan 2 yang lebih luas: Setiap orang yang menyebut orang lain dengan sebutan yang menghina memiliki kewajiban untuk membayar Rp. 814.750 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. 814.750 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.

(1) 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.

(2) 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.

(3) 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.

(4) 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 (menggunakan 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 dibuatbuat, 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.

Tabel terlampir merangkum klasifikasi jenis hukum yang telah kita temui sejauh ini.

Jenis Hukum	Dibuat Secara Tegas	Dibuat dengan Sengaja	Oleh Lembaga Seperti Apa
Hukum Perundang-undangan	Diekspresikan	Disengaja	Individu
Hukum Adat	Tidak diungkapkan	Tidak disengaja	Beragam
Yurisprudensi	Tidak diungkapkan	Salah satunya	Individu

IV. Hukum Umum

Hukum umum bukanlah jenis hukum lain yang dapat ditambahkan ke tabel di atas 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:

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 nonpejabat.
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? Mitosmitos yang mendasari Hukum Umum sebagai tradisi hukum cenderung menyajikannya sebagai sistem adat istiadat. 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 diamdiam 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. Bahkan 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.

V. 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 paradigmatik. 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 ucapanucapannya: ia memiliki otoritas jika ucapanucapannya merupakan alasan-alasan yang dilindungi untuk bertindak, yaitu alasan-alasan untuk mengambil tindakan yang ditunjukkannya dan untuk mengabaikan (pertimbanganpertimbangan 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.

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. 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.

I. 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 sumbersumber 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?

II. 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, modusmodus ini saling terkait erat: tidak ada yang dapat dipahami secara terpisah dari yang lain.

A. Penalaran dari Preseden

Pertamatama 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 kehatihatian yang wajar dalam persiapan atau penyajian produk akan mengakibatkan cedera pada jiwa atau harta benda konsumen, memiliki kewajiban kepada konsumen untuk melakukan kehatihatian 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 berpurapura 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 pertamatama memutuskan

bahwa seorang produsen biasanya bertanggung jawab atas kelalaiannya hanya kepada pembeli langsungnya:

"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 pihakpihak 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 perkara *Losee v. Clute* (1873), pengadilan memutuskan bahwa terdakwa tidak bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkan akibat kelalaiannya dalam memproduksi sebuah ketel uap yang meledak dan merusak properti milik penggugat, yang bukan merupakan pembeli langsung dari terdakwa. Putusan ini mencerminkan prinsip hukum saat itu bahwa tanggung jawab produsen terbatas pada pihak yang terlibat langsung dalam hubungan kontraktual. Sebaliknya, dalam perkara *Devlin v. Smith* (1882), pengadilan menghadapi kasus di mana terdakwa lalai membangun sebuah perancah untuk pelukis, yang kemudian runtuh dan menyebabkan kematian seorang pekerja. Meskipun pengadilan kembali menegaskan prinsip bahwa tanggung jawab pembuat atau produsen terhadap cacat akibat kelalaian umumnya hanya berlaku terhadap pihak yang terikat kontrak, kasus ini mulai membuka ruang bagi pengakuan tanggung jawab yang lebih luas dalam konteks kelalaian yang berpotensi membahayakan keselamatan pihak ketiga.

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 jarijari rodanya hancur berkepingkeping. 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 hatihati.

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 membebankan 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 kehatihatian 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.

Oleh karena itu, 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 adjudicasi, 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) kasus 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-samama tepat. Dengan demikian, aturan kewajiban hukum bertentangan dengan nilai-nilai perlakuan yang adil, akomodasi, dan kerja sama yang berkelanjutan antara pihakpihak yang membuat kontrak, sementara rezim penegakan hukum mempromosikan nilai-nilai tersebut.

Demikian pula, aturan kewajiban hukum menghambat evolusi dinamis kontrak dan timbal balik dinamis antara pihakpihak yang membuat kontrak, sementara rezim penegakan

hukum melayani tujuan-tujuan tersebut. Rezim penegakan hukum juga membuat proses kontrak lebih efisien, karena memungkinkan para pihak untuk membuat kontrak tanpa menegosiasikan setiap kemungkinan kontinjensi secara ex ante, dengan mengetahui bahwa jika kesalahpahaman atau keadaan yang berubah terjadi, hal itu dapat ditangani dengan modifikasi dinamis, ex post. Karena aturan kewajiban hukum adalah aturan yang buruk, sejumlah pengecualian yang tidak konsisten telah dibuat untuknya.

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 pembedaan yang tidak konsisten bertentangan dengan hal yang baik tersebut. Meskipun demikian, praktik pembedaan yang tidak konsisten, jika digunakan dengan benar, adalah hal yang diinginkan. Pembedaan 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. Pembedaan 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 produkproduk 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 bendabenda 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.

Oleh karena itu, 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 ketidak mampuan 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 kedua dengan analogi dalam hukum umum, yang terkait erat dengan yang pertama, berlanjut dengan menentukan bahwa satu aturan baru, Aturan A, harus diadopsi sebagai preferensi terhadap aturan baru yang bersaing, Aturan B, karena proposisi sosial tidak akan membenarkan adopsi Aturan B sambil mematuhi beberapa aturan lain yang diadopsi sebelumnya. Misalnya, dalam Oppenheim pengadilan menyimpulkan bahwa akan tidak konsisten untuk mempertahankan aturan bahwa seorang istri tidak dapat mengajukan gugatan untuk percakapan kriminal sambil mematuhi aturan, yang ditetapkan dalam Bennett, bahwa seorang istri dapat mengajukan gugatan untuk pengasingan kasih sayang:

Ketika kita mengakui bahwa seorang istri dapat mengajukan gugatan untuk pengasingan kasih sayang suaminya, kita secara virtual mengakui bahwa dia juga dapat mengajukan gugatan untuk percakapan kriminal. Sementara perzinahan adalah Satu-satunya dasar yang terakhir, itu hampir secara universal merupakan elemen utama bukti dalam 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 tibatiba 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.

IV. 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 setidaknya kongruen secara substansial dengan proposisi sosial. Alasannya adalah bahwa ketika aturan baru diadopsi, aturan tersebut biasanya akan kongruen dengan proposisi sosial – itulah sebabnya aturan tersebut diadopsi dan jika aturan baru tidak kongruen dengan proposisi sosial, atau aturan yang ada menjadi tidak kongruen, aturan tersebut kemungkinan akan diubah sebagai hasil dari kritik oleh profesi dalam literatur sekunder, dalam ringkasan, dan dalam opini di yurisdiksi lain.

Ketika profesi, termasuk peradilan, secara implisit memandang suatu aturan sebagai kongruen secara substansial dengan proposisi sosial, hanya ada sedikit atau tidak ada kesempatan untuk secara eksplisit menggunakan proposisi sosial dalam penalaran hukum yang melibatkan penerapan aturan tersebut. Dengan demikian, proposisi sosial muncul dalam semua penalaran hukum, tetapi memainkan peran eksplisit hanya ketika aturan baru perlu diadopsi, ketika aturan yang ada menjadi kandidat untuk transformasi atau pembatalan, atau ketika muncul masalah apakah aturan yang ada harus dibedakan, di satu sisi, atau diperluas dengan analogi, di sisi lain.

A Similibus ad Similia; Pemikiran Analogi dalam Hukum

I. 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. “Pekerjaan 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. 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.

II. 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 objekobjek 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.

Namun, 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: “Barang-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 temantemannya di Sungai Harlem. Dari papan yang menjorok dari sekat New York Central Railway, mereka menyelam ke dalam air. Tiangtiang 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 "menanyai (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 pembenaran.

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 menyamarkan 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 retoris, 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.

III. 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 diamdiam 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 situasisituasi 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 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 sifatsifat 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.

Bagian II
Pengadilan Hukum Di Eropa Dan Amerika Serikat

BAB 3
PENGADILAN HUKUM DAN "KEBEBALAN INGGRIS"

3.1 HUKUM DAN KEBEBALAN INGGRIS

Pada akhir abad ketujuh belas, setelah Revolusi Agung dan kemenangan Parlementer, secara luas diyakini di antara orang Inggris bahwa "aturan hukum" telah ditetapkan dan bahwa kebebasan individu karenanya akan terjamin. Para ahli hukum dan ahli teori politik mulai berpendapat bahwa prosedur peradilan, sifat publik dari persidangan, dan aturan yang berkaitan dengan bukti, bersama dengan peran juri, memastikan jaminan hukum yang kuat bagi mereka yang dituduh melakukan kejahatan apa pun, dengan melindungi hak-hak dasar warga negara mereka. Retorika yang menyertai pertempuran yang terjadi di Inggris abad ke-17 melawan absolutisme monarki tidak secara langsung menekankan hak-hak subjektif dan kebebasan, tetapi mengibarkan panji hukum objektif.

Argumen Sir Edward Coke paling tepat menggambarkan sikap ini. Dalam karya-karyanya, seruan untuk kebebasan ditenggelamkan oleh pengagungannya terhadap "hukum" sebagai syarat utama untuk kebebasan itu sendiri: "hukum adalah tempat perlindungan yang paling pasti, yang dapat diambil seseorang, dan benteng terkuat untuk melindungi yang paling lemah dari semuanya". Penerapan hukum secara objektif dan tindakan pengadilan memberi perlindungan kepada individu, "hak kelahiran" Coke, yang memungkinkan setiap orang untuk menjaga Barang-barang, tanah, istri, ahli waris, tubuh, kehidupan, dan kehormatannya dengan aman.

Hukum yang diserukan oleh Coke tidak lain adalah "hukum umum". Hukum umum dianggap sebagai sumber kebebasan, perangkat hukum yang membatasi kekuasaan raja, dan melindungi kebebasan pribadi. Retorika Whig memiliki legitimasinya pada fakta bahwa, selama abad ke-17, hukum umum hampir menghapuskan perbedaan status feodal, yang menjamin kesetaraan warga negara Inggris di hadapan hukum (dengan pengecualian khusus untuk wanita). Hubungan antara tuan tanah feodal dan penyewa, pada saat itu, telah didasarkan pada hak-hak abstrak sebagaimana ditetapkan oleh pengadilan Kerajaan, dan berada di luar kebijaksanaan tuan tanah.

Tentu saja, seperti yang telah ditunjukkan Douglas Hay, penaklukan perang saudara terbukti penting untuk melindungi kaum bangsawan kelas pedagang yang baru saja diperkaya, yang, selama abad ke-17 telah mulai menyaingi pemilik tanah untuk mengendalikan masyarakat Inggris terhadap keserakahan dan tirani raja. Salah satu kemenangan utama kaum antimonarki adalah pembentukan kerangka normatif yang menjamin perlindungan hak-hak dasar di bidangbidang fundamental, seperti pengalihan properti, hukum warisan, kontrak, surat wasiat, dan surat perintah. Fakta bahwa pencapaianpencapaian ini dipadukan dengan

tradisi hukum umum yang sudah mapan sangat mendukung stabilitasnya.

Sejak tahap awal, hukum umum telah dicirikan oleh sistem surat perintah yang dirancang untuk melindungi hubungan antara warga negara yang berurusan satu sama lain secara setara. Seorang warga Inggris abad ke-17 mungkin memiliki kesan menjalani hidupnya dalam kerangka hubungan hukum horizontal di antara warga negara yang secara formal setara. Dimensi vertikal didasarkan pada hubungan antara warga negara dan kedaulatannya, yang menurut definisinya tidak dapat merusak atau melanggar hak-hak rakyatnya, yang membuatnya tidak mungkin untuk diadili atau bertanggung jawab atas tindakannya. Secara teori, hak-hak warga negara tidak dijamin dalam kasus tindakan sewenang-wenang oleh kedaulatan.

Namun, kekebalan kedaulatan segera dinetralkan oleh doktrin peradilan bahwa, seperti yang ditulis Blackstone, meskipun mustahil bagi raja untuk "menyalahgunakan kekuasaannya, tanpa nasihat dari penasihat yang jahat, dan bantuan dari menteri yang jahat, orang-orang ini dapat diperiksa dan dihukum". Atas dasar doktrin ini, seorang warga negara dapat menuntut ganti rugi yang dideritanya dari Mahkota, yaitu dari negara, dan meskipun raja secara pribadi tidak dapat dimintai pertanggungjawaban, menteri tertentu, atau pejabat publik, yang dianggap bertanggung jawab atas penyalahgunaan tersebut harus bertanggung jawab atas hal itu. Pengadilan tidak mengakuinya sebagai pihak yang memiliki hak istimewa tertentu: menteri dan pejabat publik, seperti warga negara biasa lainnya, harus bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkan.

Oleh karena itu, selama abad kedelapan belas, otoritas publik mulai tercakup dalam dimensi horizontal kerangka hukum: kesetaraan mutlak semua orang di hadapan hukum dijamin. Semua warga negara Inggris, terlepas dari pangkatnya, akan diadili oleh hakim yang sama di pengadilan yang lebih tinggi menurut prinsip yang sama; seperti yang telah ditunjukkan Hay, keadilan dapat dikatakan terjamin bahkan bagi orang termiskin. Situasi ini merupakan dasar yang kuat untuk melegitimasi retorika Whig, yang menampilkan Inggris sebagai "kerajaan hukum dan kesetaraan".

Partai Whig, yang bereaksi terhadap upaya raja untuk mengimpor model hukumpolitik dari benua itu guna melegitimasi konsolidasi kekuasaannya sendiri, menguraikan kembali bagianbagian hukum umum yang relevan. Mereka meningkatkan perannya dari sekadar instrumen organisasi yang menyelesaikan sengketa hukum sehari-hari menjadi poros utama konstitusi. Retorika Whig mencakup hal ini: dari memperjuangkan kesetaraan semua orang Inggris di hadapan hukum, beralih ke peninggian hukum sebagai penjaga kebebasan bangsa. Di sinilah letak pergeseran yang melahirkan mitos tentang supremasi hukum dan "kebebasan orang Inggris".

Dalam kurun waktu dari akhir abad ke-17 hingga pertengahan abad ke-19, sejumlah buku harian, surat, memoar, dan karya para ahli hukum terkemuka mencerminkan pemuliaan diri Whig ini. Ucapan para pelancong sesekali menjadi saksi kekaguman yang ditimbulkan oleh sistem hukum Inggris di antara para pengunjung kontinental. Sejak awal abad ke-18, orang asing dikejutkan oleh perhatian dan kepedulian yang diberikan oleh para hakim terhadap hak-hak terdakwa, perhatian yang tidak ada bandingannya di pengadilan hukum negara lain mana

pun. Pada abad ke-17, Inggris dipandang sebagai negara, di mana penyiksaan praktis tidak dikenal dan di mana kekuasaan eksekutif telah dibatasi oleh sistem peradilan yang independen. Inggris tentu saja berutang citra ini pada Penyelesaian Revolusi dan tradisi hukum umum, yang memberlakukan batasan pada kekuasaan diskresioner eksekutif. Namun, yang terpenting, persepsi ini berasal dari keyakinan bahwa masyarakat umum cukup mampu mengingatkan para hakim tentang hak-hak "orang Inggris yang lahir bebas", yang meliputi kebebasan berserikat, kebebasan pers, dan, pada tingkat yang lebih rendah, kebebasan beragama.

Pada tahun 1970an, gagasan bahwa, setelah Revolusi Agung dan kemenangan Whig, 1689 menjadi saksi munculnya sistem konstitusional yang berdasarkan hukum dan mampu menjamin "hak-hak orang Inggris" menjadi fokus penelitian oleh Edward P. Thompson dan para pengikutnya, khususnya Douglas Hay. Hasil penelitian mereka menimbulkan kontroversi yang cukup besar.8 Thompson dan Hay pada dasarnya menerima retorika Whig. Mereka berpendapat bahwa sistem pemerintahan yang berdasarkan aturan hukum benar-benar muncul di Inggris pada abad kedelapan belas dan mereka menerima bahwa ini merupakan langkah maju yang mendasar dalam perkembangan politik Barat.

Sistem pemerintahan yang menawarkan perlindungan efektif terhadap hak-hak warga negara, menurut mereka, telah digariskan untuk pertama kalinya. Kelas bawah, pembangkang agama, dan politisi di Inggris pascarevolusi menikmati sejumlah jaminan "konstitusional" yang nyata dan berada dalam posisi untuk menghargai perlindungan "Aturan Hukum" terhadap "Aturan Kekuasaan". Thompson menekankan bahwa mengakui kebenaran sejarah dasar yang menjadi inti propaganda Whig tidak berarti menerima begitu saja gagasan bahwa revolusi tersebut menandai penerapan keadilan yang "tidak memihak" dalam masyarakat Inggris. Penelitian sejarah memberi tahu kita sebaliknya.

Thompson berpendapat bahwa "revolusi Inggris pada abad ketujuh belas, meskipun gagal dalam banyak aspirasinya, menciptakan sistem batas hukum bagi kekuasaan, yang, betapa pun dimanipulasi, menghasilkan pencapaian budaya yang relevan".9 Menurut Hay dan Thompson, budaya dan retorika Inggris pada abad kedelapan belas sangat diilhami oleh konsep "hukum". Hukum kemudian ditegaskan sebagai nilai yang dominan, poros ideologis seluruh masyarakat. Hukum melemahkan agama dan meletakkan fondasi baru bagi organisasi masyarakat:

Hegemoni kaum bangsawan dan aristokrasi abad kedelapan belas diekspresikan, terutama, bukan dalam kekuatan militer, bukan dalam mistifikasi kependetaan atau pers, bahkan bukan dalam paksaan ekonomi, tetapi dalam ritual studi Hakim Perdamaian, dalam sesi seperempat, dalam kemegahan Assizes dan di teater Tyburn.

Referensi tentang tiang gantungan di Tyburn penting. Thompson dan Hay sangat ingin menunjukkan bahwa hukum pidana dan penerapannya merupakan semacam "teater" didaktik yang memungkinkan ideologi Whig meresap ke dalam kehidupan sosial. Hay secara khusus menekankan bahwa hukum pidana, lebih dari lembaga sosial lainnya, memungkinkan untuk memerintah Inggris pada abad kedelapan belas tanpa perlu kepolisian atau tentara yang besar. Jaminan yang menjadi ciri prosedur pidana tentu mengejutkan jika dibandingkan dengan

standar di Eropa kontinental pada saat yang sama:

Banyak penuntutan yang didasarkan pada bukti yang sangat baik dan dilakukan dengan biaya yang besar gagal karena kesalahan kecil dalam bentuk dakwaan, dakwaan tertulis. Jika nama atau tanggal salah, atau jika terdakwa digambarkan sebagai 'petani' dan bukan istilah yang disetujui 'petani', penuntutan bisa gagal. Pengadilan memutuskan bahwa cacat tersebut bersifat konklusif, dan pria yang menghadiri persidangan sebagai penonton terkadang berdiri di pengadilan dan menyampaikan kesalahan tersebut kepada hakim. Perhatian yang cermat terhadap bentuk-bentuk, pertukaran pendapat yang tidak memihak dan legalistik antara penasihat hukum dan hakim, menyatakan bahwa mereka yang menjalankan dan menggunakan hukum tunduk pada aturan-aturannya.

Pengagungan sistem Inggris, meskipun sering kali sangat keras, lebih mudah dipahami jika dibandingkan dengan sistem Prancis. Di Prancis, lembaga lettre de cachet memungkinkan polisi untuk memindahkan seseorang dan memenjarakannya tanpa batas waktu, tanpa tuduhan khusus.

Meskipun ada jaminan prosedural dan pengadilan oleh juri, Inggris tidak boleh dilihat sebagai wilayah peradilan pidana yang "ringan". Di sini, mungkin lebih dari di tempat lain, kebutuhan untuk menetapkan kriteria dan memastikan hukuman yang tetap dan sedang secara proporsional disesuaikan dengan kejahatan, untuk menciptakan sistem pencegahan yang efektif yang menghindari sekadar menampilkan tingkat keparahan yang sewenang-wenang.

Sistem pidana Inggris pada abad kedelapan belas tentu saja tidak dapat digambarkan sebagai "tidak memihak". Mayoritas pelanggaran dikonfigurasi sedemikian rupa sehingga hampir selalu berakhir dilakukan oleh orang miskin. Namun, rasa persamaan di hadapan hukum diperkuat oleh kasus-kasus terkenal yang melibatkan para bangsawan dan bangsawan yang dihukum gantung: "kemartiran" mereka tampaknya menunjukkan bahwa hukum berdaulat di Inggris. Perlu ditambahkan bahwa kaum miskin juga sering menjadi korban, serta pelaku pembunuhan dan pencurian, dan bahwa kerasnya hukum dan penerapannya yang bersemangat melindungi kepentingan mereka, serta kepentingan para bangsawan yang mengawasi pelaksanaannya.

Strategi Whig untuk menjaga ketertiban jelas bergantung pada perhatian yang jelas dan sering kali keras terhadap perlindungan hak milik. Namun, hal ini bergantung pada hukum, dan disertai dengan penolakan moral dan ekonomi terhadap pembentukan negara polisi. Selama abad kedelapan belas, hukum semakin menjadi titik acuan, serta kerangka kerja bagi tatanan ekonomi dan sosial yang baru. Kepemilikan tanah diatur oleh ikatan yang tidak dapat dicabut. Perjanjian perkawinan diartikulasikan menurut kompleksitas hukum umum. Yang terpenting, benteng hukum yang tak tergoyahkan merupakan hambatan yang tangguh bagi absolutisme monarki.

Namun, seperti yang ditekankan Hay, upaya yang dilakukan oleh kelas penguasa untuk tampak tunduk secara spontan pada aturan hukum terbukti sangat penting. Kelas ini, pada kenyataannya, berusaha untuk menyajikan hukum, berdasarkan keadilannya dan karakter universal dari norma, organ, dan prosedurnya, sebagai sumber yang melegitimasi

cengkeramannya pada kekuasaan. Sikap ini memicu apa yang Thompson definisikan sebagai proses osmosis antara ideologi hukum dan budaya populer: hukum dianggap sebagai penaklukan penting di mata kelas menengah pertanian dan perdagangan, dan tetap menjadi titik acuan penting bagi para petani dan pengrajin yang mendukung mereka.

Hukum ditetapkan sebagai kumpulan norma, prosedur, dan nilai yang melegitimasi kekuasaan kelas dominan. Thompson menunjukkan bahwa, ketika mengambil peran sebagai ideologi yang melegitimasi, hukum pasti memperoleh otonomi dan identitas, dan mengembangkan logikanya sendiri, "yang terkadang dapat menghambat kekuasaan dan memberikan perlindungan bagi yang tidak berdaya".

Jadi, menurut pendapatnya, fungsi legitimasi yang diberikan oleh Partai Whig kepada hukum membuatnya sulit untuk menampilkan hukum sebagai instrumen yang melayani kepentingan satu kelompok di atas kelompok lain. Hukum yang secara terangterangan tidak adil tidak akan mampu menutupi penyalahgunaan kekuasaan oleh satu pihak, dan karena itu akan terbukti tidak berguna sebagai bentuk legitimasi. Hukum yang dipahami sebagai seperangkat norma, prosedur, dan struktur harus bebas dari manipulasi mencolok jika ingin memenuhi fungsi legitimasi. Hukum harus tampak adil secara substansial. Inggris abad kedelapan belas bukanlah masyarakat konsensus.

Hukum digunakan secara eksplisit untuk memaksakan dominasi kelas tertentu, dan pada saat yang sama melindungi kelas ini dari monarki dan mewakili sumber legitimasi kelas ini. Hasil dari ini adalah bahwa hukum tidak dapat dianggap sebagai instrumen lentur yang dapat ditangani oleh siapa pun yang memiliki andil dalam kekuasaan. Dari konteks khusus ini, menurut analisis Thompson, muncul sosok "orang Inggris yang lahir bebas". Individu ini diyakinkan akan privasi dan kebebasannya yang tidak dapat diganggu gugat, dan dilindungi oleh Habeas Corpus; dia akan sepenuhnya yakin akan kesetaraan semua orang di hadapan hukum.

Selama pertikaian berkepanjangan antara monarki dan anggota parlemen, yang memiliki fasefase berturutturut sepanjang abad keenam belas dan ketujuh belas, hukum bukanlah instrumen di tangan salah satu pihak, melainkan hadiah yang dipertaruhkan. Pada saat bangsawan mewarisi hukum sebagaimana dimodifikasi oleh Revolusi Agung, hukum telah menjadi benteng melawan absolutisme kerajaan dan penyalahgunaan kekuasaan. Pada abad kedelapan belas, para pemenang menganggap hukum sebagai kunci untuk mengendalikan kekuasaan, serta untuk menjaga barang, properti, dan kekayaan mereka. Selama revolusi, kaum Whig mulai percaya bahwa hanya hukum yang dapat melindungi properti dan kehidupan mereka dari penyalahgunaan kekuasaan monarki dan kesombongan aristokrat.

Situasi historis yang aneh ini, tulis Thompson, menimbulkan aturan hukum sebagai "barang yang tidak memenuhi syarat". Thompson mengakui bahwa dalam masyarakat yang terbagi oleh konflik kelas, tindakan hukum tidak sesuai dengan keadilan; tetapi ia menekankan bahwa tindakan positifnya tidak boleh diremehkan, dan bahwa cara kerja "proseduralisasi" hukum dengan tindakan yang terekam jauh berbeda dari sekadar penerapan kekerasan.

Instrumen yang dipilih oleh kelas penguasa untuk mempertahankan kepentingan mereka dan melegitimasi kekuasaan mereka memiliki mekanisme bawaan yang mencegah

mereka menggunakannya untuk keuntungan eksklusif mereka. Oleh karena itu, retorika Whig tentang hukum berkontribusi pada penciptaan ideologi hukum yang terkait dengan "hak-hak orang Inggris yang lahir bebas", meskipun dengan cara yang agak melingkar. Sifat hukum yang unik segera memberikan substansi retorika:

Penguasa, dalam pengertian yang serius, baik dengan sengaja maupun tidak, adalah tawanan retorika mereka sendiri mereka memainkan permainan kekuasaan sesuai aturan yang sesuai bagi mereka, tetapi mereka tidak dapat melanggar aturan tersebut atau seluruh permainan akan siasia. Oleh karena itu, menurut arus historiografi ini, perkembangan khusus Revolusi Agung, yang mengambil sikap ideologis Coke dan ahli hukum lainnya, menciptakan situasi di mana

Tidak hanya para penguasa (bahkan, kelas penguasa secara keseluruhan) dihambat oleh aturan hukum mereka sendiri terhadap pelaksanaan kekuatan langsung tanpa perantara (pemenjaraan sewenang-wenang, penggunaan pasukan untuk melawan massa, penyiksaan, dan kemudahan kekuasaan lainnya yang kita semua pahami), tetapi juga retorika ideologis, untuk memungkinkan, dalam area terbatas tertentu, hukum itu sendiri menjadi forum sejati di mana jenis konflik kelas tertentu diperjuangkan.

Fakta bahwa hukum yang diterapkan pertamatama dan terutama diidentifikasikan dengan hukum umum melunakkan dampak traumatis dari munculnya hak milik pribadi dalam konsepsi modernnya, dan mendukung pembentukan model ini. Bagaimanapun juga, hukum umum merupakan konstruksi historis yang nyata, yang terbentuk dari lapisan preseden dan interpretasi yudisial, dan karenanya sangat sulit diubah secara tibatiba. Karakteristik ini menyeret "hukum" ke medan perang tempat konflik sosial sedang terjadi.

Bersama dengan retorika hukum mereka, Partai Whig menggunakan "hukum" sebagai instrumen utama untuk memaksakan definisi baru tentang hak milik: mereka menghapuskan hak-hak yang biasa tetapi tidak jelas untuk penggunaan tanah melalui dekrit, sehingga mendorong dan memperkuat praktik penutupan tanah. Perjuangan antarkelas menjadi nyata dalam konflik antara hukum tertulis yang disahkan oleh Parlemen dan hukum adat. Pada dasarnya, itu adalah bentrokan antara dua konsepsi dan praktik yang berbeda tentang hak milik dan hak-hak relatifnya. Konflik tersebut terungkap di hadapan Pengadilan Hukum Umum, dan karenanya sangat prosedural. Pemegang hak cipta yang hak atas tanahnya telah disahkan oleh keputusan hukum berjuang secara efektif di pengadilan, ketika mereka mampu membayar pengacara.

Dalam kasus-kasus tertentu di mana mereka mampu mengutip hukum umum, mereka bahkan menang. Situasi ini mengubah, sebagian, sifat konflik; penekanan bergeser dari pertanyaan tentang properti itu sendiri ke pertanyaan tentang prosedur hukum. Setiap kali pemilik tanah mencoba menghalangi jalur peradilan yang diambil oleh pemegang hak cipta, mereka memicu reaksi keras rakyat. Perjuangan untuk membela kepentingan mereka yang diusir dari pedesaan berubah menjadi "perjuangan untuk hak-hak mereka", yaitu kampanye untuk membela hak-hak mereka di depan pengadilan.

Setelah interpretasi Thompson, sejarawan Inggris lainnya memuji keutamaan aturan hukum sebagai strategi untuk mengintegrasikan kelaskelas sosial. Gagasan bahwa retorika

Whig tentang aturan hukum telah membantu Inggris menghindari krisis setelah Revolusi Prancis mendapat banyak dukungan. Hal ini memungkinkan banyak antiJacobin, terutama Edmund Burke, untuk berargumen secara masuk akal untuk Revolusi Mulia melawan ketegangan ideologis yang dikembangkan oleh Revolusi Prancis. Hal ini, menurut Harvie, memberikan kunci untuk memahami konflik sosial pada paruh pertama abad kesembilan belas.

Menghadapi gangguan sosial dari tahun 1790 hingga 1832, kelas penguasa Inggris mungkin telah memilih untuk meninggalkan ideologi egaliter tentang aturan hukum dan konotasi universalnya, untuk menghapuskan sistem rumit kendala hukum yang diberikan oleh Konstitusi dan untuk mengubah kekuasaan mereka menjadi mesin penindasan yang kejam. Memang, mereka mengambil beberapa langkah ke arah ini, seperti yang tampaknya disarankan oleh kampanye melawan Paine, Undang-undang Kombinasi (1799–1800), Pembantaian Peterloo (1819), dan Enam Undang-undang (1820).

Namun, pada akhirnya, kelas penguasa lebih suka mengambil jalan legalitas alihalih menghancurkan citra mereka sendiri dan menolak satu setengah abad legitimasi konstitusional. Berbeda dengan apa yang terjadi di Negara-negara Eropa lainnya, pemerintah menjaga ketertiban dengan menerapkan hukum, dan tidak menggunakan tindakan sewenang-wenang. Bahkan pada puncak agitasi Chartist, sementara kelas bawah mengalami penindasan, mereka juga menikmati perlindungan konstitusional dan jaminan hukum.

Reformasi elektoral dan perluasan hak pilih pada tahun 1832 berfungsi untuk menghidupkan kembali citra hukum dan memperkuat gagasan negara yang memerintah secara tidak memihak menurut hukum. Dengan demikian, Inggris Raya mampu melewati tahun 1848 tanpa dampak dramatis yang dialami di benua itu. Menurut Harvie, Undang-undang Reformasi tahun 1832 memulihkan kredibilitas hukum sebagai instrumen yang tidak memihak untuk membatasi konflik sosial dan politik. Dalam penafsiran ini, Undang-undang Reformasi menjalankan fungsi yang sama dengan yang diakui Thompson dalam sistem peradilan, yang tumbuh dari Revolusi Agung.

Demikian pula, McKibbin berpendapat bahwa pelestarian dan penerapan ketat aturan hukum menyelamatkan legitimasi sistem yang berlaku dalam menghadapi konflik sosial pada akhir abad kedelapan belas dan awal abad kesembilan belas. Perjuangan antara serikat pekerja dan pengusaha dilakukan dalam konteks hukum yang benar, dan ini sekali lagi memberikan kredibilitas pada permainan yang adil dan "aturan hukum", yang terbukti lebih dari sekadar slogan kosong. Mereka yang berkuasa menyadari bahwa untuk "mengutakatik" hukum sehingga memengaruhi operasi pasar tenaga kerja dan menjungkirbalikkan keseimbangan yang merugikan para pekerja, serta menggunakan tindakan koersif, akan terbukti tidak dapat dipertahankan secara ideologis dan berisiko secara politis.

Mengingat risiko ini, negarawan seperti Peel, Gladstone, dan Disraeli bertujuan untuk membangun konsensus liberal yang didasarkan pada aturan hukum dan dirancang untuk membuat masyarakat berbasis kelas dapat diterima oleh golongan bawah. Keberhasilan mereka sebagian besar ditentukan oleh keberadaan pratata tertib ide yang mapan. Mereka tidak perlu menciptakan tradisi dari ketiadaan: mereka memulihkan mitos konstitusional yang

telah dikembangkan oleh Partai Whig, menghidupkan kembali retorika Revolusi Puritan dan akibatnya.

3.2 TEORI KONSTITUSI DICEY

Aturan Hukum Dan Kedaulatan Parlemen

Retorika dan historiografi Whig yang meliput peristiwa politik selama 300 tahun terakhir di Inggris tampaknya mengemukakan aturan hukum sebagai rahasia yang memungkinkan "hak-hak orang Inggris" pertama kali muncul dan kemudian secara bertahap ditegaskan sebagai dasar fundamental tatanan sosial.

Namun, paradoksnya, tidak ada ahli hukum yang mencoba mendefinisikan aturan hukum secara pasti hingga akhir abad kesembilan belas. Hingga saat itu, tidak seorang pun mencoba mengidentifikasi titik tumpu perangkat konstitusional Inggris Raya, juga tidak seorang pun bertanya apa yang membuat sistem ini begitu tak tertandingi di seluruh Eropa dalam hal menjaga kebebasan individu. Albert Venn Dicey membahas isu-isu ini dalam Pendahuluannya tentang Studi Hukum Konstitusi tahun 1885. Dalam karya ini, ia menggambarkan cara kerja sistem ketatanegaraan Inggris dan mengidentifikasi supremasi hukum sebagai poros utamanya.

Risalah Dicey luar biasa karena kejelasannya, dan merupakan pendekatan hukum pertama yang ketat terhadap hukum publik Inggris, yang hingga saat itu didominasi oleh studi sejarah. Kualitaskualitas ini memastikan Hukum Konstitusi meraih kesuksesan yang langsung dan abadi. Hingga hari ini, buku ini menjadi landasan studi hukum ketatanegaraan Inggris. Tidak ada karya sebelumnya yang dapat dikatakan membahas hukum Inggris dari perspektif seperti itu – hampir seolah-olah Dicey menciptakan studi yurisprudensi Inggris.

Kesan ini semakin diperkuat oleh pembahasan wajib teori-teori Dicey dalam hampir setiap karya tentang sejarah dan analisis ketatanegaraan yang diterbitkan dalam 30 tahun terakhir. Saat ini di Inggris Raya, para ahli hukum dan ilmuwan politik membahas dan mengkritik teori-teori yang terkandung dalam Hukum Konstitusi, lebih dari 100 tahun setelah kemunculannya. Ketika membaca Dicey hari ini, kita harus mengingat konteks kontemporer dalam teori hukum. Teori hukum di Inggris pada akhir abad ke19 didominasi oleh gagasan John Austin. Austin berpendapat bahwa agar dapat eksis sebagai negara, diperlukan badan berdaulat yang kewenangannya tidak ditetapkan sebelumnya, yang kekuasaannya tidak dapat dibatasi. Teori ini mudah diterima karena tampaknya mengusulkan kembali, dalam istilah yang lebih umum, elemen fundamental retorika konstitusional Whig (yang kedua setelah aturan hukum), yaitu prinsip kedaulatan parlementer.

Salah satu alasan keberhasilan The Law of the Constitution adalah karena ia memadukan teori Austin dengan sempurna dengan tradisi Whig yang berakar pada pencapaian Revolusi Agung; Dicey berpendapat bahwa kedaulatan parlementer dan aturan hukum merupakan dua prinsip fundamental konstitusi Inggris. Setelah menghubungkan kedua gagasan ini, Dicey berpendapat bahwa aturan hukum tidak mampu membatasi kekuasaan seluruh negara, tetapi hanya pemerintah. Dalam argumen ini, Dicey dekat dengan gagasan Rechtsstaat, yang muncul pada saat yang sama di benua itu. Aturan hukum disajikan sebagai

bentuk perlindungan terbaik terhadap tindakan sewenang-wenang kekuasaan eksekutif:

Sebuah studi tentang politik Eropa kadang-kadang mengingatkan para pembaca Inggris bahwa di mana pun ada kebijaksanaan, di situ ada ruang untuk kesewenang-wenangan , dan bahwa dalam sebuah republik, tidak kurang dari di bawah monarki, kewenangan diskresioner dari pihak pemerintah harus berarti ketidakamanan bagi kebebasan hukum di pihak rakyatnya.

Sifat kedaulatan parlemen yang tidak terbatas, yang dibahas dalam bagian pertama Hukum Konstitusi, tampaknya, sebaliknya, tidak menimbulkan banyak masalah. Menurut Dicey, prinsip kedaulatan parlemen menyiratkan bahwa Parlemen memiliki hak untuk membuat atau menghapuskan hukum apa pun dan tidak ada badan atau individu di Inggris Raya yang memiliki hak untuk mengabaikan undang-undang parlemen.

Dengan kata lain, prinsip kedaulatan parlemen menyiratkan bahwa setiap Undang-undang, atau bagian dari suatu Undang-undang, menciptakan hukum baru, atau membatalkan atau mengubah hukum yang sudah ada, dan karenanya harus dipatuhi oleh pengadilan. Atas dasar asas ini, tidak ada orang atau badan yang berhak untuk membatalkan atau mengabaikan undang-undang parlemen, atau mengeluarkan peraturan, yang mengharuskan penegakan oleh pengadilan, yang bertentangan dengan Undang-undang Parlemen. Dicey membuka bab tentang "Sifat Kedaulatan Parlemen" dengan cara ini:

Parlemen secara hukum dapat membuat undang-undang tentang topik apa pun yang, menurut penilaian Parlemen, merupakan subjek yang sesuai untuk undang-undang. Tidak ada kekuasaan yang, berdasarkan konstitusi Inggris, dapat menyaingi kedaulatan legislatif Parlemen. Tidak satu pun batasan yang diduga diberlakukan oleh hukum atas otoritas absolut Parlemen memiliki keberadaan nyata, atau menerima dukungan apa pun, baik dari buku undang-undang maupun dari praktik Pengadilan.

Oleh karena itu, interpretasinya tentang kedaulatan legislatif Parlemen dekat dengan interpretasi Austin: Parlemen berdaulat sebagai pemegang kekuasaan absolut, dan kekuasaannya tidak dapat dibatasi oleh agen mana pun. Setiap tindakan yang mendefinisikan batas-batas kekuasaannya tentu akan menciptakan Parlemen yang "tidak berdaulat". Dicey menjelaskan dengan cukup jelas bahwa konsep kedaulatan parlementer seperti itu mengesampingkan perbedaan, yang dianut oleh para ahli hukum di benua itu, antara hukum konstitusional (atau fundamental) dan hukum biasa. Perbedaan ini pada dasarnya didasarkan pada kriteria yang berkaitan dengan aspek formal hukum, atau yang terkait dengan cara pembuatannya.

Sementara di Inggris Raya Tidak ada hukum yang tidak dapat diubah oleh Parlemen, atau (dengan kata lain agak berbeda), hukum fundamental atau yang disebut konstitusional, menurut konstitusi kita diubah oleh badan yang sama dan dengan cara yang sama seperti hukum lainnya, yaitu, oleh Parlemen yang bertindak dalam karakter legislatifnya yang biasa.

Oleh karena itu, konstitusi Inggris, yang menurut definisinya didasarkan pada kedaulatan Parlemen, tidak memberikan daftar hak-hak fundamental atau yang tidak dapat diubah. Kedaulatan Parlemen, menurut Dicey, tidak sesuai dengan keberadaan pakta yang mendefinisikan kompetensi setiap otoritas. Kekuasaan legislatif Parlemen tidak memiliki batas, apalagi tidak ada badan yang dapat membatalkan undang-undang dengan alasan telah

melanggar prinsip-prinsip konstitusional, dan bahkan lebih sedikit lagi dengan alasan telah mengesampingkan hak-hak dasar warga negara.

Meskipun demikian, Dicey ingin menekankan bahwa Parlemen memegang kedaulatan hukum, tetapi bukan politik. Yang terakhir adalah milik para pemilih. Namun, tampaknya tidak ada jaminan "konstitusional" yang melindungi "hak-hak orang Inggris". Parlemen tidak dihambat oleh batasan hukum apa pun dan hanya tunduk pada batasan politik (baik internal maupun eksternal). Seperti halnya teori Rechtsstaat yang berlaku di benua itu, legislator hanya tunduk pada kontrol politik.

Bagian kedua dan yang lebih luas dari Hukum Konstitusi dikhususkan untuk prinsip penting lainnya dari konstitusi, aturan hukum. Dicey pertamatama menganalisis status konstitusional hak individu atas kebebasan; ia memberikan ruang yang cukup untuk kebebasan pribadi sebagaimana dijamin oleh surat perintah habeas corpus dan membahas secara rinci tentang kebebasan berkumpul dan kebebasan berbicara dan berdebat. Bagian ini mencakup bab tentang darurat militer dan pembahasan Dicey yang terkenal tentang hukum administrasi.

Dalam bab keempat buku tersebut, “The Rule of Law: Its Nature and General Applications”, Dicey menekankan bahwa supremasi hukum menentukan tiga aspek mendasar dari tatanan konstitusional Inggris Raya:

Dalam kebajikan ‘supremasi hukum’ di Inggris Raya, tidak seorang pun dapat dihukum kecuali untuk pelanggaran hukum tertentu yang ditetapkan dalam tata cara hukum yang biasa di hadapan Pengadilan biasa di negeri itu.

Oleh karena itu, penyerapan prinsip-prinsip dasar liberalisme ke dalam konstitusi dikaitkan dengan supremasi hukum yang mutlak. Keutamaan ini memastikan bahwa konstitusi mewujudkan di atas segalanya prinsip legalitas yang ketat: setiap tindakan pemerintah yang melanggar lingkup kebebasan individu atau hak milik pribadi harus diratifikasi oleh hukum. Kedua, konstitusi menetapkan prinsip keunikan subjek hukum, terlepas dari status atau pangkat. Referensi terhadap “pengadilan biasa” dalam kutipan di atas menarik perhatian pada keunikan rumusan Dicey tentang prinsip kedua, yang menggarisbawahi kesetaraan semua orang di hadapan hukum, serta ketundukan yang setara bagi semua orang terhadap yurisdiksi yang sama:

Kami maksudkan, ketika kita berbicara tentang ‘aturan hukum’ sebagai karakteristik negara kita, bukan hanya bahwa di negara kita tidak ada seorang pun yang kebal hukum, tetapi (yang merupakan hal yang berbeda) bahwa di sini setiap orang, apa pun pangkat atau kondisinya, tunduk pada hukum biasa di negara tersebut dan tunduk pada yurisdiksi pengadilan biasa.

Prinsip supremasi hukum menuntut lebih dari sekadar persamaan semua orang di hadapan hukum: prinsip ini memaksakan ketundukan setiap orang pada hukum yang sama yang dijalankan oleh pengadilan yang sama. Di sini Dicey membagi doktrin liberal tentang keunikan status hukum menjadi dua prinsip: ia menegaskan kedua prinsip tradisional bahwa hukum harus sama untuk semua orang dan menambahkan bahwa yurisdiksi juga harus sama. Prinsip kedua ini menyebabkan sistem ketatanegaraan Inggris sangat berbeda dari sistem kontinental, yang biasanya hanya mengakui prinsip kompetensi hakim sebagaimana

ditetapkan oleh hukum.

Penekanan Dicey pada pentingnya keunikan yurisdiksi merupakan inti dari konsepsinya tentang supremasi hukum dan juga berperan penting dalam serangannya terhadap hukum administrasi. Ia menekankan, pada kenyataannya, bahwa kemungkinan eksekutif menggunakan kekuasaan diskresioner secara tidak semestinya hanya dapat dikesampingkan jika prinsip yurisdiksi yang sama dipadukan dengan prinsip legalitas. Prinsip legalitas saja tidak cukup untuk menjamin dominasi absolut hukum biasa atau untuk mengecualikan pelaksanaan kekuasaan sewenang-wenang, hak istimewa, atau penggunaan kekuasaan diskresioner yang berlebihan oleh pemerintah. Satu-satunya jaminan diberikan oleh "ketundukan yang sama dari semua golongan terhadap hukum biasa negara yang dikelola oleh pengadilan hukum biasa".

Hanya ketundukan yang sama ini yang dapat menghalangi kemungkinan pengecualian pejabat publik atau orang lain dari yurisdiksi pengadilan biasa; dengan demikian, ketaatan selektif terhadap hukum biasa dicegah dan hukum biasa tetap berlaku untuk semua orang. Prancis dipilih untuk menjadi contoh sistem kontinental dan banyak contoh diberikan tentang bagaimana pejabat mereka "dalam kapasitas resmi mereka, atau telah, sampai batas tertentu dikecualikan dari hukum biasa negara, dilindungi dari yurisdiksi pengadilan biasa, dan tunduk dalam hal-hal tertentu hanya pada hukum resmi yang dikelola oleh badan resmi". Oleh karena itu, Dicey menyajikan kesetaraan di hadapan hukum dan ketidakabsahan hukum administrasi dan pengadilan administrasi sebagai dua sisi mata uang yang sama, sesuai dengan tradisi hukum umum yang bermula setidaknya dari Blackstone:

Di Inggris, gagasan tentang kesetaraan hukum, atau tentang penundukan universal semua golongan pada satu hukum yang dijalankan oleh pengadilan biasa, telah didorong hingga batas maksimalnya. Di negara kita, setiap pejabat, dari Perdana Menteri hingga polisi atau pemungut pajak, memiliki tanggung jawab yang sama atas setiap tindakan yang dilakukan tanpa pembenaran hukum seperti warga negara lainnya. Laporan tersebut berisi banyak kasus di mana pejabat telah dibawa ke pengadilan, dan dibuat, dalam kapasitas pribadi mereka, bertanggung jawab atas hukuman, atau pembayaran ganti rugi, atas tindakan yang dilakukan dalam karakter resmi mereka tetapi melampaui kewenangan hukum mereka.

Prinsip keunikan yurisdiksi tidak mengecualikan kegiatan pejabat publik dari pengaturan undang-undang khusus tambahan, yang tidak berlaku bagi warga negara biasa, dan tidak pula mencegah pengadilan khusus untuk mengadili pejabat tersebut atas pelanggaran peraturan khusus tersebut. Meskipun demikian, Dicey tetap bersikukuh pada prinsip bahwa status resmi tidak menjamin hak istimewa. Seorang pejabat publik, apa pun pangkatnya, tidak dapat memanfaatkan jabatannya untuk menghindari tugas sebagai warga negara biasa.48 Hal ini tidak ditemukan dalam kasus di Eropa kontinental, dan khususnya Prancis, di mana sistem hukum administrasi didasarkan pada prinsip bahwa kontroversi yang melibatkan pemerintah dan pejabatnya tidak tunduk pada putusan pengadilan biasa, dan harus ditangani oleh badan ad hoc.

Dengan menetapkan ketidakabsahan hukum administrasi, supremasi hukum menjamin bahwa kesetaraan dan hak warga negara lebih aman di Inggris daripada di Prancis; pernyataan bahwa "semua orang tunduk pada satu hukum yang sama, atau bahwa Pengadilan adalah yang

tertinggi di seluruh negara" tidak dapat dikatakan berlaku untuk Prancis. Kita sekarang sampai pada aspek ketiga konstitusi yang berasal dari supremasi hukum. Dicey menganggap ini bukan prinsip normatif tetapi fakta historis; ini disajikan sebagai hasil khusus dari tradisi hukum umum Inggris dan karenanya merupakan karakteristik "Konstitusi Inggris", yang secara tajam membedakannya dari padanannya di Eropa.

Ia menegaskan bahwa konstitusi Inggris Raya diresapi oleh aturan hukum dengan alasan bahwa prinsip-prinsip umum konstitusi (seperti misalnya hak atas kebebasan pribadi, atau hak untuk mengadakan pertemuan umum) bagi kita adalah hasil dari keputusan pengadilan yang menentukan hak-hak orang pribadi dalam kasus-kasus tertentu yang dibawa ke Pengadilan; sedangkan di bawah banyak konstitusi asing, jaminan (sebagaimana adanya) yang diberikan kepada hak-hak individu merupakan hasil, atau tampak merupakan hasil, dari prinsip-prinsip umum konstitusi.

Dicey tidak memperlakukan aspek ketiga dari aturan hukum ini sebagai sebuah asas, tidak seperti yang lain, dan tidak menekankan nilai normatifnya. Ia lebih menggambarkannya sebagai representasi inti kebenaran dalam gagasan yang pada umumnya "keliru", meskipun terus menerus diulang, bahwa "konstitusi tidak dibuat tetapi telah berkembang". Dicey tidak memanfaatkan gagasan Whig ini, yang pada saat itu masih menjadi dogma dalam teori hukum Inggris, untuk melegitimasi seluruh struktur konstitusional. Lebih jauh, ia ingin mengungkap absurditas, sekali dan untuk selamanya, dari gagasan bahwa di Inggris Raya "bentuk pemerintahan adalah semacam pertumbuhan spontan yang sangat erat kaitannya dengan kehidupan suatu masyarakat sehingga kita hampir tidak dapat memperlakukannya sebagai produk dari kemauan dan energi manusia".

Seperti yang dikemukakan John Stuart Mill, gagasan ini tidak dapat dipertahankan secara logis: setiap norma hukum adalah hasil dari keinginan manusia yang aktif, tidak seperti pohon yang, setelah ditanam, terus tumbuh dengan sendirinya. Fakta sejarah penting yang dapat dan harus diekstrapolasi dari retorika Whig mengenai perkembangan spontan konstitusi adalah bahwa konstitusi tidak dibuat sekaligus.

Teori bahwa "konstitusi Inggris tidak dibuat tetapi telah tumbuh" memiliki manfaat eksklusif untuk menunjukkan, meskipun hanya dalam "cara yang samar dan tidak tepat" fakta bahwa konstitusi adalah konstitusi yang dibuat oleh hakim, dengan semua kelebihan dan kekurangan hukum yang dibuat oleh hakim. Secara khusus, teori ini menyoroti fakta penting bahwa "kebebasan orang Inggris" "jauh dari hasil legislasi, dalam pengertian umum istilah tersebut, merupakan hasil dari kontes yang dilakukan di Pengadilan atas nama hak-hak individu".

Aspek ketiga dari aturan hukum karenanya tidak disajikan sebagai sebuah asas, tetapi sebagai sebuah "rumus" yang menjelaskan bahwa hukum, yang biasanya merupakan bagian dari Konstitusi di Eropa kontinental, di Inggris Raya "bukanlah sumber tetapi konsekuensi dari hak-hak individu, sebagaimana didefinisikan dan ditegakkan oleh Pengadilan".

"Rumus" ini tidak menetapkan batas-batas legitimasi konstitusional dari norma dan lembaga: melainkan, ini adalah pengingat sederhana bahwa konstitusi Inggris bukanlah buah dari aktivitas luar biasa yang bertujuan untuk menciptakannya, tetapi "hasil dari hukum biasa".

Orang mungkin berpikir bahwa Dicey di sini mengaitkan konten preskriptif dengan "rumus" ini, sejauh itu dapat menunjukkan apa yang ia yakini sebagai cara yang benar untuk maju.

Namun, ia tampaknya tidak berpikir bahwa konstitusi dapat terus berkembang secara yurisprudensial. Dalam menyoroti aspek ketiga dari aturan hukum ini, perhatian utama Dicey tetap untuk menekankan asalusul yang berbeda dari konstitusi Inggris dan Eropa. Minatnya yang sebenarnya adalah menekankan bahwa, di Inggris, berbeda dengan di Eropa, pengadilan, dengan bantuan Parlemen, adalah agen fundamental dalam proses konstitusional, dan telah memasukkan hak-hak yang secara tradisional dijamin oleh hukum umum ke dalam konstitusi:

Prinsip-prinsip hukum privat telah diperluas kepada kita melalui tindakan Pengadilan dan Parlemen sehingga menentukan posisi Mahkota dan para pegawainya. Dalam proses ini pengadilan dan Parlemen tidak memainkan peran yang sama dan tidak boleh dianggap pada tingkat yang sama. Parlemen, yang bertindak sebagai badan legislatif, telah membatasi dirinya untuk memerintahkan dan memasukkan hasil yurisprudensi pengadilan. Ketika telah memainkan peran kreatif dalam proses penggabungan hukum ke dalam konstitusi, ia telah melakukannya dalam perannya sebagai Mahkamah Agung negara, bukan sebagai badan legislatifnya. Prosesnya telah menjadi proses penyusunan ulang hukum umum, bukan proses penciptaan hukum baru.

Dicey mengklaim bahwa jika hak-hak yang dibuat oleh hakim harus dikodifikasi, konstitusi Inggris Raya akan identik dengan konstitusi Eropa. Ia membandingkan konstitusi Inggris dengan konstitusi Belgia, yang disetujui pada akhir abad kesembilan belas, untuk menunjukkan tesisnya. Konstitusi Belgia dianggap sebagai model sejauh ia telah dirancang sebagai "ringkasan yang mengagumkan dari prinsip-prinsip utama konstitusionalisme Inggris". Gagasan yang umum di Eropa bahwa Inggris Raya tidak memiliki konstitusi sama sekali, dan bahwa tidak ada hak-hak yang dijamin secara konstitusional, menurut Dicey, oleh karena itu tidak masuk akal.

Jika kita bandingkan konstitusi kontinental dengan ketentuan hukum Inggris, dan terutama dengan ketentuan hukum yang berasal dari peradilan, kita menyadari bahwa konstitusi Inggris dengan inti hak fundamentalnya yang menjamin kebebasan memang ada, meskipun tidak disahkan oleh satu dokumen pun. Konstitusi itu tidak memuat pernyataan hak yang merupakan ciri khas konstitusi negara lain. Perlindungan kebebasan pribadi berasal dari keputusan peradilan: hak konstitusional tidak lebih dari generalisasi keputusan tersebut.

Tujuan Dicey adalah untuk menunjukkan bahwa "konstitusi Inggris" menjamin hak-hak secara efektif seperti halnya konstitusi kontinental, dan bahwa perbedaan dalam asal usul hak-hak ini hanya formal, tidak memiliki pengaruh nyata pada jaminan efektifnya. Namun, dalam pengembangan argumennya, penciptaan hak oleh pengadilan perlahan-lahan berhenti menjadi sekadar fakta sejarah. Dicey hampir tanpa terasa menggeser argumen dan mengubah "rumus", yang seharusnya hanya berfungsi untuk mengingatkan kita tentang asal usul hak-hak Inggris, ke posisi yang sangat penting dalam konsepsinya tentang aturan hukum.

Fakta bahwa hukum yang menjamin kebebasan adalah hasil tidak langsung dari keputusan pengadilan menjadi jaminan mendasar atas kenikmatannya. Intinya di sini adalah bahwa hukum-hukum ini, yang dijelaskan oleh Dicey sebagai "prinsip-prinsip konstitusional",

bukanlah hasil dari beberapa proklamasi resmi, tetapi dibuat sebagai tanggapan terhadap kasus-kasus tertentu yang dibawa ke pengadilan. Masalah sebenarnya, lanjutnya, bukanlah bahwa tidak adanya konstitusi tertulis di Inggris Raya menyebabkan kesulitan dalam membela hak-hak individu, tetapi bahwa hak-hak yang sama itu tidak dilindungi dengan baik oleh konstitusi tertulis.

Hubungan antara hak individu dan konstitusi di Negara-negara seperti Inggris Raya, di mana hak-hak tersebut didasarkan pada musyawarah pengadilan, sangat berbeda dari hubungan antara hak individu dan konstitusi Eropa kontinental, di mana piagampiagam fundamental dibuat oleh undang-undang konstituen. Di Negara-negara ini, hak individu atas kebebasan pribadi mengalir dari atau dijamin oleh konstitusi. Di Inggris, hak atas kebebasan individu merupakan bagian dari konstitusi, karena dijamin oleh keputusan-keputusan Pengadilan, yang diperluas atau ditegaskan sebagaimana adanya oleh Undang-undang Habeas Corpus.

Menurut Dicey konstitusi berbagai negara Eropa dikhususkan secara eksklusif untuk "mendefinisikan" hak-hak individu, dan kurang memperhatikan kebutuhan untuk memberikan perlindungan atas hak-hak tersebut. Dicey menonjolkan pelaksanaan efektif yang diberikan oleh pengadilan terhadap ketentuan konstitusional dan lebih jauh menekankan relevansi, terutama dalam hal hukum konstitusional, dari pepatah Latin ubi jus ibi remedium. Seringkali, pada kenyataannya, hak-hak konstitusional tidak lebih dari sekadar pernyataan kosong.

Namun, orang Inggris memiliki jaminan dalam hal mereka secara bertahap menyusun serangkaian hukum dan lembaga yang rumit yang kita sebut Konstitusi, memusatkan pikiran mereka jauh lebih tekun pada penyediaan solusi untuk penegakan hak-hak tertentu atau (apa yang sama saja jika dilihat dari sisi lain) untuk mencegah kesalahankesalahan tertentu, daripada pada pernyataan apa pun tentang Hak Asasi Manusia atau Hak-hak Orang Inggris.

Dengan kata lain, produksi tindakan hukum yang melindungi hak-hak individu memiliki keuntungan yang jelas baik atas proses legislatif maupun atas deklarasi hak-hak: alternatif hukum, melalui prosedurnya sendiri, menciptakan hubungan yang tidak terpisahkan antara metode yang digunakan untuk melindungi hak-hak dan hak yang akan dijamin. Oleh karena itu, sistem ketatanegaraan Inggris memiliki keuntungan besar karena undang-undang yang berkaitan dengan hak-hak, seperti Undang-undang Habeas Corpus, hanya mengartikulasikan jaminan yang dibuat oleh pengadilan. Undang-undang ketatanegaraan ini, menurut Dicey, tidak menyatakan prinsip apa pun atau mendefinisikan hak apa pun, tetapi "untuk tujuan praktis bernilai seratus pasal konstitusional yang menjamin kebebasan individu".

Hak-hak individu yang disediakan oleh konstitusi Eropa kontinental hanyalah "deduksi" yang diambil dari prinsip-prinsip konstitusional. Ketentuan hak-hak konstitusional tidak memberikan warga negara perlindungan terhadap penindasan atau penangguhan hak-hak tersebut; malah, hal itu menguntungkannya. Hal ini terbukti di Negara-negara tempat validitas deklarasi hak-hak sering ditangguhkan. Fakta bahwa hak-hak tersebut ditetapkan dalam teks peraturan khusus, bahwa hak-hak tersebut merupakan "sesuatu yang asing dan tidak bergantung pada proses hukum yang biasa", membuat hak-hak tersebut lebih mudah dikesampingkan tanpa mengganggu prosedur hukum yang normal.

Dengan demikian, ketentuan konstitusional yang secara teori bertujuan untuk memperkuat perlindungan hak-hak fundamental dengan mencegah Parlemen untuk mengutakatiknya, dan yang mengharuskan seluruh konstitusi untuk diubah secara eksplisit untuk melakukannya, pada akhirnya melemahkan hak-hak tersebut.

Sejarah menunjukkan bahwa hak-hak mengenai kebebasan pribadi lebih terjamin di Inggris, di mana "hukum konstitusi tidak lebih dari generalisasi hak-hak yang dijamin Pengadilan bagi individu",66 dan di mana tidak masuk akal untuk berbicara tentang hak-hak 'fundamental' atau beberapa hak yang lebih terjamin daripada yang lain. Pengalaman abad kesembilan belas menunjukkan bahwa, di mana Satu-satunya perlindungan terhadap kebebasan pribadi disediakan oleh prinsip-prinsip konstitusional, validitas piagam konstitusional sering kali berakhir dengan ditangguhkan atau dicabut. Di sisi lain, di Inggris Raya, hak-hak yang berkaitan dengan kebebasan selalu dianggap sebagai bagian dari "hukum biasa"; tidak dapat dibayangkan bahwa hak-hak tersebut dapat diabaikan "tanpa adanya revolusi menyeluruh dalam lembaga dan tata krama bangsa".

Dasar historis dari produksi hak konstitusional oleh pengadilan, aspek ketiga dari aturan hukum, merupakan jaminan penting sehari-hari atas hak warga negara atas kebebasan meskipun itu bukan sebuah aturan. Aspek historisfaktual ketiga inilah yang mendorong Dicey untuk menyatakan bahwa di Inggris Raya, konstitusi didasarkan pada aturan hukum, penangguhan konstitusi, sejauh hal tersebut dapat dipahami sebagai sesuatu yang mungkin, bagi kita tidak akan berarti apa-apa selain sebuah revolusi.68

3.3 KEDAULATAN PARLEMEN DALAM SISTEM COMMON LAW

Setelah menjelaskan apa yang dimaksud Dicey dengan aturan hukum dan kedaulatan Parlemen, kita sekarang dihadapkan pada masalah kesesuaian antara kedua prinsip ini. Ini mungkin merupakan isu yang paling kontroversial bagi para penganut konstitusi Inggris.

Penulis yang paling peka terhadap perlindungan hak-hak fundamental telah mengkritik keras konsepsi kedaulatan parlemen yang diuraikan oleh Dicey. Ia dituduh tidak memahami hal itu, sebagaimana ditulis August Friedrich von Hayek:

> *Seluruh sejarah konstitusionalisme, setidaknya sejak John Locke, yang sama dengan sejarah liberalisme, adalah sejarah perjuangan melawan konsepsi positivis tentang kedaulatan dan konsepsi sekutu tentang negara mahakuasa.*

Menurut mereka, Dicey gagal memperhitungkan bahwa, tanpa penerapan batasan yang tepat pada kekuasaan legislatif, hak dan kebebasan yang secara tradisional dijamin oleh hukum umum di Inggris Raya dapat dihapuskan oleh Parlemen dalam semalam. Di sini teori Dicey tidak hanya dikritik pada tingkat "ideologis" tetapi juga keabsahan hukumnya dipertanyakan. Menurut pendapat para kritikus Dicey ini, kedaulatan parlementer bukanlah salah satu prinsip konstitusi Inggris. Geoffrey De Q. Walker, misalnya, merujuk pada “dogma Dicey yang meragukan tentang kedaulatan parlemen”, menuduh Hukum Konstitusi sebagai “seperti monumen Victoria yang besar dan jelek yang mendominasi lanskap hukum dan konstitusional

dan memberikan efek hipnotis pada persepsi hukum”.

Kritikus Dicey berpendapat bahwa Hukum Konstitusi dirusak oleh pembacaan sistem konstitusional yang berpusat pada undang-undang. Mereka menuduhnya telah mereduksi prinsip supremasi hukum menjadi sekadar "aturan pengakuan". Mereka menafsirkan gagasan supremasi hukum dalam terang "kedaulatan Parlemen", kemudian Dicey dituduh menegaskan bahwa Parlemen adalah "sumber otoritas politik tertinggi, yang bebas dari semua pengekangan hukum dan dari mana setiap aturan hukum memperoleh keabsahannya". Kritikus ini membaca Hukum Konstitusi seolah-olah menyatakan bahwa setiap tindakan yang dihasilkan oleh Parlemen, sesuai dengan norma yang mengatur kegiatannya, harus dianggap sah oleh pengadilan, tanpa menilai dampaknya terhadap hak-hak individu dan aspirasi yang sah.

Alihalih menjadi bapak konstitusionalisme Inggris, Dicey dianggap bertanggung jawab karena telah menyebarkan dogma Austin tentang kedaulatan parlemen, yang secara signifikan melemahkan perlindungan terhadap hak-hak individu. Kritikus yang lebih berpihak terhadap Hukum Konstitusi mencatat penjajaran prinsip kedaulatan parlemen dengan prinsip supremasi hukum. Penjajaran tersebut mengarah pada "kontradiksi pragmatis" yang merusak seluruh model konstitusional. Oleh karena itu, Dicey dituduh mengusulkan versi hukum konstitusional Inggris yang jauh lebih lemah, yang didasarkan pada dasar-dasar yang kontradiktif, tidak pasti, dan tidak aman.

Pendukung tesis ini menganggap sudah pasti bahwa tidak mungkin untuk menyelaraskan penekanan pada supremasi hukum dengan teori kedaulatan Parlemen yang tidak terbatas. Para penulis ini juga menuduh Dicey tidak mampu menahan pengaruh positivisme hukum Austin, yang mencegahnya menguraikan visi konstitusi yang koheren.mAllan bahkan melangkah lebih jauh dengan mendalilkan keberadaan dua Dicey: pendukung kedaulatan parlemen di satu sisi, dan konstitusionalis yang berjuang untuk membebaskan dirinya dari belenggu otoritarianisme Hobbesian yang diterima melalui Austin, di sisi lain.

Meskipun benar bahwa rekonstruksi sistem konstitusional Inggris oleh Dicey merupakan produk pada masanya, para pengkritiknya juga sangat dipengaruhi oleh lingkungan budaya mereka. Krisis yang melingkupi hukum umum pada paruh kedua abad kesembilan belas menandai keberhasilan gagasan Austin dan teori konstitusional yang berpusat pada undang-undang. Teori ini diterima dengan antusias oleh retorika Whig tentang kedaulatan parlemen, dan mendapat dukungan sebagai akibat dari perluasan hak pilih antara tahun 1866 dan 1884, yang tidak diragukan lagi memperkuat kewenangan parlemen. Dogma kedaulatan parlemen pada saat itu diserap dengan sangat baik oleh para ahli hukum Inggris sehingga teori yang bertentangan tampak sangat jauh dari kenyataan.

Oleh karena itu, tidak mengherankan bahwa The Law of the Constitution segera diterima sebagai karya Austinian, dan bahwa kedaulatan parlemen, bukan aturan hukum, dipahami sebagai pilar teoritis pendukungnya. Karya Dicey disusun, ditulis, direvisi, dibaca, dan didiskusikan dalam lingkungan yang diwarnai oleh pengaruh Austin yang menyebar luas. Mudah dipahami bahwa para ahli hukum Inggris pada akhir abad kesembilan belas dan awal

abad kedua puluh memberikan interpretasi yang berpusat pada undang-undang terhadap Hukum Konstitusi, yang berlanjut sebagai interpretasi standar perdebatan konstitusional hingga setelah Perang Dunia Kedua.

Kompleksitas cita-cita negara hukum yang kontras dengan kedangkalan teoritis dan pendekatan yang sangat pragmatis yang diadopsi oleh Dicey tentu saja berperan dalam menjadikan penafsiran Hukum Konstitusi ini sebagai penafsiran yang paling diterima. Akan tetapi, sulit untuk menyangkal bahwa Dicey mencoba memberikan isi pada negara hukum, meskipun dengan hampir tidak adanya kecanggihan filosofis, menganggapnya sebagai, seperti yang dilakukannya, landasan konstitusi Inggris. Meskipun ia gagal membuat perbedaan yang jelas antara teori konstitusional dan aspek-aspek kontingen lembaga hukum Inggris, "manfaat yang berkelanjutan" dari analisisnya terletak pada penekanan yang ia berikan pada prinsip-prinsip umum Konstitusi, sebagaimana telah ditunjukkan dengan tepat.

Dengan mempertahankan bahwa negara hukum terdiri dari penerapan oleh pengadilan "prinsip-prinsip umum konstitusi", yang tidak lebih dari hak-hak tradisional atas kebebasan, Dicey menegaskan perlunya mempelajari sistem hukum Inggris berkenaan dengan perlindungan kebebasan sipil, dan tidak hanya memperhatikan batasanbatasan yang ditempatkan pada kekuasaan pemerintah. Fakta bahwa Dicey melebihlebihkan keunggulan sistem Inggris dan perlindungan yang diberikannya terhadap hak-hak fundamental dibandingkan dengan demokrasi barat lainnya tidak berarti bahwa ia menggambarkannya secara keliru.

Serangan Dicey terhadap konstitusionalisme kontinental, khususnya terhadap model Prancis, terutama ditujukan terhadap sistem yang memiliki kewenangan untuk mengubah hak-hak konstitusional "dengan goresan pena". Gagasan kedaulatan parlemen harus dipertimbangkan dalam terang perdebatan ini. Bagi Dicey, sistem Inggris lebih unggul karena mempercayakan badan peradilan yang lahir dari tradisi hukum umum, di samping dan di hadapan Parlemen, dengan perlindungan hak-hak. Jadi, menempatkan Dicey berseberangan dengan tradisi yang melihat "kebebasan orang Inggris" sebagai pilar konstitusi tampaknya merupakan salah tafsir yang parah atas karyanya.

Dalam The Law of the Constitution, jelas bahwa Dicey bangga dengan tradisi hukum umum yang telah melindungi kebebasan dasar dan prinsip-prinsip keadilan di Inggris lebih awal daripada di Negara-negara lain. Oleh karena itu, tampaknya sah, baik pada tataran historis maupun teoritis, untuk memisahkan teorinya dari penerapan Austin yang berpusat pada perundang-undangan dan menyelaraskannya kembali dengan tradisi hukum umum.

Betapapun kuatnya pengaruh Austin terhadap Dicey, ia tidak pernah menyatakan bahwa Parlemen adalah sumber dari setiap tindakan hukum. Oleh karena itu, Dicey sangat jauh dari teori Austin dan, sebelumnya, teori Hobbes, yang menganggap hukum umum berlaku sejauh hukum tersebut diterima secara diamdiam oleh penguasa. Tujuan saya adalah untuk menunjukkan di sini bahwa Dicey, justru sebaliknya, menyatakan bahwa pengadilan hukum umum adalah penengah otoritas parlementer. Hukum Konstitusi dapat dilihat sebagai upaya untuk menguraikan konstitusi hukum umum.

Dengan tidak adanya hukum konstitusional yang nyata, yang disucikan dalam dokumen

tertulis yang dihormati sebagai dasar otoritas hukum, Dicey menugaskan aturan hukum dengan fungsi memberikan status konstitusional kepada hak-hak yang secara tradisional diakui dalam hukum umum Inggris. Dalam kerangka Dicey, lebih dari definisi yang diberikannya, aturan hukum mencerminkan dan menggabungkan ideide dan nilai-nilai yang menjadi dasar hukum umum yang telah berkembang secara bertahap. Aturan hukum itu sendiri merupakan label yang sebagian besar tidak bermakna, karena isinya ditentukan oleh hukum umum, yang pada akhirnya, mendefinisikan karakteristik konstitusi.

Dicey berusaha menunjukkan bahwa supremasi hukum dan kedaulatan parlemen merupakan dua asas yang memunculkan perkembangan hukum tata negara Inggris. Ia tidak mengakui adanya masalah ketidaksesuaian antara kedaulatan parlemen dan supremasi hukum; sebaliknya, supremasi hukum disajikan tidak hanya sebagai sesuatu yang benar-benar sesuai dengan kedaulatan Parlemen, tetapi juga terkait erat dengannya. Supremasi hukum "secara erat" terikat pada kedaulatan Parlemen dan keduanya merupakan jaminan yang aman atas hak-hak individu yang diberikan oleh konstitusi Inggris. Kedaulatan parlemen dan supremasi hukum disajikan sebagai pengertian yang setara. Namun, hal ini mereduksi supremasi hukum menjadi sekadar asas legalitas.

Dengan kata lain, jika supremasi hukum dibuat agar sesuai dengan kedaulatan parlemen, supremasi hukum akan direduksi, seperti yang dikemukakan oleh para kritikus Dicey, menjadi tidak lebih dari sekadar "aturan pengakuan" yang membuatnya sulit untuk mempertahankan bahwa aturan tersebut menjamin penghormatan terhadap "kebebasan orang Inggris". Dicey secara eksplisit membahas masalah tersebut, dengan mempertahankan bahwa kedaulatan parlemen, berbeda dengan bentuk kekuasaan berdaulat lainnya, lebih mengutamakan supremasi hukum, sementara dominasi legalitas yang ketat mengharuskan pelaksanaan, dan karenanya meningkatkan kewenangan kedaulatan parlemen. Kedua prinsip tersebut tidak saling membatasi atau bertentangan, tetapi saling memperkuat.

Alur argumen Dicey berasal dari asumsi Austin bahwa suatu negara, menurut definisinya, harus memiliki badan berdaulat: yaitu badan yang kekuasaannya asli, tidak berasal dari norma apa pun dan karenanya tanpa batasan yang telah ditetapkan sebelumnya. Argumen tersebut menunjukkan, setidaknya pada awalnya, bahwa supremasi hukum hanya terdiri dari prinsip legalitas: perilaku otoritas eksekutif dan administratif secara umum sah hanya jika mereka sesuai dengan hukum.

Dengan mengingat hal ini, teori Dicey tampak jelas: bahwa kedaulatan Parlemen lebih mengutamakan supremasi hukum biasa. Alasannya tampak tautologis. Jika suatu badan berdaulat harus ada di suatu negara, hanya kedaulatan Parlemen yang dapat menjamin supremasi hukum. Faktanya, hanya Parlemen yang menyatakan keinginannya melalui Undang-undang Parlemen. Kedaulatan Parlemen dan supremasi hukum menjamin bahwa kekuasaan eksekutif tidak dapat melakukan apa pun selain menerapkan undang-undang yang disahkan oleh Parlemen.

Namun, Dicey menegaskan bahwa hubungan antara kedaulatan Parlemen dan supremasi hukum, yang disajikan sebagai karakteristik mendasar konstitusi Inggris, tidak otomatis. Meskipun benar bahwa kedaulatan Parlemen, sebagaimana yang telah berkembang

di Inggris, mendorong supremasi hukum, hal ini tidak ditemukan terjadi di semua negara yang memiliki pemerintahan parlementer. Memilih sekali lagi model Prancis sebagai perbandingan, Dicey berpendapat bahwa Majelis Nasional Prancis, yang kekuasaannya secara substansial sesuai dengan kekuasaan Parlemen Inggris, menjalankan kedaulatannya dalam "semangat yang berbeda".

Warisan monarki Bourbon dan Kekaisaran Napoleon mendorongnya untuk ikut campur dalam hal-hal kecil praktik administratif dan bersikap malumalu dalam menghadapi independensi dan kewenangan peradilan. Namun yang lebih penting, ia dicegah untuk menentang "sistem droit administratif yang oleh orang Prancis kemungkinan besar dengan benar dianggap sebagai lembaga yang sesuai dengan negara mereka". Ini berarti bahwa Majelis Nasional Prancis menyerahkan kekuasaan eksekutif dan legislatif yang besar kepada pemerintah, kekuasaan yang tidak pernah diberikan Parlemen Inggris kepada pemerintah atau pejabatnya.

Meskipun perbandingan tersebut agak dipaksakan, analisis Dicey menangkap fakta penting tentang tradisi konstitusional Inggris. Perbedaan antara perilaku Parlemen Inggris dan Majelis Nasional Prancis dalam hal administrasi publik berawal dari fakta bahwa anggota administrasi publik Inggris tidak pernah kehilangan status mereka sebagai "pelayan Mahkota", bahkan setelah kekuasaan Parlemen dalam pemerintahan meningkat. Menurut Dicey, perilaku Parlemen terhadap pejabat publik, pada tahun 1915, sama persis seperti ketika "pelayan Mahkota" bergantung pada raja, yaitu, pada kekuasaan yang secara alami menimbulkan kecurigaan dan kewaspadaan Parlemen. Oleh karena itu, kesesuaian antara aturan hukum dan kedaulatan Parlemen berasal dari peran Parlemen.

Bahkan ketika berada dalam posisi berdaulat, Parlemen tidak pernah dapat menggunakan kekuasaan pemerintah untuk mencampuri jalannya hukum yang berlaku – tidak seperti raja yang berdaulat, yang tidak hanya seorang legislator tetapi juga seorang gubernur, dan karenanya kepala kekuasaan eksekutif. Yang lebih penting lagi, Parlemen memandang dengan curiga pengecualian pejabat dari tanggung jawab biasa sebagai warga negara atau dari yurisdiksi pengadilan biasa, dan tidak menganjurkannya; Oleh karena itu, kedaulatan Parlemen berakibat fatal bagi perkembangan ‘hukum administrasi’.

Di sini Dicey memberi kita pedoman historis untuk membantu kita memahami dasar konsepsinya tentang supremasi hukum. Hubungan antara Parlemen, pemerintah, dan badan peradilan berkembang di Inggris dari konflik, di mana pengadilan dan Parlemen bersekutu melawan mahkota. Konflik ini mencapai puncaknya pada abad ke-17 dan berpuncak pada kemenangan aliansi Parlemen dan pengadilan, yang sejak abad ke-18 dan seterusnya memiliki kebebasan dalam menyusun tatanan konstitusional.

Dicey menekankan bahwa peristiwaperistiwa ini menunjukkan bahwa Parlemen telah menunjukkan kecenderungan untuk melindungi independensi peradilan, sedangkan monarki telah berupaya untuk menjamin pejabat publik dalam menjalankan kekuasaan mereka. Perkembangan sejarah mengarah pada situasi di mana Parlemen berdaulat, tetapi harus menjalankan kedaulatannya sesuai dengan sekutunya, pengadilan. Praktik peradilan yang ditimbulkan oleh hubungan khusus ini dan oleh akar sejarahnya memberikan kemungkinan

bagi konsepsi aturan hukum yang diusulkan dalam Hukum Konstitusi.

Untuk mengikuti penalaran Dicey, ada baiknya untuk mengambil langkah mundur dan memeriksa kembali perbandingannya antara aturan hukum dan prinsip legalitas: yang tentu saja merupakan elemen yang paling ambigu dan kontroversial dalam teori Dicey. Dicey sering kali menganggap bahwa aturan hukum tidak menjamin hak-hak fundamental apa pun, dan terbatas pada perlindungan individu dari kekuasaan pemerintah yang sewenang-wenang. Dengan membandingkan situasi di Inggris abad ke-17 dengan Eropa kontinental, ia menyadari bahwa banyak pemerintah asing tidak terlalu menindas, meskipun tidak ada negara di mana warga negara dilindungi sepenuhnya dari pelaksanaan kekuasaan yang sewenang-wenang. Dengan kata lain, Dicey menyadari bahwa situasi Inggris yang tidak biasa muncul bukan karena kebaikannya yang inheren, tetapi dari legalitas sistem pemerintahannya.

Oleh karena itu, tampaknya aturan hukum tidak secara langsung mendefinisikan hak-hak yang dapat dikaitkan dengan warga negara, tetapi membatasi dirinya untuk menjamin kepastian tindakan oleh otoritas negara, kepastian hukum. Kebebasan yang dijamin oleh aturan hukum tampaknya merupakan kebebasan residual: kebebasan untuk melakukan apa yang tidak dilarang oleh hukum. Dalam sistem yang tidak memiliki deklarasi hak dan bergantung pada aturan hukum saja, tidak mungkin ada inti hak-hak fundamental yang harus dihormati oleh hukum.

Oleh karena itu, aturan hukum tidak merujuk pada daftar hak-hak fundamental dan yang dilindungi, tetapi kemudian diidentifikasikan dengan asas legalitas belaka. Namun, jika kita menerima reduksi aturan hukum ini menjadi asas legalitas, tidak ada bedanya, Dicey menegaskan, apakah individu dilindungi dari risiko penangkapan sewenang-wenang berkat kebebasan pribadi yang diberikan konstitusi kepada mereka di Negara-negara seperti Belgia, atau apakah hak atas kebebasan pribadi dan perlindungan dari penangkapan sewenang-wenang merupakan bagian dari konstitusi sebagaimana dijamin oleh hukum biasa, seperti halnya di Inggris.

Jelas bahwa sementara ketentuan konstitusional tentang hak-hak fundamental dapat memungkinkan Parlemen untuk mencabut hak-hak ini dengan goresan pena, aturan hukum sebagai asas legalitas belaka dapat melindungi warga negara dari tindakan sewenang-wenang dari eksekutif tetapi tidak dapat menawarkan mereka jaminan absolut atas kebebasan apa pun, karena Parlemen tetap memiliki kekuasaan untuk mengeluarkan undang-undang yang sangat membatasi kapan pun ia mau.

Prinsip seperti itu pada kenyataannya hanya berarti bahwa campur tangan terhadap kehidupan, kebebasan, dan properti harus diizinkan oleh hukum. Kunci untuk menyelesaikan kontradiksi yang tampak dalam teori Dicey ini terletak pada penekanan yang diberikannya pada fakta bahwa Parlemen hanya menyatakan keinginannya melalui Undang-undang Parlemen.

Hal ini, menurut klaim Dicey, secara signifikan meningkatkan kewenangan peradilan. Asumsi bahwa menurut definisi dan bukan berdasarkan konstitusi yang membatasi kedaulatan parlemen setiap hukum memungkinkan pengadilan biasa untuk menerapkannya dan untuk memeriksa penerapannya oleh otoritas administratif mana pun sangat penting bagi gagasan

tentang supremasi hukum sebagaimana diuraikan oleh Dicey. Sebagaimana ditegaskan oleh Jennings, prinsip dasar konstitusi Inggris bukanlah kedaulatan Parlemen tetapi aturan yang menurutnya pengadilan menerapkan hukum yang telah disetujui menurut bentuk hukum yang ditentukan.

"Aturan" ini memungkinkan Dicey untuk menyajikan kedaulatan parlemen dan supremasi hukum, sebagai sesuatu yang tidak hanya saling kompatibel tetapi juga benar-benar sinergis, dan untuk mempertahankan bahwa supremasi hukum mensyaratkan pelaksanaan kedaulatan parlemen.

Tetapi dia tidak berhenti di sini. Dicey juga menyatakan bahwa sangat penting bagi penegakan hukum bahwa pengadilan, sebagaimana yang telah terjadi secara tradisional di Inggris, hanya merujuk pada teks mereka sendiri dalam menafsirkan hukum:

Sebuah RUU yang telah disahkan menjadi undang-undang segera menjadi subjek interpretasi yudisial, dan pengadilan Inggris selalu menolak, setidaknya pada prinsipnya, untuk menafsirkan Undang-undang Parlemen selain dengan merujuk pada kata-kata undang-undang tersebut.

Resep ini mungkin tampak seperti ritual berlutut pada prinsip subordinasi pengadilan terhadap keinginan pembuat undang-undang, penegasan kembali prinsip yang di Prancis menyebabkan diperkenalkannya secara singkat référé législatif. Yang terjadi adalah sebaliknya. Dengan merujuk hakim secara eksklusif pada kata-kata teks hukum, Dicey berusaha mengingatkan mereka bahwa mereka tidak boleh mempertimbangkan maksud pembuat undang-undang: "Seorang hakim Inggris tidak akan memperhatikan perubahan yang mungkin terjadi pada sebuah RUU antara saat pertama kali diperkenalkan ke Parlemen dan saat menerima persetujuan Kerajaan." Dicey percaya bahwa aturan hermeneutik dan interpretatif ini memberikan dasar untuk mempertahankan otoritas peradilan dan stabilitas hukum.

Konsep pembuat undang-undang yang menghilang, hanya menyisakan teks legislatif adalah praanggapan penting dalam sistem konstitusional yang digariskan oleh Dicey: itu adalah prasyarat, yang memungkinkan pengadilan untuk menjalankan aktivitas normatif otonom mereka sendiri. Hal ini pada kenyataannya menciptakan suatu kerangka kerja, di mana kegiatan peradilan tidak mengikuti pekerjaan pembuat undang-undang, tetapi independen dalam tujuannya. Pengadilan tidak boleh melaksanakan kehendak pembuat undang-undang tetapi harus menggabungkannya dengan tradisi konstitusional yang tergabung dalam hukum umum.

Di balik aturan interpretatif yang mencegah hakim untuk mempertimbangkan hukum sebagai ekspresi kehendak Parlemen terletak pemahaman bahwa hakim yang diminta untuk menafsirkan hukum dipengaruhi tidak hanya oleh perasaan khas pengadilan, yang, seperti telah kita lihat, "cemburu" terhadap kekuasaan eksekutif, tetapi juga oleh semangat hukum umum. Sikap ganda pengadilan inilah, yang dilindungi oleh kesetiaan mereka terhadap hukum tertulis, yang mewakili kekuatan konsepsi Dicey tentang aturan hukum. Sikap yang sama ini menetralkan voluntarisme yang melekat pada prinsip kedaulatan Parlemen dan memastikan perlindungan "kebebasan Inggris".

Doktrin ini, betapapun anehnya bagi seorang ahli hukum kontinental, sama sekali tidak

eksentrik: sebaliknya, doktrin ini sepenuhnya sesuai dengan tradisi hukum umum. Teori bahwa hakim harus menafsirkan hukum sesuai dengan "norma dan semangat hukum umum" berasal dari Sir Edward Coke. Carleton Kemp Allen, dalam karyanya yang monumental Law in the Making, menggarisbawahi bahwa pepatah Coke adalah "panduan penting", yang memastikan kesinambungan dalam pengembangan hukum dan mengatur dampak ketentuan legislatif baru untuk memasukkannya ke dalam skema konstitusional yang ada.

Seperti yang barubaru ini diingatkan oleh Postema, tradisi ini dan mitos yang melingkupinya telah menciptakan keyakinan bahwa suatu undang-undang hanya dapat diserap ke dalam hukum Inggris sejauh undang-undang tersebut dapat diintegrasikan ke dalam hukum umum. Gagasan ini pertama kali diutarakan oleh Sir Mathew Hale, yang, bersama dengan Coke, dapat dianggap sebagai bapak pendiri hukum umum. Dalam The History of the Common Law, Hale berpendapat bahwa peran hakim adalah menafsirkan undang-undang parlemen sebagai kumpulan undang-undang yang menyatakan hukum umum atau, paling banter, undang-undang yang mengoreksi beberapa kekurangan yang dirasakan. Teori ini diterima secara luas dan muncul dalam Commentaries karya Blackstone yang terkenal.

Teori Hale relevan dengan pembahasan kita tentang konsepsi Dicey tentang aturan hukum karena ia adalah ahli hukum Inggris pertama yang membahas, meskipun secara implisit, kedaulatan legislatif Parlemen dan mencangkokkannya ke tradisi hukum yang ada. Ini menggabungkan prinsip kedaulatan parlemen dengan gagasan bahwa hukum umum dan adat istiadat kerajaan adalah substratum hukum yang penting. Jika norma-norma produksi parlemen tidak menemukan tempat dalam "substratum" ini, norma-norma tersebut kehilangan pengaruh signifikan apa pun dalam kerangka regulasi yang kompleks dan karena itu tidak mampu merusak "hak-hak orang Inggris".

Tulisan Hale dengan jelas mengantisipasi teori yang akan dibuat Dicey sendiri. Hale pada kenyataannya berpendapat bahwa Parlemen memiliki kewenangan untuk membuat undang-undang baru tetapi undang-undang tersebut memiliki dampak dan signifikansi yang terbatas kecuali jika dimasukkan ke dalam hukum umum.

Tanpa "penggabungan" ini, undang-undang tersebut sah, berdasarkan prosedur konstitusional yang mengizinkan pembuatannya yang didefinisikan oleh Dicey sebagai "kedaulatan Parlemen" tetapi hanya ada sebagai tindakan yang terisolasi, seperti gangguan sementara pada permukaan hukum tanpa meninggalkan kesan yang bertahan lama. Cara berpikir ini secara alami mengarah pada sebuah teori yang mirip dengan realisme hukum abad kedua puluh bahwa undang-undang tidak secara otomatis menjadi hukum: hakim dapat, dengan kehatihatian dan pertimbangan yang matang, menolak untuk menerimanya sebagai hukum.

Seperti yang ditulis Postema, pembahasan Hale tentang masalah ini bersifat "skematis" tetapi menjelaskan dengan cukup jelas aturan mana, menurut tradisi hukum umum, yang mengatur penggabungan undang-undang baru ke dalam hukum Inggris. Undang-undang dipandang sebagai tindakan normatif yang harus dimasukkan ke dalam kerangka asas-asas hukum umum, yang beroperasi atas dasar kerangka yang sama ini. Ketika tampaknya mustahil untuk mengikuti metode interpretatif ini, karena undang-undang tersebut jauh dari kerangka

yang ditetapkan oleh hukum umum, maka badan peradilan terikat untuk memberikan interpretasi yang membatasi pada bahasa norma legislatif, untuk mempertahankan disiplin hukum umum sejauh mungkin.

Badan peradilan harus beroperasi dari asumsi bahwa Parlemen dapat membatasi atau memperluas cakupan norma-norma hukum umum ini tetapi tidak dapat mengubah substansinya atau menambahkan norma-norma baru yang sama sekali di luar kerangka acuannya. Mereka dapat menafsirkan dan menerapkan undang-undang secara eksklusif atas dasar kategori hukum umum tradisional dan merekonstruksi norma legislatif yang tampaknya jauh dari kerangka acuan tersebut dalam terang "alasan dan penilaian hukum buatan" yang telah diangkat Coke ke wilayah kekuasaan khusus para ahli hukum.

Parlemen memiliki kekuatan konstitusional bahkan untuk menyetujui disiplin yang sama sekali baru, yang biasanya tidak diizinkan dalam hukum umum, tetapi persetujuan saja tidak berarti pengakuannya sebagai "hukum": itu hanya menjadi "hukum" ketika pengadilan memasukkannya dalam hukum umum, menggantikan peraturan yang sudah ada sebelumnya. Kedaulatan parlemen dalam arti tertentu menyiratkan bukan kekuatan untuk menghasilkan hukum tetapi lebih untuk mengusulkan hukum, dengan pemahaman bahwa sementara proposal ini mungkin memiliki validitas hukum langsung, validitasnya mungkin berumur pendek.

Oleh karena itu, Parlemen menjalankan kedaulatan legislatif, tetapi peradilan tetap, untuk menggunakan sindiran terkenal Lewis Carroll, ahli hukum yang sebenarnya, menetapkan aturan berdasarkan prinsip-prinsip hukum umum. Teori klasik hukum umum didasarkan pada gagasan bahwa "melalui interpretasi", peradilan menjalankan "kontrol" yang konstan atas undang-undang. Prinsip dominan, yang ditekankan oleh Allen dan selalu hadir dalam benak para hakim, adalah bahwa hukum umum memiliki cakupan yang lebih luas dan lebih mendasar daripada undang-undang yang disahkan oleh Parlemen, dan oleh karena itu "bila memungkinkan dan itu berarti setiap kali hakim menganggapnya tepat waktu undang-undang harus ditafsirkan selaras dengan prinsip-prinsip Hukum Umum yang mapan daripada bertentangan dengannya".

Ketika dimasukkan ke dalam kerangka kerja Hale, yang segera diterima sebagai titik acuan bagi teori klasik hukum umum, teori konstitusional Dicey menurut kami sangat meyakinkan dan koheren. Teori Hale memperjelas bahwa kedaulatan parlemen bukanlah ekspresi kedaulatan rakyat dalam tatanan konstitusional yang digariskan oleh Dicey. Kedaulatan, dalam analisis akhir, bahkan bukan hak prerogatif Parlemen yang didefinisikan sebagai organ negara. Yang berdaulat adalah Undang-undang Parlemen. Akan tetapi, "kedaulatan hukum" tidak berarti kedaulatan dari setiap Undang-undang Parlemen yang sah secara formal: hanya Undang-undang yang diterima sebagai hukum, dengan keabsahannya diakui oleh para hakim dan dicangkokkan ke dalam badan hukum umum, yang dapat dianggap berdaulat.

Konteks hukum umum, bukan keinginan Parlemen atau pemilih, adalah yang menentukan isi hukum. Dengan kata lain, Dicey mereduksi gagasan tentang supremasi hukum menjadi asas legalitas karena ia bekerja dalam sebuah tradisi, yang bermula dari Hale, di mana

sebuah hukum ditetapkan bukan hanya karena telah disahkan oleh Parlemen dan menjadi Undang-undang, tetapi karena telah diteliti berdasarkan standar, nilai, dan prinsip yang berkaitan dengan hukum umum. Inilah kunci untuk memahami Dicey, dan ini menjelaskan penerimaannya terhadap dua asas yang tampaknya saling bertentangan: kedaulatan parlemen dan supremasi hukum, yang terakhir ditafsirkan sebagai perlindungan hak-hak individu yang fundamental.

Dalam menguraikan teorinya tentang aturan hukum, Dicey kembali ke Hale, tetapi mengidentifikasi prinsip, standar, dan nilai hukum umum, yang diakui oleh Hale sebagai substratum hukum Inggris, dengan prinsip, standar, dan nilai filsafat liberal. Oleh karena itu, Dicey mengubah dasar legitimasi hukum umum. Hukum umum harus diterima sebagai konteks di mana hukum baru muncul, bukan hanya karena hukum tersebut mengekspresikan hukum negara, tetapi juga karena hukum tersebut menjamin hak-hak yang diakui sebagai hak fundamental oleh tradisi liberal; terlebih lagi, hukum tersebut melakukannya lebih baik daripada pengaturan hukum lainnya. Inilah kerangka tersembunyi, yang mengintai di balik perbandingan Dicey antara konstitusi Inggris dan konstitusi liberal di benua Eropa.

Dengan menunjukkan bahwa hak-hak yang biasanya ditetapkan dalam konstitusi diakui dalam hukum umum dan dengan mempertahankan keunggulan perlindungan yang ditawarkan olehnya, Dicey menganggap tradisi hukum Inggris yang telah berusia berabad-abad itu liberal. Para ahli hukum umum, meskipun mungkin tidak menyadarinya, menciptakan bangunan hukum liberal paling mengesankan yang pernah dibuat. Keberhasilan The Law of the Constitution di bidang hukum ketatanegaraan Inggris, serta kepentingan teoritishukum dan teoritispolitiknya, bermula dari upaya untuk memadukan hukum umum dan tradisi liberal.

Operasi ini, pada akhir abad kesembilan belas, mengarah pada revitalisasi mitos hukum umum, dan menciptakan dasar yang kuat bagi nilai-nilai liberal baik dari sudut pandang positivisme hukum maupun sosiologi. Nilai-nilai liberal akhirnya diterjemahkan ke dalam hukum positif, yaitu hukum umum, dan divalidasi oleh tradisi hukum yang telah lama ada (yang, secara paradoks, mendahului doktrin liberal yang sama). Kerangka kerja ini memungkinkan Dicey untuk menegaskan bahwa di Inggris pelanggaran hak-hak konstitusional hanya dapat terjadi jika terjadi revolusi yang secara radikal akan mengubah sistem hukum yang ada.

3.4 PENGADILAN SEBAGAI BENTENG KEBEBASAN INDIVIDU

Begitu doktrin konstitusional Dicey ditempatkan dalam kerangka teori klasik hukum umum, penjajaran aturan hukum, sebagai jaminan hak-hak fundamental, dengan kedaulatan parlemen memudar; kedaulatan parlemen sebenarnya tidak bertentangan secara formal dengan peran tradisional yang dimainkan oleh pengadilan hukum umum dalam membela keadilan dan kebebasan.

Dicey menemukan keseimbangan yang diperlukan dalam gagasan bahwa pengadilan tidak dapat secara formal membatalkan undang-undang yang dibuat oleh Parlemen, karena hal ini akan menyangkal kedaulatannya, meskipun mereka dapat menafsirkannya secara terbatas, mereduksinya, jika perlu, menjadi tidak praktis, jika pembelaan hak-hak individu yang

secara tradisional dijamin oleh hukum umum atau pembelaan "kebebasan orang Inggris" membuat hal ini diperlukan. Ketepatan historis dari peran fundamental yang dikaitkan dengan pengadilan oleh Dicey bahkan diakui oleh Jennings, yang sebaliknya dengan keras mengkritik gagasan Dicey tentang aturan hukum. Jennings menulis:

Bagi seorang ahli hukum tata negara tahun 1870, atau bahkan 1880, mungkin tampak bahwa Konstitusi Inggris pada dasarnya didasarkan pada aturan hukum individualis, dan bahwa negara Inggris adalah Rechtsstaat dari teori politik dan hukum individualis. Konstitusi tidak menyukai kekuasaan 'diskresioner', kecuali jika kekuasaan tersebut dijalankan oleh hakim. Ketika Dicey mengatakan bahwa "orang Inggris diperintah oleh hukum, dan hanya oleh hukum" yang ia maksud adalah bahwa "orang Inggris diperintah oleh hakim, dan hanya oleh hakim".

Parlemen, tidak seperti pemerintah, bekerja melalui undang-undang dan undang-undang ini, tidak seperti aturan administratif, diterapkan dan karenanya diperiksa secara eksklusif oleh pengadilan biasa. Pengadilan hanya dapat menjamin efektivitas aturan hukum ketika aturan tersebut dibuat di Parlemen; atau lebih tepatnya hanya dalam kasus ini mereka dapat memastikan nilai-nilai dan hak-hak konstitusi hukum umum.

Menurut Dicey, peran pemeriksaan yang dimainkan oleh pengadilan antara diundangkannya suatu undang-undang dan penerapannya, fakta bahwa undang-undang tersebut hanya dapat diterjemahkan oleh pengadilan menjadi norma-norma individual, berarti bahwa di Inggris Raya (dan ini masih berlaku pada pergantian abad kesembilan belas) undang-undang tidak hanya tunduk pada pembatasan formal dan metodis tetapi juga pada pembatasan efektif dalam konten dan ruang lingkup. Perlindungan hak-hak individu yang dijamin oleh pengadilan merupakan sesuatu yang mendekati pemeriksaan konstitusionalisme yang telah teruji dan benar: faktor itulah yang memungkinkan Dicey untuk mempertahankan bahwa supremasi hukum, yang didefinisikan sebagai perlindungan yudisial atas hak-hak individu, dan kedaulatan parlemen tidak hanya kompatibel tetapi juga saling melengkapi.

Bahwa konsepsi Dicey tentang supremasi hukum, ketika dibaca sejalan dengan tradisi hukum umum sebagaimana yang diuraikan oleh Hale, menggambarkan suatu sistem jaminan yang ditunjukkan dengan jelas oleh pembahasannya tentang periodeperiode krisis. Pembahasan ini juga memperjelas alasan-alasan di balik penolakan mendalam Dicey terhadap keadilan administratif.

Yang menjadi lambang di sini adalah eksplorasinya terhadap kemungkinan, yang muncul pada sejumlah kesempatan, dari Parlemen yang menangguhkan keabsahan Undang-undang Habeas Corpus, yaitu undang-undang yang mengatur penerbitan surat perintah Habeas Corpus oleh pengadilan. Ketentuan ini adalah perintah yang akan dikeluarkan pengadilan kepada mereka yang diduga menahan seseorang.

Surat perintah tersebut menegaskan bahwa orang yang ditahan harus dibawa ke pengadilan untuk memeriksa keabsahan penahanannya. Pengadilan menuntut pembebasan siapa pun yang penangkapannya dianggap ilegal, atau menjamin bahwa orang yang ditahan harus segera diadili. Surat perintah tersebut dapat diminta oleh tahanan itu sendiri atau atas namanya oleh siapa pun yang menganggap penahanan itu ilegal. Hak untuk memperoleh surat

perintah Habeas Corpus diakui oleh hukum umum jauh sebelum tahun 1679, ketika Undang-undang Habeas Corpus pertama yang terkenal disetujui. Seperti yang ditulis Dicey, Undang-undang Habeas Corpus dengan jelas menunjukkan bahwa hukum tata negara Inggris pada dasarnya adalah hukum yang dibuat oleh hakim. Undang-undang ini dapat dianggap sebagai dasar praktis yang mendukung kebebasan warga negara Inggris:

Undang-undang Habeas Corpus pada dasarnya adalah Undang-undang prosedural, dan hanya bertujuan untuk meningkatkan mekanisme hukum yang dengannya hak atas kebebasan pribadi yang diakui dapat ditegakkan. Undang-undang ini dimaksudkan, seperti umumnya kasus dengan undang-undang yang berjalan di bawah pengaruh pengacara, hanya untuk mengatasi kesulitan yang sebenarnya dan yang dialami.

Hak atas kebebasan sudah dijamin oleh hukum umum, tetapi prosedurnya tidak selalu berjalan dengan benar. Undang-undang Habeas Corpus disahkan karena hakim atau mereka yang bertanggung jawab atas penahanan ilegal akan menggunakan taktik apa pun untuk menghindari penerbitan atau penyampaian surat perintah. Undang-undang Habeas Corpus pertama, yang diumumkan oleh Charles II, menjamin kontrol yudisial bagi semua tahanan yang dituduh melakukan kejahatan.

Seseorang yang dituduh melakukan kejahatan ringan memiliki hak, dengan jaminan yang sesuai, untuk tetap bebas sambil menunggu persidangan. Dalam kasus kejahatan yang lebih serius, tersangka hanya memiliki hak untuk segera diadili. Undang-undang Habeas Corpus kedua, yang disahkan di bawah pemerintahan George III, selanjutnya menjamin hak mereka yang dirampas kebebasannya tanpa dituduh untuk mengajukan gugatan ke pengadilan: misalnya, seorang anak yang dipisahkan dari orang tuanya, seorang istri yang dipenjara oleh suaminya, atau orang sakit jiwa yang dikurung secara paksa di rumah sakit jiwa.

Pada masa pergolakan politik, lanjut Dicey, kekuasaan dan tugas pengadilan untuk mengeluarkan surat perintah Habeas Corpus sering kali dipandang dengan curiga atau dianggap berbahaya oleh eksekutif. Pada masa-masa seperti itu, Parlemen menanggapi dengan menyetujui Undang-undang Penangguhan Habeas Corpus. Undang-undang ini biasanya menghalangi pengadilan untuk membebaskan atau mengadili mereka yang dituduh atau diduga melakukan pengkhianatan tingkat tinggi.

Dicey menekankan keterbatasan efek dari Undang-undang ini. Meskipun undang-undang ini membatasi jaminan yang dirancang untuk melindungi kebebasan individu, undang-undang ini tidak ada hubungannya dengan "penangguhan jaminan konstitusional" atau dengan "keadaan darurat" yang diumumkan di Negara-negara Eropa kontinental dalam keadaan yang serupa. Mereka tidak pernah menyetujui penangguhan penuh atas kewenangan untuk mengumumkan surat perintah Habeas Corpus, sebagaimana yang mungkin tersirat dari namanya.

Biasanya Undang-undang Penangguhan sama sekali tidak memengaruhi hak istimewa siapa pun yang tidak dipenjara atas tuduhan pengkhianatan tingkat tinggi: undang-undang itu tidak melegalkan penangkapan, pemenjaraan, atau hukuman apa pun yang tidak sah sebelum Undang-undang Penangguhan disahkan: undang-undang itu sama sekali tidak menyentuh klaim atas surat perintah habeas corpus yang dimiliki oleh setiap orang, pria, wanita, atau

anak-anak, yang ditahan selain atas tuduhan kejahatan.

Lebih jauh lagi, undang-undang ini selalu berlaku setiap tahun dan kewenangan untuk melakukan penangkapan di luar kendali pengadilan harus diberikan dari tahun ke tahun. Efektivitasnya juga terbatas: selama periode Undang-undang Penangguhan, persidangan tahanan yang dituduh melakukan pengkhianatan dapat ditunda terus menerus. Namun, persidangan harus dilakukan pada titik tertentu dan jika penangkapan terbukti ilegal, mereka yang bertanggung jawab akan dibawa ke pengadilan. Penangguhan Habeas Corpus karenanya tidak melegitimasi ketentuan yang ilegal, tetapi terbatas pada penangguhan masalah dari pengawasan pengadilan yang melegalkan.

Jika Parlemen ingin memastikan kekebalan pejabat publik yang telah bertindak berdasarkan Undang-undang Penangguhan, maka Parlemen harus melindungi tindakan mereka dengan Undang-undang Ganti Rugi (seperti yang biasanya dilakukan Parlemen). Hal ini memberikan keyakinan kepada pejabat publik tentang konsekuensi tindakan yang mereka lakukan saat mengikuti perintah. Undang-undang ini melegalkan pelanggaran hukum sebelumnya, dan merupakan perwujudan kekuasaan parlemen yang terbesar.

Undang-undang Ganti Rugi jelas merupakan perwujudan kekuasaan sewenang-wenang dan ketika diikuti Undang-undang Penangguhan berarti memberikan kekuasaan sewenang-wenang kepada eksekutif. Akan tetapi, Dicey berpendapat bahwa Undang-undang Penangguhan, bahkan ketika diikuti oleh Undang-undang Ganti Rugi, tidak merampas hak warga negara atas kebebasan mereka. Meskipun merupakan tindakan sewenang-wenang, Undang-undang Ganti Rugi diumumkan oleh majelis parlemen; "fakta ini sendiri mempertahankan sebagian besar supremasi hukum yang nyata dan nyata" dan dengan itu kontrol oleh pengadilan biasa. Kontrol ini adalah jaminan nyata kebebasan individu.

Tidak ada yang dapat mencegah Parlemen untuk menangguhkan kontrol pengadilan dan memberikan jaminan keamanan kepada pejabat publik. Jika ada larangan seperti itu, Parlemen tidak lagi berdaulat. Oleh karena itu, kebebasan ada dalam kontrol sewenang-wenang Parlemen. Satu-satunya jaminan kebebasan individu yang sejati terletak pada kewenangan pengadilan untuk mengeluarkan surat perintah habeas corpus, dan dengan demikian mengendalikan pembatasan kebebasan yang ditetapkan oleh hukum umum. Undang-undang Habeas Corpus hanya memasukkan dan mengatur kewenangan ini:

Pencabutan Undang-undang Habeas Corpus akan menghilangkan satu jaminan bagi setiap orang di Inggris terhadap pemenjaraan yang salah, tetapi karena hal itu akan tetap menghidupkan kewenangan hakim yang sekarang tidak perlu dipertanyakan lagi untuk mengeluarkan dan memaksa kepatuhan terhadap surat perintah Habeas Corpus berdasarkan hukum umum, hal itu tidak akan, dengan asumsi pengadilan melakukan tugas mereka, meningkatkan kewenangan pemerintah untuk memenjarakan orang-orang yang dicurigai melakukan praktik pengkhianatan, atau secara material mengurangi kebebasan golongan mana pun di Inggris.

Oleh karena itu, bahkan ketika Undang-undang Habeas Corpus ditangguhkan oleh undang-undang, yang merupakan ekspresi jelas dari keinginan Parlemen untuk menempatkan penangkapan atas kejahatan tertentu di luar batas perlindungan yang diberikan oleh kontrol

peradilan, hakim memiliki kewajiban untuk terus menjaga kebebasan warga negara yang dituduh melakukan pengkhianatan. Ini tidak menyiratkan bahwa undang-undang yang menangguhkan Undang-undang Habeas Corpus tidak sah atau tidak konstitusional dan karenanya tidak sah. Hal ini sah sejauh hal itu mengekspresikan asas konstitusional kedaulatan parlemen, tetapi, karena tidak masuk akal berdasarkan hukum umum, pengadilan memiliki kewajiban untuk meminimalkan dampaknya.

Karena alasan ini, penangguhan Undang-undang Habeas Corpus, sebuah tindakan yang sangat serius, tidak mengikis hak atas kebebasan seperti halnya penangguhan konstitusi di Negara-negara Eropa kontinental tetapi hanya menghambat instrumen tertentu yang dirancang untuk melindungi kebebasan pribadi. Oleh karena itu, hubungan khusus antara hukum undang-undang dan hukum umum yang memungkinkan Dicey untuk menegaskan bahwa, terlepas dari penangguhan Undang-undang Habeas Corpus, orang Inggris terus mendapatkan manfaat dari hampir semua jaminan atas kebebasan mereka. Seperti Hale, ia berpendapat bahwa kedaulatan Parlemen tidak menghalangi peran pengadilan sebagai ahli hukum yang sebenarnya.

Dicey mengembangkan pembahasannya tentang Undang-undang Ganti Rugi pada garis yang sama. Undang-undang Ganti Rugi, tulisnya, adalah ekspresi tertinggi dan ekstrem dari kedaulatan parlemen: "Melegalkan ilegalitas". Hal ini disetujui, baik untuk memperbaiki situasi yang diciptakan oleh penangguhan Undang-undang Habeas Corpus, dalam kasus darurat misalnya, selama invasi atau kerusuhan sipil yang meluas ketika Parlemen mengakui bahwa, untuk menjaga legalitas itu sendiri, aturan hukum harus dilanggar.

Dalam kasus seperti itu, yang menurut definisi berada di luar prinsip-prinsip legalitas normal, para anggota eksekutif sering kali mendapati diri mereka berkewajiban untuk melanggar hukum dan mereka melakukannya dengan mengklaim Parlemen nantinya akan menyembuhkan pelanggaran tersebut dengan Undang-undang Ganti Rugi. Dicey menggarisbawahi bahwa praktik ini, meskipun tampaknya hanya formulais, sangat penting karena dengan tegas menetapkan prinsip bahwa bahkan kekuasaan eksekutif yang paling sewenang-wenang harus selalu menghormati hukum parlemen. Parlemen, seperti halnya Undang-undang Ganti Rugi tahun 1801, hanya dapat memberikan legalitas pada beberapa perilaku pejabat publik dan ini mencegah mereka melakukan tindakan yang sangat menindas atau kejam. Namun, prinsip ini, yang lebih penting, seperti halnya Undang-undang Penangguhan, berarti bahwa kekuasaan eksekutif harus bertindak, "bahkan ketika dipersenjatai dengan kewenangan terluas, di bawah pengawasan, bisa dikatakan, Pengadilan":

Kekuasaan, betapapun luar biasanya, yang diberikan atau disetujui oleh undang-undang, tidak pernah benar-benar tidak terbatas, karena kekuasaan tersebut dibatasi oleh kata-kata Undang-undang itu sendiri, dan, terlebih lagi, oleh penafsiran yang diberikan kepada undang-undang oleh para hakim.

Referensi simultan untuk menghormati undang-undang secara harfiah dan bersikeras pada penafsiran yudisialnya mungkin tampak kontradiktif. Kontradiksi yang tampak ini terletak pada inti strategi retorika Dicey. Ia menggunakannya untuk menunjukkan bahwa penafsiran oleh pengadilan biasa, pada awalnya, memiliki peran untuk mengadaptasi signifikansi undang-

undang (memberikan kekebalan) pada kerangka asas-asas hukum umum. Bahkan ketika menjalankan kedaulatannya secara maksimal, Parlemen wajib menjalankan kekuasaannya, jika tidak sesuai dengan pengadilan biasa, tentu saja dengan memperhatikan pemeriksaan mereka berdasarkan kanonkanon hukum umum. Jelaslah bahwa teori Dicey tentang aturan hukum memberikan peran sebagai penjaga hak-hak konstitusional kepada pengadilan, bahkan ketika kita melihat pembahasannya tentang kekuasaan luar biasa yang diberikan kepada pemerintah pada saat krisis.

Dicey mengakui bahwa ada kalanya pemerintah, untuk mengatasi situasi tertentu, tidak dapat secara kaku mematuhi hukum sebagaimana ditafsirkan oleh para hakim tanpa membahayakan kepentingan publik. Untuk memfasilitasi pemerintah, Dicey melanjutkan, Parlemen melalui undang-undang luar biasa harus memberinya kekuasaan yang biasanya ditolak oleh hukum umum. Namun, prosedur ini tidak menghapus kekuasaan pemerintah dari kendali pengadilan. Kekuasaan tersebut diberikan kepada eksekutif melalui undang-undang dan akibatnya tindakan yang dilakukannya kembali kepada penilaian pengadilan biasa, otoritas yang kompeten untuk menilai penerapan yang benar dari setiap undang-undang:

Oleh karena itu, eksekutif Inggris membutuhkan hak untuk menjalankan kekuasaan diskresioner, tetapi Pengadilan harus mencegah, dan akan mencegah setidaknya jika menyangkut kebebasan pribadi, pelaksanaan oleh pemerintah atas segala bentuk kekuasaan diskresioner.

Bahkan dalam kasus pemberian kekuasaan luar biasa kepada pemerintah, kekuasaan yudikatif tidak tunduk pada keinginan Parlemen: sebaliknya, kekuasaan tersebut merupakan kekuasaan independen yang peran interpretasinya menjamin hak-hak warga negara. Jika pengadilan, yang secara tradisional menentang pemberian kekuasaan luar biasa kepada pemerintah, tidak menganggap pemberian kekuasaan tersebut sesuai dengan prinsip-prinsip hukum umum, pemerintah dan pejabat publik bertanggung jawab atas tindakan mereka seolah-olah hukum khusus tersebut tidak pernah ada. Sekali lagi, validitas hukum dan legitimasi perilaku pejabat publik bergantung, seperti yang dikatakan Hale, pada apakah pengadilan “mendukung” undang-undang luar biasa tersebut atau tidak:

Parlemen adalah pembuat undang-undang tertinggi, tetapi sejak Parlemen menyatakan keinginannya sebagai pembuat undang-undang, keinginan tersebut menjadi tunduk pada interpretasi yang diberikan kepadanya oleh para hakim di negara tersebut, dan para hakim, yang dipengaruhi oleh perasaan para hakim dan juga oleh semangat umum hukum umum, cenderung menafsirkan pengecualian undang-undang terhadap prinsip-prinsip hukum umum dengan cara yang tidak akan sesuai dengan badan pejabat atau DPR jika DPR diminta untuk menafsirkan undang-undang mereka sendiri.

Untuk menyimpulkan pemeriksaannya terhadap kerangka konstitusional yang mengatur pelaksanaan kekuasaan luar biasa di masa krisis, Dicey mengklaim telah mencapai tujuannya, untuk menunjukkan bahwa di Inggris kedaulatan parlemen telah mendukung supremasi hukum, dan bahwa supremasi hukum menuntut pelaksanaan kedaulatan parlemen, yang dipaksakan untuk dilaksanakan oleh DPR dalam semangat legalitas.

Tentu saja pembahasannya menjelaskan penolakannya yang tegas terhadap lembaga

pengadilan administratif. Risiko pengadilan-pengadilan ini, yang secara konstitusional berada di luar tradisi hukum umum, bersikap masa bodoh terhadap keinginan pembuat undang-undang, sangat tinggi. Jika itu terjadi, karena struktur konstitusi Inggris berpusat pada kedaulatan parlementer, maka tidak ada yang dapat menjamin hak warga negara atas kebebasan.

3.5 ATURAN HUKUM MENURUT DICEY DAN TEORI RECHTSSTAAT

Berdasarkan penjelasan teoritis Dicey, mungkin ada baiknya untuk mencoba melakukan penilaian komparatif atas pengertiannya tentang aturan hukum dengan teori Rechtsstaat (dan teori-teori Eurokontinental lain yang serupa), yang dirumuskan dan mencapai kematangannya pada saat The Law of the Constitution diterbitkan.

Elemen penting dari teori Rechtsstaat adalah keyakinan bahwa ada lingkaran kebajikan antara kedaulatan negara, hukum umum, dan kebebasan, keyakinan yang menyebar seiring dengan berkembangnya prinsip kedaulatan rakyat. Lingkaran kebajikan ini berpusat pada sejumlah teori: gagasan Locke bahwa batasan yang diberlakukan oleh hukum terhadap kebebasan individu adalah batasan yang dicari oleh ego rasional subjek yang kebebasannya harus dibatasi, atau gagasan Rousseau tentang Kehendak Umum, yang menurutnya badan kolektif tidak pernah berusaha, menurut definisinya, untuk membatasi kebebasan anggota mana pun. Ideologi "demokratis" ini dipadukan dengan konsepsi aristokratik Montesquieu tentang hakim sebagai "mulut hukum", dan kekuasaan kehakiman sebagai "nol".

Kedua ideologi ini, secara paradoks, memperoleh kekuatan dan memberi kehidupan pada tipe ideal organisasi konstitusional, yang dapat didefinisikan sebagai penyatuan ideide Rousseau dan Montesquieu. Model ini bergantung pada peran Parlemen, badan yang berdaulat berdasarkan hubungannya dengan badan pemilihan umum, dan memberi hakim peran untuk menerapkan hukum, sebagai pelaksana setia kehendak badan legislatif (dan pada akhirnya kehendak rakyat). Kekuasaan kehakiman pada dasarnya adalah instrumen untuk memastikan bahwa kehendak Parlemen terlaksana.

Model Rousseau–Montesquieu, yang menguat di Prancis pada masa Revolusi, menyebar ke seluruh Eropa selama abad ke-19, dan berhasil mendominasi selama 200 tahun. Meskipun berhasil, kekecewaan progresif terhadap doktrin kontraktual menyebabkan meningkatnya ketidakpastian tentang dasar teori konstitusional ini: gagasan bahwa pembuat undang-undang, berdasarkan sifatnya, bertekad untuk menjamin kebebasan individu mulai dipertanyakan secara serius sejak akhir abad ke-18.

Semakin jelas bahwa tatanan yang paling mampu menjamin kebebasan bertumpu pada kekuatan kedaulatan yang sama yang mampu menolaknya. Seperti yang ditunjukkan Pietro Costa dalam buku ini, sebagian besar liberalisme abad ke-19 dipenuhi oleh kegelisahan yang berasal dari pemahaman tentang rapuhnya perlindungan hak-hak fundamental yang ditawarkan oleh paradigma yang berpusat pada undang-undang. Pada pertengahan abad ke19, teori hukum Jerman bersama Lorenz von Stein dan Otto Bähr mencoba mengendalikan negara Leviathan, mengubah teori pembagian kekuasaan Montesquieu menjadi teori yang menetapkan berbagai fungsi negara (administratif, yudikatif, legislatif).

Akibatnya, negara administratif menjadi tunduk pada aturan negara legislatif dan pada putusan negara sebagai hakim, yang ajaran Pencerahan telah membuatnya independen dari kekuasaan eksekutif dan tunduk secara eksklusif pada hukum. Sejak paruh kedua abad ke19, Rechtsstaat (dan pengalaman kontinental serupa lainnya) adalah negara tempat asas legalitas diakui tidak hanya dalam peradilan (nullum crimen sine lege dan nulla poena sine lege), seperti yang dipertahankan Pencerahan abad ke-18, tetapi juga dalam urusan administratif. Bahkan sekolah hukum Jerman pun mengalami kesulitan tentang peran negara sebagai pembuat undang-undang, karena hanya mengandalkan unsur-unsur ekstra hukum untuk mengendalikannya, seperti opini publik, kesadaran sipil masyarakat, dan sejarah bangsa. Bahkan teori-teori paling canggih tentang negara berdasarkan hukum pun harus menggunakan gagasan-gagasan seperti teori pembatasan diri negara Rudolf von Jhering dan teori hak-hak publik subjektif yang diajukan oleh Georg Jellinek.

Hubungan yang rumit antara kekuasaan (legislatif) dan hukum tidak ditangani dengan memuaskan hingga awal abad kedua puluh, oleh Hans Kelsen. Ahli hukum Austria di satu sisi mengidentifikasi negara dengan tatanan hukum, menghilangkan konotasi voluntaris apa pun. Di sisi lain, ia menyoroti teori hierarki tatanan hukum dan mereduksi hubungan antara konstitusi dan undang-undang menjadi hubungan normal, membandingkannya dengan hubungan apa pun antara dua aturan dengan status berbeda, yang memerlukan penilaian dari sudut pandang hukum.

Dalam kerangka ini Parlemen bukan lagi badan berdaulat tetapi badan yang diminta untuk bertindak berdasarkan norma-norma konstitusional yang tepat, yang akan menentukan kompetensinya dan prosedur yang harus diikuti. Kepatuhan yang tepat terhadap peraturan ini, dan oleh karena itu kebenaran formal dan substansial dari hukum, dapat dikontrol oleh pengadilan. Dengan menetapkan hubungan hierarkis antara konstitusi dan hukum, Stufenbautheorie Kelsen menyingkirkan dogma kedaulatan parlemen abad ke19 dan, dengan menundukkannya pada pembatasan hukum, menjadikan kekuasaan legislatif tunduk pada kontrol yudisial. Hal ini membuka jalan untuk mendekatkan hukum publik Eropa dan tradisi konstitusional Amerika Utara.

Masalah yang ingin dipecahkan Dicey dengan teorinya tentang aturan hukum tidak berbeda dari masalah yang telah lama menghantui para ahli teori Eropa, yaitu bagaimana menyelaraskan perlindungan kebebasan warga negara dengan kedaulatan negara, dan khususnya badan legislatif. Baik Dicey maupun para ahli hukum kontinental mencoba menyatukan dua kekuatan, yang telah mendefinisikan arena perdebatan hukum teoretis selama empat abad terakhir: voluntarisme di satu sisi, yang telah menemukan ekspresi maksimumnya dalam konsepsi absolutis negara modern dan konsepsi hukum universal, formal, dan rasionalis, dan hak-hak individu liberal di sisi lain. Solusi Dicey sangat berbeda dari teori kontinental karena idenya tentang aturan hukum berasal dari tradisi hukum hukum umum. Solusinya melemahkan gagasan yang dianggap penting bagi aturan hukum oleh orang Eropa kontinental.

Dengan mengikuti Austin, Dicey menolak gagasan bahwa konstitusi Inggris didirikan, seperti yang dipertahankan Montesquieu, berdasarkan prinsip pembagian kekuasaan, dan

bahwa Parlemen tunduk pada hukum konstitusional. Dicey juga berpendapat bahwa aturan hukum didasarkan pada prinsip legalitas dan oleh karena itu, seperti Rechtsstaat Jerman, terutama dimaksudkan untuk membatasi kekuasaan diskresioner eksekutif. Namun, ia juga mengklaim bahwa aturan hukum, sebagai prinsip legalitas, menjamin hak-hak dasar orang Inggris. Paradoksnya, ia menyajikan perlindungan hak-hak ini sebagai akibat wajar dari kedaulatan parlemen.

Paradoks ini diselesaikan dengan peran berbeda yang diberikan Dicey kepada kekuasaan kehakiman. Elemen inilah yang membedakan teori Dicey dari teori-teori di benua Eropa: ia dengan tegas menolak model Rousseau–Montesquieu. Konsepsi Montesquieu tentang kekuasaan kehakiman yang independen jauh dari tradisi hukum umum yang diasumsikan sebagai titik awal oleh Dicey.

Sementara paradigma Rousseau–Montesquieu menganggap pengadilan memiliki independensi yang hanya bersifat organik, meskipun dianggap penting untuk penerapan kehendak pembuat undang-undang secara netral, Dicey memberi mereka kekuasaan preskriptif yang independen. Dalam perspektif ini, sebagaimana ditulis Dicey dalam Hukum dan Opini Publik, penjelasan suatu aturan dapat, khususnya jika aturan tersebut diikuti sebagai preseden, dengan mudahnya bergeser ke perluasan atau penetapan aturan, atau pada dasarnya ke perluasan atau penetapan aturan, atau pada dasarnya ke dalam undang-undang, sehingga garis yang memisahkan keduanya sering kali tidak dapat ditarik dengan jelas.138

Model Rousseau–Montesquieu melemahkan peran tradisional pembelaan hak-hak individu yang dimainkan pengadilan dalam hukum umum. Model ini menganggap peran pengadilan sebagai perampasan kekuasaan politik, karena hak-hak individu menurut definisi membatasi kekuasaan mayoritas dan penguasa untuk mengubah keinginan mereka (yang mungkin bersifat despotik) menjadi hukum.

Konsepsi Dicey tentang aturan hukum sangat bertentangan dengan konsepsi "fonografis" tentang kekuasaan kehakiman, dengan gagasan bahwa hakim hanya menggemakan keinginan pembuat undang-undang. Ia menganggap pengadilan tidak hanya memiliki kekuasaan yang secara formal independen, tetapi juga kekuasaan normatif independen yang dimaksudkan untuk melindungi hak-hak warga negara. Oleh karena itu, aturan hukum Dicey muncul sebagai prinsip yang dibuat oleh hakim. Legislasi parlementer dipandang sebagai bagian dari proses demokrasi. Legitimasinya bergantung pada penghormatan terhadap hak-hak fundamental tertentu, "hak-hak orang Inggris" yang historis.

Seorang hakim menghormati keinginan rakyat, sebagaimana diungkapkan melalui hukum, karena "ideologi normatif"nya mewujudkan nilai demokrasi (atau lebih sederhananya prinsip kedaulatan parlementer). Namun, legitimasi undang-undang hanyalah legitimasi prima facie: sifat demokratis Parlemen tidak boleh secara otomatis membujuk hakim untuk menerapkan hukum yang disetujui olehnya, apa pun isinya. Aturan hukum mengharuskan bahwa hukum yang secara formal sah yang melanggar hak-hak sipil yang penting harus ditafsirkan oleh pengadilan sesuai dengan nilai-nilai kebebasan dan independensi yang, menurut Dicey, merupakan nilai-nilai tradisional yang dijamin oleh hukum umum.

Dapat dikatakan bahwa konstitusi tradisional Inggris menghasilkan model alternatif

terhadap model yang dihasilkan dari Revolusi Prancis, yang didasarkan pada gagasan bahwa konstitusi memungkinkan adanya pembagian kekuasaan dan dengan demikian menjamin hak-hak fundamental. Gagasan bahwa hak-hak lahir dari perlindungan peradilan dan bahwa konstitusi tidak lebih dari sekadar "penguasaan" perlindungan ini merupakan inti dari gagasan Dicey tentang supremasi hukum. Penguasaan ini independen, setidaknya pada prinsipnya, dari pembagian kekuasaan (bahkan jika dicapai secara historis melalui independensi pengadilan), dan didasarkan pada tradisi hukum yang mengakar kuat yang membuat hukum hampir kebal terhadap ekses voluntarisme legislatif.

Setelah ditempatkan dalam tradisi hukum umum, teori Dicey membuka ruang teoritis yang penting, di mana kini memungkinkan untuk menilai kembali gagasan yang sangat umum tentang supremasi hukum. Pengalaman kontinental Rechtsstaat tampaknya merupakan upaya ambisius untuk menundukkan kekuasaan pada hukum. Kelsen tidak diragukan lagi merupakan puncak dari proses ini karena ia membuka jalan bagi rekayasa konstitusional yang mampu menempatkan kekuasaan legislatif di bawah kendali yudikatif.

Dengan memberi penekanan pada aspek substansial daripada aspek formal, pengembangan Rechtsstaat dapat diartikan sebagai upaya untuk secara harmonis menggabungkan lingkup kekuasaan kedaulatan dengan lingkup hukum kebebasan individu, yang dipisahkan dari kekuasaan tersebut. Selama abad kesembilan belas, usaha ini tampak mustahil.

Teori Kelsen memberikan solusi formal untuk masalah tersebut, karena teori tersebut menghilangkan dogma kedaulatan badan legislatif. Setelahnya, banyak konstitusi pascaperang telah terlibat dalam memastikan tidak hanya hak atas kebebasan, tetapi juga hak-hak sosial. Formalisme Kelsen segera menghasilkan solusi yang tidak memuaskan. Perluasan intervensi negara secara progresif sejak tahun 1970an dan seterusnya telah membawa kembali ancaman Leviathan terhadap kebebasan individu. Kelsen, dalam tradisi Pencerahan, melihat peninjauan kembali yudisial sebagai metode yang paling efektif untuk mengekang kekuasaan negara. Lebih tepatnya, ia melihat peradilan sebagai lembaga yang paling cocok untuk tugas ini karena, dalam kata-kata Montesquieu, lembaga tersebut merupakan "kekuasaan yang tidak sah".

Lembaga peradilan hanyalah "mulut konstitusi". Dicey memaksa kita untuk mempertanyakan secara radikal konsepsi tentang peran hakim ini dan untuk fokus pada masalah-masalah yang terkait dengan penerapan hukum, teknik konstruksi, pelatihan hukum, dan budaya. Dimulai dengan ajaran Dicey, mungkin saja untuk menggarap konsepsi realishukum tentang "aturan hukum" yang dapat mengatasi dilema formalistik dan keraguan tentang efektivitasnya yang telah menjadi ciri gagasan ini sejauh ini.

BAB 4
RULE OF LAW DAN JUDICIAL POWER DI AMERIKA SERIKAT

4.1 PENDAHULUAN

Antara tahun 1764 dan 1776, konsep konstitusi mulai berlaku di Amerika Serikat, yang merupakan titik balik nyata sehubungan dengan pemikiran konstitusional pramodern. Konstitusi tidak lagi dipahami sebagai kumpulan hukum, adat istiadat, dan tradisi, tetapi sebaliknya akan dianggap sebagai rencana dasar pemerintahan, yang didasarkan pada kumpulan norma tertulis yang sistematis. Dengan demikian, konstitusi mengasumsikan karakter normatif dan tidak lagi sekadar deskriptif. Kata konstitusi sendiri mulai digunakan untuk pertama kalinya pada tahun-tahun itu dengan maknanya saat ini, dan kekuasaan konstitusi jelas ditempatkan di atas kekuasaan legislator biasa.

Kesadaran akan perbedaan antara hukum biasa dan hukum konstitusional menonjol sebagai salah satu perubahan paling signifikan dalam penjabaran konsep konstitusi. Penemuanpenemuan lebih lanjut dalam sejarah ketatanegaraan AS mencakup pembentukan majelis-majelis konstituante, pengesahan konstitusi oleh rakyat, pengakuan hukum atas hak-hak fundamental, pengenalan prosedur untuk mengubah konstitusi, dan pelembagaan tinjauan yudisial atas undang-undang.

Atas dasar inovasiinovasi ini, yang penting bagi sejarah konstitusionalisme modern, adalah upaya untuk memperjelas implikasi dari gagasan bahwa konstitusi adalah tindakan penentuan nasib sendiri oleh rakyat yang berdaulat. Gagasan inilah, yang menjadi dasar ketegangan antara politik dan hukum dalam konstitusionalisme modern, yang memberikan hukum posisi sentralnya dalam bagaimana identitas politik Amerika Serikat dibangun dan kultus hukum berakar, menjadi agama sipil yang sesungguhnya. Gagasan tentang "aturan hukum" kemudian mengalami perubahan yang signifikan: untuk dapat berbicara tentang "aturan hukum" dan bukan "aturan manusia", tidaklah cukup bahwa hak-hak dasar warga negara harus disingkirkan dari kehendak sewenang-wenang pembuat undang-undang, tetapi sekarang menjadi perlu bagi hukum untuk dilihat sebagai turunan dari kedaulatan rakyat.

Dalam konsepsi republik tentang periode berdirinya Amerika Serikat, kepastian hukum dianggap sebagai nilai yang diperlukan, tetapi tidak lagi memadai. Melampaui gagasan Montesquieu tentang kebebasan sebagai tidak adanya rasa takut yang dijamin oleh hukum-hukum tertentu yang tetap dalam membela hak-hak sipil, aturan hukum di Amerika Serikat mulai dianggap sebagai jaminan kebebasan yang dipahami pertamatama sebagai penentuan nasib sendiri oleh republik. Dan kebebasan mengandaikan, setidaknya pada awalnya, hubungan yang erat antara hak-hak politik dan hak-hak sipil.

Penilaian ulang konsep "aturan hukum" pada abad ke-20 sebagian besar menghilangkan implikasi republik dari gagasan aturan hukum, dan lebih mendasarkannya pada referensi hukum yang diproduksi secara spontan, yang dikelola oleh Pengadilan Keadilan. Hal ini menyiratkan, misalnya dalam Hayek dan Oakeshott, penyusutan undang-undang parlemen

sebagai sumber hukum dan pada saat yang sama pengurangan konstitusi menjadi perannya sebagai penjamin, yang memberlakukan pembatasan pada kekuasaan politik. Dengan demikian, hukum tampak sepenuhnya otonom dari politik, mampu mereproduksi diri dan melegitimasi diri sendiri.

Amerika Serikat dianggap sebagai contoh paradigmatik dari kecenderungan zaman modern ini, yang tampaknya menyiratkan risiko pergeseran dari supremasi konstitusi ke supremasi pengadilan konstitusi. Kecenderungan ini lebih kuat di Amerika Serikat daripada di tempat lain karena kekhasan tradisi konstitusional AS: adanya kontrol yang tersebar atas konstitusionalitas hukum, yaitu kemungkinan bagi pengadilan, dan akhirnya bagi Mahkamah Agung, untuk mengambil alih fungsi penafsir konstitusi. Mahkamah Agung berwenang untuk meninjau, menyatakan tidak konstitusional, dan dengan demikian membatalkan keputusan Kongres dan keputusan legislatif negara bagian, atas dasar motivasi yang mencakup substansi tindakan legislatif yang sedang diperiksa.

Diperkenalkannya “peninjauan kembali undang-undang secara hukum”, yang secara umum dianggap berasal dari putusan Marbury v. Madison (1803) oleh Hakim John Marshall, mengakibatkan penugasan kewenangan yang cukup besar kepada Mahkamah Agung. Cukuplah untuk mempertimbangkan, di satu sisi, margin interpretatif yang ditinggalkan oleh ketidakjelasan klausul konstitusional tertentu (misalnya formulasi seperti "proses hukum yang wajar" dan "perlindungan hukum yang sama") dan, di sisi lain, ketidakmungkinanan untuk menggunakan prosedur legislatif biasa guna mengubah keputusan Mahkamah Agung, agar ruang lingkup kewenangannya menjadi sangat jelas. Jika karakter unik lembaga peninjauan konstitusional di Amerika Serikat menjadi dasar posisi utama yang dipegang oleh Mahkamah Agung, tetap perlu untuk mengakui bahwa situasi saat ini terutama terkait dengan perubahan persepsi Mahkamah tentang perannya sendiri.

Penafsiran yang berlaku umum terhadap konstitusi sebagai model “konstitusisebagaipenjamin” mengakui, sejak awal sejarah AS, peran utama yang mengendalikan konstitusionalitas undang-undang hak sipil. Berdasarkan penafsiran ini, sejak diperkenalkan (1791) Bill of Rights, melalui pembelaannya oleh badan peradilan, telah menjamin warga negara AS untuk menjalankan dan menikmati hak-hak fundamental.

Namun, pembacaan sejarah konstitusional AS ini paling banter bersifat parsial. Cukuplah untuk mengingat bahwa tidak hanya orang AfroAmerika dan penduduk asli Amerika, tetapi juga perempuan, pekerja tamu Meksiko, dan imigran asal Asia yaitu semua orang yang tidak memiliki akses terhadap kewarganegaraan dikecualikan hingga hampir pertengahan abad kedua puluh dari prinsip persamaan di hadapan hukum, salah satu landasan supremasi hukum. Akan tetapi, mungkin lebih penting untuk diingat bahwa hingga diperkenalkannya amandemen XIV (1868), sistem konstitusional AS tidak memberikan ruang bagi penafsiran Bill of Rights yang mengikat tidak hanya bagi pemerintah federal tetapi juga bagi negara bagian, yang kepadanya sistem federal AS mendelegasikan sebagian besar masalah yang penting bagi warga negara sehari-hari (seperti dari sekolah hingga layanan kesejahteraan dan keluarga).

Aktivisme pengadilan biasa dan Mahkamah Agung dalam membela hak-hak individu dan terutama hak-hak minoritas adalah bagian dari sejarah AS abad kedua puluh, sebuah

sejarah yang terkait erat dengan peran yang diambil Amerika Serikat di tingkat internasional dalam pertempuran melawan penyebaran totalitarianisme di Eropa. Titik balik nyata dalam arah ini diwakili oleh catatan kaki terkenal di Amerika Serikat v. Carolene Products Co., yang diputuskan pada tahun 1938.

Catatan kaki tersebut menyarankan seperti yang dikatakan Ely bahwa “Pengadilan juga harus memperhatikan apa yang dilakukan mayoritas terhadap minoritas, khususnya menyebutkan undang-undang yang ‘ditujukan pada’ minoritas agama, nasional, dan ras dan mereka yang terinfeksi oleh prasangka terhadap mereka”.

Jika tidak ada keraguan tentang keuntungan yang diperoleh warga negara AS dari perubahan persepsi Mahkamah Agung tentang perannya sendiri (cukup untuk mengingat putusan dalam Brown v. Board of Education of Topeka pada tahun 1954, yang menandai berakhirnya sistem segregasi rasial), juga benar bahwa perdebatan konstitusional tentang peran peradilan dan hubungan antara “tinjauan ulang undang-undang” dan demokrasi tidak pernah begitu intens seperti pada periode pascaPerang Dunia II.

Halamanhalaman berikut memberikan garis besar historis tentang likuliku tradisi negara hukum AS selama lebih dari 200 tahun kehidupan konstitusional. Rekonstruksi historis saya menggarisbawahi hubungan antara negara hukum dan "pemerintahan rakyat" yang telah ada sejak awal konstitusionalisme AS. Hubungan ini tampaknya telah dinetralkan sampai batas tertentu, meskipun tidak pernah disangkal, baik oleh kesulitan untuk menggunakan kewenangan revisi konstitusi, mengingat sifat Pasal V yang membingungkan, maupun oleh kewenangan sebagai Satu-satunya dan penafsir utama konstitusi yang diasumsikan oleh Mahkamah Agung dengan putusan Marbury v. Madison. Hubungan yang terus dipertahankan oleh budaya hukum AS dengan tradisi hukum umum terlepas dari Revolusi dan pengakuan karakter positif konstitusi tertulis berkontribusi untuk memfasilitasi proses netralisasi kedaulatan rakyat ini.

Di sisi lain, krisis tradisi hukum umum yang lebih baru tidak asing bagi kesulitan yang dihadapi Mahkamah Agung dalam upaya untuk melegitimasi perannya sendiri. Rekonstruksi historis ini akan diikuti oleh analisis posisiposisi utama yang muncul dalam perdebatan teoritis kontemporer, yang isu-isu utamanya adalah karakter netral interpretasi yudisial dan bagaimana supremasi peradilan memengaruhi sistem politik. Upayaupaya untuk menegakkan kembali netralitas interpretasi yudisial bertujuan untuk melestarikan gagasan bahwa keberadaan nyata negara hukum terkait dengan administrasi hukum yang tidak memihak oleh pengadilan. Refleksi tentang dampak supremasi peradilan justru dihubungkan dengan tujuan untuk melegitimasi ulang proses politik dan membaca ulang signifikansi negara hukum dalam terang kompleksitas struktur konstitusional.

4.2 GAGASAN REPUBLIK: ANTARA PEMERINTAHAN HUKUM DAN RAKYAT

Upaya yang telah dilakukan oleh Edmund Burke pada abad kedelapan belas untuk menempatkan konstitusionalisme AS dalam tradisi kesinambungan historis sehubungan dengan Konstitusi Inggris telah membayangi inovasi yang tersirat dalam penulisan konstitusi yang diperkenalkan oleh Revolusi Amerika. Hal yang sama dapat dikatakan telah terjadi dalam

penelusuran kembali konstitusi ke tradisi piagam kolonial. Namun, catatan yang ditulis oleh Benjamin Franklin di margin Thoughts on the Origin and Nature of Governments (1769) oleh Allan Ramsey, memungkinkan pembacaan baru tentang kesinambungan antara piagam kolonial dan konstitusi periode revolusioner.

Mengkritik pernyataan Ramsey bahwa menganggap piagam kolonial sebagai Pacta conventa adalah suatu absurditas, Franklin menekankan bahwa kesalahan Ramsey adalah mengabaikan fakta bahwa piagam kolonial Pennsylvania dan Carolina sebenarnya memiliki John Locke dan Algernon Sidney di antara para inspiratornya. Hubungan yang ditetapkan Franklin antara Locke dan Sidney dan, di sisi lain, antara piagam kolonial dan gagasan kontrak, menjelaskan salah satu area utama yang menghubungkan, pada tahun 1760an dan 1770an, tokohtokoh terpenting Revolusi Amerika dengan budaya Inggris radikal abad ketujuh belas. Penggunaan Locke dan Sidney untuk menjelaskan pentingnya Konstitusi Inggris yang "sejati" berulang kali muncul dalam pamflet revolusioner.

Dalam kebanyakan kasus, pengetahuan tentang para pemikir radikal Inggris abad ketujuh belas oleh orang Amerika terutama disebabkan oleh penerimaan ideide Locke dan Sidney yang hadir dalam tulisan-tulisan Real Whigs penulis seperti John Trenchard, James Gordon, dan James Burgh, yang ditakdirkan untuk memiliki popularitas dan pengaruh di Amerika Serikat yang tidak dikenal di Inggris.

Dalam elaborasi teoritis Real Whigs, kultus "konstitusi kuno" sebagaimana dipandu oleh wawasan yang sudah ada dalam refleksi Locke dan Sidney telah menjadi objek pembacaan ulang yang sangat penting untuk memahami refleksi konstitusional periode Revolusi di Amerika Serikat. Nilai Konstitusi Inggris ditelusuri kembali, pada kenyataannya, bukan ke zaman kunonya, ke fondasinya yang tak terlupakan, tetapi pada fakta bahwa pemeriksaan rasional mengungkapkan di dalamnya keberadaan prinsip-prinsip dasar hukum alam.

John Adams, Thomas Jefferson, dan banyak pemikir Amerika Utara abad kedelapan belas lainnya dapat menganggap diri mereka sebagai pewaris berbagai Locke dan Sidney dalam upaya untuk mengungkap makna "sejati" dari Konstitusi Inggris. Perjuangan mereka terjadi di medan hukumkonstitusional, tetapi atas nama visi Konstitusi Inggris yang menyiratkan pemutusan drastis dengan masa lalu, karena menegaskan dengan tegas prinsip kedaulatan rakyat.

Perdebatan konstitusional AS pada abad kedelapan belas dan awal abad kesembilan belas menjadi lebih rumit karena berkisar pada dua konsepsi republikanisme yang berbeda, yang pada gilirannya terhubung dengan dua visi kedaulatan rakyat yang berbeda. Dengan mengacu pada kategori konseptual yang diuraikan oleh Philip Pettit, kita dapat berbicara tentang "republikanisme populis" (berdasarkan garis pemikiran yang, dimulai dari Aristoteles meluas ke Hannah Arendt) dan "republikanisme klasik" (dikaitkan dengan garis yang membentang dari Cicero ke Machiavelli).

Tipe republik pertama, bagi Pettit, "secara inheren populis" karena menganggap partisipasi politik rakyat sebagai kebaikan fundamental. Dalam perspektif republikanisme populis, Pettit berpendapat, rakyat harus bergantung pada wakil rakyat dan pejabat publik

mereka hanya jika benar-benar diperlukan. Republikanisme populis didasarkan pada konsepsi positif tentang "rakyat", sering kali menggunakan gagasan itu tanpa berpikir kritis sebagai representasi publik yang homogen. Di sisi lain, populisme, di samping membela kepentingan dan akal sehat warga negara biasa, menumbuhkan sikap curiga terhadap setiap bentuk hierarki dan "ahli hukum" (yaitu "pemerintahan oleh para ahli").

Di sisi lain, "republikanisme klasik" menggarisbawahi unsur kepercayaan antara rakyat dan wakil rakyat yang mereka pilih. Secara khusus, seperti yang ditulis Pettit, tradisi republikanisme kedua ini "melihat rakyat mempercayai negara untuk memastikan penerapan aturan yang tidak sewenang-wenang".

Tidak seperti tradisi Aristoteles, republikanisme klasik tidak menghadirkan gambaran yang mendidik tentang warga negara biasa. Individu dipandang sebagai makhluk yang mudah rusak, pembawa berbagai kepentingan yang berbeda dan saling bertentangan. Proses politik menghasilkan penyaringan pendapat melalui pemilihan wakil rakyat, sementara partisipasi warga negara dalam urusan politik terutama merupakan cara mereka untuk mencegah degenerasi pemerintah menjadi bentuk tirani, yang berbahaya bagi kebebasan individu.

Pemikiran Jefferson dan kaum antiFederalis dapat ditelusuri kembali ke konsepsi populis republikanisme, sedangkan pemikiran konstitusional John Adams dan kaum Federalis dapat ditempatkan dalam visi republik klasik.

Dalam interpretasi populis radikal Jefferson dan Thomas Paine, karena konstitusi merupakan ekspresi rakyat yang berdaulat, tidak ada yang dapat mencegah rakyat melakukan revisi konstitusional secara berkala. Inti dari konstitusionalisme Jeffersonian adalah gagasan bahwa pemerintah republik harus bergantung pada kedaulatan rakyat sebagai pengawasan terhadap pelaksanaan kekuasaan, melalui instrumen seperti konstitusi tertulis dan durasi mandat yang singkat (dan karena itu sering menggunakan pemilihan umum). Visi ini secara implisit mengandung otonomi masyarakat sipil terhadap pemerintah, dan kecurigaan terhadap setiap pemusatan kekuasaan politik di satu sisi.

Dengan menganggap "cinta diri" sebagai hasrat utama manusia, konstitusionalisme populis tidak berusaha menyeimbangkan tetapi mengurangi kekuasaan politik, melalui representasi dan pemisahan kekuasaan di berbagai tingkatan dan cabang kekuasaan. Jefferson melihat fungsi Bill of Rights dan Mahkamah Agung dalam konteks ini: yang pertama seharusnya mengawasi kemungkinan campur tangan kekuasaan federal dalam otonomi masing-masing negara bagian, dan yang kedua seharusnya berfungsi dalam batasan penerapan teks hukum yang ketat. Jika peradilan tidak dapat direduksi menjadi sekadar mesin, menjadi organ teknis yang harus menerapkan teks hukum secara ketat, kekuasaan hakim pada kenyataannya, menurut Jefferson, akan dapat mendistorsi logika demokrasi, menjadi kekuasaan yang tidak tepat dalam pemerintahan republik.

Perspektif John Adams dan kaum Federalis berbeda. Dalam bukunya Defence of the Constitutions of Government of the United States of America (1787–1788), Adams membedakan republikanisme Prancis, yang menjadi simpati Jefferson, dari republikanisme Amerika. Prancis, Inggris, dan Amerika menggunakan kata yang sama, “republik”, tetapi, menurut Adams, mereka tidak memikirkan hal yang sama. Bagi Prancis dan Inggris, “republik”

identik dengan demokrasi atau demokrasi perwakilan: pemerintahan yang “mengumpulkan semua otoritas ke satu pusat, dan pusat itu adalah negara”, atau lebih tepatnya majelis tunggal, yang dipilih pada periode yang ditentukan oleh rakyat dan diberi kedaulatan penuh.

Bagi Amerika, sebaliknya, kekalahan absolutisme kerajaan tidak dapat digantikan oleh absolutisme mayoritas demokrasi. Adams memandang dengan ngeri kemahakuasaan rezim demokrasi yang diperintah oleh nafsu irasional, yang akan menyebabkan munculnya aristokrasi demagog baru. Republik adalah pemerintahan rakyat, tetapi “rakyat” tidak ada jika tidak berdasarkan kesesuaian mereka dengan hukum-hukum dasar dan prinsip-prinsip keadilan: “rakyat”, dan bukan sekadar “banyak orang”, ada ketika keinginan dan akal sehat bertemu. Hanya dalam pengertian ini “pemerintahan rakyat” dapat sejalan dengan pemerintahan hukum dan bertentangan dengan “pemerintahan manusia”. Untuk menjaga agar keinginan para penguasa tetap setia pada prinsip-prinsip pemerintahan hukum, Adams mengusulkan sistem pengawasan dan keseimbangan yang dipahami sebagai instrumen nyata untuk mengendalikan nafsu, dan yang akan menyalurkannya ke arah yang tidak merugikan masyarakat.

Adams tidak menyangkal nilai kedaulatan rakyat tetapi, seperti yang juga dilakukan oleh kaum Federalis, ia cenderung mengabaikan pertanyaan tentang kekuatan konstituen, untuk menetralkan hasil revolusionernya pada tingkat politikkelembagaan. James Madison akan melanjutkan semangat pendekatan Adam dan menekankan pada keutamaan pengawasan dan keseimbangan dan sistem perwakilan yang, melalui distrik pemilihan yang besar dan penggandaan kelompok politik, akan memungkinkan pemilihan elit politik yang berkualitas, mampu menahan godaan demagogis dan lolos dari tekanan kepentingan lokal dan partikularistik. Filter sistem perwakilan dan konstitusi badan politik "optimates" diperlukan, menurut Madison, untuk mempertahankan karakter netral dari keputusan politik, mengurangkannya dari nafsu yang bersemayam dalam pikiran populer dan yang jika tidak dapat mendorong orang banyak untuk menyakiti diri mereka sendiri.

Madison menentang untuk memberikan peran khusus pembelaan hak-hak individu baik kepada Bill of Rights atau Mahkamah Agung. Sistem checks and balances, pemisahan kekuasaan, pembentukan distrik elektoral yang besar, dialektika antara negara federal dan negara bagian yang terfederasi, yang diandalkannya untuk menetralkan nafsu dan kepentingan, untuk menahan dan menyalurkannya guna menghadirkan sebanyak mungkin alasan dalam proses musyawarah mayoritas. Menurutnya, hanya hukum yang dapat didukung dengan argumen umum dan netral yang dapat menjamin keberadaan pemerintahan yang dianggap sebagai "aturan hukum" dan bukan "aturan manusia".

Bagi Madison, Mahkamah Agung tidak memiliki peran istimewa sebagai penafsir konstitusi dan kekuasaannya harus dibatasi pada kontrol atas tindakan legislatif yang secara nyata tidak konstitusional. Hanya pengenalan selanjutnya oleh Hakim Marshall tentang "tinjauan ulang undang-undang" yang membatalkan perbedaan antara tindakan yang tidak adil dan tindakan yang tidak konstitusional, yang menentukan superioritas hierarkis hak-hak sipil atas hak-hak politik, yang menciptakan penghalang terhadap kekuatan penentuan nasib sendiri yang demokratis.

4.3 TINJAUAN HUKUM PERUNDANG-UNDANGAN

Pembedaan antara kekuasaan legislatif dan kekuasaan konstituen, yang hadir dalam pemikiran “Bapak Pendiri”, dapat dipahami bukan sebagai “upaya elitis untuk membatasi keinginan rakyat atas nama gagasan hukum yang ideal”, tetapi sebagai instrumen untuk melestarikan “‘cadangan kekuasaan’ yang tersirat dalam kedaulatan rakyat, dalam kedaulatan rakyat yang keinginannya tidak dapat direpresentasikan secara keseluruhan karena dibentuk oleh jumlah individu tunggal yang dikaruniai hak-hak yang tidak dapat dicabut”.

Tumpang tindih antara negara hukum dan negara rakyat dapat ditafsirkan, yaitu sebagai hubungan antara pemerintahan sendiri dan keutamaan hukum. Kemungkinan ini, bagaimanapun, tetap murni teoritis di tingkat federal, karena pembekuan kedaulatan rakyat yang dibawa secara de facto, di satu sisi, oleh prosedur revisi konstitusional yang kacau yang diramalkan oleh Pasal V konstitusi, dan, di sisi lain, oleh interpretasi aturan hukum yang terkandung dalam putusan terkenal di Marbury v. Madison oleh Hakim Marshall, yang memperkenalkan peninjauan kembali undang-undang.

Dari perspektif ini, penting untuk mengingat konteks politik di mana Hakim Marshall menghasilkan putusan itu. Itu, pada kenyataannya, tepat di tengahtengah perjuangan politik yang panas, yang dimulai pada tahun 1800 oleh pemilihan Jefferson sebagai presiden, antara Partai Republik dan Partai Federalis atas pentingnya Revolusi Amerika. Putusan Marshall secara tidak langsung mewakili tanggapan kaum Federalis, yang masih bercokol dalam posisi kekuasaan mereka di pengadilan, terhadap interpretasi Jeffersonian tentang demokrasi, terhadap gagasan "revolusi permanen" yang tampaknya merujuk pada kesinambungan antara pemilihan umum dan revolusi, yang menjadi dasar Jefferson membangun makna kemenangannya sendiri, dengan menyajikannya sebagai "revolusi kedua".

Risiko bahwa posisi Jeffersonian dapat merusak struktur konstitusional pada dasarnya, seperti yang diyakini kaum Federalis, muncul dari beberapa pernyataan utama dalam pidato pelantikan pertama Jefferson, di mana ia menguraikan prinsip-prinsip penting pemerintah AS, menghindari referensi apa pun terhadap aturan hukum, menggarisbawahi bahwa perlindungan hak rakyat atas pemilihan umum adalah "koreksi yang ringan dan aman terhadap pelanggaran yang ditebas oleh pedang revolusi ketika penyelesaian damai tidak diberikan". Ia menyatakan dukungannya untuk "kepatuhan mutlak terhadap keputusan mayoritas, prinsip vital republik, yang tidak dapat diganggu gugat selain dengan kekerasan".

Melawan konsepsi mayoritas demokrasi, yang diajukan oleh Jefferson, dalam kalimat Marbury v. Madison Marshall mengusulkan penghapusan hukum konstitusional dari ranah politik. Dalam kalimat itu, diakui bahwa rakyat memiliki "hak asli untuk menetapkan bagi pemerintahan masa depan mereka, prinsip-prinsip seperti itu, yang menurut pendapat mereka, paling sesuai untuk kebahagiaan mereka sendiri".

Namun, "pelaksanaan hak asli ini", sebagaimana ditetapkan segera setelahnya, tidak boleh "sering diulang". Begitu prinsip-prinsip itu ditetapkan, prinsip-prinsip itu harus dianggap mendasar, "permanen". Prinsip-prinsip konstitusional, yang disetujui oleh rakyat, telah menegaskan karakter terbatas kekuasaan legislatif sedemikian rupa sehingga tindakan legislatif yang bertentangan dengan konstitusi harus dianggap batal demi hukum. Jika, dalam

kasus konflik antara undang-undang biasa, pengadilan diwajibkan untuk memutuskan hukum apa yang berlaku, kriteria yang sama harus diterapkan dalam kasus konflik antara undang-undang biasa dan undang-undang konstitusional.

Dengan cara ini, kalimat Marbury v. Madison menjadikan kekuasaan kehakiman – dipahami sebagai perwakilan virtual dari rakyat konstituen bertanggung jawab atas pencapaian dan pembelaan prinsip-prinsip dasar tatanan konstitusional. Pada saat yang sama, kalimat tersebut mengambil alih peran penafsir konstitusi dari kekuasaan legislatif, sehingga menimbulkan pengekangan hukum permanen terhadap kekuasaan mayoritas, yang serupa dengan yang dilakukan terhadap individu oleh hukum biasa.

Selama abad kesembilan belas, Mahkamah Agung berulang kali mencoba menanggapi kritik dan serangan terhadapnya, dengan mencoba mereproduksi citra hakim hukum umum yang aseptik dan terpisah dalam yurisprudensi AS. Seruan kepada tradisi hukum umum menjalankan fungsi ganda: ia memeriksa tekanan radikal yang dapat berasal dari teori kontrak Locke31 dan melegitimasi visi hukum yang berbeda dengan visi publik yang awalnya terkait dengan penulisan konstitusi itu sendiri sekarang disajikan sebagai lingkup istimewa dari akal budi "buatan" yang hanya dimiliki oleh hakim, berdasarkan pelatihan dan keahlian profesionalnya yang spesifik.

Seluruh lingkup hubungan ekonomikontraktual dikecualikan dari lingkup pengambilan keputusan politik dan diserahkan kepada kompetensi tindakan peradilan. Konsekuensi dari hal ini jauh melampaui hubungan ekonomikontraktual. Cukuplah untuk mengingat bahwa dalam putusan Dred Scott v. Sandford pada tahun 1857, Mahkamah Agung menetapkan berdasarkan klausul proses hukum yang diatur dalam Amandemen Kelima bahwa kepemilikan budak berhak atas perlindungan yang sama seperti kepemilikan properti lainnya.

4.4 KONSEPSI LIBERAL TENTANG ATURAN HUKUM SELAMA ABAD KE19

Sepanjang abad ke19 dan seterusnya, hingga New Deal, dua model konstitusional bersaing untuk menjadi yang paling dominan. Model pertama yang berlaku hingga tahun-tahun setelah Perang Saudara didasarkan pada keyakinan bahwa hak-hak fundamental dapat dilindungi dengan lebih baik melalui pemisahan yang jelas antara kekuasaan negara bagian dan kekuasaan pemerintah federal.

Oleh karena itu, Bill of Rights digunakan untuk seluruh periode ini (dengan cara yang, terlebih lagi, para antiFederalis dan Jefferson sendiri telah memahaminya pada saat mereka mengusulkannya) sebagai instrumen terhadap perluasan kekuasaan federal dan tidak pernah terhadap negara bagian, tidak pernah untuk memverifikasi apakah hak-hak benar-benar dinikmati oleh warga negara di bawah konstitusi republik masing-masing negara bagian.

Model kedua menjadi lazim dalam periode yang membentang kirakira dari dekade terakhir abad kesembilan belas hingga titik balik New Deal, setelah diperkenalkannya Amandemen Keempat Belas, yang dengannya, untuk pertama kalinya, supremasi kewarganegaraan federal atas kewarganegaraan negara bagian ditegaskan. Model ini adalah hasil dari interpretasi khusus yang diberikan Mahkamah Agung terhadap klausul proses hukum. Setelah menetapkan, berdasarkan amandemen baru, hak-hak mana yang begitu

mendasar sehingga memerlukan perlindungan di tingkat federal, Mahkamah Agung, menurut konsepsi negara sebagai "penjaga malam" dan penengah netral dalam konflik sosialekonomi, mengkonstitusikan teori kebebasan berkontrak.

Dalam upaya untuk mengembalikan masalah-masalah yang semakin bersifat sosialpolitik ke ranah hukum perdata, Mahkamah Agung pada tahun-tahun itu menentang pemberlakuan peraturan jam kerja atau kondisi ketenagakerjaan bagi pekerja yang rentan, seperti anak-anak. Pembelaan terhadap teori kebebasan berkontrak yang dilakukan oleh Mahkamah Agung langsung tampak paradoks, karena sangat bertentangan dengan konflik sosial yang semakin intensif yang berasal dari transformasi ekonomi AS melalui penciptaan konsentrasi besar perusahaanperusahaan industri dan keuangan.

Sifat ideologis putusan pengadilan, yang secara terbuka memihak pada prinsip-prinsip laissezfaire, seperti dalam kasus Lochner v. New York yang terkenal pada tahun 1905, merusak citra kekuasaan kehakiman sebagai kekuasaan yang netral dan tidak memihak. Doktrin hukum umum, yang telah mengilhami yurisprudensi Mahkamah Agung selama seluruh abad sebelumnya, harus menghadapi kritik dari gerakan realis dan pragmatis, yang menyapu bersih kepastian doktrin hukum alam.

Gagasan hukum umum sebagai ekspresi objektif dan tidak memihak dari keadaan spontan, refleksi dari realitas yang harus diselamatkan dari intervensi pembuat undang-undang yang menyimpang, digantikan oleh hukum yang tidak lagi dianggap sebagai sesuatu yang diberikan sekali dan untuk selamanya, tetapi sebagai sesuatu yang dapat dibangun dan ditafsirkan, cocok untuk mengatur dan mengarahkan realitas dalam pengertian normatif. Gagasan tentang "konstitusi yang hidup", yang didukung oleh pendekatan historisisme dan evolusioner terhadap hukum, digantikan dengan metafora konstitusi sebagai "mesin", yang diilhami oleh visi mekanistikNewtonian.

4.5 MELEDAKNYA KETEGANGAN ANTARA POLITIK DAN HUKUM

Krisis paradigma hukum abad ke19, yang didasarkan pada tradisi hukum umum, berdampak penting pada hukum ketatanegaraan AS pada dekadedekade pertama abad ke-20. Hasil pertama adalah ketegangan baru antara konstitusionalisme dan demokrasi, antara kekuasaan Mahkamah Agung dan otonomi negara bagian, sebagaimana halnya antara kekuasaan Mahkamah dan kekuasaan pemerintah federal.

Ketegangan ini menjadi lebih akut karena negara pusat tidak hanya menegakkan hak prerogatifnya dan menjalankan kekuasaannya dalam membuat kebijakan atas politik nasional di bidang sosial dan ekonomi, tetapi juga mengambil bentuk demokrasi yang lebih kredibel dengan berakhirnya perbudakan dan diperkenalkannya hak pilih perempuan. Persepsi yang semakin jelas tentang karakter bermasalah dari kekuasaan “kontramayoritas” yang dijalankan oleh Mahkamah Agung menciptakan tekanan pada dekadedekade pertama abad kedua puluh untuk mengadopsi prinsip pengendalian diri yaitu penghormatan yang lebih besar dari badan peradilan terhadap kekuasaan legislatif.

Namun, setelah tahun 1938, Mahkamah Agung berhasil mengukir ruang tindakan baru untuk dirinya sendiri, mengubah dirinya dari pembela hak milik menjadi penjamin hak-hak sipil

lainnya dan pembela kaum minoritas. Keputusan-keputusan Mahkamah memperkenalkan setidaknya dua tren konstitusional baru.

Yang pertama berorientasi pada pembelaan terhadap “hak-hak istimewa” tertentu, yang dianggap demikian karena hak-hak tersebut melekat pada kepribadian manusia, seperti kebebasan berekspresi dan hak privasi. Namun, model kedua terinspirasi oleh gagasan tentang perlindungan yang setara dan ditujukan untuk mengamankan akses yang setara terhadap layanan sosial fundamental bagi semua orang, melalui pemeriksaan cermat terhadap kriteria kelayakan, dengan tujuan menghindari tindakan diskriminatif.

Kedua model ini tidak hanya menghasilkan putusan Mahkamah Agung yang sangat mengganggu sebagian besar keputusan politik, tetapi juga pada asumsi Mahkamah Agung akan peran sebagai kolegislator yang sebenarnya. Melalui penggabungan sebagian Bill of Rights ke dalam Amandemen Keempat Belas dan interpretasi yang luas terhadap rumusan konstitusional, Mahkamah Agung, pada kenyataannya, menghasilkan, dalam periode pascaPerang Dunia II (dan khususnya selama periode Warren, 1953–1969) serangkaian hak baru, yang tidak secara eksplisit diramalkan oleh konstitusi (misalnya hak atas privasi atau hak atas aborsi).

Semua ini sangat mengguncang prinsip-prinsip "negara di bawah hukum" liberal. Konsepsi konstitusi abad ke19 sebagai aturan hukum bertumpu pada kewenangan hukum yang tampaknya netral dan apolitis. Praktik ketatanegaraan abad ke-20 melampaui batas pemisah antara hukum publik dan hukum privat, dan antara hukum dan politik. Pengakuan terhadap unsur yang tidak dapat digoyahkan dari kebijaksanaan yudisial interpretatif dan aktivisme Mahkamah Agung telah mengharuskan pemikiran ulang tentang peran interpretasi yudisial terhadap konstitusi, serta tentang signifikansi, keutamaan, dan batasan sebenarnya dari aturan hukum.

4.6 KONSTITUSI: UPAYA MERUMUSKAN ATURAN HUKUM TERTINGGI

Beberapa posisi yang diungkapkan dalam perdebatan konstitusional kontemporer di Amerika Serikat merupakan pengembangan dan penyusunan ulang realisme hukum. Posisiposisi tersebut merupakan konsekuensi dari kesadaran baru akan karakter hukum yang tidak pasti dan ketidakterapannya dalam istilah mekanistik. Di antara para pewaris kritik realis terhadap formalisme hukum, gerakan Studi Hukum Kritis telah mengambil posisi penting.

Bagi gerakan ini, konsepsi liberal tentang supremasi hukum dan visi formalis tentang hukum yang menjadi landasannya merupakan ekspresi keinginan untuk mencapai pembenaran hukum yang menempatkannya di luar perselisihan tentang fondasi dasar masyarakat. Menurut Critical Legal Studies, yaitu pembelaan terhadap formalisme hukum secara implisit kembali ke gagasan bahwa bentuk hukum mampu mencerminkan tatanan moral yang objektif dan dapat dipahami, yang dilepaskan dari dimensi politik yang genting dan penuh konflik.

Bagi Critical Legal Studies, gambaran hukum ini fiktif: inkoherensi dan ketidakpastian merupakan karakteristik hukum yang sebenarnya, dan berasal dari cara hukum itu dibuat. Roberto Mangabeira Unger mengamati bahwa hukum tidak berasal dari rasionalitas moral

yang imanen, tetapi merupakan hasil dari konflik, bentrokan, dan kompromi di antara kelompok-kelompok sosial yang diberkahi dengan posisi kekuasaan yang berbeda, pembawa kepentingan dan pendapat yang kontras, dan jejaknya tetap ada dalam ambiguitas teks legislatif. Dari tesis tentang ketidakpastian aturan hukum, Critical Legal Studies menyimpulkan tesis tentang sifat politik hukum dan aktivitas peradilan.

Setiap upaya untuk menentukan interpretasi terbaik yang mungkin dari konstitusi, sedemikian rupa untuk menentukan tujuan yang dilegitimasi oleh sistem dan diizinkan untuk dicapai secara hukum, menyembunyikan operasi ideologis, menurut Critical Legal Studies. Dalam penafsiran hukum, hakim selalu menjalankan kekuasaan diskresioner, memilih dari antara banyak sudut pandang yang dibiarkan terbuka oleh hukum yang paling dekat dengan preferensi subjektifnya sendiri. Kebutuhan legalisme liberal untuk menentukan satu aturan yang benar untuk penerapan hukum dan ketidakmungkinan memperoleh hasil ini menandai, bagi Critical Legal Studies, kegagalan aturan hukum.

Jika Studi Hukum Kritis melakukan serangan langsung terhadap gagasan tentang supremasi hukum, dengan secara terbuka menekankan karakter ideologis dari musyawarah peradilan, berbagai pendekatan kontemporer terhadap studi hukum tata negara AS mencoba melakukan evaluasi ulang terhadap gagasan tentang "supremasi hukum" melalui perumusan teori interpretasi yang bertujuan untuk memberikan dasar objektif pada keputusan peradilan.

Hasil dari operasi ini dikondisikan oleh pilihan tentang apa yang dianggap fundamental dalam konstitusi: karakternya sebagai teks tertulis, maksud awalnya, prinsip-prinsip tradisi konstitusional yang menginspirasi, atau keinginan rakyat sebagaimana diungkapkan dalam periode konstituen. Dari unsur-unsur ini, hakim harus dapat menyimpulkan aturan umum yang dapat digunakan untuk memasukkan kasus tertentu. Dalam setiap kasus ini, meskipun berdasarkan konsepsi supremasi hukum yang beragam, ada upaya untuk membawa hakim melampaui politik, atau lebih baik lagi, melampaui fungsi peradilan yang secara de facto menjalankan peran legislatif. Di sini saya akan mengkaji, khususnya, usulan Antonin Scalia, Ronald Dworkin, dan Bruce Ackerman.

4.7 ANTONIN SCALIA DAN ATURAN HUKUM SEBAGAI ATURAN ATURAN

Konsepsi formalistik tentang aturan hukum mengakui keberadaan aturan umum, penerapan hukum yang koheren dan stabil, hukum yang tidak berlaku surut, dan pemisahan antara badan yang bertanggung jawab atas pembuatan undang-undang dan administrasi, sebagai nilai intrinsik sistem hukum. Keberadaan sistem hukum yang diberkahi dengan karakteristik tersebut dikatakan membuat tindakan dan perilaku penguasa dapat diprediksi dan karenanya meningkatkan kebebasan warga negara, membebaskannya dari rasa takut dan ketidakamanan yang muncul karena hidup di bawah pemerintahan yang sewenang-wenang.

Menurut konsepsi formalistik tentang "aturan hukum", kapasitas sistem hukum untuk menstabilkan harapan sosial mendukung otonomi individu dan martabat manusia, karena memungkinkan individu untuk merencanakan kehidupan mereka. Peran aturan hukum dalam perspektif ini sepenuhnya negatif: untuk meminimalkan bahaya yang timbul dari pelaksanaan kekuasaan politik yang sewenang-wenang. Dalam menerapkan hukum, hakim harus bertindak

sesuai dengan kriteria imparsialitas dan netralitas, tanpa terlibat dalam penilaian yang terikat pada suatu konsepsi substantif tentang keadilan.

Ketika hakim melampaui penerapan norma yang ketat, ia mengubah "aturan hukum" menjadi "aturan manusia", yang memberikan kekuasaan sewenang-wenang kepada dirinya sendiri. Konstitusi dapat dianggap sebagai perluasan dan perbaikan dari gagasan "aturan hukum", atau lebih tepatnya prinsip bahwa pemerintah harus bertindak sesuai dengan batasan hukum yang telah ditetapkan sebelumnya. Dengan demikian, konstitusi menjadi, dalam konsepsi formalistik tentang aturan hukum, seperangkat aturan yang bertujuan untuk membatasi kekuasaan. Nilai yang diutamakan oleh pembacaan konstitusionalisme ini adalah stabilitas normatif, yang dianggap sebagai syarat penting bagi otonomi warga negara.

Menurut Antonin Scalia, saat ini salah satu eksponen utama konsepsi negara hukum sebagai aturan dari aturan, atau lebih tepatnya visi formalistik tentang "negara di bawah hukum", kecenderungan hakim hukum umum untuk merujuk bukan pada teks tetapi pada maksud pembuat undang-undang, atau pada beberapa kriteria lain di luar teks hukum, pasti akan membuka pintu bagi kesewenang-wenangan peradilan, dan untuk menggantikan dan mengkhianati keinginan yang diungkapkan oleh mayoritas demokratis.

Dalam interpretasi “originalis” Scalia, “aturan hukum” dan bukan “aturan manusia” harus menghormati makna objektif teks hukum dan tidak mencari maksud subjektif di dalamnya yang mungkin diungkapkan oleh pembuat undang-undang: “Hukumlah yang mengatur, bukan maksud pembuat undang-undang.” Jalan keluar hakim terhadap maksud subjektif pembuat undang-undang, yang mungkin diambil dari tindakan komisi legislatif atau dari diskusi parlemen, menurut Scalia, adalah salah satu cara hakim AS paling sering mengasumsikan peran tidak sah sebagai pembuat undang-undang.

Beralih dari penafsiran hukum biasa ke penafsiran norma konstitusi, elemen pembeda di antara berbagai teori konstitusi, bagi Scalia, adalah perbedaan antara pencarian makna asli dan pencarian makna terkini. Seorang hakim yang menganut paham “tekstualis” berpegang pada makna asli teks. Jika dianggap tepat, ia dapat merujuk pada pendapat yang dikemukakan selama konvensi “Bapak Pendiri”, tetapi hanya jika hal itu memungkinkannya untuk menentukan makna yang dimiliki teks norma konstitusi pada saat penyusunannya. Menurut pendapatnya, tidak ada relevansi, dan tidak boleh ada relevansi, baik dalam maksud asli para konstituen maupun dalam makna yang dapat diberikan oleh pembaca kontemporer terhadap teks tersebut. Pencarian makna “terkini” merupakan ciri khas para hakim yang ingin mengubah konstitusi menjadi “konstitusi yang hidup”, menjadi konstitusi yang fleksibel dan mudah beradaptasi terhadap perubahan.

Di balik keutamaan fleksibilitas yang tampak, gagasan tentang "konstitusi yang hidup" menyembunyikan, menurut Scalia, bahaya kesewenang-wenangan oleh badan peradilan dan ketidakpastian hukum. Apa yang dimaksud konstitusi kemarin mungkin tidak lagi berarti besok. Bukan pembuat undang-undang yang demokratis yang akan memutuskan apakah akan demikian atau tidak, tetapi terserah kepada badan hakim yang tidak dipilih secara demokratis. Pembacaan konstitusi ini, yang bagi Scalia merupakan hasil pengaruh sistem hukum umum dalam lingkup penafsiran konstitusional, mengasumsikan bahwa konstitusi tidak dapat dan

tidak boleh menolak tekanan perubahan sosial.

Scalia berpendapat bahwa hal itu mengabaikan tujuan akhir konstitusi sebagai aturan hukum: untuk mencegah generasi mendatang mengubah batasan yang ditetapkan oleh generasi sebelumnya. Argumen fleksibilitas, dari perspektif tekstualisme, merupakan legitimasi terselubung atas kecenderungan hakim AS untuk mengikuti karakter terbuka dan sewenang-wenang dari tradisi hukum umum dalam penafsiran konstitusional. Argumen ini menyembunyikan risiko bahwa konstitusi pada akhirnya hanya bermakna apa yang menurut hakim dari waktu ke waktu seharusnya diartikan.

Dampak negatif budaya hukum yang mendasari pendekatan ini ditunjukkan oleh Scalia dengan mengacu pada pendidikan dan pelatihan profesional hakim, kriteria untuk pemilihan mereka, dan, secara lebih umum, terkait dengan kemungkinan dampak budaya hukum tersebut pada sistem politik. Di sekolahsekolah hukum AS, studi hukum tata negara tidak terlalu terpusat pada teks konstitusi, melainkan pada kasus-kasus dan keputusan pengadilan.

Dalam prosedur pemilihan dan pengukuhan hakim federal, terlebih lagi, yang menjadi perhatian utama adalah ideide yang dianut hakim, atau yang mengaku dianut "mengenai serangkaian proposal untuk evolusi konstitusional". Kekuasaan kehakiman yang dengan demikian terekspos pada level politik, menurut Scalia, pasti akan menjadi budak selera opini publik yang berubahubah. Kapasitasnya untuk menjalankan fungsi menjamin hak-hak kaum minoritas akan terancam serius dan sumber daya demokrasi Republik AS akan berisiko terbuang siasia.

Kritik Scalia terhadap tradisi hukum umum khususnya menyerang seperti yang diamati Mary Ann Glendon kecenderungan degeneratif yang telah terwujud dalam keputusan pengadilan beberapa dekade terakhir, seperti berkurangnya perhatian terhadap penerapan prinsip stare decisis secara ketat. Namun, seruan kepada tekstualisme, meskipun dimotivasi oleh maksud dan argumen yang cukup besar, tampaknya bukan jawaban yang memadai untuk kesulitan yang harus dihadapi hakim ketika menerapkan hukum biasa, apalagi perintah konstitusi. Penentangan Scalia antara penerapan norma yang ketat dan keputusan pengadilan yang sewenang-wenang tampaknya terlalu ekstrem.

Namun, pencarian makna asli teks tersebut membuka masalah kesenjangan antara interpretasi dan penerapannya: setelah makna asli suatu norma ditentukan, masih ada pertanyaan tentang apa yang terkandung dalam kaitannya dengan kasus tertentu. Perspektif orisinalis, lebih jauh lagi, memunculkan pertanyaan-pertanyaan teoritis yang sulit tentang pembenaran interpretasi historis konstitusi. Memang sah untuk bertanya pada diri sendiri, untuk alasan apa generasi sekarang harus merasa terikat oleh makna yang diberikan oleh "Bapak Pendiri" pada teks konstitusi lebih dari 200 tahun yang lalu.

Untuk alasan apa, misalnya, Amandemen Kedelapan, yang melarang penjatuhan "hukuman yang kejam dan tidak biasa", harus ditafsirkan bukan atas dasar apa yang dianggap "kejam" oleh warga AS saat ini, tetapi atas dasar persepsi moral dari zaman ketika amandemen itu pertama kali ditulis? Sifat mengikat dari sebuah konstitusi tampaknya tidak berasal, seperti yang diinginkan oleh perspektif orisinalis, dari otoritas keyakinan yang dianut oleh "Bapak Pendiri". Jika ada, hal itu terkait dengan kemampuan berbagai generasi untuk mengidentifikasi

diri mereka dengan teks konstitusi, melalui perampasan ulang maknanya selanjutnya.

4.8 DWORKIN: HAKIM SEBAGAI PENERJEMAH PRINSIP-PRINSIP KONSTITUSI

Dworkin juga mencoba memulihkan inti konstitusi yang kuat untuk membangun "pemerintahan berdasarkan hukum" dan bukan "pemerintahan manusia". Namun, cara yang dipilih untuk menegaskan kembali gagasan tentang "konstitusi yang kokoh dan tidak berubah",59 secara definitif meninggalkan formalisme hukum: bukan teks konstitusi melainkan prinsip-prinsip moralitas konstitusional yang menjadi jangkar objektif dari konsepsi substantif Dworkin tentang supremasi hukum.

Filsafat hukum Dworkin akan sulit dipahami seperti yang dikemukakan Duncan Kennedy tanpa memperhitungkan dua kebutuhan yang menjadi dasar pemikirannya: di satu sisi, untuk memberikan pembenaran teoretis atas kontribusi yang diberikan oleh Mahkamah Agung terhadap reformasi liberal penting tertentu yang dicapai pada paruh kedua abad kedua puluh; dan, di sisi lain, untuk menunjukkan bagaimana kontribusi ini tidak merusak gagasan tentang "supremasi hukum". Legitimasi kekuasaan kehakiman dalam konsepsi liberal tentang supremasi hukum memang terkait dengan kemungkinan hakim untuk bertindak dengan benar tidak hanya dalam hal moral, tetapi juga dalam hal hukum. Gagasan tentang Pengadilan sebagai “forum prinsip” adalah solusi yang dicapai Dworkin melalui perumusan ulang gagasan tentang “supremasi hukum” yang berupaya menjelaskan dalam sistem konstitusional mengapa peradilan mungkin tidak mematuhi kekuasaan legislatif ketika hak-hak dipertanyakan.

Dalam konsepsi formalistik tentang supremasi hukum, hakim harus menyimpulkan dari teks-teks normatif aturan-aturan yang dapat digunakan untuk memasukkan kasus-kasus tertentu. Konsepsi konstitusi sebagai seperangkat aturan mengakui adanya kekosongan normatif. Dalam “kasus-kasus sulit”, ketika dihadapkan dengan kekosongan, hakim tampaknya tidak memiliki alternatif selain menggunakan preferensi atau evaluasi subjektifnya.

Elemen kebijaksanaan inilah yang menjadi alasan mengapa para sarjana hukum positivis menyarankan sikap kehatihatian hakim terhadap kebijakan yang diputuskan oleh pembuat undang-undang. Dworkin menjauhkan diri dari gagasan tentang supremasi hukum ini: konstitusi bukanlah seperangkat aturan, melainkan seperangkat prinsip fundamental. "Konstitusi prinsip", yang bertentangan dengan konsepsi "buku aturan" tentang konstitusi, mengusulkan gagasan substantif tentang supremasi hukum: ia menawarkan kriteria keadilan yang substansial untuk mengkritik masyarakat yang hukumnya tidak menjamin hak-hak yang disyaratkan oleh interpretasi yang koheren terhadap konstitusi.

Konsepsi substantif tentang supremasi hukum ini memberi hakim kekuatan verifikasi dan kontrol yang tampaknya dimaksudkan untuk memungkinkan campur tangan yang jauh lebih luas dalam aktivitas kekuasaan legislatif. Dua risiko utama dapat muncul: pertama, kesewenang-wenangan absolut di pihak hakim dan, kedua, kekacauan logika demokrasi. Dworkin berusaha menunjukkan bagaimana teorinya menghindari kedua bahaya tersebut.

Jika demokrasi setara dengan “pemerintahan rakyat”, Dworkin berpendapat bahwa, bagaimanapun, adalah mungkin untuk membedakan “dua jenis tindakan kolektif”. Yang

pertama dapat dianggap berasal dari beberapa fungsi statistik perilaku individu seperti, misalnya, ketika “pasar valuta asing menurunkan harga dolar”.

Dalam hal ini, tidak mungkin untuk memverifikasi tujuan yang koheren dari kelompok individu yang memengaruhi keadaan pasar moneter. Bentuk kedua dari tindakan kolektif, sebaliknya, memiliki karakter komunitas: ia berasal dari tindakan bersama di mana tindakan individu bertemu dan bergabung. “Kita, Rakyat”, rakyat yang menjadi asal konstitusi, bukanlah entitas “statistik” dan keinginannya juga tidak dapat dibuat sesuai, Dworkin berpendapat, dengan keinginan mayoritas. Dalam interpretasi Dworkin tentang liberalisme republik, “Kita, Rakyat” adalah komunitas politik “berprinsip”, yang mengambil bentuk sebagai pribadi moral dalam ekspresi konstitusi.

Dworkin sebenarnya memahami konstitusi sebagai ekspresi identitas moral dari “komunitas berprinsip”, yaitu komunitas yang anggotanya memilih untuk diatur oleh prinsip-prinsip umum, dan “bukan hanya oleh aturan yang dibuat dalam kompromi politik”. Bagi mereka, Dworkin menambahkan, politik adalah “teater perdebatan tentang prinsip mana yang harus dianut komunitas sebagai suatu sistem, pandangan mana yang harus diambilnya tentang keadilan, kewajaran, dan proses hukum”.

Dengan berhipotesis bahwa komunitas dapat bertindak sebagai entitas yang berbeda dari orang-orang yang menyusunnya, personifikasi komunitas Dworkin adalah premis yang memungkinkannya untuk mengklaim bahwa komunitas, yang bertindak sebagai individu, akan memilih, sebagai prinsip etika pribadi, koherensi dalam waktu. Kedua, Dworkin berpendapat bahwa konstitusi dapat dilihat sebagai teks, atau narasi, yang ditulis oleh seorang penulis tunggal. Kedua pernyataan ini membenarkan pandangan bahwa sikap hakim terhadap sistem tersebut serupa dengan sikap penafsir terhadap sebuah karya sastra.

Praktik hukum adalah praktik interpretatif, dan karenanya Dworkin mengakui praktik tersebut sangat politis. Akan tetapi, Dworkin, untuk menjaga legitimasi peninjauan kembali yudisial, berupaya menunjukkan bahwa hakikat proses peradilan tidak dapat direduksi menjadi masalah preferensi politik pribadi. Seruan Dworkin terhadap teori hermeneutika sebenarnya tidak dimaksudkan untuk memperluas ruang bagi interpretasi tanpa batas, tetapi sebaliknya dimaksudkan untuk menunjukkan bahwa hakim selalu dapat memperoleh "jawaban yang benar" atau lebih tepatnya interpretasi yang benar, dan karenanya objektif, berdasarkan makna keseluruhan dokumen konstitusional.

Praktik interpretatif, menurut Dworkin, tidak menyerahkan kekuasaan yang absolut dan sewenang-wenang di tangan hakim. Hakim memang harus mematuhi aturan interpretatif yang tepat. Ia terikat oleh prinsip "integritas", atau lebih tepatnya oleh kebutuhan untuk memberikan interpretasi yang koheren dengan sistem prinsip yang dapat dipertahankan berdasarkan keseluruhan struktur konstitusi dan interpretasi konstitusional sebelumnya. Hakim, tulis Dworkin, harus "memandang diri mereka sebagai mitra dengan pejabat lain, baik di masa lalu maupun di masa depan, yang Bersama-sama menyusun moralitas konstitusional yang koheren, dan mereka harus berhatihati agar kontribusi mereka sesuai dengan yang lain".

Hakim tidak dapat mengusulkan interpretasi konstitusi yang sesuai dengan keyakinan pribadi mereka, tidak peduli seberapa menariknya interpretasi tersebut. Untuk memutuskan

apakah suatu teori menawarkan pembenaran terbaik atas hukum yang ada, beberapa batasan ditetapkan oleh "dimensi kesesuaian", yang lain oleh "dimensi nilai", yang melibatkan argumen moral (atau politik). Menurut Dworkin, dalam penafsiran klausul seperti tentang perlindungan hukum yang setara, mustahil untuk menawarkan penafsiran yang independen dari beberapa teori politik tentang apa yang seharusnya dipahami sebagai kesetaraan.

Namun, dalam kasus ini juga, hakim tidak dapat menyelesaikan masalah moralitas ini dengan merujuk pada pilihan politik pribadinya atau pada pertanyaan kebijakan yang lebih umum. Yang membedakannya dari pembuat undang-undang adalah bahwa hakim harus menafsirkan dokumen dengan setia, sedangkan pembuat undang-undang dapat dan, bagi Dworkin, secara umum bertindak dengan cara yang akan mencapai hasil politik tertentu daripada yang berkaitan dengan konsistensi dengan prinsip-prinsip konstitusional.

Dibandingkan dengan visi formalistik tentang aturan hukum, teori Dworkin memiliki kelebihan karena tidak menghilangkan hubungan yang ada antara politik dan hukum pada tingkat penafsiran konstitusional. Pembenarannya atas kewenangan Mahkamah Agung dalam melakukan peninjauan kembali ke pengadilan mengusulkan bentuk dualisme baru: politik peradilan harus bergerak dalam ruang yang tidak terkontaminasi oleh politik parlementer, yang menurut Dworkin, biasanya menghalangi baik kemungkinan untuk memutus berdasarkan kepentingan umum, maupun kemampuan untuk menafsirkan prinsip-prinsip moralitas konstitusional dengan benar.

Mungkin perlu diingat, berbeda dengan konsepsi substantif Dworkin tentang supremasi hukum, bahwa selama rentang sejarah ketatanegaraan AS, Mahkamah Agung hampir tidak pernah berpegang pada prinsip integritas – yaitu pada penafsiran yang koheren dengan keseluruhan struktur konstitusional dan dengan penafsiran konstitusional sebelumnya. Dworkin sendiri, yang memilih nama Hercules sebagai hakim idealnya, tampaknya menyadari adanya jarak antara realitas dan teorinya. Yang benar-benar bermasalah adalah hubungan pertentangan yang digambarkan Dworkin antara konstitusionalisme hak dan demokrasi. Hak bertindak sebagai kekuatan yang secara permanen menentang demokrasi, tidak hanya dalam bentuknya sebagai demokrasi parlementer, tetapi juga dalam bentuk demokrasi konstituen, sehingga Dworkin sendiri melangkah lebih jauh dengan menegaskan bahwa tidak ada gunanya menggunakan proses revisi konstitusional untuk mendefinisikan hak-hak baru.

Bagi Dworkin, jalur amandemen konstitusional dapat diabaikan, mengingat bahwa hak-hak baru ("hak yang tidak disebutkan", tidak disediakan, yaitu oleh konstitusi atau Bill of Rights) dapat lebih mudah dikenali dan dipertahankan atas dasar interpretasi yudisial yang lebih baik dari klausul proses hukum dan perlindungan yang sama. Menurut Dworkin, dalam interpretasi klausulklausul ini, makna pembedaan antara hak yang disebutkan dan hak yang tidak disebutkan tidak ada. Di sini, kita berurusan dengan prinsip-prinsip umum moralitas politik, yang penerapannya tidak dapat bergantung pada makna kata-kata tetapi sebaliknya harus bergantung pada makna yang diputuskan oleh mayoritas hakim untuk dikaitkan dengan cita-cita konstitusional tentang kebebasan dan kewarganegaraan yang setara. Bagi Dworkin, hukum harus bertindak sebagai “sarana integrasi sosial”.

Akan tetapi, sulit baginya untuk memenuhi tugas ini jika seperti yang ditunjukkan Habermas hanya kemampuan profesional hakim, yang pemikirannya tetap tertutup seperti monolog di dalam pengadilan, yang diandalkan untuk rekonstruksi hukum yang rasional. Kekuasaan kehakiman yang mengklaim, berdasarkan independensi yang dianggapnya dari tekanan opini publik, secara otonom untuk membela hak-hak individu terhadap kemungkinan pelanggarannya oleh kekuatan politik, berisiko menciptakan pengekangan sosial yang oleh warga negara dianggap sewenang-wenang. Rasa kewajiban yang seharusnya menyertai kelahiran setiap hak baru tidak dapat menemukan akar di luar proses pengakuan yang diaktifkan oleh prosedur keputusan yang demokratis.68

Dalam konstitusionalisme liberal Dworkin, Pengadilanlah yang memiliki tugas musyawarah moral: itu adalah tempat di mana, melalui penerapan prinsip integritas, nilai-nilai moral yang diungkapkan oleh tradisi konstitusional direkonstruksi dalam visi yang koheren oleh hakim. Dengan cara ini, pertentangan digariskan antara peran deliberatif Pengadilan dan peran kehatihatiansekadar pendaftaran preferensi yang ada dari proses demokrasi. Atas dasar pertentangan ini, Gutmann dan Thompson melihat semacam "institusionalisme deduktif", yang bertumpu pada perbedaan sifat insentif yang ditawarkan kepada legislator dan hakim. Argumennya sederhana: karena mereka harus bertujuan pada konsensus elektoral, legislator cenderung membuat pilihan berdasarkan preferensi pemilih mereka sendiri; hakim, di sisi lain, agar profesionalismenya diakui, akan lebih berhatihati untuk mengemukakan keputusannya dalam hal prinsip.

Seperti yang telah ditunjukkan Gutmann dan Thompson, ini adalah argumen yang lemah. Dapat diamati, pada kenyataannya, bahwa legislator sering kali terdorong untuk membuat keputusan yang berprinsip justru karena mereka bertujuan pada konsensus yang luas, sementara hakim, karena kebutuhan untuk memfokuskan perhatiannya pada kasus tertentu, menanggung risiko mengucapkan putusan yang tidak memperhitungkan dampak sosialnya. Dari perspektif normatif, implikasi dari pertentangan antara kekuasaan legislatif dan kekuasaan yudikatif mengarah pada prospek situasi di mana politik parlemen direduksi menjadi sekadar sistem agregasi preferensi.

4.9 ACKERMAN: ATURAN HUKUM DAN KEKUASAAN KONSTITUEN

Visi konstitusi sebagai "aturan dari aturan" yang diajukan oleh interpretasi "orisinalis" Hakim Scalia menyisakan pertanyaan mendasar: mengapa generasi berikutnya harus merasa terikat oleh keinginan yang diungkapkan oleh "para pendiri konstitusi"? Dworkin menjawab masalah ini dalam kerangka teori moral: konstitusi adalah inti dari komitmen prinsip yang menjadi dasar pengembangan identitas komunitas politik yang bertindak sebagai pribadi yang bermoral.

Solusi Dworkin menarik karena kapasitasnya untuk mendamaikan stabilitas dan fleksibilitas, tetapi didasarkan pada pertentangan antara demokrasi dan konstitusionalisme: inti fundamental prinsip yang terkandung dalam konstitusi disingkirkan dari diskusi politik publik dan dijaga oleh elit hakimfilsuf. Ackerman menguraikan solusi untuk masalah kesenjangan temporal yang dibiarkan terbuka oleh orisinalisme, dengan menegaskan bahwa

konstitusi menetapkan aturan hukum yang mengikat legislator biasa, tetapi tidak dapat mengikat sumber legitimasinya sendiri yaitu kekuatan konstituen.

Setiap generasi, sebagaimana yang dinyatakan Jefferson, harus mampu menulis ulang prinsip-prinsip dasar aturan hukum jika tidak ingin menerima prinsip-prinsip dari generasi sebelumnya. Antara satu perubahan generasi dan yang lain, Pengadilan bertindak sebagai penjamin keinginan yang diungkapkan oleh rakyat konstituen. Oleh karena itu, kewajiban yang dimiliki rakyat terhadap konstitusi tidak berasal dari fakta bahwa konstitusi itu “ada”, atau dari fakta bahwa konstitusi itu “adil”: konstitusi berasal dari komitmen rakyat Amerika Serikat untuk pemerintahan sendiri.

Berlawanan dengan interpretasi umum Konstitusi AS sebagai contoh khas “konstitusisebagaipenjamin”, Ackerman mengusulkan pembacaan sejarah konstitusional AS yang menekankan bidangbidang di mana peran kedaulatan rakyat telah paling banyak ditonjolkan. Menurut Ackerman, konstitusi telah menyerahkan kekuasaan penentuan nasib sendiri kepada rakyat, yang menguraikan semacam demokrasi dualis. Demokrasi ini adalah demokrasi yang politiknya berjalan di sepanjang dua jalur: jalur pembuatan undang-undang tingkat tinggi, yang merupakan ciri khas politik konstitusional, dan jalur pembuatan undang-undang tingkat rendah, yang merupakan ciri khas politik biasa. Pada masa normal, keputusan diserahkan kepada pemerintah dan perwakilan terpilih, sementara warga negara tidak diminta lebih dari sekadar komitmen terbatas: untuk memilih dan membayar pajak.

Namun, pada saatsaat luar biasa, konstitusi mengizinkan rakyat untuk bertindak sebagai kekuatan konstituen. Demokrasi dualis Ackerman membedakan, dengan cara ini, antara dua tingkat rasionalitas politik yang berbeda: pilihan politik biasa dipercayakan kepada kompromi dan logika benturan kepentingan dalam demokrasi pluralis, sementara pilihan yang menentukan untuk mendefinisikan identitas politik bangsa membutuhkan kapasitas pemimpin politik untuk mengaktifkan kembali partisipasi dan memobilisasi konsensus.

Pemanfaatan rasionalitas yang diungkapkan oleh kedaulatan rakyat pada saatsaat politik konstitusional dan keraguan tentang kapasitas proses legislatif untuk mengekspresikan kepentingan bersama memiliki konsekuensi penting bagi peran yang diberikan Ackerman kepada Mahkamah Agung. Dalam periode administrasi politik normal, ketika kelompok kepentingan menang, Mahkamah Agung diminta untuk mengambil peran sebagai “penjaga” nilai-nilai konstitusi, untuk bertindak sebagai penafsir akal budi publik yang diungkapkan oleh rakyat konstituen.

Dengan teori dua jalurnya, Ackerman menyangkal keberadaan dalam sejarah ketatanegaraan AS ketegangan antara kekuasaan parlemen dan kekuasaan hakim untuk membatalkan, melalui peninjauan kembali undang-undang, keputusan yang diambil oleh wakil rakyat. Alexander Bickel telah mendefinisikan ketegangan ini sebagai "kesulitan kontramayoritas". Menurut Ackerman, kesalahan teori monis demokrasi (termasuk teori John Ely74), yang darinya gagasan tentang "kesulitan kontramayoritas" berasal, adalah dalam memahami kekuasaan legislatif sebagai representasi dari keinginan rakyat dan demokrasi sebagai sinonim untuk kedaulatan parlemen.

Tidak seperti dalam tradisi Inggris, dalam sistem demokrasi AS Ackerman berpendapat

bahwa "kehendak Rakyat" dan "kedaulatan parlementer" tidak bertepatan. Suara keinginan rakyat hanya terdengar pada saatsaat politik konstitusional. Karena alasan ini, menurut Ackerman, kontrol atas konstitusionalitas hukum, jauh dari tidak konsisten dengan prinsip mayoritas, menjalankan fungsi demokrasi yang sangat penting: ia memiliki tanggung jawab untuk mempertahankan hasil konstitusional dari momenmomen tertentu di mana rakyat, yang biasanya tidak hadir, hadir di panggung publik. Teori demokrasi dualis diajukan sebagai teori yang mampu menghormati kepekaan demokrasi kaum monis dan sekaligus menawarkan alternatif bagi teori-teori hak.

Bertentangan dengan kaum monis demokrasi, kaum fundamentalis hak takut akan penyalahgunaan undang-undang terhadap hak-hak individu dan membela kemungkinan untuk mencabut hak-hak dari perubahan-perubahan kontroversi politik, dengan mengandalkan pengadilan untuk pembelaannya. Teori demokrasi dualis memiliki kurangnya kepercayaan terhadap mayoritas sementara, tetapi tidak menganggap hak sebagai tuntutan yang, karena sifat intrinsiknya, mendahului dan membatasi kekuatan kehendak rakyat, yang diungkapkan dalam "jalur pembuatan hukum yang lebih tinggi."

Menurut Ackerman, rakyat konstituen mempertahankan kemungkinan untuk mereformasi atau menulis ulang hak-hak fundamental yang terkandung dalam Bill of Rights. Jika suatu hari nanti, Ackerman menduga, gelombang fanatisme agama yang telah melanda dunia Arab tiba di Barat dan memicu reaksi polemik di Amerika Serikat, yang berujung pada revisi Amandemen Pertama dan diperkenalkannya amandemen baru yang mengangkat agama Kristen menjadi agama Negara, seorang hakim Mahkamah Agung akan berkewajiban untuk mempertimbangkan amandemen tersebut sebagai bagian tak terpisahkan dari konstitusi.

Menurut pendapat Ackerman, masuk akalnya penafsiran ini didukung oleh tidak disebutkannya teks konstitusi: sementara Konstitusi Jerman secara eksplisit mengecualikan revisi konstitusional hak-hak fundamental, Konstitusi Amerika Serikat tidak menyebutkannya dalam hal ini dan itu karena, tidak seperti di Jerman, di Amerika Serikat penulisnya menyatakan bahwa “Rakyatlah yang menjadi sumber hak”. “Dalam pengertian ini, konstitusi dualis adalah yang pertama demokratis, yang kedua melindungi hak”.

Menyadari kesulitan mendasarkan tesis ini pada penafsiran tekstual konstitusi, Ackerman memahami bahwa penggunaan kekuatan konstituen rakyat sebagai “sumber implisit” dari sistem konstitusional. Baik Rekonstruksi, periode di mana, pada akhir Perang Saudara, Amandemen Ketigabelas, Keempatbelas, dan Kelimabelas diperkenalkan, maupun New Deal tidak mengimbau penerapan prosedur revisi konstitusional yang ditetapkan oleh Pasal V konstitusi secara teratur. Secara khusus, dengan masa jabatan Presiden Franklin Delano Roosevelt, Amerika Serikat melakukan prosedur revisi konstitusional modern, yang terdiri dari pengumuman "analog amandemen".

Melalui kekuatan yang diperolehnya dari konsensus rakyat dan dari dukungan mayoritas Demokrat di Kongres, untuk memberlakukan reformasi New Deal, Roosevelt membujuk Mahkamah Agung untuk mengubah putusan yang menjadi ciri "Era Lochner". Untuk tujuan itu, Presiden memanfaatkan praktik "pengangkatan transformatif". Pada dasarnya, "revolusi" konstitusional yang dipromosikan oleh Roosevelt tidak menghasilkan

amandemen konstitusional tertulis tetapi sebaliknya dicapai melalui praktik interpretatif baru oleh Pengadilan, yang difasilitasi oleh nominasi hakim baru yang lebih mendukung kebijakan Roosevelt.

Di atas semua itu, ketidakmungkinanan menuliskan transformasi yang diperkenalkan oleh prosedur revisi konstitusi modern inilah yang memberikan peran kepada Mahkamah Agung yang berisiko melampaui tugastugas teknobirokratis yang akan dikaitkan Ackerman kepadanya. Terserah kepada Mahkamah untuk menafsirkan kehendak rakyat konstituen yang diungkapkan melalui saluran politik konstitusional. Mahkamahlah yang harus memastikan bahwa telah terjadi salah satu momen luar biasa di mana rakyat atau para pemimpinnya telah menekan tombol yang memungkinkan peralihan dari jalur politik normal ke jalur politik konstitusional.

Sekali lagi, Mahkamahlah yang harus menentukan konten khusus yang diungkapkan oleh politik konstituen dan harus menghasilkan, akhirnya, sintesis yang membuat konten ini koheren dengan tradisi konstitusional sebelumnya. Secara teori, hanya rakyat konstituen yang dapat memutuskan hak mana yang mendasar untuk mendefinisikan identitas politiknya sendiri. Namun pada kenyataannya, tanpa revisi Pasal V, yang memperbolehkan keinginan warga negara (dan bukan keinginan negara bagian) untuk mengubah konstitusi, Mahkamah Agung selalu dapat mengubah dirinya menjadi sesuatu yang berbeda dari sekadar penjaga asas-asas supremasi hukum yang ditetapkan oleh rakyat konstituen. Terlebih lagi, seperti yang diamati Waldron:

Setelah rakyat mulai tidak setuju di antara mereka sendiri tentang cara menafsirkan tindakan masa lalu mereka sendiri dalam pembuatan hukum yang lebih tinggi, tidak jelas mengapa interpretasi tertentu dari warisan itu dapat mengalahkan yang lain hanya karena didukung oleh lima dari sembilan hakim. Dengan kata lain, tidak jelas mengapa jawaban Mahkamah Agung harus menang atas interpretasi alternatif yang ditawarkan oleh wakil rakyat yang dipilih secara demokratis.

4.10 KONSTITUSI: MELAMPAUI ATURAN HUKUM PERADILAN

Berlawanan dengan upaya untuk membangun kembali aturan hukum peradilan melalui teori interpretasi yang memastikan karakter netralnya, ada upaya oleh beberapa penulis ke arah konstitusionalisme demokratis, atau lebih tepatnya konstitusionalisme yang tidak menganggap Konstitusi dan demokrasi politik sebagai hal yang bertentangan. Aturan hukum dalam peradilan, menurut perspektif ini, merupakan salah satu nilai yang ingin dipromosikan oleh sistem ketatanegaraan, tetapi bukan Satu-satunya.

Jika, bagi Ackerman, konstitusi bersifat demokratis karena merupakan emanasi dari rakyat konstituen, penulis lain telah mencari hubungan antara demokrasi dan konstitusionalisme, yang menggarisbawahi bukan hanya asal usul populer konstitusi tetapi juga tujuannya untuk menciptakan pemerintahan yang demokratis. Dalam teori-teori ini, ada penekanan pada perlunya demokrasi konstitusional untuk memberi ruang bagi dialektika di antara kekuasaan dan keputusan yang demokratis.

Dari perspektif ini, Satu-satunya fungsi yang sah dari tinjauan yudisial terhadap

undang-undang adalah mendukung proses demokrasi. Dalam pengertian ini, pandangan Sunstein, yang menyerukan evaluasi ulang perspektif republik yang ada dalam Federalist, dapat dibaca. Sunstein mengusulkan interpretasi Madison yang tidak lagi hanya berfokus pada pertikaian antarfaksi yang dipandu oleh pencarian kepentingan pribadi yang egois: individu tidak hanya digerakkan oleh motif ekonomi, tetapi juga oleh hasrat politik murni yang terdiri dari keinginan untuk menegaskan pendapat sendiri. Filsafat politik Madison mengadaptasi unsur-unsur liberal dan republik dengan cara ini, merujuk kembali pada republikanisme yang dekat dengan tradisi Machiavellian. Ini adalah perspektif yang dibedakan Sunstein dari humanisme sipil dan pluralisme demokratis.

Menurut pendapat Sunstein, Madison bersikeras pada kemungkinan "politik yang berbudi luhur" tanpa, bagaimanapun, menyerah pada asumsi yang terlalu optimis tentang sifat manusia. Dalam konsepsi liberalrepublik ini, partisipasi bukan lagi kebaikan tertinggi, dan kebebasan juga tidak dapat didefinisikan secara prinsip sebagai pemerintahan sendiri. Menurut “Bapak Pendiri”, Sunstein menulis:

Kita dapat memahami Konstitusi sebagai seperangkat strategi prakomitmen yang kompleks, yang melaluinya warga negara menciptakan pengaturan kelembagaan untuk melindungi dari kepentingan politik pribadi, faksionalisme, kegagalan dalam representasi, miopia, dan masalah-masalah lain yang dapat diprediksi dalam pemerintahan yang demokratis.

Konstitusi menjalankan fungsi penjamin terhadap setiap bentuk pemerintahan yang sewenang-wenang terutama karena ia mengharuskan pemerintah untuk “memberikan alasan-alasan yang dapat dipahami oleh orang-orang yang berbeda yang beroperasi dari premispremis yang berbeda”. Oleh karena itu, konstitusi menjamin supremasi hukum dengan memastikan undang-undang yang dapat dianggap netral dan karenanya dapat memperoleh konsensus umum.

Proses politik yang biasa, berdasarkan kapasitasnya untuk menghasilkan keputusan yang berprinsip, memperoleh kembali posisi sentral dalam visi ini, yang memerlukan pertimbangan ulang atas peran Mahkamah Agung dalam rencana konstitusional. Dalam teori-teori "fundamentalis hak", tetapi juga sampai batas tertentu dalam pendekatanpendekatan seperti yang dilakukan Amar dan Ackerman, di mana lembaga peradilan bertindak sebagai pengganti sementara bagi keinginan rakyat konstituen selama periodeperiode politik yang normal, Mahkamah Agung menjalankan kekuasaan yang besar sebagai pengawas terhadap badan-badan legislatif.

Pendekatan Sunstein mengurangi kekuasaan diskresioner Mahkamah, membawanya kembali ke dalam rencana untuk keseimbangan kekuasaan yang berbeda yang dirancang oleh "BapakBapak Pendiri". Dari pilihan untuk konsepsi demokrasi yang bersifat musyawarah muncul pembatasan aktivisme Mahkamah Agung pada dua jenis kasus utama: ketika hak-hak yang dipertaruhkan sangat penting dalam berfungsinya proses demokrasi dan ketika ada bahaya bahwa kelompok-kelompok minoritas tertentu menerima atau tidak akan menerima perlakuan yang sama dalam proses politik.

Fungsi musyawarah yang diambil oleh Mahkamah Agung pada abad kedua puluh

melalui pelaksanaan kekuasaan peninjauan kembali yudisial dipandang dengan kecurigaan oleh Sunstein karena dua alasan. Yang pertama adalah bahwa putusan konstitusional beroperasi dengan menyingkirkan isu-isu kontroversial yang menjadi tanggapannya dari arena politik. Operasi ini, seperti yang ditekankan oleh Holmes,86 dapat memperkuat sistem politik, sejauh ia berhasil menetralkan pertikaian di antara faksifaksi yang tidak fleksibel: orang dapat berpikir, misalnya, tentang efek perdamaian karena telah menempatkan pertanyaan-pertanyaan keagamaan di luar medan pertikaian politik. Di sisi lain, masalah muncul dari sifat demokratis lembaga yang mengalihkan isu-isu yang dianggap sebagai sumber potensial perpecahan sosial di luar ranah publik. Sunstein berpendapat bahwa "di bawah sistem seperti itu, proses-proses demokratis hanya akan berjalan ketika taruhannya rendah, dan isu-isu terbesar akan diselesaikan di balik layar atau oleh kelompok-kelompok tertentu".88

Alasan kedua terkait dengan gagasan bahwa "di semua demokrasi konstitusional yang berfungsi dengan baik, forum nyata dari prinsip-prinsip tinggi adalah politik, bukan peradilan – dan prinsip-prinsip yang paling mendasar dikembangkan secara demokratis, bukan di ruang sidang". Menurut Sunstein, pluralisme masyarakat kontemporer tampaknya memperoleh jaminan yang lebih baik dari sistem konstitusional di mana isu-isu kontroversial tidak didelegasikan kepada sekelompok hakim terbatas yang beroperasi atas dasar teori-teori yang sangat abstrak, seperti untuk menghalangi daripada merangsang intervensi proses musyawarah demokratis.

Patut disebutkan contoh aborsi. Ketika pada tahun 1973 Mahkamah Agung memutuskan dengan Roe v. Wade untuk menjadikan aborsi sebagai hak konstitusional, hal itu menyingkirkan isu yang hangat dari ranah pertimbangan politik, tetapi dampak dari keputusan ini, menurut pendapat banyak orang, sama kontroversialnya di tingkat politik. Ada alasan untuk percaya bahwa putusan itu telah mempertajam, alihalih menetralkan, konflik antara kekuatan propilihan dan prokehidupan. Dalam kasus seperti ini, menurut pendapat Sunstein, Mahkamah Agung seharusnya bertindak untuk mendukung pembukaan kembali dialog di ranah politik alihalih menutup diskusi.

Tulisan Sunstein tentang Roe v. Wade menyoroti upayanya untuk memulihkan citra konstitusionalisme yang kompleks dan jelas, yang menghargai komponen strukturalnya. Pengadilan yang "minimalis", yang bertindak atas dasar "kesepakatan yang belum sepenuhnya diteorikan" yaitu mencari dasar di mana untuk setiap kasus tertentu dimungkinkan untuk mencapai kesepakatan umum, tanpa memperdebatkan secara mendalam prinsip-prinsip dasar yang dapat memotivasi pilihan tersebut akan menghormati pluralisme masyarakat kontemporer dan sejalan dengan kebutuhan untuk menjaga hubungan dialektis di antara berbagai kekuatan baik dalam pemisahan horizontal maupun vertikal. Dalam hipotesis terakhir ini, otonomi negara bagian akan dijamin dalam sistem federal yang dimaksudkan untuk memungkinkan berbagai solusi dan eksperimen politik.

Konsepsi konstitusionalisme yang sangat liberal, yang menekankan karakternya sebagai penjamin, cenderung mereduksinya menjadi seperangkat hak yang dapat dipertahankan dan diklaim setiap saat di gedung pengadilan. Dengan cara ini, ia meremehkan peran aktif warga negara dan fungsi penyaringan dari proses politik. Lebih jauh, hal itu berakhir dengan

menggerogoti sumbersumber dasar solidaritas dan konsensus sosial yang diperlukan untuk berfungsinya sistem demokrasi dengan benar dan efektif. Sebaliknya, dalam interpretasi republik Sunstein, konstitusionalisme jauh melampaui kepastian hukum dan perlindungan hak asasi manusia oleh pengadilan.9

Namun, ini tidak berarti bahwa hakikat fundamental hak ditinggalkan: hak-hak tersebut malah ditafsirkan sebagai prasyarat atau sebagai hasil dari proses politik yang benar. Konstitusionalisme republik liberal Sunstein, meskipun menjaga nilai supremasi hukum, tidak menganggapnya sebagai Satu-satunya atau kebajikan utama dari suatu sistem politik; sebaliknya, ia bertujuan pada dialog di antara kekuatankekuatan konstitusional yang berguna dalam membuat proses politik lebih efektif dan dalam meminimalkan patologinya.

Kesimpulan

Dworkin, Ackerman, dan Sunstein memiliki kelebihan penting: dengan cara yang berbeda, mereka telah mencoba memperhitungkan interpretasi republik atas aturan hukum yang menjiwai konstitusionalisme "Bapak Pendiri", atau lebih tepatnya dengan gagasan bahwa konstitusi, sejauh mengacu kembali pada hukum yang dapat diidentifikasi oleh warga negara, lebih berkaitan dengan pembangunan identitas komunitas politik daripada kepastian hukum. Namun, persinggungan antara hak-hak sipil dan hak-hak politik, yang berasal dari gagasan konstitusi sebagai emanasi kedaulatan rakyat, menghilang di balik cakrawala liberalisme republik Dworkin, di mana seperti yang telah kita liha bukan hanya proses politik biasa yang diremehkan tetapi bahkan penggunaan prosedur revisi konstitusi.

Teori demokrasi dualis Ackerman lebih memperhatikan risiko yang timbul dari tugas, yang dikaitkan dengan pengadilan, untuk merekonstruksi identitas konstitusional secara berkala, bahkan jika itu melalui perluasan perlindungan hak. Ackerman mengembalikan martabat penuh pada prinsip kedaulatan rakyat, tetapi ia tampaknya menganggapnya mampu menghasilkan rasionalitas dan konsensus hanya jika hal itu diungkapkan dalam bentuk kekuasaan konstituen.

Sangat mungkin bahwa, terutama dalam sistem ketatanegaraan yang berusia lebih dari 200 tahun, upaya revisi konstitusi yang lebih sering dapat menghindari kebutuhan untuk memperkenalkan inovasiinovasi signifikan di luar prosedur yang ditetapkan oleh sistem tersebut. Namun, perspektif republikpopulis Ackerman berakhir dengan merendahkan "politik normal", baik sebagai momen untuk menciptakan dan mereproduksi konsensus kelembagaan, atau sebagai instrumen untuk menjamin hak-hak dan menyelesaikan konflik sosial.

"Politik normal", karena akarnya yang dalam dalam kehidupan publik, memungkinkan para legislator untuk membuat evaluasi tentang dampak keputusan mereka sendiri terhadap kehidupan sehari-hari warga negara, sesuatu yang tidak mungkin dilakukan selama momen "politik konstitusional", ketika isu-isu publik ditangani dengan cara yang sangat abstrak.

Kapasitas yang sama untuk mengevaluasi dampak keputusan mereka, sebagian besar, juga ditolak oleh pengadilan, karena berbagai alasan: konsentrasi kegiatan peradilan pada kasus-kasus individual; pelatihan teknis para hakim; asalusul sosial mereka yang terbatas selain karakter mereka, yang tidak mewakili berbagai komponen masyarakat. Kesulitan pengadilan dalam meramalkan dan mengelola dampak sistemik dari keputusan mereka, serta

mengumpulkan informasi tentang isu-isu sosial yang relevan, seharusnya mendorong pertimbangan mendalam tentang menjadikan pembelaan hak sebagai tanggung jawab eksklusif pengadilan.

Dampak intervensi pengadilan dalam masalah tindakan afirmatif dan aborsi pada sistem politik Amerika Serikat dapat dianggap sebagai contoh konsekuensi kontradiktif dari politik peradilan. Konstitusionalisasi aborsi telah meradikalisasi konflik antara pendukung proaborsi dan antiaborsi, dan pada saat yang sama menciptakan situasi yang paradoks: perubahan dalam yurisprudensi Pengadilan mungkin juga melalui praktik sederhana "pengangkatan transformatif", yaitu pengangkatan hakim baru dapat membalikkan situasi saat ini dan mencabut hak perempuan untuk melakukan aborsi.

Pada titik itu, cara legislasi biasa akan dihalangi dan Satu-satunya jalan keluar yang terbuka bagi legislator adalah prosedur revisi konstitusional yang rumit. Dampak tindakan Pengadilan pada pertanyaan tentang hak-hak minoritas tidak kalah kontradiktifnya. Tindakan Pengadilan dalam kasus ini tampaknya telah berfungsi untuk menyembunyikan batasan langkah-langkah kesejahteraan yang diadopsi hingga saat ini di Amerika Serikat dan, terutama, untuk mengalihkan perhatian dari aspek sosial, ekonomi, dan budaya dari isu-isu etnis dan rasial.

Peradilan dapat menjadi pendukung penting bagi proses politik, tetapi pengadilan tidak boleh menggantikan diri mereka sendiri dengan diskusi kolektif dalam ranah publik. Dalam perdebatan politik, bukan hanya kesepakatan tentang tujuan kolektif yang dicapai, tetapi juga pilihan cara untuk mengejar tujuan yang disepakati, sebuah pilihan yang tidak kalah relevan dan tidak kalah menegangkan. Peran penjamin hak-hak individu dan minoritas yang diambil alih oleh Mahkamah Agung selama paruh kedua abad kedua puluh telah berkontribusi untuk mengarahkan kelompok-kelompok politik menuju penyelesaian yudisial atas konflik politik.

Alasan yang mendorong dan terus mendorong ke arah ini mudah dikenali, dengan mempertimbangkan fakta bahwa tindakan melalui lembaga peradilan mengurangi jumlah aktor yang terlibat dalam proses pengambilan keputusan dan secara umum lebih cepat dalam penyelesaian isu-isu kontroversial daripada prosedur legislatif. Isu-isu yang bersifat politis, yang rentan terhadap diskusi publik, cenderung diajukan dalam bentuk tuntutan yang harus dibuat secara eksklusif melalui lembaga peradilan, dengan efek yang sangat menyimpang: warga negara didorong untuk berpikir bahwa pengakuan hak-hak dapat dicapai secara independen dari jenis tindakan atau keputusan politik apa pun.

BAB 5
RECHTSSTAAT DAN EVOLUSI HAK INDIVIDU DI JERMAN

5.1 RECHTSSTAAT DAN ATURAN HUKUM

Kontroversi Yang Tak Berakhir

Lorenz von Stein, salah satu ahli teori Rechtsstaat terpenting di wilayah berbahasa Jerman, menulis pada tahun 1869 bahwa Rechtsstaat merupakan ciptaan khas Jerman. Von Stein melihat asal usul gagasan tersebut dalam karya Robert von Mohl, yang telah merekonstruksi sejarah konsep Rechtsstaat sejak Hugo Grotius dan seterusnya.

Apa sebenarnya yang dimaksud Stein? Apakah maksudnya bahwa hanya konsep Rechtsstaat yang khas Jerman, sementara, terlepas dari berbagai rumusan, tetap ada satu bentuk negara yang identik? Atau apakah maksudnya bahwa konsep tersebut merujuk pada sejarah konstitusional tertentu yang membuatnya mustahil untuk membandingkan bentuk negara Jerman yang khas dengan bentuk negara lainnya? Menurut saya, penafsiran kedua sesuai dengan maksud Stein. Sebagai tugas pertama saya, saya akan mencoba mendukung poin ini.

Pertanyaan ini juga telah dijawab oleh Neil MacCormick, yang, bagaimanapun, mencapai kesimpulan yang sangat berbeda dari yang akan dipertahankan di sini. MacCormick mengklaim, pada kenyataannya, bahwa perbandingan kasus Jerman dan Inggris menunjukkan bahwa Rechtsstaat dan rule of law, meskipun memiliki sejarah konstitusional yang berbeda, bertumpu pada prinsip-prinsip dasar yang sama. MacCormick secara khusus menyoroti hal-hal berikut: (1) asas legalitas, yang sama dalam konteks yang berbeda; (2) asas keabsahan umum dari peraturan hukum; (3) asas sifat hukum yang bersifat publik; dan (4) asas nonretroaktivitas. Prinsip-prinsip ini, selain dari sejarah konstitusional tertentu, membentuk tradisi konstitusional Barat yang sama.

Namun, ketika MacCormick membahas signifikansi prinsip-prinsip ini, ia mengidentifikasinya dengan nilai-nilai politik yang mendasari sistem hukum. Nilai-nilai ini, menurutnya, bervariasi menurut sejarah konstitusional yang berbeda. Jadi, bagi Inggris nilai-nilai tersebut berakar pada tradisi hukum umum, yang dielaborasi oleh pengadilan dan, yang meletakkan dasar-dasar aturan hukum. Di Jerman, di sisi lain, doktrin Rechtsstaat menghalangi kemungkinan keutamaan hukum atas negara. Memang, justru dalam hubungan antara hukum dan negar yang dalam kasus Jerman diselesaikan dengan keutamaan negara bahwa fitur paling signifikan dari doktrin Rechtsstaat Jerman muncul. Sebaliknya, doktrin Inggris tentang "pemerintahan hukum" paling jelas dibedakan dengan mendasarkan aturan hukum pada keunggulan hukum sebagaimana diproklamasikan oleh pengadilan keadilan.

Posisi yang mirip dengan MacCormick dipertahankan oleh Hasso Hofmann. Hofmann, meskipun ia mengakui bahwa istilah Rechtsstaat secara khusus berasal dari Jerman dan tidak sesuai dengan frasa bahasa Inggris "*rule of law*", mengklaim bahwa kedua istilah tersebut merupakan bagian dari keseluruhan perkembangan pemikiran liberal dan sistem politik di

Eropa dan Amerika Utara. Tonggak penting dalam keseluruhan perkembangan ini adalah karya Locke dan Montesquieu.

Prinsip utama yang memungkinkan untuk menyatakan universalitas Rechtsstaat, menurut Hofmann, adalah pemisahan kekuasaan, yang berasal dari asumsi regimen mixtum, dengan kata lain, dari prinsip dasar keseimbangan. Atas dasar pengamatan ini, Hofmann menganggap munculnya Rechtsstaat sebagai pencapaian dalam sejarah sebuah ide yang mungkin mengklaim validitas universal. Masalah Rechtsstaat, dengan demikian, termasuk dalam sejarah internal perkembangan konstitusional Barat.

Akibatnya, jika ada upaya untuk menegaskan relativisme konsep tersebut, rujukan tidak boleh dibuat pada berbagai sejarah konstitusional nasional dunia Barat, tetapi, menurut pandangan Hofmann, pada budaya lain. Secara khusus, Hofmann menekankan konsepsi hak asasi manusia yang berbeda dalam tradisi Barat dan budaya lain: cukuplah untuk menyebutkan kemunculan moralitas individu di Barat yang bertentangan dengan sentralitas etika objektif (objektive Sittlichkeit) dalam budaya lain (misalnya, dalam budaya Asia atau Afrika).

Poin terakhir Hofmann hampir tidak dapat disangkal, tetapi yang tampaknya bermasalah dalam penjelasannya adalah atribusinya terhadap kedua konsep tersebut pada pemikiran liberal yang sama. Jika kita ingin sepenuhnya memahami perbedaan antara kedua bentuk negara tersebut, yang perlu diselidiki, selain dari masalah prinsip, adalah sistem hubungan politik dan konstitusional yang berlaku di antara kekuatan yang terlibat. Franz Neumann menulis: “Hakikat Rechtsstaat terletak pada pemisahan struktur politik dari sistem hukum, yang dengan sendirinya harus menjamin, terlepas dari struktur politik, kebebasan dan keamanan. Pemisahan ini juga yang membedakan konsep Rechtsstaat Jerman dan doktrin Inggris, yang di dalamnya kedaulatan parlemen dan supremasi hukum saling terkait”.

Neumann melanjutkan argumennya bahwa kaum borjuis Inggris telah berhasil mengubah keinginannya menjadi hukum melalui Parlemen, sementara kaum borjuis Jerman telah menemukan hukum yang sudah ada dan berusaha untuk memfokuskan kembali dan menafsirkannya untuk mencapai kebebasan sebanyak mungkin berkenaan dengan negara yang kurang lebih absolut. Atas dasar ini, ia menyimpulkan: “Doktrin Jerman dapat disebut liberalkonstitusional, dan doktrin Inggris dapat disebut demokratiskonstitusional.”

Neumann kemudian mengakui adanya perbedaan antara kedua konsep tersebut, tetapi kesimpulannya agak bermasalah karena ia akhirnya mereduksi doktrin Jerman tentang Rechtsstaat hanya ke versi liberalnya, sehingga mengabaikan perspektif konservatif dan mengabaikan solusi konstitusional yang kompleks yang muncul setelah berdirinya Reich pada tahun 1871. Akhirnya, sebelum memulai penyelidikan terhadap model Jerman, kita perlu memeriksa satu aspek khusus dari model Inggris, jika kita ingin memperoleh pemahaman yang menyeluruh tentang perbedaan antara kedua perspektif konstitusional tersebut.

Albert Venn Dicey, dalam karya fundamentalnya Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885), mengemukakan tiga karakteristik dasar dari negara hukum: (1) supremasi hukum biasa; (2) status yang sama di hadapan hukum; dan (3) derivasi hak-hak konstitusional dari hak-hak individu yang diproklamasikan oleh pengadilan dan parlemen

Ciri ketiga ini tentu saja yang menghubungkan makna “negara hukum” dengan sejarah

konstitusional Inggris yang spesifik. Dicey berpendapat, pada kenyataannya, bahwa Konstitusi Inggris diresapi oleh aturan hukum "atas dasar bahwa prinsip-prinsip umum Konstitusi (misalnya hak atas kebebasan pribadi atau hak berkumpul di depan umum) bersama kita adalah hasil dari keputusan pengadilan yang menentukan hak-hak orang pribadi dalam kasus-kasus tertentu yang dibawa ke pengadilan". Ia melanjutkan dengan menyatakan: "Singkatnya, Konstitusi kita adalah Konstitusi yang dibuat oleh hakim dan secara kasat mata mengandung semua ciri, baik dan buruk, dari hukum yang dibuat oleh hakim".

Dicey menguraikan pertimbanganpertimbangan ini dengan membandingkan konstitusionalisme Inggris dengan situasi di benua Eropa. Sementara di sebagian besar negara Eropa dasar hak adalah Deklarasi Hak, di Inggris hak didasarkan pada hukum negara: hak merupakan generalisasi dari keputusan pengadilan yang dikonfirmasi oleh hukum parlemen, seperti Undang-undang Habeas Corpus. Jadi, sementara di benua Eropa Dicey khususnya mempertimbangkan konstitusi Prancis dan Belgia adalah mungkin untuk mengubah konstitusi dengan mengikuti prosedur khusus, di Inggris hak-hak menjadi bagian dari konstitusi, dalam arti bahwa hak-hak tersebut didasarkan pada hukum umum negara, dan "hampir tidak dapat dihancurkan tanpa revolusi menyeluruh dalam lembaga dan tata krama bangsa".

Singkatnya, Dicey menyoroti kekhasan kasus Inggris, yang ia temukan dalam jaminan konstitusional khusus atas hak-hak. Perbedaan ini juga berlaku untuk doktrin Rechtsstaat Jerman, yang dalam versi akhirnya, seperti yang akan kita lihat, tidak mengizinkan keutamaan hukum atas negara. Kasus Jerman juga dicirikan oleh evolusi khusus bentuk Rechtsstaat: dari perspektif liberal pada paruh pertama abad kesembilan belas hingga konsolidasi konsepsi yang secara substansial konservatif setelah berdirinya Reich pada tahun 1871.

5.2 GAGASAN RECHTSSTAAT DALAM KONSTITUSIONALISME AWAL DI JERMAN

Analisis transformasi doktrin hak Jerman selama abad kesembilan belas dapat membantu mengungkap kekhususan Rechtsstaat dan perbedaannya yang mendalam dari kasus Inggris. Jika di Inggris, hak – sebagaimana diklaim Dicey merupakan hasil keputusan pengadilan yang berkontribusi pada pembentukan "hukum negara", di Negara-negara Jerman, penafsiran hak bervariasi dari satu negara ke negara lain dan mengalami proses evolusi yang kompleks yang dicirikan, di satu sisi, oleh peralihan dari doktrin hukum alam ke doktrin hukum positif dan, di sisi lain, oleh penggantian perspektif liberal dengan pandangan yang pada dasarnya konservatif pada paruh kedua abad tersebut, yang pada gilirannya ditandai oleh keutamaan negara atas hukum. Investigasi terhadap transformasi ini akan memungkinkan untuk menyoroti elemen-elemen konstitutif doktrin Rechtsstaat Jerman. Secara umum, dapat dikatakan bahwa hingga tahun 1871, di wilayahwilayah Jerman, terdapat dominasi ideide liberal. Maka, mari kita mulai dengan mencoba mendefinisikan interpretasi liberal tentang Rechtsstaat ini, dengan memberikan perhatian khusus pada doktrindoktrin hak-hak fundamental. Konstitusi Jerman bagian selatan (Bavaria, 1818; Baden, 1818; Württemberg, 1819; HessenDarmstadt, 1820) mencerminkan proses positivisasi hak-hak fundamental.

Dalam piagampiagam ini, pada kenyataannya, tidak ada referensi baik kepada Urrechte (hak-hak asli) maupun kepada Menschenrechte (hak asasi manusia); tetapi hanya kepada

bürgerliche und politische Rechte (hak-hak sipil dan politik) atau kepada staatsbürgerliche Rechte (hak-hak warga negara). Dokumendokumen konstitusional tersebut memberikan ekspresi kepada konsepsi positif tentang hak-hak fundamental; Teori Rechtsstaat, di sisi lain, masih terbagi antara doktrin hukum alam dan doktrin hukum positif, dan ketegangan ini baru mereda pada paruh kedua abad tersebut.

Awal mula teori Rechtsstaat juga ditandai oleh pertentangan antara perspektif konservatif dan liberal. Konsepsi sebelumnya diungkapkan dalam karya Friedrich Julius Stahl, yang mendasarkan doktrin Rechtsstaatnya pada prinsip monarki. Dialah sumber definisi Rechtsstaat yang terkenal berikut ini: Rechtsstaat "harus menentukan dengan tepat dan pasti batas-batas dan batasanbatasan kegiatannya, serta ruang lingkup bebas warga negaranya, menurut modalitas hukum".

Ini adalah rumusan hukum Rechtsstaat, yang menyebar luas selama abad kesembilan belas dan juga diadopsi oleh para pengarang yang berorientasi liberal. Namun, memberikan definisi politik tentang batas-batas tindakan negara merupakan tanggung jawab raja, yang dianggap sebagai penafsir visi Kristen tentang dunia yang, dalam pandangan Stahl, merupakan dasar dari sistem hukum. Dalam konsepsi ini, hak hanyalah konsesi oleh penguasa, dan hanya sebagai konsesi itulah hak tersebut merupakan batasan terhadap kekuasaan pemerintah.

Doktrin liberal Rechtsstaat, di sisi lain, terbagi antara doktrin hukum alam dan hukum positif. Di sisi liberal, dasar hak yang berbeda hukum alam atau hukum positif mengungkapkan ketegangan antara doktrin, yang berusaha untuk mengakui hak-hak asasi manusia yang tidak dapat dicabut, di satu sisi, dan pertimbangan realitas konstitusional yang didominasi oleh prinsip monarki dan menentang prinsip-prinsip negara yang berbasis pada konstitusi di sisi lain.

Perspektif hukum kodrat sangat dipengaruhi oleh doktrin hukum Kant, khususnya dalam karya Carl von Rotteck. Konsepsi Rotteck, yang dibangun di atas landasan hukum kodrat, menggabungkan hak-hak asli individu dengan realitas negara dalam doktrin Rechtsstaat. Ia mengakui, pada kenyataannya, hak-hak yang dipikul setiap individu dalam negara "bukan sebagai warga negara, tetapi sebagai badan hukum" dan, yang dapat dipahami bahkan "tanpa negara". Ini adalah hak-hak yang tidak memiliki kekuatan hukum atas keputusan mayoritas.

Di antara hak-hak ini, Rotteck secara khusus memasukkan hak kepribadian atau kebebasan dan mencatat bahwa seorang individu, saat memasuki suatu negara, menjadi anggota bebas dari asosiasi bebas di mana ia dapat menegaskan dan melindungi hak-haknya. Singkatnya, mengikuti Kant, bagi Rotteck hak-hak yang tidak dapat dicabut adalah milik manusia itu sendiri, tetapi hanya dapat diwujudkan dalam persatuan negara. Rotteck, seperti Carl Welcker, mengembangkan perspektif hukum alam hingga penyusunan Rechtsstaat rasional abstrak, yang terpaksa ia sesuaikan dengan realitas monarki konstitusional yang ada.

Tidak seperti Rotteck, Mohl mengembangkan konsepsinya tentang Rechtsstaat dari perspektif hukum positif. Dalam analisisnya terhadap Konstitusi Württemberg tahun 1819, ia memperlakukan realitas negara sebagai suatu kondisi, yang memaksakan dirinya pada perilaku manusia. Selain itu, dalam studinya tentang hukum publik di Württemberg, ia tidak pernah berbicara tentang hak-hak asli tetapi hanya tentang hak-hak warga negara (Rechte der

Staatsbürger).

Analisis Mohl berfokus pada konstitusi tertulis dan hak-hak yang diberikannya kepada warga negara. Hanya Rechtsstaat yang berbeda dari negara patrimoni, despotisme, dan teokrasi yang memiliki warga negara. Warga negara ini diberi hak milik yang sah (rechtliche Eigenschaft), yang dengannya mereka menikmati hak-hak yang tepat yang ditetapkan dalam Konstitusi (Württemberg, dalam Bab III): persamaan di hadapan hukum, perlindungan kebebasan pribadi, kebebasan berpikir, kebebasan hati nurani, perlindungan hak milik di hadapan negara, kebebasan bergerak, dan kebebasan berusaha. Akan tetapi, tidak disebutkannya hak-hak lain, seperti hak berkumpul, tidak mengecualikan mereka. Bahkan, dalam karya selanjutnya, Mohl menguraikan prinsip-prinsip umum Rechtsstaat dan memperluas hak-hak yang diberikan kepada warga negara, termasuk khususnya hak aktif dan pasif untuk berpartisipasi dalam proses politik, kebebasan beragama, dan kebebasan untuk membentuk asosiasi.

Identifikasi prinsip-prinsip umum Rechtsstaat berasal, dalam karya Mohl, dari penggambaran yang tepat tentang tujuan bentuk negara ini: pertamatama, pelestarian sistem hukum di seluruh negara; Kedua, dukungan terhadap tujuan-tujuan rasional individu, dalam kasus-kasus di mana sumber daya mereka tidak memadai, tetapi juga intervensi atas nama masing-masing anggota negara dalam "pelaksanaan dan penggunaan kekuatannya sebebas mungkin". Identifikasi tujuan-tujuan negara menyebabkan Mohl mengatasi pendekatan hukum kodrat dan menafsirkan sistem hukum positif tertentu yaitu sistem Württemberg menurut cita-cita konstitusionalnya.

Masalah-masalah yang kami tunjukkan dalam analisis teori politik juga muncul dalam doktrin hukum publik Jerman pada paruh pertama abad kesembilan belas. Doktrin hukum publik juga mengungkapkan berbagai dasar hak. Perspektif hukum kodrat mendasari karya Johann Christoph Freiherr von Aretin, sedangkan penulis lain, seperti Friedrich Schmittener, sementara mengaitkan karakter hukum kodrat dengan hak, menyatakan bahwa hak-hak ini, sebagaimana adanya, hanya mengungkapkan kekuatan etis; agar menjadi hak, hak-hak tersebut harus diakui oleh sistem hukum negara melalui undang-undang dan di bawah perlindungan peradilan.

Jaminan hak-hak merupakan kriteria hakiki Rechtsstaat. Heinrich Zoepfl menulis bahwa yang dimaksud dengan Rechtsstaat adalah “gagasan tentang negara yang di dalamnya kebebasan individu dijamin sepenuhnya”. Aretin menyatakan bahwa Rechtsstaat adalah negara konstitusional “di mana seseorang memerintah sesuai dengan kehendak rasional umum dan seseorang semata-mata bertujuan untuk kebaikan bersama. Yang kami maksud dengan kebaikan bersama adalah kebebasan dan keamanan seluasluasnya bagi semua anggota masyarakat sipil”.

Menurut Aretin, monarki konstitusionallah yang paling baik mewujudkan bentuk negara ini, karena ia memecahkan masalah besar tentang bagaimana menyelaraskan “kekuasaan yang diperlukan untuk memerintah dengan kebebasan warga negara yang seluasluasnya”. Namun, siapa yang menentukan kemungkinan ruang untuk kebebasan? Jawaban atas pertanyaan ini memungkinkan untuk menguraikan arsitektur bentuk negara,

yang secara progresif mendefinisikan gagasan Rechtsstaat.

Zoepfl berpendapat bahwa rakyat dapat mengklaim Volksrechte (hak-hak rakyat) mereka dari penguasa. Kekuasaan legislatif memungkinkan untuk menjamin hak-hak rakyat dengan menempatkannya sebagai batasan alamiah (natürliche Grenze) terhadap kekuasaan negara. Rakyat, pada kenyataannya, memiliki hak atas produksi hukum yang otonom, yang di dalamnya ia mengekspresikan kesadaran etisnya (sittliches Bewusstsein) dengan berpartisipasi dalam legislasi melalui proses representasi rakyat. Dengan demikian, doktrin Jerman tentang Rechtsstaat secara bertahap meletakkan dasar-dasar hak dalam legislasi melalui representasi. Dalam hubungan ini Dieter Grimm menulis: "Representasi rakyat adalah sarana yang dengannya konstitusionalisme awal menetapkan hubungan antara hak-hak fundamental dan legislatif".

Akhirnya, doktrin hukum publik menimbulkan masalah yang krusial bagi Rechtsstaat tentang hubungan antara hukum undang-undang dan konstitusi. Zoepfl menyatakan bahwa konstitusi menyatakan "konsep asas-asas hukum yang berlaku dalam suatu negara dari sudut pandang bentuk kedaulatan (*Beherrschungsform*) dan pemerintahan, yaitu dari sudut pandang organisasi kekuasaan negara dan hak-hak rakyat serta hubungan timbal baliknya". Aretin menegaskan bahwa konstitusi adalah "hukum dari segala hukum" (das Gesetz aller Gesetze), yang ajaranajarannya mengikat baik badan legislatif maupun majelis perwakilan. Secara khusus, Aretin menunjukkan bahwa konstitusi tertentu, seperti konstitusi Württemberg, menyatakan batal demi hukum semua hukum yang bertentangan dengan konstitusi.

Konstitusi sebagai dasar Rechtsstaat juga diakui dalam karya salah satu eksponen terpenting liberalisme Jerman, Carl von Rotteck. "Hakikat konstitusi", tulisnya, "terdiri dari perwakilan nasional (NationalRepräsentation), yang harus mengungkapkan kepentingan dan hak-hak rakyat terhadap pemerintah". Hanya representasi ini yang memadai untuk tugas "mewujudkan gagasan tentang kehendak umum yang sejati dan mengubah keadaan yang memaksa (GewaltStaat) menjadi Rechtsstaat".

Namun, keunggulan konstitusi atas hukum perundang-undangan yang merupakan salah satu prinsip penting dari doktrin liberal Rechtsstaat dan yang dapat menjadi dasar bagi kesesuaian antara Rechtsstaat dan demokrasi tidak berlaku dalam realitas sejarah ketatanegaraan Jerman, dan bahkan landasan konstitusional hak-hak fundamental ditinggalkan demi landasan legislatif hak-hak semata-mata dalam perwujudan Rechtsstaat, yang mengukuhkan dirinya sendiri pada paruh kedua abad kesembilan belas.

Posisi liberalisme diberi suara politik dalam perdebatan konstitusional Paulskirche dan mengalami krisis dengan kegagalannya. Rechtsstaat dipahami sebagai negara hak-hak fundamental yang menganggap kebebasan sebagai nilai tertinggi. Semua perdebatan Paulskirche menggemakan garis ini; Majelis nasional ingin menjadikan hak-hak dasar sebagai dasar persatuan Jerman. Oleh karena itu, delegasi Georg Beseler, seorang eksponen liberal sayap kanantengah, yang bersama dengan Friedrich Christoph Dahlmann, kepala Komisi Konstitusi, menyatakan bahwa hak-hak dasar harus dijamin secara konstitusional dan bahwa, atas dasar ini, negara polisi dapat ditinggalkan dan melahirkan Rechtsstaat.

Pada bulan Juni 1848, Komisi Konstitusi menyusun kerangka Deklarasi Hak-hak Fundamental Rakyat Jerman, yang menegaskan asas persamaan di hadapan hukum dan menolak hak istimewa kelas, sehingga menghilangkan sisasisa feodalisme. Pada tanggal 27 Desember tahun yang sama, Deklarasi Hak-hak Fundamental diproklamasikan. Dalam mengomentari hukum pengantar, Theodor Mommsen menyatakan bahwa Deklarasi, "Magna Carta bangsa Jerman, jaminan kebebasan untuk semua generasi mendatang, benar-benar mengandung apa yang dijanjikannya: hak-hak fundamental rakyat Jerman".

Namun, Deklarasi Hak-hak tersebut ditolak oleh Prusia, yang telah memiliki konstitusinya sendiri, yang diratifikasi pada bulan Desember 1848, sementara Bavaria dan Hannover menolak untuk menerbitkannya. Akhirnya, Hak-hak Fundamental dinyatakan tidak berlaku oleh Deklarasi Federal tanggal 23 Agustus 1851. Itulah akhir dari pengalaman konstitusional Paulskirche.

5.3 KRISIS DOKTRIN LIBERAL RECHTSSTAAT

Kegagalan Paulskirche mencegah terbentuknya konsepsi liberal Rechtsstaat, yang menyatakan superioritas konstitusi di antara sumber hukum dan karakter hak asasi manusia pranegara (meskipun doktrin tersebut tidak kekurangan, seperti yang telah kita lihat, pembacaan hukum positif dalam penafsiran hak asasi manusia). Prinsip-prinsip ini ditegaskan dalam doktrin tersebut tetapi tidak diterapkan dalam sejarah ketatanegaraan Jerman pada abad kesembilan belas. Berakhirnya Paulskirche menandai dimulainya krisis perspektif liberal dan kaum liberal akhirnya menerima kompromi dengan prinsip monarki yang menjamin hak-hak individu dalam masyarakat sipil.

Posisi ini terungkap dalam karya Johann Kaspar Bluntschli, yang berpendapat bahwa kebebasan alami manusia adalah kebebasan hukum (rechtliche Freiheit), yang dibatasi oleh hukum, dan akibatnya masalah politik terletak pada pencarian "hubungan yang tepat antara kebebasan dan sistem hukum". Kebebasan hukum berarti dua hal: Volksfreiheit (kebebasan rakyat), yang diwujudkan dalam negara, dan kebebasan individu, yang didasarkan "pada kehidupan jiwa individu" (in dem Individualleben der Seele) yang berada dalam realitas yang tidak dituntut atau tidak dapat didominasi oleh negara.

Hubungan antara hukum publik dan dua makna kebebasan menentukan bentuk negara yang berbeda. Bluntschli menerima keutamaan monarki konstitusional, yang tidak mengizinkan "kebebasan rakyat" menjadi "kekuasaan rakyat" (seperti dalam demokrasi), dan tidak mengizinkan kebebasan individu menyimpang ke dalam anarki. Sebaliknya, dalam monarki konstitusional, "kebebasan rakyat", yaitu kebebasan politik, merupakan lembaga negara, sementara kebebasan individu merupakan bagian dari hukum privat dan menjamin ruang lingkup hukum individu.

Dengan cara ini, syaratsyarat kompromi ditetapkan dengan jelas: di satu sisi, monarki konstitusional diterima; di sisi lain, negara berkewajiban untuk "menghormati dan menjamin kebebasan individu dengan cara yang sama seperti semua hukum privat".

Joseph Held juga membedakan antara hak sipil dan hak politik. Hak pertama di antaranya hak atas properti dan kebebasan pribadi tidak diberikan kepada individu oleh negara

tetapi menjadi milik masing-masing orang. Hak politik, di sisi lain, berasal dari negara dan hanya dapat diberikan oleh negara; dalam pengertian ini, hak-hak tersebut bukan hak secara tegas, melainkan kewajiban yang dimiliki rakyat terhadap negara. Pemahaman ini juga berlaku untuk pekerjaan di kantor publik, partisipasi dalam pemilihan politik, dll.

Posisi liberal, kemudian, cenderung menjamin, dari sudut pandang hukum positif, keamanan hak-hak individu dan otonomi masyarakat sipil, tetapi harus menerima kompromi dengan monarki konstitusional. Setelah tahun 1848, rumusan paling sistematis dari kompromi dengan monarki konstitusional, yang diterima oleh doktrin liberal, muncul dalam karya Otto von Bähr tentang Rechtsstaat.

Langkah pertama dan mendasar menuju pembentukan Rechtsstaat, menurut Bähr, adalah penerbitan hukum dasar (Grundgesetz) atau konstitusi. Tujuan konstitusi, tulisnya, adalah "definisi hak dan kewajiban yang dengannya negara, yang diwakili oleh organorgannya, menampilkan dirinya di hadapan individu dan perumusan aturan-aturan yang mengatur tindakan-tindakan sistem hukum dalam organisme negara". Bähr terus memberikan ekspresi formal pada keunggulan prinsip-prinsip yang ditetapkan secara konstitusional, yang menentukan aktivitas organorgan negara dan keseluruhan hubungan antara negara dan warga negara, tetapi di pusat konstruksinya, seperti yang akan segera jelas, terletak bentuk kekuasaan legislatif.

Bähr menggunakan dasar konstitusi untuk menguraikan struktur Rechtsstaat: pertamatama, perundang-undangan. Undang-undang menetapkan aturan-aturan tetap dalam mengubah hubungan sosial. “Perundang-undangan harus mengambil kebaikan paling suci bangsa, yaitu hukum”. Dan sebagaimana hukum menjadi matang dalam hati nurani bangsa, maka perundang-undangan tidak dapat menjadi produk dari satu individu, melainkan harus menjadi hasil kesepakatan antara rakyat dan penguasa.

Namun, Bähr memperingatkan, hukum dan perundang-undangan dapat menemukan makna sejati dan kekuatan sejati (Macht) hanya jika “mereka menemukan otoritas peradilan yang dirancang untuk mewujudkannya”. Oleh karena itu, Bähr menguraikan doktrinnya tentang Rechtsstaat berdasarkan prinsip representasi dan perlunya pemisahan kekuasaan.

Namun konstruksi sistematisnya melangkah lebih jauh. Ia menunjukkan, pada kenyataannya, bahwa, selain perundang-undangan dan otoritas peradilan, ada juga kekuasaan eksekutif, yang mengekspresikan “kehidupan organisme negara”. Kekuasaan peradilan dan kekuasaan eksekutif keduanya tunduk pada hukum, tetapi dengan cara yang berbeda. Hakim mewakili sistem hukum dan keputusannya adalah hukum objektif, sedangkan kekuasaan eksekutif campur tangan bukan dari sudut pandang sistem hukum objektif, melainkan atas dasar kepentingan subjektif yang diwakilinya pada setiap kesempatan.

Oleh karena itu, peradilan dan administrasi harus menjadi fungsi yang terpisah dan perlindungan sistem hukum yang dilakukan oleh badan peradilan harus diutamakan. Oleh karena itu, administrasi harus tunduk pada kekuasaan peradilan; ini, tulis Bähr, “merupakan syarat hakiki Rechtsstaat”. Pembahasan logis Bähr terhadap masalah ini membawanya untuk mengidentifikasi asas-asas keadilan administratif. Ini tidak diragukan lagi merupakan salah satu perkembangan terpenting dalam doktrin liberal Rechtsstaat yang muncul dari asas legalitas

dan dari kebutuhan untuk mensubordinasikan administrasi kepada otoritas peradilan hukum publik guna melindungi hak-hak warga negara di hadapan otoritas administratif negara.

Bagi Lorenz von Stein, Bähr memiliki kelebihan karena mengakui sentralitas representasi rakyat dalam proses legislatif dan telah mendukung independensi peradilan dari kedaulatan. Di sisi lain, dalam telaah yang lebih baru terhadap karya Bähr, Michael Stolleis berpendapat bahwa dengan membatasi konsep Rechtsstaat pada perlindungan hak-hak dalam sengketa administratif, Bähr memformalkan doktrin tersebut64 dan menjadikannya nonpolitis. Menurut Stolleis, inilah yang menjadi ciri khas varian khusus Jerman dari negara hukum. Mengingat berbagai pertimbangan yang telah kita buat sejauh ini khususnya mengenai krisis doktrin liberal Rechtsstaat kita tentu saja terdorong untuk menerima interpretasi Stolleis.

Berdirinya Kekaisaran Kedua pada tahun 1871 melahirkan hubungan konstitusional baru dan superioritas prinsip monarki yang diakui menjadi dasar dari konsepsi yang sepenuhnya memutarbalikkan doktrin Rechtsstaat.

5.4 RECHTSSTAAT DAN HAK-HAK PUBLIK SUBYEKTIF

Dimulai dari Carl Friedrich von Gerber, berlanjut melalui Paul Laband hingga Georg Jellinek, konsepsi Rechtsstaat mengalami transformasi mendalam yang menandai kekalahan definitif sudut pandang liberal. Karya Gerber mengantisipasi orientasi yang dikonsolidasikan dengan berdirinya Kekaisaran Kedua. Dalam esainya yang terkenal dari tahun 1852, Gerber mengakui bahwa negara tidak menyerap seluruh kehidupan sosial manusia, karena sebagian besar kehidupan ini tetap berada di luar orbit negara. Oleh karena itu, ada "hak-hak rakyat", yang merupakan batasan bagi kekuasaan negara, tetapi ini bukanlah hak yang sebenarnya, yaitu hak-hak subjektif: hak-hak ini, tulisnya, "tetap hanya berupa negasi, yang membatasi kekuasaan negara dalam batas-batas kewenangannya; hak-hak ini harus dianggap hanya sebagai batasan hak-hak raja dari sudut pandang rakyat".

Dalam karya selanjutnya, perspektif ini dibuat sistematis. Gerber menyatakan secara eksplisit, dalam kaitannya dengan hak-hak individu, bahwa hak-hak tersebut sama sekali tidak dapat dianggap sebagai "hak dalam pengertian subjektif, melainkan sebagai proposisi hukum, yaitu ajaran hukum objektif". Isu-isu yang dipertaruhkan adalah kebebasan hati nurani, kebebasan untuk menyatakan keyakinan ilmiah, kebebasan pers, kebebasan pendidikan dan pilihan pekerjaan, kebebasan untuk menghadap hakim alami, kebebasan berkumpul dan berasosiasi, kebebasan untuk mengungsi, dan kebebasan individu.

Kebebasan individu dalam tradisi liberal, yang, dari Locke hingga Kant, telah diakui sebagai milik manusia berdasarkan kemanusiaan mereka yang sama, kini dipahami sebagai refleksi belaka dari ajaran objektif, yaitu sebagai ekspresi hukum umum. Dengan cara ini, keseimbangan antara sistem hukum dan kebebasan pribadi yang telah menjadi andalan doktrin liberal menjadi terbalik. Hanya kedaulatan negara yang berlaku, dan Rechtsstaat diubah menjadi Staatsrecht (hukum negara). Dalam kaitan ini Gerber menyatakan dengan cukup jelas: “kekuatan kehendak negara, kekuasaan negara, adalah hukum negara. Karena itu, hukum publik adalah doktrin kekuasaan negara”.

Setelah berdirinya Kekaisaran, Laband mengambil doktrin Gerber, tetapi

merumuskannya sebagaimana adanya dengan premispremis yang hanya diantisipasi Gerber.69 Dalam kata-katanya: “hak atas kebebasan atau hak-hak fundamental adalah ajaran bagi kekuasaan negara, yang diberikan oleh negara itu sendiri. Hak-hak ini merupakan batasan bagi kompetensi pejabat dan menjamin kebebasan alami individu untuk berperilaku dalam bidangbidang tertentu, tetapi hak-hak ini bukan merupakan hak subjektif warga negara. Hak-hak ini bukanlah hak, karena tidak memiliki objek”.

Jellinek bertugas merumuskan doktrin Rechtsstaat di era Wilhelm II. Meskipun ia secara substansial berbagi pendekatan hukum positif dengan para pendahulunya, ia membedakan dirinya dari doktrin hak-hak Gerber dan Laband. Jellinek memperkenalkan perbedaan antara (1) status passivus, (2) status negativus, (3) status positivus, dan (4) status activus, yang pada akhir abad kesembilan belas merupakan formulasi paling sistematis dari doktrin Rechtsstaat dan hak-hak individu.

Status passivus (atau status subjectionis) merujuk pada situasi individu yang hanya memiliki tugas – seperti kewajiban untuk melaksanakan dinas militer dan tidak memiliki hak. Status negativus (atau status libertatis) adalah kondisi seorang pria yang memiliki hak atas kebebasan. Namun, hak-hak ini tidak dipahami dari perspektif hukum alam; melainkan, sudut pandangnya adalah sudut pandang historisisme. “Meskipun beberapa orang ingin membuatnya tampak seolah-olah merupakan produk dari teori umum tentang manusia dan negara”, tulisnya, “namun, dalam bentuk legislatifnya yang spesifik, hak-hak tersebut (hak-hak fundamental) hanya dapat dijelaskan secara historis”.

Ini berarti, pada saat yang sama, bahwa konstitusi tidak mengakui hak apa pun yang sudah ada sebelumnya bagi negara dan bahwa ketentuan konstitusional hanyalah ketentuan yang ditujukan kepada pembuat undang-undang. Memang benar bahwa Jellinek mengakui bahwa ketentuan perundang-undangan tertentu, seperti yang mengakui kebebasan beragama, dapat memiliki keabsahan langsung, tetapi secara umum ketentuan konstitusional mensyaratkan, agar sah, tindakan aktual pembuat undang-undang.

Dalam pengertian ini, Jellinek menyimpulkan, fakta bahwa undang-undang yang ditetapkan sesuai dengan ketentuan konstitusional yang menguntungkan kepentingan individu merupakan akibat dari hukum objektif, bukan pemenuhan klaim hukum subjektif apa pun.

Dari perspektif hukum positif Jellinek, hukumlah yang memberikan dasar bagi hak atas kebebasan. Memang, ia menulis bahwa "setiap kebebasan tidak lain adalah pengecualian dari kendala ilegal". Meskipun demikian, Jellinek membedakan posisinya dari Gerber yang, perlu diingat, telah memutuskan hak atas kebebasan menjadi hukum objektif. Posisi ini, menurut Jellinek, hanya dapat dipertahankan pada masa sebelum dibentuknya pengadilan administratif; pembentukan badan-badan ini, bagaimanapun, telah memungkinkan untuk mengenali dan melindungi “kepentingan individu yang tersembunyi dalam rumus-rumus hak-hak dasar”.

Status positivus (atau status civitatis) mengacu pada negara yang menganugerahkan hak-hak publik subjektif kepada individu, yaitu kapasitas hukum yang tepat: kapasitas untuk “mengaktifkan aturan-aturan dalam sistem hukum” (Normen der Rechtsordnung in Bewegung zu setzen) sehingga memacu intervensi otoritas untuk membatalkan tindakan administratif

yang ilegal".

Terakhir, status activus (atau status activae civitatis) terdiri dari pemberian hak-hak politik kepada warga negara. Penjelasan sistematis tentang Rechtsstaat di era Wilhelm II pada paruh kedua abad kesembilan belas ini didasarkan pada beberapa prinsip yang tepat:

(1) Negara memiliki kepribadian hukumnya sendiri. Kepribadian berarti, bagi Jellinek, kapasitas untuk memiliki hak. Negara memiliki keinginannya sendiri yang dengannya ia mengekspresikan keinginan suatu komunitas. Konsepsi tentang negara sebagai "personalitas hukum" merupakan pandangan yang sama bagi Jellinek dan Laband.76 Pandangan ini menyiratkan superioritas negara atas sistem hukum. Jellinek menyatakan, pada kenyataannya: "Ternyata negara merupakan entitas yang bertujuan yang dibentuk oleh individuindividu manusia yang memiliki kemauannya sendiri; ternyata pula bahwa sistem hukum, berdasarkan kondisi de facto yang disebutkan di atas, yang ada secara independen, mampu mengatur pembentukan kemauan negara. Dengan cara ini, negara, dengan menciptakan sistem hukumnya sendiri, menetapkan dirinya sebagai subjek hukum".

(2) Negara memberikan kepada individu sebuah kepribadian hukum dan, pada saat yang sama, kapasitas untuk menuntut perlindungan hukum dari negara. Jellinek menunjukkan bahwa orang yang memberikan perlindungan hukum dan orang yang berkewajiban untuk memberikannya adalah sama, yaitu negara. Maka dapat disimpulkan bahwa negara dapat memenuhi kewajibannya hanya dengan "membatasi aktivitasnya sehubungan dengan rakyatnya".

(3) Hak-hak yang diberikan oleh negara adalah hak-hak individu hak-hak publik subjektif yang mewakili "perluasan kebebasan alamiah" dan sama sekali tidak dapat dipahami, seperti dalam doktrin Gerber, sebagai sekadar "hak yang tercermin" dari hukum objektif.

Poinpoin ini memungkinkan kita untuk menegaskan bahwa konsepsi Jellinek mengungkapkan dengan cara yang paling sistematis doktrin Jerman tentang Rechtsstaat pada paruh kedua abad kesembilan belas, sebuah doktrin yang berpusat pada kedaulatan negara, pada landasan legislatif dan bukan konstitusional hak, dan pada kriteria keadilan administratif. Prinsip-prinsip tertentu dari tradisi liberal status hak pranegara, keutamaan konstitusi – telah hilang sama sekali.

5.5 RECHTSSTAAT DAN DEMOKRASI

Kesesuaian Atau Pertentangan Yang Tak Dapat Diatasi?

Pertimbangan di atas telah menunjukkan karakter kontroversial dari doktrin Rechtsstaat Jerman. Perhatian telah diarahkan pada sudut pandang liberal, interpretasi konservatif (*Stahl*), dan solusi yang ditemukan melalui kompromi antara liberalisme dan konservatisme. Pendekatan terakhir inilah yang akhirnya berlaku, sebagian besar karena karya sistematis Jellinek.

Keragaman posisi doktrinal yang besar membantu menjelaskan kesulitan saat ini dalam menyajikan interpretasi yang memadai, terutama tentang hubungan antara Rechtsstaat dan

demokrasi. Dapatkah kedua doktrin tersebut selaras, dan, jika demikian, konsepsi Rechtsstaat apa yang dapat hidup berdampingan dengan demokrasi? Banyaknya jawaban menunjukkan betapa sulitnya masalah ini, yang muncul dari evolusi demokrasi saat ini dan dari kurangnya kejelasan tentang berbagai interpretasi Rechtsstaat pada abad ke-19.

Werner Kägi menerima kemungkinan koeksistensi kedua doktrin tersebut dalam bentuk negara demokrasi konstitusional, karena prinsip-prinsip yang mendasari keduanya berorientasi pada tujuan yang sama. Agar hal ini memungkinkan, bagi Kägi, demokrasi tidak boleh dipahami dalam istilah Rousseau sebagai "demokrasi totaliter"; sebaliknya, prinsip mayoritas harus beroperasi dalam batas-batas hukum.

Rakyat tidak boleh menempatkan dirinya di atas konstitusi dan hukum, tetapi harus mengakui hak-hak yang ada sebelum dan di atas negara; atas dasar inilah Rechtsstaat yang demokratis dapat dibangun. Namun, posisi ini hanya mengungkapkan sudut pandang doktrinal. Secara khusus, ia hanya memperhitungkan interpretasi liberal, yang membangun Rechtsstaat di atas fondasi hak-hak pranegara, dan hanya mempertimbangkan demokrasi dalam versi yang diberikan oleh Rousseau. Yang dibutuhkan adalah pemeriksaan realitas konstitusional yang sebenarnya di wilayah Jerman.

Dalam sejarah ketatanegaraan Jerman abad ke-19, liberalisme mencapai kompromi dengan monarki konstitusional, yang atas dasar itu DPR dan Majelis Tinggi, di satu pihak, dan monarki, di pihak lain, keduanya berkontribusi pada pelaksanaan fungsi legislatif. Aturan perundang-undangan mengesampingkan kemungkinan pemisahan antara politik dan hukum dalam bidang legislasi. Dalam konteks konstitusional ini, yang didominasi oleh hukum positif, legalitas administrasi dan "reservasi menurut undang-undang" merupakan asas-asas Rechtsstaat yang secara khusus dirancang untuk melindungi individu dari kemungkinan tindakan sewenang-wenang oleh administrasi.

Setelah Perang Dunia Pertama, kekuasaan parlemen yang tidak terbatas menimbulkan ketakutan bahwa mayoritas dapat melanggar konstitusi. Selama Republik Weimar, Staatsgerichtshof (Mahkamah Konstitusi Reich) telah diminta, berdasarkan pasal 19 Konstitusi, untuk memeriksa masalah konstitusionalitas yang mungkin timbul di dalam suatu Negara atau antara Negara, atau antara Reich dan Negara. Terlebih lagi, ada pengadilan lain yang terlibat dalam memeriksa pertanyaan-pertanyaan tentang konstitusionalitas, seperti Reichsgericht (Mahkamah Banding Agung).

Baru setelah Perang Dunia Kedua, Jerman melembagakan richterliches Prüfungsrecht (pemeriksaan yudisial) terpusat atas konstitusionalitas, yang dipercayakan secara eksklusif kepada Bundesverfassungsgericht (Mahkamah Konstitusi Federal). Titik balik inilah yang menandai keutamaan Konstitusi atas pembuat undang-undang yang menetapkan kontras yang tak teratasi antara demokrasi konstitusional saat ini dan Rechtsstaat Jerman, dan membuat demokrasi sesuai dengan interpretasi liberal tertentu tentang Rechtsstaat.

Demokrasi yang didirikan di Jerman pascaperang mengangkat Mahkamah Konstitusi Federal menjadi “penjaga Konstitusi” dan menjadikannya sebagai badan konstitusional dalam proses pembentukan kemauan politik. Pembentukan sistem peradilan konstitusional menghilangkan semua kemungkinan ketegangan antara legalitas dan legitimasi, dan

memastikan kebetulan penuh keduanya.

Perlu ditegaskan bahwa konsepsi konstitusi juga telah mengalami transformasi dalam demokrasi konstitusional Jerman berkenaan dengan Rechtsstaat: Konstitusi tidak lagi sekadar mewakili pembatasan kekuasaan negara berkenaan dengan kebebasan warga negara; tetapi juga merupakan "positivisasi hukum atas nilai-nilai fundamental kehidupan masyarakat". Kita berhadapan dengan nilai-nilai atau asas-asas keadilan, yang mendalilkan "validitas untuk semua bidang hukum"; realisasinya, yaitu penciptaan premispremis sosial yang dapat membuat kebebasan setiap individu efektif, merupakan syarat mutlak kebebasan individu. Di atas semua itu, penanggulangan formalisme inilah yang membuat Rechtsstaat tidak sesuai dengan realitas demokrasi konstitusional kontemporer.

Konstitusionalisasi hak-hak fundamental dan keutamaan konstitusi atas hukum perundang-undangan, dengan demikian, membuat jurang antara Rechtsstaat dan demokrasi konstitusional tidak dapat dijembatani, atau lebih tepatnya memaksakan pendefinisian ulang isi doktrin Rechtsstaat. Maka Grimm memperkenalkan konsep Rechtsstaat material yang bertentangan dengan Rechtsstaat formal. Menurutnya, hanya Rechtsstaat material yang dapat hidup berdampingan dengan demokrasi. Rechtsstaat material terdiri dari asumsi legalitas ganda: legalitas keputusan demokratis konstituen, yang menetapkan prinsip-prinsip sistem konstitusional dan legalitas kekuasaan legislatif. Keputusan pertama didasarkan pada konsensus yang lebih luas daripada yang dapat dicapai oleh pembuat undang-undang dengan keputusan mayoritas. Perbedaan antara kedua tingkat keputusan tersebut hanya dapat diselesaikan oleh Mahkamah Konstitusi.

Kesalahan mereka yang, di sisi lain, mengklaim formalisasi baru Rechtsstaat dan, menurut pendapat Grimm, kembalinya pendekatan hukum positif sebagai konsekuensinya adalah menegaskan kebebasan pembuat undang-undang yang tidak terbatas. Sebaliknya, Grimm berpendapat, legalitas bertingkat dua (*zweistufige Legalität*) "tidak lain adalah sinonim dari konstitusi".

Pada periode pascaperang, Konrad Hesse, sebelum Grimm, juga telah membedakan antara unsur formal dan material dari Rechtsstaat. Ia mengamati bahwa Rechtsstaat mengatur keutamaan hukum, tetapi ia menambahkan bahwa dalam Hukum Dasar Jerman tahun 1949 keutamaan hukum diidentikkan dengan keutamaan Konstitusi dan bahwa "ini secara substansial memisahkan prinsip Rechtsstaat saat ini dari konsepsi sebelumnya".

Pembatasan konstitusional atas kekuasaan negara sesuai dengan konsepsi Rechtsstaat formal, tetapi Konstitusi mengikat lembaga-lembaga negara tidak hanya secara formal tetapi juga secara material, dengan menetapkan ikatanikatan isi hukum yang tepat. Singkatnya: Rechtsstaat, di satu sisi, membentuk realitas negara melalui konstitusi dan perundang-undangan dan, di sisi lain, mewajibkan semua kekuasaan negara untuk menjalankan isi hukum. Secara khusus, Hesse mencatat, isinya adalah tentang kesetaraan dan martabat pribadi. Penggabungan unsur-unsur formal dan material ini merupakan dasar dari "Rechtsstaat sosial". Akhirnya, Hesse mengakui bahwa Rechtsstaat material sesuai dengan demokrasi, karena menurutnya asas-asas yang pertama juga merupakan asas-asas sistem demokrasi.

Rechtsstaat dan demokrasi didukung oleh dua bentuk legalitas yang berbeda, yang

pertama pada tataran kelembagaan dan yang kedua pada tataran politik. Demokrasi, pada kenyataannya, harus mewujudkan asas-asas yang ditetapkan Rechtsstaat sebagai ajaran konstitusional melalui proses politik partisipatif. Maka, tampak jelas bahwa penggunaan kembali konsep Rechtsstaat di era demokrasi hanya dapat terjadi atas dasar transformasi konsep yang mendalam. Gagasan tersebut harus dipahami sebagai Rechtsstaat konstitusional (bukan legislatif) dan material (bukan formal): sebuah transformasi, yang membuatnya sama sekali berbeda dari Rechtsstaat abad ke19.

BAB 6
ÉTAT DE DROIT DAN KEDAULATAN NASIONAL DI PRANCIS

Dalam doktrin hukum publik Prancis kontemporer, gagasan État de droit memiliki dua makna luas:

1. Negara bertindak secara eksklusif dengan cara hukum, yaitu beroperasi melalui hukum. Karena berdaulat, negara mendirikan dan membatasi sistem hukum nasional, yaitu semua aturan yang didiktekannya untuk dirinya sendiri dan aturan yang berasal darinya. Sebagai sumber hukum, negara berwenang untuk menentukan kompetensinya sendiri.
2. Negara tunduk pada hukum: tujuan yang dikejar adalah untuk membingkai dan membatasi negara melalui hukum. Kekuasaan politik dibingkai oleh hukum, melalui jaminan berikut: pemisahan kekuasaan, yang secara khusus menyiratkan independensi peradilan dari lembaga politik; proklamasi hak dan kebebasan; dan peninjauan kembali undang-undang dan tindakan administratif.

Kedua makna ini, yang lebih saling melengkapi daripada saling bertentangan, secara tradisional dikaitkan dengan État de droit, sebuah konsep yang diuraikan oleh para ahli hukum dan dirancang untuk digunakan oleh mereka. Istilah Prancis tersebut tidak lain adalah terjemahan harfiah dari kata Rechtsstaat, yang menerima pembahasan teoretis pertamanya dalam karya-karya para ahli hukum Jerman Robert von Mohl dan Friedrich Julius Stahl, sebelum Rechtsstaat menjadi doktrin hukum yang umum di luar Rhine pada paruh kedua abad kesembilan belas (Carl Friedrich von Gerber, Rudolf von Jhering, Paul Laband, Georg Jellinek), yang pada gilirannya memiliki pengaruh yang menentukan pada para sarjana hukum publik di Republik Ketiga.

Gagasan tentang negara yang dibatasi oleh hukum bukanlah hal yang tidak dikenal sebelum abad kesembilan belas. Benihbenihnya telah ditabur di rezim kuno. Tetapi sementara pada masa modern para ahli hukum memanfaatkan teori supremasi hukum untuk membatasi kekuasaan negara dan, khususnya, untuk membatasi kemahakuasaan parlemen yang berasal dari teori kedaulatan nasional, para ahli hukum sebelum tahun 1789 terutama berkepentingan untuk meletakkan landasan hukum bagi kemahakuasaan raja, hak-hak raja, dalam menghadapi perlawanan yang dihadapi Raja dalam pelaksanaan kekuasaannya yang biasa.

Sejak abad keenam belas, otoritas kerajaan dianggap absolut. Namun, istilah "absolut" dipahami bukan sebagai sinonim dari kediktatoran atau tirani, melainkan dalam arti independen, "orang bebas", bebas dari batasan apa pun. Jika monarki independen dari batasan manusia apa pun, pemerintahan absolut raja, bagaimanapun, tidak dianggap sebagai pemerintahan yang sewenang-wenang. Penulis monarki Louis de Bonald, mengikuti Bossuet, menulis pada awal abad kesembilan belas:

Kekuasaan absolut adalah kekuasaan yang independen dari orang-orang yang kepadanya kekuasaan itu dijalankan; kekuasaan sewenang-wenang adalah kekuasaan yang

independen dari hukum yang menjadi dasar pelaksanaannya.

Tidak diragukan lagi, monarki absolut didasarkan pada gagasan kedaulatan yang ketat dan lengkap, yang prinsip-prinsipnya merupakan fondasi negara. Hampir tidak perlu untuk mengingat karya para ahli hukum Prancis yang, dari Bodin hingga Jacob Nicolas Moreau, menyajikan kedaulatan monarki sebagai monopoli kekuasaan koersif, yang secara eksklusif berada di tangan penguasa, dan yang, sebagai konsekuensinya, mengesampingkan pemisahan kekuasaan atau kompromi di antara kekuasaan tersebut. Cardin Le Bret, penasihat Richelieu, mengungkapkan gagasan ini dalam sebuah rumus yang sebenarnya merupakan aksioma: "Raja adalah Satu-satunya penguasa di Kerajaannya, dan kedaulatan tidak dapat dibagi seperti titik dalam geometri."

Meskipun demikian, keinginan doktrinal untuk mengutuk segala bentuk penyeimbangan kekuasaan, segala perlawanan terhadap kekuasaan raja yang luar biasa, tidak berarti bahwa kekuasaan raja tidak terbatas. Monarki Prancis, menggunakan kata-kata Bodin, adalah "monarki kerajaan atau yang sah", yaitu monarki di mana "subjek mematuhi hukum Raja dan Raja mematuhi hukum alam, dan subjek memiliki kebebasan alami dan kepemilikan properti". Namun, hak-hak alamiah ini, karena sifatnya yang abstrak, tampaknya tidak mudah dipertahankan jika dilanggar oleh raja, kecuali jika ada permohonan yang diajukan untuk mengajukan hak hipotetis untuk menolak.

Dalam masyarakat yang didominasi oleh kehidupan korporat yang intens, hak-hak individu harus tunduk pada nalar negara. Kebebasan individu, yang dipahami sebagai hak untuk pergi ke mana pun yang disukai atau bertindak sesuai keinginan, sama sekali tidak dijamin. Raja dapat membatasi atau menekan kebebasan ini dengan surat kuasa sederhana. Kebebasan hati nurani, kebebasan berbicara, dan hak milik pribadi juga hanya dijamin secara hukum bagi rakyat yang "tubuh dan hartanya" adalah milik Raja.

Meskipun hak-hak individu tidak dilindungi dari kekuasaan penguasa oleh karena itu, orang hanya dapat percaya pada moderasi seorang raja yang tindakannya ditujukan untuk kebaikan bersama memang benar bahwa monarki Prancis diberi status hukum, jika tidak benar-benar konstitusi, meskipun istilah tersebut tidak memiliki makna yang diberikan oleh para ahli hukum kontemporer. “Konstitusi monarki” bukanlah dokumen tertulis, dengan uraian aturan yang sistematis tentang pemerintahan negara, tetapi lebih merupakan mosaik ketentuan adat, yang terpenting adalah hukum dasar kerajaan tentang penyerahan kekuasaan kerajaan dan hak milik kerajaan yang tidak dapat dicabut.

Jadi, ada hukum suksesi (prinsip keturunan dan anak sulung, prinsip maskulinitas, prinsip iman Katolik), hukum hak milik mahkota yang tidak dapat dicabut, dan hukum hak milik mahkota yang tidak dapat dicabut, dan raja harus menghormati semua hukum ini. Selain itu, kekuasaan raja menghadapi batasan hukum dalam hukum adat, yang sangat penting dalam kaitannya dengan hukum perdata, dan juga dalam undang-undang khusus provinsi.

Kekuasaan monarki juga harus berhadapan dengan badan-badan pembuat keputusan tertentu, seperti Majelis Umum, yang, bagaimanapun, belum pernah bersidang sejak 1614, dan Negara-negara provinsi, yang terus berkumpul secara teratur di Brittany, Languedoc, Artois, Flanders, dan Béarn. Raja juga harus berhadapan dengan aktivisme pengadilan

kedaulatan dan khususnya dengan parlemen Paris, yang, pada masa Fronde dan kemudian pada masa pemerintahan Louis XV, menuntut hak untuk terlibat dalam penyusunan undang-undang.8 Meskipun ada batasanbatasan ini, raja tetap menjadi Satu-satunya pemegang kedaulatan, dan dialah yang membuat keputusan akhir.

Revolusi tidak mengubah ketentuan masalah secara substansial. Tentu saja, ada pemutusan dengan masa lalu, karena pemegang kedaulatan bukan lagi raja, tetapi bangsa. Namun, perubahan kedaulatan tidak mengubah hakikat kedaulatan, yang tetap tidak terbatas. Lebih jauh, di satu sisi penemuan, selama Pemerintahan Teror, bahwa rakyat juga bisa menindas dan, di sisi lain, ketidakpedulian kronis terhadap demokrasi langsung menyebabkan banyak penulis membedakan antara bangsa dan rakyat dan meninggikan model perwakilan. Konstruksi teori kedaulatan nasional, yang sudah berlangsung di Sieyès tetapi diselesaikan oleh para doktriner (RoyerCollard, Guizot),9 mengaitkan kekuasaan yang bersifat kuasikerajaan dengan badan perwakilan yang memiliki fungsi untuk membuat hukum, yaitu ekspresi tertinggi dari keinginan umum.

Sifat hukum undang-undang yang tak terbantahkan, yang tetap dominan dalam literatur hukum Prancis sepanjang abad kesembilan belas dan sebagian besar abad kedua puluh, sudah ada dalam Deklarasi Hak Asasi Manusia dan Warga Negara tahun 1789, tepat pada saat kaum revolusioner berniat membangun sistem hukum hierarkis di mana Deklarasi tersebut memiliki nilai yang lebih tinggi daripada konstitusi, yang pada gilirannya, harus berdiri di atas hukum undang-undang.

Mistisisme hukum ala Rousseau dapat ditemukan dalam banyak pasal Deklarasi yang secara sistematis merujuk pada tindakan legislatif untuk menentukan syaratsyarat pelaksanaan hak-hak yang diproklamasikan dan batasanbatasannya. Hal ini ditemukan lagi dalam pernyataan hak-hak individu yang menjadi tajuk piagam tahun 1814 dan 1830, suatu keadaan yang menyebabkan ahli hukum Hello menulis pada tahun 1848: “Hukum menepati janji Piagam, yaitu, ia berfungsi untuk menjamin hak-hak kita”.

Kekaisaran Kedua, seperti Republik Ketiga, menggunakan hukum perundang-undangan ketika menegaskan kebebasan fundamental, seperti kebebasan berkumpul, kebebasan untuk berorganisasi dalam serikat pekerja, dan kebebasan berserikat. Sifat tertinggi dari undang-undang, yang disahkan oleh parlemen yang bertindak atas nama bangsa, semakin ditekankan oleh tidak adanya kekuatan penyeimbang yang nyata.

Peradilan menempati posisi bawahan. Kenangan negatif yang ditinggalkan oleh parlemen yudisial rezim lama tidak mendorong kekuasaan eksekutif untuk memberikan kekuasaan yang luas kepada para hakim. Para hakim, yang secara berkala disingkirkan dengan setiap perubahan dalam pemerintahan, tidak menikmati independensi maupun kekuasaan yang diperlukan untuk membatasi tindakan negara. Maka, tidak mengherankan bahwa model peninjauan kembali undang-undang oleh pengadilan Amerika kurang mendapat perhatian, meskipun ada upaya dari Laboulaye.

Akibatnya, perlindungan hukum atas hak-hak individu dari penyalahgunaan legislator, karakteristik penting dari aturan hukum seperti yang kita pahami saat ini, sama sekali tidak terjamin. Bukannya para ahli teori hukum publik abad kesembilan belas secara naif percaya

bahwa undang-undang, seperti raja, tidak dapat beroperasi dengan buruk. Seorang liberal seperti Benjamin Constant tahu betul bahwa hukum dapat bersifat menindas.

Menjauhkan diri dari konsep Rousseau tentang kedaulatan tak terbatas dan utilitarianisme Bentham, yang menyangkal keberadaan hak-hak alamiah yang tidak dapat diubah dan tidak dapat diganggu gugat, Constant berpendapat bahwa hukum yang berlaku surut atau hukum yang mengatur tindakan yang bertentangan dengan kebenaran moral tidak boleh diterapkan. Namun penolakan untuk menerapkan hukum yang menindas ini disuarakan, pada kenyataannya, melalui pelaksanaan hak individu untuk "melawan penindasan", hak yang murni ilusi dalam istilah praktis, kecuali jika seseorang merenungkan revolusi. Mengenai hal lainnya, Constant, dalam pembelaannya terhadap kedaulatan negara yang terbatas, mengandalkan kontrol yang dilakukan warga negara atas perwakilan mereka.

Isu hukum yang menindas, meskipun diangkat oleh beberapa perwakilan terkemuka dari pemikiran liberal selain Constant, kita harus menyebutkan khususnya Edouard Laboulaye tidak menjadi pusat perdebatan hingga akhir abad kesembilan belas. Jika kekuasaan negara dianggap berbahaya, ini terutama menunjukkan adanya masalah dengan eksekutif. Maka, dapat dipahami bahwa beberapa penulis membela “pemerintahan campuran” dan rezim parlementer, sebuah negara di mana eksekutif yang bertanggung jawab ditempatkan di bawah kendali ketat para deputi.

Para sarjana hukum publik Republik Ketiga menggarisbawahi kelemahan negara Prancis, yang didominasi oleh teori kedaulatan nasional dan legislasi sebagai ekspresi kehendak umum. Teori ini merusak perlindungan kebebasan individu. Ahli hukum Alsatian Raymond Carré de Malberg, dalam karyanya Contribution á la théorie générale de l’État, yang diterbitkan pada tahun 1920, memberikan gambaran yang tepat tentang apa yang disebutnya sebagai “negara hukum” yang bertentangan dengan État de droit yang sejati. Bersama dengannya, para ahli hukum terkemuka lainnya, yang bekerja dalam tiga dekade pertama abad tersebut, menguraikan konsep État de droit, yang dimaksudkan tidak hanya menjadi “senjata melawan sistem negara hukum”tetapi juga lahan yang subur untuk refleksi yang matang tentang hakikat hukum negara dan hubungannya dengan hukum.

Pada bagian berikut, kita akan mengkaji kontribusi yang menentukan dari doktrin – yang pada dasarnya adalah hukum publik dari Republik Ketiga terhadap konstruksi konsep État de droit, tetapi kita tidak akan gagal untuk menyelidiki perdebatan doktrinal yang lebih baru tentang État de droit. Bahkan 100 tahun setelah penemuannya di Prancis, konsep État de droit terus memicu kontroversi dan, terkadang, polemik. Sementara beberapa pihak berpendapat bahwa konsep tersebut sedang dicapai sepenuhnya, pihak lain percaya bahwa konsep tersebut perlahan menghilang. Barangkali konsep tersebut hanyalah sebuah cakrawala, sebuah tujuan yang menurut definisinya mustahil dicapai.

6.1 DOKTRIN REPUBLIK KETIGA

Pembentukan Konsep État De Droit

Penataan konsep État de droit oleh para ahli hukum Republik Ketiga tentu saja menanggapi keinginan langsung untuk memerangi sistem negara hukum, yang dicirikan oleh

kesetiaan pada kedaulatan undang-undang. Akan tetapi, penataan ini juga mengarah pada refleksi tentang hubungan antara negara dan hukum.

État de droit versus État légal

Dalam Contribution à la théorie générale de l'État, Carré de Malberg mengidentifikasi dua perbedaan utama antara État de droit dan État légal yang keduanya masih berlaku di Prancis pada masa Republik Ketiga. Perbedaan pertama terletak pada fakta bahwa, sementara État de droit semata-mata berfungsi untuk kepentingan warga negara dan melindungi hak-hak mereka, sistem État légal dikaitkan dengan konsepsi politik yang menyatakan bahwa otoritas administratif, dalam semua kasus dan dalam semua hal, harus tunduk kepada badan legislatif, dalam arti bahwa ia hanya dapat bertindak dalam pelaksanaan, atau berdasarkan konsesi, suatu undang-undang.

Menurut konsepsi tentang organisasi kekuasaan yang mendasar ini, administrasi selalu berkewajiban untuk mencari legitimasi dan sumber utama kegiatannya dalam teks legislatif. Perbedaan kedua terletak pada fakta bahwa État de droit memiliki jangkauan yang lebih luas daripada État légal. Yang terakhir cenderung hanya menjamin supremasi kehendak badan legislatif dan tidak memiliki implikasi di luar subordinasi administrasi terhadap hukum. État de droit, di sisi lain, sebagai perlindungan hak-hak warga negara, tidak terbatas pada penundukan otoritas administratif terhadap peraturan administratif dan hukum, tetapi juga bertujuan untuk menundukkan undang-undang pada aturan konstitusional.16

Kritik doktrinal terhadap État légal terutama merupakan kritik terhadap kekuasaan parlemen yang tidak terbatas di Republik Ketiga. Teori kedaulatan nasional dimaksudkan untuk membatasi kekuasaan pemerintah dan mencegah mereka yang berkuasa percaya bahwa mereka adalah Satu-satunya pemegang otoritas. Namun, perkembangan sistem parlementer, yang cenderung melemahkan eksekutif, dan perluasan hak untuk memilih selama abad kesembilan belas telah menimbulkan kebingungan antara pemegang dan pelaksana kedaulatan; Dengan kata lain, telah muncul identifikasi antara bangsa dan wakilwakilnya. Sebagai konsekuensinya, kedaulatan nasional telah menjadi kedaulatan majelis-majelis. Dan majelis-majelis, yang didukung oleh legitimasi rakyatnya, dapat meloloskan undang-undang apa pun yang mereka inginkan.

Maka, dapat dipahami bahwa sebagian besar doktrin Prancis, dengan pengecualian signifikan dari Carré de Malberg, menentang teori Jerman tentang pembatasan diri negara, yang dikembangkan khususnya oleh Jellinek, yang menurutnya kekuasaan negara tidak dibatasi oleh otoritas eksternal tetapi oleh negara itu sendiri, yaitu oleh hukum yang hanya dapat dibuat oleh negara. Karena parlemen adalah sumber utama hukum pada saat itu, mewajibkan negara untuk menghormati hukum yang telah dibuatnya sendiri tidak berarti pembatasan apa pun terhadap kemahakuasaan parlemen. Léon Duguit meringkas pandangan yang berlaku ketika ia menulis bahwa "batasan yang dapat dibuat, dimodifikasi, atau dihapuskan atas kebijaksanaan mereka yang kepadanya batas itu diterapkan bukanlah batasan sama sekali".

Teori État de droit sebagaimana yang dikembangkan sejak awal abad kedua puluh menyajikan sejumlah elemen yang memberikan peran utama pada mekanisme hukum dan

mengesampingkan jaminan politik seperti mandat imperatif dan referendum, yang keduanya diwarnai dengan karakter plebisit. Yang terpenting, struktur norma hierarkis ditegaskan yang tidak hanya menetapkan subordinasi tindakan administratif terhadap hukum perundang-undangan, tetapi juga menundukkan legislasi pada konstitusi atau bahkan pada deklarasi hak-hak yang memiliki nilai suprakonstitusional. Karena hukum ketatanegaraan tahun 1875 tidak didahului oleh deklarasi hak-hak, pertanyaan tentang status hukum Deklarasi 1789 pasti menyebabkan perpecahan doktrinal. Perdebatan tentang masalah ini melibatkan dua pihak. Ada pihakpihak, seperti Adhémar Esmein dan Carré Malberg, yang menolak status hukum apa pun pada Deklarasi 1789. Bagi para penganut positivis hukum ini, Deklarasi tersebut tidak lain hanyalah seperangkat prinsip abstrak yang menunggu untuk ditetapkan oleh teks-teks konstitusional dan legislatif di masa mendatang dan tanpa sanksi hukum apa pun.

Terpisah dari teks konstitusional, deklarasi tersebut tidak lain hanyalah deklarasi prinsip-prinsip, pernyataan kebenaran filosofis yang tidak dapat dianggap sebagai ketentuan hukum dengan kemanjuran aturan hukum positif. Esmein membedakan "deklarasi" (yang secara umum mengakui hak-hak individu sebagai "di atas dan di hadapan hukum positif") dari perlindungan hak-hak melalui hukum positif dan wajib yang sejati. Lebih tepatnya, Esmein membandingkan deklarasi dengan ketentuan-ketentuan yang ditetapkan dalam teks konstitusional, yang secara efektif menjamin hak individu ini atau itu bagi warga negara.

Dengan meneliti berbagai konstitusi Prancis yang dimulai pada tahun 1791, penulis Eléments de droit constitutionnel menunjukkan tanpa kesulitan bahwa sebagian besar dokumen ini, dari konstitusi tahun 1791 hingga tahun 1870, secara eksplisit memberikan ketentuan jaminan hak. Hal yang sama dapat dikatakan tentang Konstitusi Amerika dan, di Eropa, hampir semua konstitusi tertulis.

Penulis seperti Duguit dan Maurice Hauriou, di sisi lain, mempertahankan status hukum Deklarasi 1789 dan supremasinya berkenaan dengan legislasi dan konstitusi. Dari perspektif hukum alam yang jelas ini, Deklarasi hanya mengakui hak-hak individu yang sudah ada sebelumnya dan, dengan memproklamasikannya, memberikan status suprakonstitusional kepada hak-hak tersebut. Duguit menulis:

> *Sistem deklarasi hak cenderung mendefinisikan batasan yang dikenakan pada tindakan negara dan, untuk tujuan itu, merumuskan prinsip-prinsip tertentu yang lebih tinggi yang harus dihormati oleh pembuat undang-undang konstitusional dan pembuat undang-undang biasa. Prinsip-prinsip yang lebih tinggi ini sama sekali tidak diciptakan oleh deklarasi; deklarasi tersebut dengan khidmat memastikannya dan mengumumkannya. Dalam sistem tahun 1789, terdapat tiga kategori hukum yang disusun dalam urutan hierarkis: deklarasi hak, hukum konstitusional, dan hukum biasa. Pembuat undang-undang konstitusional tunduk pada deklarasi dan pembuat undang-undang biasa tunduk pada pembuat undang-undang konstitusional. Terlebih lagi, pembuat undang-undang biasa terikat oleh deklarasi hak.*

Duguit menambahkan, menantang pandangan Esmein, bahwa Deklarasi Hak mempertahankan, baik di Republik Ketiga maupun pada tahun 1789, status hukum positif, yang bahkan mengikat kekuasaan konstituen. Klaim ini, bagaimanapun, tampaknya lebih merupakan manifestasi dari sebuah keyakinan daripada hasil dari demonstrasi yang ketat.

Dalam edisi pertama Précis de droit constitutionnel, Hauriou menulis:

> *Deklarasi tidak hanya memiliki nilai moral, seperti yang sering diklaim; deklarasi memiliki status hukum. Tentu saja, deklarasi tidak cukup untuk menguduskan kebebasan yang diproklamasikan dalam istilah praktis, karena deklarasi hanya berisi prinsip-prinsip dan tidak menjamin organisasi secara rinci, yang tanpanya segala jenis penerapan tidak mungkin dilakukan, tetapi deklarasi prinsip yang dikandungnya memiliki nilai, karena secara hukum menetapkan prinsip kebebasan yang diproklamasikan dan berisi komitmen negara untuk tidak menekan prinsip ini dan untuk mengumumkan hukum organik, yang diperlukan untuk pengaturan praktis kebebasan tersebut.*

Deklarasi hak tidak hanya memiliki status hukum; deklarasi juga memiliki status konstitusional. Tentu saja, deklarasideklarasi tersebut tidak dimasukkan ke dalam teks konstitusi, melainkan hanya sebagai pembukaan, tetapi ini berarti bahwa deklarasideklarasi tersebut mengandung asas-asas konstitusional yang kedudukannya lebih tinggi daripada konstitusi tertulis.

Meskipun status tertinggi Deklarasi 1789 ditegaskan dengan lebih tegas dalam edisi pertama Précis de droit constitutionnel daripada edisi kedua, dalam edisi kedua penulis menekankan bahwa Deklarasi tersebut terus mempertahankan karakternya sebagai aturan hukum positif. Deklarasi tersebut pada kenyataannya menjadi "teks konstitusional dari konstitusi sosial".

Menegaskan status hukum Deklarasi 1789 memiliki dua keuntungan. Pertama, hal itu melemahkan teori pembatasan diri negara, karena diakui bahwa hak-hak alamiah tertentu di luar negara mengikat secara hukum negara itu sendiri. Kedua, mengklaim bahwa pembuat undang-undang harus menghormati tidak hanya teks konstitusional, yang hanya berisi aturan-aturan tentang hubungan kelembagaan, tetapi juga hak-hak individu tertentu membuka jalan bagi kontrol yang lebih mendalam atas undang-undang.

Namun, apa kerangka konseptualnya, dalam sebuah negara yang ditandai oleh sentralitas legislasi yang menonjol, untuk efektivitas hierarki norma ini dan untuk jaminan yang efektif atas hak-hak individu yang ditempatkan di puncak hierarki? Masalah yang diangkat kemudian adalah tentang cara meninjau legislasi, instrumen yang menentukan dalam membangun État de droit. Karena pemeriksaan yang dilakukan oleh badan politik ditolak dengan suara bulat, karena pengalaman negatif dengan Senat di Kekaisaran Pertama dan Kedua, perhatian tentu saja diarahkan pada semacam verifikasi yudisial. Gagasan tentang pengadilan konstitusi khusus, yang bertugas meninjau legislasi, ditolak oleh sebagian besar ahli hukum.

Bagi Duguit, lembaga semacam ini, yang diberi hak prerogatif yang luas dalam hal

rujukan dan pembatalan, akan menjadi badan politik yang dapat memperoleh kekuasaan yang terlalu besar dalam negara. Demikian pula bagi Hauriou, pengadilan konstitusi, dengan tujuan eksklusifnya, akan membayangi pembuat undang-undang.

Ini adalah kritik klasik atas peninjauan kembali undang-undang oleh pengadilan, yang telah muncul, misalnya, dalam kasus Tocqueville. Singkatnya, peninjauan konstitusi yang bergerak ke arah ini tampaknya tidak dapat dilakukan. Dalam kondisi ini, tidak mengherankan jika banyak rancangan undang-undang parlemen yang mendukung pengadilan konstitusi khusus yang diajukan antara tahun 1903 dan 1907, terutama atas prakarsa wakil Charles Benoist, dan kemudian diajukan lagi pada tahun 1920an tidak berhasil.

Charles Eisenmann mengusulkan pembentukan pengadilan konstitusi khusus dalam esainya La justice constitutionnelle et la haute Cour constitutionnelle d'Autriche, yang diterbitkan pada tahun 1928. Jika sistem Austria tampak lebih baik baginya, itu karena sistem tersebut tidak memungkinkan pertanyaan tentang konstitusionalitas diajukan dalam sembarang kasus pengadilan dan karena sistem tersebut memberikan solusi tunggal yang definitif. Itu adalah solusi tunggal karena memastikan kesatuan dan, sebagai konsekuensinya, visibilitas keputusan peradilan. Itu definitif karena memungkinkan pembatalan undang-undang yang tidak teratur, yaitu penghapusan definitifnya dari sistem hukum. Eisenmann menambahkan:

> *Janganlah seorang pun mengklaim bahwa pembuat undang-undang dilarang membuat hukum. Tidak, ia tetap bebas membuat apa pun yang ia suka, tetapi segala sesuatu yang ia buat secara sah akan menjadi hukum yang berlaku. Terlebih lagi, dengan cara ini kepastian hukum dijamin melalui keseragaman dan homogenitas hukum legislatif.*

Meskipun demikian, karya Eisenmann, yang terinspirasi dari Kelsen dan sekaligus merupakan kritik terhadap posisi hukum alam Hauriou, Duguit, dan Gény, hanya memiliki pengaruh yang sangat terbatas pada doktrin Prancis pada masanya. Baru pada masa Republik Kelima, dan dilembagakannya peninjauan undang-undang yang benar-benar terpusat, pemikiran ahli hukum Austria yang hebat itu menyebar luas.

Sebagian besar penulis pada masa Republik Ketiga berpendapat bahwa jika harus ada peninjauan undang-undang, hal itu harus dilakukan oleh hakim biasa, yang menerapkan teknik keberatan atas inkonstitusionalitas. Kesimpulan ini dicapai melalui argumen logika hukum. Pada tahun 1912, JosephBarthélemy dan Paul Duez, dalam sebuah opini tentang hukum Rumania tahun 1911, menulis:

> *Kekuasaan dan tugas pengadilan untuk tidak menerapkan hukum yang tidak konstitusional dalam persidangan tertentu tidak perlu ditetapkan dalam teks tertentu; sesungguhnya, seseorang memerlukan teks formal untuk mencabut kewenangan untuk meninjau undang-undang secara umum dari hakim.*

Para penulis ini melihat hal ini sebagai "konsekuensi logis dan alami dari fungsi peradilan". Demikian pula, Duez menarik semua konsekuensi dari penegasan keberadaan hierarki di antara norma-norma negara. Bagi Duez,

Perundang-undangan dan Konstitusi memiliki sifat hukum yang sama: keduanya menemukan atau mengatur, secara umum, abstrak, dan impersonal, aturan hukum. Hanya ada perbedaan hierarkis antara keduanya: aturan konstitusional, yang ditempatkan pada langkah legislatif yang lebih tinggi, mengikat undang-undang biasa, sebagaimana yang terakhir menentukan batas-batas yang dikenakan pada peraturan administratif, yang terakhir menjadi tindakan legislatif berstatus lebih rendah. Dari perspektif hukum, peninjauan undang-undang terhadap konstitusi tampaknya mirip dengan peninjauan peraturan terhadap undang-undang.

Peninjauan undang-undang terhadap konstitusi, sebagai operasi hukum, tidak berbeda dengan peninjauan peraturan terhadap undang-undang. Hauriou juga menerima posisi ini ketika ia menjelaskan bahwa "pernyataan tentang ketidakkonstitusionalan suatu undang-undang tidak berbeda secara kualitatif dari pernyataan tentang ilegalitas peraturan administratif".

Logika hukum tampaknya menyarankan, kemudian, bahwa hakim biasa harus mampu melakukan peninjauan undang-undang, bahkan tanpa adanya teks yang tepat yang memberdayakannya dalam pengertian ini. Ada banyak yang sependapat dengan pandangan ini. Menimbang bahwa teks-teks revolusioner yang melarang campur tangan pengadilan dalam pelaksanaan kekuasaan legislatif tidak lagi berlaku, mereka mengakui bahwa hakim setidaknya harus memiliki kompetensi untuk memverifikasi keberadaan undang-undang; ia memiliki kekuatan untuk memastikan bahwa undang-undang tersebut diberlakukan secara sah dan konstitusional. Ini adalah pemeriksaan terhadap keteraturan eksternal undang-undang, yang tidak menyangkut manfaat undang-undang; itu bukan pemeriksaan material terhadap undang-undang.

Namun, orang tidak dapat menghindari menunjukkan ambiguitas dalam pemikiran para ahli teori hukum publik Prancis dari Republik Ketiga. Meskipun mereka menyadari bahwa munculnya suatu État de droit sejati memerlukan peninjauan materiil peraturan perundang-undangan oleh seorang hakim, mereka mengalami kesulitan membenarkan peninjauan semacam itu atas dasar hukum positif.

Ada dua kendala utama dalam penyelenggaraan peninjauan kembali peradilan yang sejati. Pertama, asas pemisahan kekuasaan, sejak tahun 1789, melarang hakim untuk mencampuri fungsi legislatif. Hukum publik Prancis terus didominasi oleh ketakutan bahwa hakim politik dapat merebut kekuasaan. Hauriou berusaha menghilangkan kekhawatiran ini dengan menyatakan bahwa sistem Prancis didasarkan pada dualitas sistem peradilan konsekuensi dari asas pemisahan antara otoritas administratif dan yudisial dan membatasi peran hakim pada kontroversi tertentu.

Fungsi hakim terbatas pada litigasi, katanya, dan tidak dapat diperluas ke pembuatan aturan umum oleh pengadilan dan, akibatnya, ke kemungkinan pemerintahan oleh hakim. Selain itu, karena hakim biasa dan hakim administratif harus mengambil sikap terhadap konstitusionalitas hukum, mereka harus sepakat atas dasar keputusan mereka masing-masing;

hal ini tentu akan mengarah pada pencarian kompromi. Maka Hauriou menyimpulkan:

> *Dalam kondisi ini, hakim tidak akan memainkan peran politik apa pun, karena, di satu sisi, mereka tidak akan menciptakan aturan hukum dan, di sisi lain, mereka tidak akan melakukan tindakan pencegahan. Kekuasaan politik dapat didefinisikan sebagai sesuatu yang menciptakan hukum secara preventif.*

Untuk mendukung posisinya, Hauriou menemukan dalam putusan Pengadilan Konflik, Dewan Negara, dan Pengadilan Kasasi bukti bahwa pengadilan Prancis telah melakukan pemeriksaan terhadap manfaat konstitusionalitas undang-undang atau, setidaknya, interpretasi teks konstitusional. Faktor kedua yang menghalangi evolusi menuju tinjauan material undang-undang adalah tidak adanya norma rujukan yang memadai.

Faktanya, tidak ada teks konstitusional selama Republik Ketiga yang menetapkan batasan yang tepat terhadap undang-undang. Baik undang-undang konstitusional tahun 1875, yang sangat ringkas, maupun Deklarasi Hak Asasi Manusia dan Warga Negara tahun 1789, yang status hukumnya, seperti telah kita lihat, ditentang oleh banyak penulis (yang menimbulkan keraguan mengenai sifat kebiasaan yang seharusnya diperoleh melalui pembentukan opinio juris) tidak meletakkan dasar, tanpa revisi konstitusi sebelumnya, untuk peninjauan materiil perundang-undangan.

Terkait hal ini, penyelidikan terhadap keputusan Dewan Negara saat itu cukup mengungkap. Jika Pengadilan Tinggi Administratif mengakui, pada tahun 1913, dengan keputusan Roubeau, status hukum Deklarasi tahun 1789 melalui sistem asas-asas hukum umum, hal itu dilakukan hanya dengan tujuan untuk membatalkan peraturan administratif yang bertentangan dengan asas kesetaraan. Akan tetapi, ini tidak berarti bahwa Deklarasi tersebut memiliki status konstitusional. Memang, inilah inti yang dikemukakan oleh seorang komentator yang berwawasan luas tentang keputusan Dewan Negara yang mengamati bahwa, dalam kasus ini, status Deklarasi tersebut bukanlah konstitusional tetapi legislatif.

Dalam kasus apa pun, Carré de Malberg adalah yang paling berpandangan jauh ke depan dari semuanya karena ia berpendapat bahwa hanya amandemen konstitusional yang mengubah Pasal 8 undang-undang tanggal 25 Februari 1875, yang menetapkan prosedur untuk revisi konstitusi,38 yang akan memungkinkan pengenalan tinjauan undang-undang yang sesungguhnya. Carré de Malberg dengan tepat melihat bahwa melembagakan tinjauan yudisial semacam ini, sejauh itu akan mengarah pada revolusi dalam hukum publik Prancis, tidak dapat dibayangkan tanpa dasar tekstual

Dampak konstruksi doktrinal terhadap kehidupan politik pada masa itu tetap sangat terbatas, setidaknya berkenaan dengan penerimaan penuh hierarki norma dan konsekuensinya, peninjauan undang-undang. Akan tetapi, doktrin tersebut diikuti sampai batas tertentu dalam arah pemeriksaan yang lebih menyeluruh atas tindakan administratif oleh hakim administratif. Dorongan doktrinal yang mendukung peninjauan yudisial yang ketat terhadap administrasi merupakan elemen lain dalam penjabaran konsep État de droit.

Beberapa penulis mendukung recours pour excès de pouvoir, pembatalan tindakan

administratif yang dapat dituntut oleh pihak swasta. Untuk menundukkan negara pada hukum secara efektif, perlu dibedakan, dalam lingkup negara, antara otoritas yang menciptakan hukum dan otoritas yang bertugas memberikan sanksi atas pelanggaran hukum. Karena alasan ini, recours pour excès de pouvoir tidak dapat dianggap sama dengan recours gracieux, karena ini akan menarik niat baik administrasi, tanpa persyaratan bahwa administrasi mematuhi hukum. Recours pour excès de pouvoir, akibatnya, merupakan gugatan litigasi di hadapan otoritas peradilan. Posisi ini sangat sesuai dengan gagasan bahwa administrasi harus diwajibkan untuk menghormati hukum.

Selain menyatakan bahwa recours pour excès de pouvoir bersifat kontroversial, doktrin hukum publik mendukung perluasan penerimaan jenis gugatan ini, khususnya untuk mencakup pembayar pajak dan asosiasi. Jelas, dengan demikian, bahwa doktrin tersebut menyetujui keputusan peradilan yang cenderung ke arah ini. Demikian pula, doktrin hukum publik mendukung perluasan jenis tindakan yang tunduk pada recours pour excès de pouvoir.

Bahkan mungkin tampak membingungkan, atas nama negara konstitusional, bahwa kekuasaan publik tidak dapat tunduk pada hukum dalam semua manifestasinya dan bahwa harus ada tindakan administratif yang tidak tunduk pada pemeriksaan hukum. Dengan demikian, beberapa penulis terdorong untuk menentang khususnya kategori "tindakan pemerintah". Ini adalah kasus Léon Michoud dan Henri Berthélemy, yang menyangkal keberadaan kategori tindakan homogen yang dikecualikan dari recours pour excès de pouvoir. Jika tindakan tertentu tidak tunduk pada gugatan, mereka berpendapat, ini terjadi pada kesempatan tertentu karena alasan tertentu.

Misalnya, perubahan perang adalah peristiwa force majeure yang tidak memungkinkan klaim ganti rugi atau alasan pembatalan. Di atas segalanya, para penulis ini mengkritik gagasan tentang tindakan pemerintah yang memaksakan perbedaan buatan antara fungsi pemerintahan dan administratif.

Akhirnya, atas nama État de droit, para ahli hukum menentang teori lama tentang pengecualian kekuasaan publik dari tanggung jawab atas kerugian yang dialami pihak swasta. Teori ini, yang pembenarannya terletak pada gagasan kedaulatan, tidak lagi dapat diterima setelah kedaulatan dianggap terbatas dan khususnya setelah recurs pour excès de pouvoir terhadap tindakan negara diakui sebagai hal yang sah. Atas dasar ini, para penulis mengambil sikap yang mendukung teori risiko dalam masalah administratif, untuk akumulasi tanggung jawab, yang memungkinkan seseorang yang dirugikan oleh pejabat negara untuk mengajukan klaim terhadap administrasi, dan tanggung jawab negara sebagai pembuat undang-undang (meskipun Duguit adalah Satu-satunya yang mendukung poin terakhir ini).

Para penulis lainnya menolak tanggung jawab negara sebagai pembuat undang-undang karena secara politis dan finansial tidak menguntungkan. Mereka memang takut bahwa tanggung jawab semacam itu dapat berakhir dengan menghalangi legislasi, meningkatkan pengeluaran negara, dan memberi hakim kepentingan politik yang berlebihan, karena hakimlah yang akan menentukan jumlah ganti rugi jika terjadi tanggung jawab negara sebagai legislator yang dipastikan.

État de droit: teori umum tentang hukum dan negara

Seperti teori Rechtsstaat Jerman, teori État de droit Prancis mengangkat masalah tentang hakikat negara. Mengikuti jejak Michoud, yang dalam La théorie de la personne morale46 mengimbau literatur hukum Jerman untuk membela tesis tentang kepribadian moral negara, doktrin hukum publik Prancis secara bertahap mengadopsi konsepsi ini, dengan pengecualian penting dari Duguit dan Jèze, yang menganggap gagasan itu sebagai abstraksi kosong. Bagi Carré de Malberg, tesis tentang kepribadian hukum negara yang dikemukakan oleh Michoud merupakan "kondisi yang sangat mendasar dari sistem État de droit modern".

Namun, konsepsi negara sebagai badan hukum di Prancis dan Jerman tidaklah identik. Dalam literatur Jerman, gagasan tentang kepribadian negara menyiratkan bahwa organisasi rakyat dalam suatu negara memunculkan badan hukum yang sepenuhnya berbeda tidak hanya dari individuindividu uti singuli yang membentuk bangsa, tetapi juga dari badan warga negara nasional. Tentu saja, bangsa merupakan salah satu elemen yang berpartisipasi dalam pembentukan negara. Namun, setelah terbentuk, negara bukanlah personifikasi bangsa; melainkan hanya mempersonifikasikan dirinya sendiri.

Karena tidak menjadi subjek hak-hak bangsa, negara hanyalah subjek hak-haknya sendiri. Bagi beberapa penulis Jerman terkemuka seperti Jellinek dan Laband, hanya negara yang merupakan badan hukum, sedangkan rakyat Jerman bukanlah subjek hukum. Teori yang memisahkan negara dan bangsa ini tidak dapat diadopsi di Prancis, karena prinsip kedaulatan nasional yang dipahami oleh Revolusi Prancis. Dengan mengaitkan kedaulatan, yaitu kekuasaan negara, kepada bangsa, Revolusi membuat kedua gagasan tersebut saling terkait secara intrinsik. Seperti yang ditegaskan Carré de Malberg:

Dengan menyatakan bahwa kedaulatan, yaitu kekuatan yang menjadi ciri negara, pada hakikatnya berada di tangan bangsa, Revolusi pada hakikatnya secara implisit menguduskan, atas dasar hukum Prancis, gagasan mendasar bahwa kekuatan dan hak negara pada hakikatnya hanyalah hak dan kekuatan bangsa itu sendiri. Maka, negara bukanlah subjek hukum yang berdiri sendiri dan menentang bangsa: setelah diakui bahwa kekuatan yang menjadi ciri negara adalah milik bangsa, maka harus diakui pula bahwa ada identitas antara bangsa dan negara, dalam arti bahwa negara tidak bisa tidak menjadi personifikasi bangsa.

Dalam kondisi ini, bangsa tidak memiliki eksistensi hukum yang jelas. Para anggota bangsa itu sendiri tidak dapat dianggap dalam hubungan mereka dengan negarapribadi sebagai pihak ketiga yang sama sekali asing. Karena istilah "negara" dan "bangsa" hanya merujuk pada dua wajah yang berbeda dari orang yang sama, negara, dalam kata-kata Esmein, adalah "personifikasi hukum suatu bangsa".

Tesis tentang kepribadian moral negara ditentang khususnya oleh Duguit dalam dua karya utamanya tentang L'État, yang diterbitkan pada tahun 1901–1903. Kritiknya muncul kembali dalam Traité de droit constitutionnel. Dimulai dengan pengamatan masyarakat, Duguit, seorang murid sosiolog Durkheim, mengakui di satu sisi keberadaan solidaritas sosial, yang memunculkan aturan hukum objektif yang harus dipatuhi oleh setiap individu. Di sisi lain, ada keinginan individu, yang hanya dapat diwujudkan sesuai dengan aturan hukum objektif. Bagi Duguit, kualitas badan hukum hanya dapat dikaitkan dengan manusia, karena hanya

mereka yang benar-benar ada dan memiliki kemauan.

Akibatnya, berbicara tentang kepribadian negara berarti hanyut ke dalam abstraksi dan fantasi. Karena negara tidak memiliki eksistensi nyata, yang ada hanyalah mereka yang memerintah dan mereka yang diperintah, dan yang pertama dibedakan dari yang terakhir hanya karena mereka lebih kuat dari keduanya. Kekuasaan hanyalah kekuasaan de facto; kekuasaan itu berasal dari fakta bahwa para gubernur lebih kuat, dan kekuasaan itu sah hanya jika bertindak sesuai dengan hukum positif. Mengutip rumus yang digunakan oleh Duguit: "Negara hanyalah individu atau individuindividu yang secara de facto diberi kekuasaan, para gubernur."

Michoud dengan keras menolak posisi Duguit. Ia menekankan bahwa ilmu hukum terdiri dari abstraksi dan didasarkan pada teori-teori yang mengklasifikasikan Fakta-fakta nyata dan menyimpulkan aturan-aturan umum dari Fakta-fakta itu. Dia mencatat secara halus bahwa Duguit juga menggunakan kreasi imajiner ketika dia menggunakan ekspresi "mereka yang memerintah" dan "mereka yang diperintah", yang, dalam kenyataannya, tidak sejelas yang dia buat.

Selain itu, mengklaim bahwa keinginan para gubernur lebih diutamakan daripada keinginan mereka yang diperintah hanya karena yang pertama lebih kuat menyebabkan risiko eskalasi: beberapa orang mungkin tergoda untuk memaksakan keinginan mereka dengan kekerasan, jika mereka merasa itu lebih sesuai dengan aturan hukum. Michoud menganggap teori itu anarkis dan tidak sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Itu akan berakhir dengan mengubah negara menjadi fenomena kekuatan murni dan bukan subjek hukum yang terbatas.

Jika konsepsi negara sebagai pribadi berlaku dalam doktrin tersebut, tidak seharusnya dianggap bahwa negara muncul hanya dalam satu bentuk. Michoud, yang menolak sumbangan Willenstheorie, berpendapat bahwa negara adalah subjek hukum bukan karena negara memiliki kemauan kemauan kolektif tidak mungkin ditunjukkan dalam kasus apa pun – tetapi karena negara adalah pemegang hak yang sesuai dengan kepentingan kolektif nasional, yang tidak identik dengan kepentingan khusus anggota individu bangsa.

Munculnya pribadi yang bermoral dengan demikian mengandaikan bahwa dalam suatu kelompok terdapat, di satu sisi, kepentingan kolektif, yang terpisah dari kepentingan individu anggotanya, dan di sisi lain, suatu organisasi yang mampu mengekspresikan kemauan yang dapat mewakili dan mempertahankan kepentingan ini. Di sini, keinginan orang yang bermoral bukanlah keinginan alami dari keseluruhan kolektif, melainkan produk dari organisasi hukum komunitas, karena melalui organisasi inilah komunitas menyediakan dirinya sendiri dengan perwakilan atau organ yang dirancang untuk mengekspresikan keinginannya.

Carré de Malberg tentu saja hampir setuju dengan Michoud ketika ia menyatakan, menentang para pendukung keinginan kolektif, bahwa keinginan bukanlah properti alami dari keseluruhan kolektif. Secara realistis, keinginan apa pun yang diungkapkan atas nama orang yang bermoral adalah murni individu. Hanya setelah persatuan individu diorganisasi secara hukum atas dasar akta orang yang bermoral diberikan keinginan. Akan tetapi, ada perbedaan mendasar antara Carré de Malberg dan Michoud. Bagi Michoud, organisasi pemersatu yang menghidupkan keinginan hanyalah elemen sekunder dalam ekspresi kepribadian moral.

Elemen fundamental tetaplah keberadaan kepentingan kolektif yang berbeda dari kepentingan individu. Dalam hipotesis ini, kepribadian moral adalah realitas sosial sebelum menjadi realitas hukum, dan realitas sosial ini didasarkan pada kepentingan kolektif. Bagi Carré de Malberg, sejalan dengan perspektif positivis hukumnya, kepribadian moral, sebaliknya, merupakan realitas hukum yang eksklusif, yang didasarkan pada unsur-unsur formal semata: organisasi pemersatu merupakan Satu-satunya unsur pendiri kepribadian moral.

Masalah État de droit, kemudian, menyebabkan doktrin Prancis memunculkan pertanyaan tentang hubungan antara negara dan hukum. Penulis seperti Esmein dan Carré de Malberg percaya bahwa tidak akan ada hukum tanpa negara. Diyakinkan oleh teori pembatasan diri Jerman, Carré de Malberg berpendapat bahwa negara adalah Satu-satunya pencipta hukum karena hanya negara yang memiliki kekuatan pemaksaan material yang menjamin pelaksanaan aturan hukum dan menekan kegagalan untuk menerapkannya.

Oleh karena itu, tidak ada kekuatan yang mampu membatasi negara secara hukum, apalagi hukum alam, karena negara sama sekali tidak memiliki sarana pemaksaan apa pun. Oleh karena itu, negara adalah sumber hukum yang membatasi kekuatannya sendiri. Carré de Malberg menambahkan bahwa melalui sifat hukumnya, kekuasaan negara tunduk pada hukum dan dengan demikian dibatasi.

Teori pembatasan diri ini menemui keberatan yang signifikan dalam doktrin Prancis, karena dianggap tidak menjamin pembatasan kekuasaan negara yang efektif. État de droit, dengan demikian, membutuhkan fondasi yang kuat, dan hukum harus dianggap sebagai realitas yang terpisah dari negara. Seruan kepada prinsip-prinsip hukum alam, yang telah dicanangkan dalam Deklarasi 1789, merupakan sebuah solusi. Ini adalah jalan yang dipilih oleh Michoud, yang menyatakan bahwa kekuasaan negara berdaulat dibatasi oleh aturan keadilan yang lebih tinggi yang tidak berasal dari kelompok tetapi mendahuluinya. Dalam kata-katanya:

Kita mengakui bahwa bahkan di atas batas yang muncul dari kesadaran sosial kelompok, ada batas lain yang sepenuhnya bersifat ideal, yaitu hukum alam, dan bahwa batas ini tidak hanya memaksakan dirinya pada organorgan kelompok, tetapi juga akan memaksakan dirinya pada kelompok itu sendiri, jika kelompok itu dapat memutuskan dengan cara lain selain melalui organorgannya.

Pertanyaan tentang hukum alam, yang didiskreditkan pada awal abad kedua puluh oleh keberhasilan sosiologi yang semakin meningkat, pasti akan digantikan oleh gagasan tentang hukum objektif dalam doktrin Prancis. Keberadaan norma-norma yang stabil dan tidak berubah, yang didasarkan pada "alam" yang tidak dapat diubah, dianggap tidak sesuai dengan dinamika sosial. Dengan demikian, perhatian diarahkan pada kesadaran sosial dalam mencari landasan sejati bagi kewajiban hukum. Analisis Duguit tentu saja merupakan ekspresi dari sudut pandang ini.

Dengan mengabaikan semua gagasan "metafisik" tentang hukum publik (kedaulatan, kepribadian moral, hukum subjektif), Duguit percaya bahwa dasar dan batasan kekuasaan para gubernur terletak pada hukum objektif, yang berasal dari realitas sosial. Dengan demikian, hukum adalah fakta sosial yang terbentuk secara spontan dalam hati nurani manusia di bawah pengaruh dua sentimen: keramahan, yang mendorong manusia untuk menghukum tindakan

yang merugikan solidaritas sosial; dan keadilan, yang berusaha untuk menjaga kesetaraan bagi semua. Dalam hipotesis ini, negara atau, menggunakan terminologi Duguit, mereka yang memerintah tidak lagi memainkan peran yang menentukan dalam produksi norma-norma hukum.

Konsepsi hukum objektif ini, yang sumbernya terletak pada realitas sosial, muncul kembali dalam karya-karya sarjana hukum internasional George Scelle, sosiolog Gurvitch, dan sarjana hukum publik George Burdeau. Namun terlepas dari popularitasnya, teori "heteropembatasan sosial" negara ini menghadapi banyak keberatan. Teori tersebut tidak hanya dikritik karena memberikan penjelasan yang tidak memadai tentang bagaimana aturan hukum terbentuk dalam masyarakat, tetapi juga timbul keraguan mengenai solusi yang diajukan teori tersebut untuk membatasi kekuasaan yang memerintah atas yang diperintah.

Setelah diakui bahwa pengakuan keabsahan tindakan gubernur tidak bergantung pada sistem hukum yang ditetapkan tetapi pada sentimen yang muncul dalam masyarakat, hanya ada dua alternatif: hak yang sah untuk melawan penindasan, dengan risiko anarki yang nyata; atau, untuk menghindari risiko ini, anggapan bahwa tindakan gubernur sesuai dengan hukum objektif, dengan perlawanan terhadap penindasan menjadi pilihan yang murni teoritis.

Pada akhirnya, refleksi tentang État de droit ini bergantung pada tema legitimasi kekuasaan negara, karena hubungan dominan antara yang memerintah atas yang diperintah diubah menjadi hubungan hukum. Sejauh mana kekuasaan negara dan kewajiban yang diperintah untuk patuh diterima bergantung pada keberhasilan dalam membingkainya secara hukum. Masalahnya khususnya adalah legitimasi hukum publik dan hukum administrasi, karena studi tentang État de droit mengarah pada kesadaran akan sifat khusus kekuasaan negara dan, oleh karena itu, tentang perlunya menyediakan kerangka hukum khusus dalam penyimpangan hukum umum.

Legitimasi ini juga harus memperhitungkan peran para ahli hukum, karena para ahli hukum telah menjadi aktor utama dalam État de droit modern ini, yang merupakan hasil dari kemajuan peradaban yang bertentangan dengan kebiadaban negara polisi. Lebih dari sekadar pengacara atau profesor hukum, hakimlah yang ternyata menjadi tokoh utama dalam pemerintahan para ahli hukum ini.

Pelajaran terakhir dari penjabaran negara konstitusional di Republik Ketiga ini lambat untuk dipahami. Citra seorang hakim yang kompeten dan tidak memihak, yang mampu menentang kekuasaan politik, baru menjadi kenyataan di masyarakat Prancis pada dasawarsa terakhir abad ke-20, yang menjadi tanda jelas betapa mutakhirnya ketentuan perdebatan tersebut.

6.2 DISKUSI KONTEMPORER TENTANG ÉTAT DE DROIT

Akan keliru jika kita percaya bahwa kita sekarang menyaksikan berakhirnya sejarah konsep État de droit. Karena gagasan tersebut merupakan elemen penting dari masyarakat Barat yang liberal, gagasan tersebut hampir tidak dapat lepas dari minat doktrin yang kembali menyala setelah runtuhnya komunisme. Terlebih lagi, dalam hukum Prancis telah terjadi transformasi yang, terutama dengan perluasan keputusan Dewan Konstitusi, telah sangat

mengikis kepercayaan pada mitos perundang-undangan, yang dipahami sebagai Satu-satunya ekspresi kehendak umum. Sementara beberapa penulis kontemporer membangkitkan pencapaian État de droit, yang lain, menunjuk pada perbanyakan sistem dan norma hukum, lebih cenderung berbicara tentang pembubarannya. Mengingat kedua sudut pandang ini, peran doktrin hukum adalah mencari solusi untuk memperbaiki État de droit di Prancis.

Pencapaian atau pembubaran État de droit?

Lembaga peninjauan undang-undang tentu saja merupakan salah satu elemen terpenting dalam kemajuan État de droit di Prancis di bawah Republik Kelima. Penting untuk dicatat bahwa pengenalan peninjauan undang-undang dalam Konstitusi 4 Oktober 1958 diikuti, beberapa tahun kemudian, dengan pengakuan status hukum pembukaan konstitusi yang sama, yang pada gilirannya merujuk pada Deklarasi 1789 dan pembukaan Konstitusi 1946.60

Hal ini hampir tidak mungkin merupakan kebetulan belaka. Sebaliknya, hal ini harus dilihat sebagai bukti bahwa pemeriksaan hukum yang efektif terhadap undang-undang mengharuskan asumsi hak-hak individu sebagai prinsip-prinsip yang berperingkat konstitusional, seperti yang ditunjukkan oleh para ahli teori hukum publik Republik Ketiga dan beberapa anggota majelis konstituante tahun 1958, khususnya PierreHenri Teitgen.

Meskipun demikian, jelas bahwa mitos legislasi sebagai ekspresi kehendak umum lambat untuk mati, karena, setelah 1971, keraguan masih muncul mengenai status konstitusional semua hak yang diproklamasikan dalam Deklarasi 1789. Dewan Konstitusi, dalam keputusan 16 Januari 1982, menegaskan bahwa Deklarasi tersebut menikmati status konstitusional penuh dan menundukkan legislator, serta "semua organ negara", pada Konstitusi atau, lebih tepatnya, kompleks norma konstitusional yang teks konstitusionalnya stricto sensu tetapi salah satu komponennya.

Seorang sarjana konstitusi kontemporer, Louis Favoreu, telah melihat dalam hal ini pencapaian penuh dan lengkap dari État de droit di Prancis, di mana legislator dianggap menghormati aturan yang lebih tinggi oleh hakim yang dapat menjatuhkan sanksi kepadanya. Sementara dalam État legal penghormatan terhadap hierarki norma didasarkan pada asas legalitas, dalam État de droit penghormatan ini bertumpu pada “asas konstitusionalitas”, yang telah menggantikan legalitas.

Legislasi bukan lagi “sumber dari sumbersumber”; melainkan, ia “bukan lagi apa pun kecuali satu sumber di antara banyak sumber lainnya” (Alessandro Pizzorusso). Konstitusi telah menjadi teks utama yang mendistribusikan kompetensi normatif, di bawah pengawasan hakim konstitusi, suatu situasi yang mencegah legislator untuk secara bebas memperluas atau membatasi kompetensi mereka sendiri seperti yang mereka lakukan sebelumnya. Ini, dengan demikian, cukup jauh dari teori kedaulatan nasional, yang dipahami sebagai teori kedaulatan parlementer.

Konstitusionalitas telah menggantikan legalitas sebagai wahana nilai-nilai hakiki masyarakat. Konstitusionalitaslah, dan bukan lagi legalitas, yang dianggap sebagai penjamin hakikat hakiki hak-hak asasi. Dengan pengakuan status konstitusional Deklarasi 1789 dan Pembukaan 1946, terjadi pengurangan dalam cakupan penerapan Pasal 34 Konstitusi Prancis,

yang secara khusus menyatakan bahwa hukum harus menetapkan aturan tentang "jaminanjaminan fundamental yang diberikan kepada warga negara untuk menjalankan kebebasan publik". Terjadi pula pengurangan dalam kepentingan, dan minat, terhadap asas-asas umum hukum, asas-asas yang mencakup hukum dan berdiri di atas keputusan-keputusan, yang ditempa oleh hakim administratif untuk memungkinkan kontrol yang lebih ketat atas Tindakan-tindakan administratif.

Dalam perspektif ini, legalitas menjadi komponen sederhana dari konstitusionalitas. Selain itu, Favoreu juga yang melihat cetak ulang karya Eisenmann Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche pada tahun 1986, yang memungkinkan untuk menilai modernitas posisi Eisenmann dan yang berkontribusi pada penyebaran lebih lanjut pandangan Kelsen di antara para sarjana konstitusi Prancis. Perlu dicatat bahwa buku pedoman Droit constitutionnel, yang disunting oleh Favoreu, memuat buku berjudul L'État de droit, yang sangat dipengaruhi oleh Kelsen: negara sekarang hanyalah sebuah sistem hukum atau "sistem normatif yang berlaku secara global dan diberi sanksi". Akibatnya, negara menjadi tertukar dengan hukum, yang membuat État de droit sepenuhnya bersifat pleonastik, setidaknya dalam dimensi materialnya. Yang tersisa hanyalah konsep formal tentang État de droit yang berlandaskan pada hierarki norma.

Lebih jauh, dapat dikatakan bahwa État de droit telah tercapai secara lengkap dan definitif di Prancis sejak hakim biasa dan hakim administratif sepakat untuk memeriksa undang-undang terkait perjanjian, bahkan perjanjian berikutnya.64 Sekarang, dan mengingat karakter bawahan undang-undang, pertanyaan yang perlu diajukan tampaknya hanya pertanyaan tentang yurisdiksi, yang berkaitan dengan fungsi dewan konstitusi, hakim biasa, atau hakim administratif.

Misalnya, dapatkah seorang hakim administrasi suatu hari memutuskan untuk menerima gugatan yang didasarkan pada ketidakkonstitusionalan suatu undang-undang? Semua ini tampak semakin masuk akal karena, seiring dengan perkembangan ini, hakim administrasi semakin memperkuat kendalinya atas administrasi, misalnya dengan hampir menghilangnya kategori yang disebut sebagai tindakan ketertiban internal.

Meskipun demikian, beberapa cendekiawan masih jauh dari yakin dengan langkah maju yang diambil oleh État de droit dan menuding disfungsi yang ada di dalamnya, yang menurut mereka akan mengarah pada pembubarannya secara bertahap.

Dengan demikian, inflasi norma hukum, yang tidak khas Prancis tetapi harus diukur dengan tolok ukur model negara kesejahteraan Eropa, telah merusak pemahaman norma tersebut dan telah menghalangi akses warga negara terhadap hukum. Dalam laporan publiknya tahun 1991, Dewan Negara menunjukkan bahwa antara 110 dan 120 undang-undang disahkan setiap tahun dibandingkan dengan 80 per tahun pada awal Republik Kelima, dan bahwa ada sekitar 80.000–90.000 dekrit aplikatif yang berlaku. Demikian pula, telah dihitung bahwa, dalam 30 tahun terakhir, panjang ratarata teks normatif telah meningkat sebesar 35%.

Memang, telah terjadi penggandaan teks yang beragam dan semakin teknis yang, mencoba untuk lebih setia pada realitas yang berubah, diperbarui semakin cepat. Peningkatan

jumlah aturan, kemudian, disertai dengan peningkatan ketidakstabilan mereka. Hal ini membuka jalan bagi sistem hukum yang, sebagaimana telah dicatat, tidak lagi dicirikan sebagai "sistematis, umum, dan stabil, Ciri-ciri tradisional sistem yang membuktikan 'rasionalitasnya'".

Namun, beberapa pihak juga mengeluh bahwa aturan hukum, dan terutama undang-undang, ditulis dengan buruk, bahwa isinya sering kali terlalu terprogram dan tidak tepat, yang merugikan karakter preskriptif aturan hukum. Hukum yang lunak dan fleksibel ini merusak kredibilitas teks dan efektivitasnya. Legislator, yang pekerjaannya sering dipertanyakan, secara tidak langsung menugaskan peran yang jauh dari dapat diabaikan dalam menulis ulang hukum kepada penafsir yang berwenang yang merupakan hakim.

Tidak hanya ada banyak teks, tetapi sumber hukum juga bertambah banyak: hukum tidak lagi berasal secara eksklusif dari dalam negeri; semakin banyak sumber Uni Eropa dan internasional, dan hukum yang berasal dari luar negeri tersebut terkadang diterapkan di wilayah nasional tanpa tindakan ratifikasi apa pun. Dan apa yang harus dikatakan tentang banyaknya prinsip dasar, yang disucikan dan dijamin oleh teks-teks konstitusi Prancis, Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia, dan Piagam Hak-hak Dasar Uni Eropa, yang melipatgandakan jumlah pengadilan yang bertanggung jawab untuk campur tangan dalam bidang ini (Dewan Konstitusi, Mahkamah Hak Asasi Manusia Eropa, Mahkamah Keadilan Komunitas Eropa, dll.)?

Tidak diragukan lagi bahwa sistem hukum yang semakin terfragmentasi dan kompleks cenderung kehilangan kemanjurannya. État de droit sendiri tidak dapat dihindari dipengaruhi oleh evolusi ini. Bagaimana pihak swasta dapat memperoleh manfaat dari keuntungannya jika mereka tidak mengetahui hak-hak mereka dengan tepat atau jika akses terhadap hak-hak ini menjadi semakin sulit? Perlu ditegaskan bahwa perdebatan hukum akhir-akhir ini cukup banyak membahas tentang gagasan tentang keamanan hukum dan kepercayaan yang sah, yang disajikan sebagai cara yang efektif untuk melindungi warga negara terhadap perubahan yang terlalu mendadak dalam undang-undang yang berlaku dan menyediakan teks normatif yang lebih mudah dipahami dan transparan. Perdebatan ini tentunya akan semakin didorong oleh langkah-langkah yang diambil dalam keputusan Dewan Konstitusi, yang telah melihat aksesibilitas dan pemahaman hukum sebagai salah satu tujuan dari peringkat konstitusional.

Bahasa Indonesia: Apakah perlu, seperti yang Jacques Chevallier sarankan, untuk menerima dalam hal apa pun sebuah État de droit yang secara intrinsik terikat untuk menjadi tidak sempurna dan tidak lengkap, dan yang membawa benihbenih penghancuran diri, karena pemberlakuan terlalu banyak hukum membunuh hukum? Singkatnya, hukum, dalam pandangan ini, mencekik apa yang dirancang untuk dilindungi. Seseorang dapat melangkah lebih jauh dan mengatakan, seperti yang dilakukan Michel Troper, bahwa État de droit adalah tautologi atau itu adalah kontradiksi dalam istilah.

Singkatnya, itu tidak mungkin. Bagi Troper, adalah ilusi untuk berpendapat bahwa negara dapat dibatasi oleh hukum. Entah hukum adalah produk dari kehendak negara, dan dalam hal itu tidak akan ada pembatasan negara, kecuali jika ini adalah yang diinginkan negara (dan di sini kita kembali ke kritik klasik dari tesis pembatasan diri); atau negara dibatasi oleh hukum yang eksternal untuknya, yaitu oleh hukum alam. Namun dalam kasus ini teori État de

droit tidak sesuai dengan kedaulatan dan demokrasi. Jika memang diakui bahwa demokrasi adalah sistem di mana rakyat berdaulat, dan bahwa kedaulatan adalah kekuasaan yang tidak terbatas, rakyat yang tunduk pada aturan yang lebih tinggi tidak lagi berdaulat.

Lebih jauh, karena aturan hukum alam tidak dapat diketahui secara langsung, untuk mengidentifikasi dan menafsirkannya secara seragam, diperlukan orang-orang yang secara khusus diberi wewenang untuk tujuan ini; hal ini, pada gilirannya, memerlukan pilihanpilihan yang didasarkan pada penilaian nilai. Karena isi hukum alam tidak dapat menjadi objek pengetahuan tertentu, maka orang-orang tertentu dan di sini kita harus memikirkan hakim – harus membuat keputusan yang sebenarnya tidak dapat tidak mengungkapkan preferensi mereka. Dengan kata lain, "État de droit yang dipahami dengan demikian bukanlah negara yang tunduk pada hukum, tetapi negara yang tunduk pada hakim".

Apakah mungkin untuk memperbaiki État de droit?

Jika seseorang mengikuti argumen Troper, setiap upaya untuk memperbaiki État de droit adalah usaha yang siasia, karena État de droit dalam hal apa pun murni ilusi linguistik. Bahkan jika seseorang menolak konsekuensi akhir dari penalaran ini, seseorang hampir tidak dapat menyangkal relevansi menempatkan hakim di pusat negara ini yang didukung dan dibatasi oleh hukum.

Di masa lalu, masyarakat Prancis, yang tidak begitu tertarik dengan ranah legalisme dan litigasi, tidak pernah menempatkan hakim sebagai sosok yang begitu penting. Meningkatnya kekuasaan kehakiman, bahkan dalam urusan politik yang paling kontroversial, telah menyebabkan beberapa orang mengatakan bahwa kekuasaan tersebut telah menjadi "kekuasaan ketiga", yang terletak di antara rakyat dan wakilwakilnya. Tentu saja, mungkin ada alasan untuk khawatir atas keberadaan operasi hukum di mana-mana ini, yang mencerminkan patologi sosial tertentu dan krisis di ranah politik. Beberapa penulis, yang telah melihat hakim sebagai algojo, tanpa legitimasi, dalam hal apa pun telah menyatakan kekhawatiran mereka.

Pertanyaan tentang legitimasi hakim merupakan hal mendasar, mengingat mereka memiliki kewenangan baru yang menyebabkan mereka mengecam tindakan politik, dan bahkan mempertanyakan tindakan perwakilan politik tertentu. Mengenai Dewan Konstitusi, yang beberapa keputusannya, khususnya pada tahun 1980an, telah dikritik karena merampas kekuasaan legislatif, literatur doktrinal telah menghasilkan sejumlah argumen yang kuat untuk membenarkan peran Dewan sebagai peninjau undang-undang.

Peninjauan undang-undang pertamatama sepenuhnya demokratis sejauh memungkinkan minoritas parlemen untuk mengekspresikan diri dan menentang keputusan mayoritas parlemen di hadapan hakim konstitusi. Selain itu, dan klaim tersebut telah dibuktikan oleh keputusan Dewan Konstitusi, peninjauan undang-undang dapat berfungsi untuk membela kompetensi legislatif terhadap pelanggaran pemerintah. Terlebih lagi, pengadilan konstitusi berkontribusi pada keseimbangan antara lembaga-lembaga demokratis yang menetapkan, untuk setiap organ negara, perluasan dan batas-batas yurisdiksi konstitusionalnya.

Dewan Konstitusi mengemukakan gagasan ini dengan jelas ketika, dalam putusannya pada tanggal 23 Agustus 1985, menyatakan bahwa "peraturan perundang-undangan hanya

menyatakan kehendak umum jika menghormati Konstitusi". Bahkan dapat dikatakan bahwa hakim konstitusi memberikan sumbangan bagi berfungsinya demokrasi yang lebih baik dengan berpartisipasi dalam penciptaan norma perundang-undangan. Berdasarkan kemampuannya untuk menafsirkan dan bahkan mengecam undang-undang sebagian atau seluruhnya, Dewan Konstitusi dapat dianggap sebagai kolegislator sejati.

Akhirnya, telah ditunjukkan bahwa anggota Dewan Konstitusi diangkat oleh otoritas politik dan legitimasi mereka bergantung pada penerimaan lembaga-lembaga yang berada di bawah kendali mereka, serta konsensus opini publik. Akan tetapi, sebenarnya, masalah legitimasi demokrasi kurang relevan bagi hakim konstitusi daripada bagi hakim biasa, dan khususnya bagi hakim sipil, yang berdiri di garis depan urusan politik.

Beberapa penulis berpendapat bahwa sumber legitimasi harus dicari dalam dimensi imparsialitas, yang penting bagi fungsi penghakiman: imparsialitas yang harus dijamin oleh independensi sejati dalam kemajuan karier dan harus menemukan ekspresi dalam jarak antara hakim dan para pihak dalam kasus tersebut. Selain itu, legitimasi – demikian argumennya – berasal dari kemampuan hakim untuk mewakili nilai-nilai umum dan untuk mengemukakan prinsip-prinsip dasar demokrasi liberal, terutama mengawasi penghormatan terhadap hukum dan jaminan hak-hak individu.

Pilihan lain untuk memperkuat legitimasi hakim adalah dengan memilih mereka oleh warga negara. Namun terlepas dari kenyataan bahwa pemilihan peradilan bertentangan secara diametral dengan tradisi Prancis, masih jauh dari pasti bahwa reformasi semacam ini akan mendukung legitimasi. Selain itu, bukankah prosedur pemilihan, yang memaksa para kandidat untuk terlibat dalam kampanye pemilihan dan berkomitmen pada program, berisiko merusak panggilan utama hakim, yaitu imparsialitas?

Tampaknya ada tiga jalan menuju peningkatan legitimasi peradilan. Yang pertama melibatkan penguatan, jika perlu, independensi hakim. Sebuah rencana reformasi konstitusi barubaru ini bergerak ke arah ini, mengusulkan pemisahan radikal antara pemerintah dan hakim penyidik. Rencana tersebut mengusulkan, lebih tepatnya, bahwa jaksa penuntut umum harus ditunjuk oleh eksekutif, dengan persetujuan Dewan Tinggi Kehakiman, sehingga memberikan lembaga ini kekuasaan pengangkatan yang sebenarnya. Proyek tersebut juga dirancang untuk mencegah Menteri Kehakiman memberikan instruksi apa pun kepada kantor jaksa dalam konteks penyelidikan. Namun, reformasi ini gagal pada awal tahun 2000. Ketakutan abadi pemerintah terhadap hakim dan keinginan untuk mempertahankan kebijakan peradilan yang terpusat tentu memainkan peran penting dalam perdebatan yang tidak bebas dari motif politik tersembunyi.

Jalan lain melibatkan pencarian tanggung jawab hakim sebagai konsekuensi dari perluasan kompetensinya. Kesulitannya diduga terletak pada menemukan solusi yang layak. Tentu saja, orang bisa saja keberatan bahwa tanggung jawab ini sudah ada dan ditetapkan oleh undang-undang peradilan, yang menetapkan sistem tanggung jawab perdata, pidana, dan profesional. Namun, bukankah perlu, dengan keberanian lebih jauh, untuk melembagakan tanggung jawab konstitusional yang sejati bagi para hakim? Inilah posisi yang dikemukakan oleh Denis Salas:

Kekuasaan peradilan tidak dapat diakui secara keseluruhan, secara de facto, kecuali ada sanksi yang setara pada tingkat simbolis. Bagaimana orang bisa menyerukan pemeriksaan eksternal terhadap politisi jika, pada saat yang sama, hakim ditoleransi hanya dinilai oleh rekan-rekannya sendiri? Apakah tanggung jawab politik hanya ada untuk politisi? Dewan Tinggi Kehakiman dengan komposisi yang lebih terbuka tidak akan cukup. Kita perlu membayangkan prosedur baru yang disucikan dalam Konstitusi atau Dewan Tinggi yang secara eksklusif terdiri dari nonhakim.

Ketika saatnya tiba, hakim akan diminta untuk membenarkan kesalahannya yang paling serius di hadapan audiens yang sebagian besar adalah politikus. Negara-negara demokrasi yang memiliki sistem peradilan yang kuat telah lama mengakui tanggung jawab semacam ini: hal ini terjadi dalam kasus impeachment (pemakzulan) di Negara-negara yang menganut sistem common law dan Richteranklage (hukum yang mengatur tentang pemakzulan) di Jerman.

Kita berhadapan dengan usaha besar yang membutuhkan revolusi mentalitas. Kecil kemungkinan usaha semacam itu akan berhasil dalam waktu dekat. Namun, pada pokok ini contoh-contoh yang diambil dari hukum perbandingan, khususnya di Negara-negara dekat Prancis, mungkin sangat membantu.

Namun, orang mungkin bertanya, apakah cara paling efektif untuk mengonsolidasikan kewenangan peradilan, dan akibatnya État de droit, mungkin bukan sekadar menyediakan sarana tambahan dalam hal personel dan ruang. Jumlah hakim yang tidak memadai, yang jumlahnya tidak lebih banyak daripada di awal abad ini sementara jumlah kasus telah meledak, terkadang memaksa beberapa pengadilan untuk menerapkan aturan kerja sama kolegial dengan elastisitas.

Dengan demikian, keputusan yang ditandatangani oleh tiga hakim mungkin sebenarnya hanya dipelajari oleh satu orang. Kekurangan hakim yang nyata dalam kasus apa pun menyebabkan penundaan serius dalam prosedur. Studi terkini telah menunjukkan bahwa kritik utama yang dilontarkan terhadap sistem peradilan oleh mereka yang menunggu keputusan adalah mengenai waktu yang dibutuhkan untuk menangani kasus dan menunjuk hakim. Jelaslah bahwa fungsi pengadilan saat ini lebih mirip dengan brikolase yang cerdik daripada organisasi yang rasional. Jika para hakim tidak memiliki sarana yang memadai untuk melaksanakan tugas mereka, jelaslah bahwa tanggung jawab berada di tangan kekuatan politik yang mengendalikan keuangan negara.

Peningkatan dalam État de droit juga memerlukan pertimbangan baru tentang hak-hak individu dan cara-cara terbaik untuk menjaminnya. Akan berguna untuk menertibkan banyaknya hak yang disebut hak fundamental, yang diakui oleh Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa, Dewan Konstitusi, Dewan Negara, dan Pengadilan Kasasi.

Perluasan hak-hak fundamental yang tak terbatas menimbulkan hambatan yang tidak dapat diatasi: secara umum, tidak semuanya dapat menjadi hak fundamental; jika tidak, tidak ada yang lagi menjadi hak fundamental. Selain itu, tidak semua hak fundamental dapat setara, karena mungkin ada ketidaksesuaian, dan yang satu mungkin harus mengalah pada yang lain. Dengan kata lain, semakin karakter "fundamentalitas" tersebar pada hak-hak yang berbeda,

semakin besar risiko benturan antara karakter fundamental hak dan kebutuhan untuk merelatifkannya. Etienne Picard telah mengusulkan untuk melembagakan “skala fundamentalitas”. Di puncak skala ini, Picard menempatkan asas keunggulan hukum, yang menetapkan keunggulan hak-hak fundamental. Di sampingnya berdiri asas martabat manusia terhadap segala bentuk degradasi, yang diakui sebagai asas konstitusional oleh Dewan Konstitusi pada bulan Juli 1994. Picard menulis:

Kedua asas ini merupakan gabungan asas yang mendasari hak-hak fundamental karena asas-asas tersebut pada prinsipnya haruslah yang utama dan, jika mempertimbangkan segala hal, dapat berlaku di ranah praktis: keunggulan seseorang mendasari keunggulan hak-haknya; keunggulan hukum hanyalah keunggulan hak-hak.

Keunggulan "skala fundamentalitas" ini terletak pada upayanya untuk menemukan hierarki hak-hak fundamental yang substansial yang bebas dari visi formal murni tentang struktur hierarki sistem hukum. Dan meskipun hierarki fundamentalitas substansial melintasi hierarki formal ini, karena prinsip-prinsip tertentu dapat disucikan oleh norma-norma dengan status yang berbeda, jelas bahwa hierarki formal telah sampai pada tingkat yang cukup besar dikondisikan oleh hierarki substansial: dengan demikian Konstitusi menguduskan prinsip-prinsip yang "lebih" fundamental, undang-undang menyangkut prinsip-prinsip yang "kurang" fundamental, peraturan berurusan dengan prinsip-prinsip yang bahkan kurang penting, dan seterusnya.

Singkatnya, refleksi tentang identitas dan nilai hak-hak fundamental adalah yang paling penting karena memberikan konten dan semangat pada hierarki norma yang murni formal yang terkadang tampak tidak berguna. Justru karena État de droit bukan hanya sistem hukum, sistem norma, maka refleksi tentang hak-hak fundamental diperlukan; terlebih lagi jika memang benar bahwa pentahbisan konstitusional mereka di berbagai negara Eropa, termasuk Prancis, telah menjadi sumber kebebasan bagi individu, jika tidak benar-benar sumber kedamaian sosial.

Dapatkah hak-hak fundamental mengikat tidak hanya pembuat undang-undang tetapi juga kekuasaan konstituen? Yang dipertaruhkan di sini adalah masalah suprakonstitusionalitas. Stéphane Rials, dalam sebuah esai yang muncul pada tahun 1986 di Archives de Philosophie du Droit, menghidupkan kembali perdebatan yang telah padam pada tahun 1930an.

Dengan berargumen dari perspektif hukum alam, penulis berusaha untuk menyediakan inventaris prinsip-prinsip suprakonstitusional yang dapat diterapkan dalam peninjauan kembali hukum konstitusional. Ia memilih prinsip penghormatan terhadap kehidupan dan martabat seseorang, prinsip organisasi kekuasaan yang memerlukan sirkulasi regulernya serta prosedur untuk meredamnya, dan, akhirnya, prinsip "subsidiaritas" yang menurutnya organisasi bersifat substitusional sehubungan dengan seseorang. Namun, proyek tersebut tidak menarik pengikut Doktrin Prancis dengan tegas menolak suprakonstitusionalitas, terutama atas nama kepatuhannya pada hukum positif.

Di Prancis, peninjauan kembali undang-undang konstitusional tidak mungkin dilakukan, karena hakim menerima kekuasaan dari Konstitusi dan bukan dari hukum itu sendiri, seperti halnya di Negara-negara dengan tradisi hukum umum. Dalam keputusan tanggal 2 September

1992, Dewan Konstitusi mengingat bahwa kekuasaan konstituen adalah berdaulat dan karena itu memiliki fakultas untuk membatalkan, mengubah, atau melengkapi ketentuan-ketentuan peringkat konstitusional, hanya tunduk pada batas-batas ruang lingkup tertentu bentuk pemerintahan republik dan waktu. Suprakonstitusionalitas juga dianggap sebagai bahaya bagi demokrasi, karena rakyat yang berdaulat akan tunduk pada pemerintahan hakim. Mengenai masalah suprakonstitusionalitas, Prancis pasti tertinggal dari Negara-negara seperti Jerman dan Italia.

Sebagai kesimpulan, orang dapat bertanya apakah konsepsi État de droit, yang dipahami sebagai sesuatu yang tidak sesuai dengan demokrasi dan kedaulatan nasional, tidak ketinggalan zaman, karena ada hak-hak supranasional yang berkembang, yang juga diakui oleh para hakim Prancis, yang tidak ragu untuk mengambil inspirasi dari pengadilan internasional dan Eropa untuk menempa hak-hak fundamental baru. Perdebatan saat ini tentang prinsip kehatihatian dan prinsip kepastian hukum merupakan ilustrasi penting dari fenomena ini. État de droit yang sedang muncul adalah keadaan yang mengedepankan para hakim, atau, lebih tepatnya, dialog, atau bahkan perselisihan antara pengadilan nasional dan Eropa.

Hal ini memberi keunggulan pada hak-hak fundamental yang cenderung menjadi independen dari Konstitusi dan kedaulatan, seolah-olah ini adalah dua sisi dari mata uang yang sama. Dalam situasi ini, konsepsi État de droit Prancis cenderung menghilang secara bertahap. Memang benar, saat ini akan sangat sulit untuk menentang État de droit terhadap Rechtsstaat seperti yang dilakukan oleh para ahli hukum Republik Ketiga pada suatu periode yang memang ditandai dengan pengagungan patriotik.

BAB 7
RECHTSSTAAT DAN KEADILAN KONSTITUSIONAL DI AUSTRIA

7.1 PENDAHULUAN

Dalam esai ini, saya akan membahas proses historis dan teoritis yang mengarah pada pengenalan keadilan konstitusional dalam Konstitusi Austria pada tahun 1920. Literatur Austria tentang sejarah konstitusional sepakat dalam mengaitkan pasal-pasal tentang Verfassungsgerichtshof dengan Hans Kelsen dan menganggapnya, bahkan dari sudut pandang teoritis, sebagai "pencipta keadilan konstitusional" (Vater der Verfassungsgerichtsbarkeit). Kelsen sendiri sering kali mengonfirmasi keadaan seperti itu dan, ketika merujuk pada proses konstituen Austria, ia menggambarkan pembentukan Pengadilan sebagai "ciptaan pribadinya sendiri" dan Pengadilan itu sendiri sebagai "karya kesayangannya".

Pengenalan peninjauan kembali yudisial dapat dilihat sebagai salah satu hasil terpenting dari analisis Kelsen, yang diawali dengan Hauptprobleme tahun 1911, dan penilaian ulang mendalam yang mendasarinya terhadap teori dan konsep hukum publik Jerman. Ciri utama dari pemikiran kritis tersebut adalah elaborasi ulang Kelsen yang mendalam terhadap gagasan tentang "aturan hukum". Dia mengkritik konsepsi Jerman tentang Rechtsstaat dan asumsi teoretis serta "politis"nya dan mengusulkan apa yang dia klaim sebagai konfigurasi hukum negara dan demokrasi konstitusional.

Dari perspektif pertama, Kelsen menekankan bahwa konsepsi "Jerman" tentang Rechtsstaat didasarkan pada dogma kepribadian hukum negara dan pada keunggulan negara atas hukum. Kelsen meneliti implikasi hubungan publik/swasta dan diferensiasi teoretis "tradisional" antara dua bidang hubungan hukum dalam kaitannya dengan kepribadian dan keunggulan negara.

Keutamaan negara atas hukum tercermin dalam sejumlah asumsi teoritis yang menyiratkan Rechtsstaat: pertama, konseptualisasi hukum sebagai keharusan, perintah dari otoritas kedaulatan asli; kedua, teori hak dan kebebasan yang didasarkan pada perbedaan antara kebebasan alamiah dan kebebasan hukum dan penentuan terkait “hak subjektif publik” yang dihasilkan dari “kewajiban diri” negara (Selbstverpflichtung); ketiga, pandangan tentang pemisahan kekuasaan, yang berasal dari kebutuhan untuk menjaga prinsip monarki dan otonomi administratif, yang secara serius menghambat prinsip legalitas melalui “hak istimewa” administrasi publik; terakhir, reduksi keseluruhan makna hukum Rechtsstaat menjadi “upaya hukum” yudisial terhadap administrasi publik. Dalam hal ini, kritik Kelsen tampaknya terkait dengan situasi konstitusional Austria dan, terutama, dengan teoritisasi Austria yang spesifik dan kritik oleh beberapa penulis catatan Jerman.

Dari perspektif kedua, Kelsen mengembangkan konsepsi historis dan hukumkonstitusional yang berbeda tentang Rechtsstaat. Dasarnya adalah, di satu sisi, kedaulatan sistem hukum dan landasan hukum yang diperlukan bagi semua kekuasaan; di sisi lain, penolakan terhadap perbedaan publik/swasta dan kesetaraan semua subjek hukum yang

dihasilkan. Secara historis, uraian Kelsen dimulai dengan penolakan kedaulatan negara dalam kaitannya dengan aspek "kompromi" sistem hukum dan, oleh karena itu, pluralisme dinamika hukum publik. Hasil dari tahap pertama argumen Kelsen ini adalah definisi dimensi "formal" sebagai fitur utama Rechtsstaat. Dengan mengadopsi konsepsi dinamis tentang sistem hukum, Kelsen selanjutnya mengembangkan fitur ini dalam kaitannya dengan pencapaian historis sistem demokrasi: dalam konteks ini, Rechtsstaat memperoleh makna "substansial" yang terkait dengan keutamaan konstitusi dan hak-hak.

Oleh karena itu, ada dua tahap yang dapat diamati dalam teori Kelsen tentang Rechtsstaat: yang pertama lebih banyak terkait dengan dimensi “formal” konsep ini, sedangkan pada tahap kedua ia mengembangkan aspek “substansial”nya, dalam kaitannya dengan pencapaian demokrasi. Argumen Kelsen secara keseluruhan pada akhirnya mengarah pada gagasan tentang keadilan konstitusional, yang dipandang sebagai “kondisi keberadaan” demokrasi. Gagasan hakiki demokrasi berubah dengan penekanan Kelsen pada fitur-fitur “konstitusional” nya.

7.2 RECHTSSTAAT DAN STAATSRECHT

Segera setelah penerbitan Hauptprobleme, dalam sejumlah karya, Kelsen berfokus pada hubungan antara hukum publik Jerman dan makna Rechtsstaat. Karya-karya tersebut, yang mensistematisasikan beberapa poin dari publikasi Kelsen tahun 1911, berfokus pada makna Rechtsstaat dalam hukum publik Jerman dan mempertanyakan asumsi "politik" dan teoretisnya. Kelsen pertamatama meneliti “tren teori-teori hukum terkini”, khususnya teori-teori administratif, yang menyatakan, “kemustahilan pemahaman hukum tentang negara” berkenaan dengan “aktivitas utamanya”, yaitu administrasi monarki, yang dipahami sebagai “pelaksanaan bebas negara atas aktivitasaktivitasnya untuk mencapai tujuannya”.

Menurut Kelsen, karena aturan hukum dilihat hanya sebagai kumpulan “postulatpostulat politik hukum” (rechtspolitische Postulate) yang “dapat lebih atau kurang terwujud”, maka aturan hukum itu terbatas pada “upaya hukum” yang tersedia terhadap potensi penyalahgunaan administratif. Upaya doktrindoktrin di atas untuk menghapuskan “hubungan-hubungan negara seperti itu, bagian kekuasaan politik seperti itu” dari sistem hukum, yaitu untuk melegitimasi “kebebasan” administratif, bukan hanya merupakan ekspresi dari “pemikiranpemikiran politik” yang spesifik, tetapi juga berakar pada gagasan bahwa “negara berada di atas semua subjek lainnya” dan dengan demikian memiliki “nilai lebih” (Mehrwert) dalam hubungannya dengan “subjek-subjeknya”.

Oleh karena itu, makna doktrin Jerman tentang Rechtsstaat bergantung pada peran dan sentralitas negara, negara menjadi “subjek” berdaulat yang dengannya hubungan hukum harus dibangun. Gagasan tentang negara yang memiliki peran utama dalam dinamika hukum publik, yang dikonfirmasi pada akhir abad kesembilan belas oleh teori administrasi, dipadukan oleh para pemikir Jerman dengan konseptualisasi negara sebagai otoritas asli dan dengan demikian berdaulat, serta Satu-satunya perwakilan kepentingan publik dan umum. Pemahaman tentang negara seperti itu adalah poin kunci (menggunakan kata-kata Kelsen) dari doktrin “tradisional”, yang difokuskan pada subjek asli yang menjadi pusat hubungan hukum

publik.

Argumen seperti itu memiliki konsekuensi yang sangat penting: dalam hukum publik Jerman, hubungan antara hukum dan negara dibatalkan dan keunggulan yang terakhir atas yang pertama ditegaskan. Hubungan antara "kekuasaan negara dan hukum" (Staatsgewalt und Recht) diselesaikan dengan menganggap negara sebagai pencipta hukum; oleh karena itu, pembatasan hukum terhadap kekuasaan negara hanyalah "postulat politik" belaka yang boleh atau tidak boleh diberlakukan oleh negara terhadap dirinya sendiri. Seperti yang telah ditunjukkan di atas, dari perspektif tersebut, supremasi hukum terutama berkaitan dengan upaya hukum yang tersedia terhadap tindakan kedaulatan yang sewenang-wenang oleh negara.

Kelsen berpendapat bahwa pendekatan ini, yang mengutamakan negara daripada hukum, didasarkan pada dua premis: gagasan bahwa negara adalah subjek yang berbeda dari entitas lain dan berdiri di atas semuanya dan keyakinan bahwa negara mewakili kepentingan umum. Gagasan pertama tercermin dalam konsepsi kedaulatan negara; yang kedua dalam identifikasi "negara" dan "masyarakat", yang pada gilirannya memerlukan gagasan tentang kehendak negara. Menurut premis pertama, negara menyiratkan "hubungan kekuasaan" antara komandan dan yang diperintah.

Negara dianugerahi dengan “kekuasaan berdaulat”, ia adalah “penyebab pertama: ia adalah kehendak yang menyebabkan tindakan kehendak lainnya; ia adalah subjek yang memerintah subjek lainnya, ia “di atas” mereka, yaitu “lebih unggul” dari mereka; karena demikian, ia tidak diperintahkan atau disebabkan oleh kehendak lainnya”. Negara adalah “kekuatan publik” (öffentliche Gewalt) atau “kekuasaan intensif” (intensive Macht) dan dengan demikian “keberadaannya tidak bergantung pada hukum”: menurut “teori dua sisi” (zweiseiten Theorie) Georg Jellinek, negara “sebagai fakta sosial adalah kekuasaan”.

Negara adalah kekuasaan asli: menurut Jellinek, “suatu negara muncul ketika suatu entitas tertentu (Gemeinwesen) mampu, melalui kekuasaan aslinya (ursprüngliche Macht) dan sarana pemaksaan asli (ursprüngliche Zwangmitteln), untuk menggunakan kekuasaan (Herrschaft) atas anggota dan wilayahnya”. Sebagaimana ditunjukkan oleh Kelsen, visi semacam itu mensyaratkan “hak untuk mendominasi yang jelas-jelas merupakan milik negara”.

Premis kedua bergantung pada apa yang Kelsen sebut sebagai Substrat dari “gagasan negaraorang”, yaitu keberadaan “kehendak negara yang tunggal”. Kelsen memperlakukan premis ini sehubungan dengan pandangan Jellinek bahwa kehendak tunggal negara adalah “kesatuan teleologis” (teleologische Einheit) dari berbagai kehendak yang diungkapkan oleh banyak organ negara. Kehendak tunggal seperti itu merupakan hasil dari pengejaran oleh badan-badan negara atas “tujuan-tujuan konstannya” (konstante Zwecke), yaitu kepentingan kolektif masyarakat.

Menurut Kelsen, ini sama saja dengan mengklaim keberadaan “hati nurani bersama” (Gesamtbewusstsein) yang mencerminkan penyatuan tujuan-tujuan sosial masyarakat, yang hanya ditafsirkan oleh badan-badan negara. Negara mewakili “kepentingan umum dan bersama” masyarakat, yaitu fakta kehidupan sosial, yang harus dilaksanakan oleh badan-

badan negara. Dengan kata lain, negara mengekspresikan hati nurani bersama masyarakat yang konon homogen, yang ditentukan oleh tindakan-tindakan negara. Kepercayaan pada kehendak kesatuan negara memiliki implikasi lebih lanjut: seperti yang ditentukan oleh Jellinek, “kepentingan bersama” (Gemeininteresse) berasal dari komunitas (Volksgemeinschaft), yang dianggap “identik dengan negara”. Ergo, negara dan masyarakat bukanlah entitas yang terpisah: keberadaan masyarakat yang homogen memungkinkannya untuk tidak dibedakan dari negara, karena ini merupakan ekspresi langsung masyarakat. Kepentingan umum dengan demikian diidentifikasikan dengan kepentingan negara.

Teori di atas mencakup sejumlah akibat wajar yang dibahas oleh Kelsen. Pertama, jika negara adalah subjek asli yang mewakili kepentingan umum, maka hukum adalah perintah atau keharusan dari kepentingan itu. Dalam penjelasan Jellinek tentang sifatsifat hukum yang hakiki dan khas, ketentuan hukum adalah hasil dari "otoritas eksternal yang diakui", yang "kewajibannya" (Verbindlichkeit) dijamin oleh "kekuatan eksternal" (äubere Mächte).24 Ketentuan hukum adalah "keharusan yang mengharuskan perilaku subjek yang sesuai", baik karena keharusan seperti itu "berasal dari negara" dan karena didasarkan "pada kekuatan faktual negara dan pada kekuatan fisik dan psikologisnya".

Keadaan bahwa ketentuan hukum adalah perintah (Befehl) menimbulkan apa yang didefinisikan Jellinek sebagai "masalah paling rumit dari seluruh doktrin negara", yaitu bagaimana negara, bahkan dalam fungsi legislatifnya, dapat terikat oleh hukum. Seperti diketahui, rujukan dibuat kepada sebuah analogi dengan “otonomi etika”: negara tidak terikat oleh “tindakan kehendak lain” (andere Willensakte), yaitu oleh ketentuan-ketentuan lain, melainkan oleh “peraturan perundang-undangan sendiri oleh akal budi” (Selbstgesetzgebung der Vernunft), yaitu “kewajiban negara untuk menaati hukum-hukumnya sendiri” (Selbstbindung des Staates an seine Gesetze).

Ketundukan negara kepada hukum, yang merupakan persyaratan mendasar dari Rechtsstaat, dipahami sebagai sebuah asas etika atau politische Postulat yang berakar pada gagasan “otonomi etika”; dan hal itu tercermin, dalam istilah hukum, dalam negara yang membatasi dirinya sendiri oleh hukum-hukum yang dibuatnya sendiri. Oleh karena itu, keutamaan hukum atas negara secara teoritis sangat terbatas: jika negara diidentikkan dengan masyarakat, dan merupakan Satu-satunya sumber hukum, maka ketentuan yang ditempatkan pada tingkat yang lebih tinggi daripada undang-undang tidak dapat ada, dan terdapat kesulitan dalam mendefinisikan batasan legislatif berkenaan dengan hak-hak individu.

Selain itu, pembentukan hubungan hukum didasarkan pada perbedaan antara ranah publik dan privat, ranahranah ini memiliki hubungan yang berbeda di antara berbagai entitas. Dengan kata lain, hubungan hukum publik dipahami sebagai hubungan antara entitas yang tidak setara (negara dan subjeknya), sedangkan hubungan hukum privat adalah antara subjek yang setara.

Menurut Kelsen, perbedaan tersebut berasal dari pengenalan hukum Romawi ke Jerman dan dari karakteristik hukum publik Jerman yang dihasilkannya. Acuan dibuat pada penjelasan teoritis yang diberikan dalam Rektoratrede karya Paul Laband. Menurut Kelsen, analisis Laband menunjukkan konsepsi ganda tentang hubungan antara negara dan hukum,

dan pandangan tentang kekhususan perbedaan publik/privat. Kelsen mencatat bahwa hukum Romawi dipandang sebagai hukum baru bagi organisasi negara, yang menetapkan struktur dan hubungan hukum negara, dan sebagai elemen melalui prinsip princeps legibus solutus est dari "kekuatan dominasi" (Herrschaftsgewalt) yang berada di atas sistem hukum dan "bebas dari hukum".

Selain itu, Kelsen berpendapat bahwa konsepsi ganda tersebut melibatkan pembedaan antara jus publicum dan jus privatum: pembedaan tersebut tidak dikenal sebelum diterimanya hukum Romawi, dan tercermin dalam "perbedaan yang mendalam" antara "hukum negara" dan "hukum rakyatnya", yang merupakan wilayah dengan hubungan hukum yang secara substansial berbeda. Konseptualisasi ganda tentang hubungan antara negara dan hukum selanjutnya memerlukan pembedaan tajam antara ranah peradilan (Justiz) dan administratif (Verwaltung).

Dalam pemikiran hukum akhir abad kesembilan belas dan, secara umum, dalam hukum administrasi Jerman, administrasi dipandang sebagai bentuk kekuasaan yang "pemahaman hukum" dan ketundukannya yang lengkap terhadap hukum tidak memungkinkan. Karena kegiatan administrasi merupakan "kegiatan bebas" yang bertujuan untuk mencapai "tujuan" negara, maka kegiatan tersebut tidak terikat oleh ketentuan hukum, yaitu mendahului hukum. Dengan demikian, hubungan administrasi merupakan hubungan yang tidak setara: "nilai lebih hukum" dari kekuasaan negara menemukan ekspresinya dalam hubungan administrasi, karena administrasi merupakan inti dan jaminan persatuan negara.

Kelsen meneliti tiga alur pemikiran untuk pemahaman administrasi di atas: pertama, saran Otto Mayer untuk mendirikan lembaga hukum "khusus", seperti "transaksi hukum publik", untuk mengekspresikan kekhususan "nilai lebih hukum" publik dan negara; kedua, penggunaan pembedaan Laband antara undang-undang formal dan material, dengan pemberlakuan undang-undang material dikonseptualisasikan sebagai hak prerogatif raja dan aparat birokrasinya. Seperti yang telah dicatat, ini merupakan upaya untuk mengizinkan administrasi meloloskan undang-undang material tanpa prosedur legislatif, sehingga tetap mempertahankan "kekuasaan untuk menetapkan undang-undang dan kewajiban hukum yang sejajar dengan kekuasaan legislatif formal".

Hal ini sejalan dengan gagasan tentang diskresi administratif, yang dipahami sebagai "aktivitas bebas negara dalam hukum" yang dapat dilaksanakan oleh "raja dan pemerintah" demi kepentingan publik. Ketiga, dan dalam hubungan langsung dengan "aturan hukum", Kelsen mempelajari pandangan para ahli hukum, seperti Richard Thoma, yang berpendapat bahwa "kebebasan administratif" (Freiheit der Verwaltung) harus berurusan dengan meningkatnya fungsi administratif dan ekonomi negara, yaitu dengan negara liberal menjadi Kulturstaat.

Seperti yang telah kita lihat, Kelsen menelusuri posisiposisi ini kembali ke "tujuan" dan "alasan" politik tertentu. Ia mengklaim bahwa otonomi administratif, yang menerapkan dalam negara monarkikonstitusional gagasan tentang independensi negara dari hukum, memulihkan sentralitas prinsip monarki dan mempertahankan beberapa sisa otoriter dari negara polisi. Faktanya, keadaan bahwa beberapa aspek kegiatan administratif tidak tunduk pada hukum

sesuai dengan ketergantungannya pada kekuasaan eksekutif monarki dan raja, dan tercermin, dalam hal hubungan di antara badan-badan konstitusional, dalam superioritas raja atas hukum dan, oleh karena itu, dalam sentralitas prinsip monarki.

Kelsen menekankan sentralitas prinsip ini dalam doktrin Jerman dan fakta bahwa prinsip ini "memberikan kekuasaan yang signifikan kepada raja, eksekutif dan administrasi dengan alasan bahwa kompleks kelembagaan monarkibirokrasi mewakili "Negara", yaitu inti fundamental dari pengalaman politik". Oleh karena itu, seperti yang dikatakan Adolf Merkl, deutsche Staatsrechtslehre tercemar dengan "prasangka monarki".

Dari uraian ini juga muncul keterbatasan pemahaman Jerman tentang Rechtsstaat. Pertamatama, keterbatasan tersebut memengaruhi asas legalitas dan kedua, konsepsi kebebasan dan hak individu. Mengenai asas legalitas, teori hukum tidak mengakui adanya norma yang lebih tinggi yang mengikat legislasi untuk menghormati hak individu dan memberikan kebebasan yang luas bagi administrasi dari keutamaan hukum yang efektif.

Pandangan pertama mengarah pada penyangkalan bahwa konstitusi lebih unggul daripada legislasi, yang membuat batas-batas kekuasaan legislatif (dilihat sebagai fungsi bersama raja dan parlemen yang mengekspresikan keinginan negara) sulit dipastikan. Pandangan kedua membuat asas legalitas menjadi tidak pasti melalui sejumlah instrumen yang dimaksudkan untuk menjamin kebebasan bertindak bagi administrasi monarki. Mengenai konsepsi kebebasan dan hak individu, yang hanya akan kita bahas secara singkat, hal ini sepenuhnya dibangun atas pembedaan publik/pribadi.

Dalam sistematisasi hak subjektif publik Jellinek, hak individu dalam ranah privat dihubungkan dengan gagasan kebebasan alamiah, yaitu lingkup yang "tidak menjadi masalah" bagi negara. Sebaliknya, hak-hak individu dalam ranah publik dianggap sebagai "ciptaan" negara yang, dengan pembatasan diri, memungkinkan pengembangan hak-hak "hukum" individu. Karena sifatnya yang berubahubah sesuai dengan keinginan negara, hak-hak hukum hanya memiliki ketentuan legislatif. Oleh karena itu, hak-hak "publik" individu merupakan hasil dari keinginan negara dan, sebagaimana dicatat Kelsen, mengungkapkan "perbedaan hakiki" (Wesenverschiedenheit) antara negara dan subjek hukum lainnya.

Premis dan batasan pemahaman Jerman tentang supremasi hukum mengarah pada visi Rechtsstaat yang, sebagaimana telah kita lihat, merupakan serangkaian upaya hukum (terutama administratif) terhadap keinginan negara yang berdaulat. Kita dapat menerapkan pernyataan Kelsen tentang penerimaan hukum Romawi dan Ciri-ciri hukum publik Jerman pada pemahaman Rechtsstaat ini juga: "Hukum publik macam apa yang tidak memaksakan norma hukum positif atau kewajiban hukum apa pun kepada negara?"

7.3 KONSEPSI KELSEN TENTANG RECHTSSTAAT

Kelsen mengembangkan konsepsinya tentang Rechtsstaat dengan mengacu pada gagasan konstitusionalisme dan dengan mengakui perlunya pembaruan umum atas fungsinya, sehingga mengatasi ambiguitas dan keterbatasan mendalam model Jerman. "Pemulihan" Kelsen mengambil inspirasi dari doktrin Austria sebelumnya, khususnya dari teori hukum administratif Friedrich Tezner. Tezner, dalam konteks Austria, telah mengusulkan visi baru yang

didasarkan pada pemahaman yang kaku tentang legalitas dan pada model "yudisial" administrasi publik.

Model aturan hukum Kelsen dikembangkan baik dengan memberikan catatan sejarah yang berbeda tentang maknanya dalam kemunculan negara modern, dan dengan mendeteksi Ciri-ciri utamanya, yang disintesiskan Kelsen dalam dimensi formalnya. Dari perspektif pertama, aturan hukum dipandang sebagai “konstitusi hukum (dan berbasis negara)” (Rechts(und Staats) Verfassung), yaitu sebagai tatanan konstitusional superior yang merupakan prasyarat bagi “keseimbangan” masyarakat yang pluralistik, bukan homogen. Dari perspektif kedua, Rechtsstaat diidentifikasikan dengan kedaulatan sistem hukum dan dengan demikian dipandang sebagai “premis logis” (logische Voraussetzung) bagi “pemahaman hukum yang lengkap” tentang “hukum negara” (Staatsrecht).

Seperti disebutkan di atas, pengaruh doktrin Austria pada konsepsi Kelsen menyangkut prinsip legalitas dan penjabaran model “yudisial” administrasi publik. Prinsip tersebut merupakan inti dari perdebatan tentang diskresi administratif yang muncul setelah pembentukan Pengadilan Administratif (Verwaltungsgerichtshof) di Austria pada tahun 1875. Yurisdiksi Pengadilan tersebut tidak mencakup “hal-hal yang menjadi kewenangan administrasi untuk memberikan kewenangan diskresi”. Dalam menafsirkan ketentuan ini, dua sikap berbeda diambil: satu oleh Edmund Bernatzik yang, dari premis kebebasan administratif, menolak akuntabilitas kegiatan diskresi administratif; dan yang lainnya oleh Tezner, yang sebaliknya mengusulkan untuk membatasi pengecualian di atas dan menetapkan verifikasi semua kegiatan administratif.

Dalam perdebatan tersebut, yang secara khusus berkaitan dengan kegiatan diskresi dan hubungannya dengan “kepentingan publik”, dua konseptualisasi administrasi yang berbeda dipertentangkan: yang tradisional yang didasarkan pada kebebasan administratif dan yang lainnya memandang administrasi terikat secara kaku oleh keutamaan hukum. Meskipun memiliki visi yang berbeda, perdebatan Austria ditandai oleh ciri umum, yaitu persamaan administrasi dan peradilan dan ketundukan mereka yang setara kepada hukum. Cukuplah untuk mengingat kata-kata Bernatzik: “dalam kebebasan diskresi administratif, kriteria untuk pembedaan antara “adjudikasi” dan “administrasi” tidak dapat dideteksi”.

Bagaimanapun, tokoh utama perdebatan itu memang Tezner, yang percaya bahwa persamaan antara administrasi dan adjudikasi menyerukan kerangka hukum yang memadai untuk tindakan administratif, sehingga mengemukakan sejak akhir abad kesembilan belas – perlunya prosedur administratif. Penalaran Tezner, yang didasarkan pada pandangan tertentu tentang legalitas yang terbebas dari konseptualisasi administrasi tradisional, kemudian menjadi rujukan utama dari uraian Kelsen tentang aturan hukum.

Seperti yang telah disebutkan di atas, penjelasan ini memiliki dimensi historiskonstitusional. Dimensi ini muncul dalam masalah Haupt sehubungan dengan perkembangan negara dan hukum. Bertentangan dengan doktrin Jerman, Kelsen tidak percaya bahwa negara, alihalih hukum, adalah "otoritas asli", yang pertama adalah prius dan yang terakhir adalah posterius, yaitu bahwa negara berkembang sebelum hukum.

Argumen semacam itu "harus ditolak dengan tegas" karena "penelitian historis

membuktikan bahwa perkembangan hukum dan negara tidak terpisah" dan tidak masuk akal untuk menganggap "negara sebagai pencipta hukum", yaitu secara historis sebagai "lembaga yang mendahului hukum". Kelsen membawa analisisnya lebih jauh dengan meneliti munculnya negara modern dan dengan menyangkal bahwa negara tersebut merupakan pemutusan hubungan dengan dunia politik dan konstitusional abad pertengahan.

Meskipun Kelsen tidak memberikan catatan sejarah yang lengkap, ia menunjukkan, di satu sisi, bahwa konsep negara yang baru merupakan “ekspresi dari postulat politik tertentu yang tidak diakui oleh sistem, yang bertentangan dengan sistem hukum”; di sisi lain, bahwa negara mengekspresikan “sistem otokratis, yang dibangun atas kepentingan pangeran dan pengiringnya, yang kontras dengan tatanan hukum yang demokratis”, dengan tujuan untuk mencapai, “berbeda dengan konstitusi hukum (dan berbasis negara) (Rechts(und Staats) Verfassung), ruang lingkup tindakan yang lebih luas untuk kebebasan berdiplomasi oleh penguasa”. Oleh karena itu, negara modern menyangkal batasan konstitusional kekuasaan dan mewujudkan postulat politik bahwa negara adalah subjek kekuasaan.

Penyangkalan Kelsen terhadap kedaulatan negara memiliki dua implikasi. Di satu sisi, supremasi hukum diidentifikasikan dengan kedaulatan sistem hukum dan ketundukan negara terhadap hukum dalam aktivitasnya. Sebagaimana ditunjukkan oleh Kelsen, dan bertentangan dengan doktrin hukum administrasi Jerman, makna dari aturan hukum dapat dipahami secara benar dengan mengingat “satu poin penting: penundukan negara, dalam semua ekspresinya, kepada sistem hukum, yaitu prinsip politik tentang kekuasaan eksklusif hukum”. Sebagaimana akan kita lihat ketika membahas Ciri-ciri formalnya, aturan hukum didasarkan pada “landasan hukum yang diperlukan dari setiap kekuasaan” dan pada penolakan terhadap “kekuasaan otokratis”, yaitu kekuasaan yang tidak memiliki “landasan hukum yang eksplisit” dan “penugasan kompetensi yang formal”.

Di sisi lain, Rechtsstaat mengacu pada pemahaman yang berbeda tentang dinamika politik dan konstitusional, yang menggarisbawahi dimensi pluralistik dari dinamika ini. Seperti yang telah ditekankan, konsep Rechts (und Staats) Verfassung (yang dengannya gagasan Rechtsstaat diidentifikasi), yang digunakan oleh Kelsen untuk menggambarkan organisasi politik dan konstitusional sebelum dan sesudah munculnya negara modern, memandang sistem hukum sebagai "sistem konflik normatif, sebagai jumlah klaim dan kewajiban yang terorganisir" dan, oleh karena itu, sebagai ekspresi hukum dari pluralisme sosial.

Mereduksi dinamika politik dan konstitusional menjadi kedaulatan negara berarti menyangkal dimensi pluralistik tersebut serta peran mediasi hukum. Kelsen berpendapat bahwa dinamika politik, dari munculnya negara modern hingga negara konstitusional, didasarkan pada "distribusi kekuasaan yang pluralistik" dan pada "pencarian kesepakatan di antara berbagai kekuatan politik dan sosial melalui mediasi kontraktual"; dalam konteks seperti itu, tidak ada ruang bagi “statualitas”, yaitu bagi “kesatuan, kedaulatan, dan kekompakan negarakekuasaan publik”.

Oleh karena itu, sistem hukum menjamin keseimbangan dan pluralisme, dan tidak dapat digantikan oleh kehendak subjek berdaulat mana pun. Sistem hukum “lebih atau kurang seperti kompromi”, ia mengungkapkan “aturan umum” kehidupan politik dan “status hukum”

berbagai subjek, ia merupakan sarana untuk "melindungi hak-hak seseorang dan memulai prosedur peradilan". Dengan demikian, kedaulatan sistem hukum memungkinkan "negara dan subjek lain yang terikat oleh hukum untuk dikoordinasikan di antara mereka sendiri".

Konsep Rechtsstaat, yang dilihat sebagai Rechtsverfassung, melambangkan peran hukum dan sistem hukum sebagai struktur mediasi dan kondisi pluralisme. Uraian Kelsen ini sesuai dengan analisisnya tentang hakikat formal Rechtsstaat: dari perspektif ini, Rechtsstaat merepresentasikan kedaulatan sistem hukum dan menjadi syarat terbentuknya hukum publik. Makna "formal" mengandung Ciri-ciri hakiki yang harus dimiliki oleh negara hukum berkenaan dengan berbagai macam negara: makna ini menentukan "hakikat negara hukum" (Wesen des Rechtsstaates).

Ciri-ciri formal negara hukum dapat diringkas dalam dua hal berikut: (a) Rechtsstaat mengandung arti "perbedaan antara norma hukum dan tindakan negara, yang mana yang terakhir ditentukan oleh dan terpisah secara formal dari yang pertama"; (b) norma hukum membentuk hubungan hukum, yaitu tugas dan kewajiban yang saling terkait, di antara berbagai subjek yang terikat olehnya. Dengan demikian, Wesen Rechtsstaat terbentuk, pertamatama, dalam keutamaan (kedaulatan) sistem hukum dan, kedua, dalam kenyataan bahwa tidak ada kewajiban tanpa norma hukum yang sesuai.

Dengan demikian diasumsikan bahwa "negara hanya dapat 'menginginkan' dan 'bertindak'" (der Staat kann nur "wollen" und "handeln") sesuai dengan apa yang ditetapkan oleh sistem hukum, dan bahwa tidak seorang pun memiliki kewajiban hukum yang tidak terkait dengan norma hukum. Kedua prinsip ini berarti bahwa, "di bawah aturan hukum," orang negara "dapat dianggap memiliki kewajiban dan hak, yang terikat seperti semua individu lainnya" oleh hukum. Hak dan kewajiban, yaitu hubungan hukum di antara individu, termasuk negara, ditentukan oleh sistem hukum, yaitu oleh sistem norma.

Konsepsi "formal" tentang aturan hukum sebagai premis logis hukum publik juga memiliki sejumlah konsekuensi signifikan bagi karakter hukum berbagai tindakan negara dan bagi kesatuan sistem. Pertama, suatu tindakan negara hanya sah jika ada otorisasi normatif (Ermächtigung) oleh konstitusi atau undang-undang, dan bukan hanya sekadar kemauan yang dianggap oleh negara. Kedua, karena norma mengungkapkan "hubungan hukum" (Rechtsverhältnisse) di antara individu dan hubungan ini dianggap hanya dalam dimensi formalnya (sebagai pemberian hak dan kewajiban), semua kondisi prahukum (kekuasaan, kekuatan atau kedaulatan) yang mengandung norma secara material dan subjektif (kualitas individu yang terlibat dalam hubungan tersebut) dikecualikan dari pertimbangan hukum dan teori imperatif dapat ditolak. Ketiga, kesatuan sistem hukum bergantung pada semua tindakan negara yang berasal dari sistem norma. Keempat, adalah mungkin untuk mengembangkan konsepsi yang terpadu tentang subjektivitas hukum, menyamakan berbagai tindakan eksekutif dari sistem hukum (akta, putusan, transaksi hukum), dan menolak pembedaan publik/privat dan doktrin hukum publik yang terkait dengannya.

Konseptualisasi ini menyoroti ketidaksinambungan antara pemahaman Kelsen tentang aturan hukum dan doktrin Jerman. Tidak seperti premis yang terakhir, gagasan Kelsen tentang Rechtsstaat dicirikan oleh hubungan langsung antara kedaulatan sistem dan pemerataan

semua subjek hukum. Dengan melepaskan sentralitas negaraorang, Kelsen "meninggalkan seluruh tradisi penyelesaian hukum abad kesembilan belas" dan menegakkan prinsip legalitas yang tidak dibatasi oleh peran negara.

Gagasan tentang aturan hukum ditentukan sehubungan dengan hubungan antara hukum dan administrasi: administrasi hanya memiliki peran "eksekutif" dan tindakan administratif tidak dapat lagi dianggap sah dan dipandang secara intrinsik tidak sesuai dengan tinjauan yudisial. Lebih jauh, penolakan terhadap gagasan tentang kehendak negara berujung pada penolakan terhadap penjelasan Jellinek tentang hak-hak individu “publik”.

Di bawah supremasi hukum, hubungan yang setara di antara berbagai subjek mengesampingkan kemungkinan hak-hak “diberikan” oleh negara atau berasal dari “pembatasan diri” negara. Pembatasan diri dianggap sebagai konsep “nonhukum” (unjuristisch) yang tidak dapat menjadi dasar status hukum individu. Dengan demikian, model supremasi hukum yang diajukan oleh Reine Rechtslehre mengatasi konsepsi abad kesembilan belas dan, melalui gagasan tentang kedaulatan eksklusif sistem hukum, membuka jalan bagi konseptualisasi konstitusi sebagai sumber hukum yang lebih tinggi.

7.4 RECHTSSTAAT DAN KONSTITUSI

Konsepsi “formal” tentang negara hukum, yang dikembangkan oleh Kelsen pada tahun 1910an, dielaborasi pada tahun-tahun berikutnya melalui konsepsi sistem hukum yang dinamis, yang memperoleh dimensi “substansial” sebagai teori tentang makna negara hukum dalam sistem demokrasi. Dimensi substansial dikembangkan dari perspektif ganda: dalam pengertian yang lebih teknis dan hukum, melalui konsepsi struktur hukum hierarkis (Stufenbau) dan keutamaan konstitusi; dan melalui analisis makna konstitusi yang sebenarnya. Menurut Kelsen, perbedaan formal/substansial melambangkan perbedaan antara makna umum negara hukum dan spesifikasinya yang berbasis pada konten dalam sistem hukum yang berbeda; oleh karena itu, struktur hierarkis, keutamaan konstitusi, dan analisis maknanya mewakili dimensi berbasis konten demokrasi abad kedua puluh.

Dengan kata lain, argumen formal didorong lebih jauh sehubungan dengan perubahan dalam dinamika hukum publik. Konsep konstitusi (Verfassung) dan konsepsi dinamis menegaskan dan menyimpulkan uraian Kelsen tentang supremasi hukum dan organisasi negara yang sah, yang pertama kali diuraikan dalam Hauptprobleme dan tulisan-tulisannya selanjutnya. Pembacaan paralel dapat melihat argumen Kelsen sebagai teori "demokrasi konstitusional", yaitu teori tentang bagaimana supremasi hukum diimplementasikan dalam demokrasi dan bagaimana "demokrasi dan konstitusionalisme" dapat hidup berdampingan.

Uraian Kelsen tentang demokrasi konstitusional didasarkan pada definisi baru: demokrasi dipisahkan dari gagasan kedaulatan rakyat dan, dalam terang yang baru, pluralisme dan kebebasan yang sekarang menjadi ciri masyarakat; keputusan mayoritas dibatasi, dan pluralisme dijamin, oleh hak-hak individu. Seperti yang terlihat di atas, dimensi "substansial" dari Rechtsstaat memiliki dua sisi: ia menyiratkan (a) gagasan tentang struktur hierarki sistem hukum; dan ia memperhatikan (b) konsep dan fungsi konstitusi. (a) “Doktrin tentang organisasi hierarkis” sistem hukum (Stufenbaulehre) dan konstitusi sebagai norma yang lebih tinggi

dikaitkan dengan interpretasi baru tentang pembagian tradisional fungsi negara menjadi tiga kekuasaan.

Kelsen mengkritik aspek ideologis dan konsekuensi politik dari pembagian ini. Aspek-aspek teori pemisahan kekuasaan ini, yang merupakan ideologi monarki konstitusional, terlihat dalam konseptualisasi legislasi berbasis konten sebagai penentuan "bebas" tujuan negara dan dalam visi kekuasaan eksekutif sebagai "ditempatkan pada tingkat yang sama" (Gleichgeordnete) dengan kekuasaan legislatif. Didasarkan pada "pertimbangan historis dan politik yang didasarkan pada esensi 'kedaulatan' dan 'negara'". Teori ini membuat Kelsen menolak kemungkinan "kontrol hukum atas kegiatan legislatif" dan memandang administrasi sebagai kegiatan yang hanya sebagian terikat oleh hukum.

Sebaliknya, konsepsi hierarkis sistem hukum dan, terkait dengannya, keutamaan konstitusi memungkinkan pemisahan kekuasaan yang kaku untuk diatasi, karena ia memahami semua tindakan negara sebagai pelaksanaan konstitusi dan, dengan menyediakan "platform pemersatu yang solid yang menundukkan kekuasaan pada hukum, memastikan penghormatan terhadap batas-batas bersama dan koordinasi kekuasaan bersama". Konstitusi menjadi "fondasi persatuan" negara dan merupakan sarana untuk penundukan kekuasaan sepenuhnya pada hukum.

Lebih jauh, legislasi dengan demikian dapat dianggap sebagai fungsi hukum sepenuhnya, dan dengan demikian tunduk pada tinjauan yudisial atas kepatuhannya terhadap konstitusi, baik secara formal maupun substansial. Kebetulan antara kedaulatan sistem hukum dan keutamaan konstitusi membutuhkan keadilan konstitusional untuk menjamin keabsahan semua fungsi negara dan koherensi sistem hukum. Konseptualisasi hierarkis sistem hukum dan gagasan konstitusi memungkinkan untuk memperluas "prosedur peradilan ke area yang secara tradisional tidak tertarik atau menolak keterlibatan hukum, yaitu kontroversi di mana hukum tidak lagi menjadi kriteria tetapi objek penilaian".

Menurut Merkl, struktur hierarkis sistem hukum menyoroti fakta bahwa "pembuat undang-undang memiliki atasan, yaitu konstitusi". Terakhir, argumen Hauptprobleme menunjukkan bahwa struktur hierarkis membuat tindakan administratif sepenuhnya tunduk pada hukum, karena itu dipahami, seperti semua tindakan negara lainnya, sebagai fungsi hukum dan eksekutif sistem hukum yang sepenuhnya. Dalam paradigma ini, administrasi sepenuhnya disamakan dengan peradilan, sejalan dengan model "yudisial" administrasi publik, yang telah mengakar dalam mazhab Austria.

Oleh karena itu, Stufenbaulehre dan keunggulan konstitusi atas semua sumber hukum lainnya sesuai dengan penundukan penuh kekuasaan kepada hukum dan pengaturan kekuasaan tertentu. Seperti yang akan kita lihat di bawah, dari sudut pandang pengaturan kekuasaan, sistem hierarkis menggambarkan dalam istilah hukum baik struktur sistem demokrasi maupun sentralitas parlemen: seperti yang telah ditunjukkan, "konstruksi hierarkis fungsi negara" (Stufenbau der Staatsfunktionen) tersebut memiliki dampak konstitusional langsung. Oleh karena itu, konstruksi semacam itu merupakan pengembangan terakhir model negara hukum yang dikemukakan Kelsen pertama kali dalam Hauptprobleme: sejalan dengan negara hukum dan kedaulatan sistem hukum, semua tindakan negara dianggap sebagai fungsi

yang ditentukan secara hukum, yaitu dilakukan atas dasar otorisasi hukum tertentu.

(b) Aspek kedua dari dimensi "substansial" dari aturan hukum adalah analisis konsep konstitusi. Analisis ini terkait erat dengan analisis fungsi konstitusi: Kelsen melihat keutamaan konstitusi sebagai persyaratan pluralisme demokrasi; lebih jauh, ia mengembangkan konsepsi "konstitusional" tentang demokrasi, yaitu tentang batas-batas kedaulatan rakyat. Konsep konstitusi dikaji dari dua perspektif: satu berkaitan dengan organisasi dan hubungan di antara berbagai kekuasaan negara; yang lain dengan hubungan berbasis konten antara negara dan individu.

Untuk tujuan ini, Kelsen mendefinisikan konsep konstitusi dengan secara khusus merujuk pada batasanbatasan yang diberlakukannya pada proses legislatif: dalam lingkup ini, ia meneliti perbedaan antara bentuk dan konten dan mengemukakan argumen untuk dimensi berbasis konten konstitusi. Memang, kendala yang diberlakukan oleh konstitusi pada proses legislatif tidak terbatas pada aturan prosedural yang diperlukan untuk pembuatan undang-undang; kendala tersebut juga menyangkut aturan "yang mengatur, bukan pembuatan, melainkan konten undang-undang".

Oleh karena itu, harus ditarik garis pemisah antara konsepsi sempit tentang konstitusi, yaitu "landasan yang diperlukan dari aturan hukum yang mengatur perilaku timbal balik para anggota negara", dan "gagasan tentang konstitusi dalam arti yang paling luas", yang "tujuan awalnya, jika tidak eksklusif", adalah untuk menarik "asas, arahan, dan batasan yang memengaruhi isi undang-undang di masa mendatang". Konsep konstitusi dengan demikian tidak terbatas pada "norma-norma tentang badan legislatif dan prosedur"; melainkan, mengacu pada dimensi isi "hak-hak dasar atau kebebasan individu". Oleh karena itu, konstitusi "bukan hanya aturan prosedural tetapi juga aturan substansial". Dengan kata lain, konsep konstitusi ada dua: ia mencakup baik organisasi kekuasaan negara maupun hak-hak dasar.

Kelsen meneliti konseptualisasi konstitusi di atas dalam kaitannya dengan bentuk-bentuk baru pluralisme dan kebebasan yang ditimbulkan oleh munculnya demokrasi. Mengenai pluralisme, Kelsen berfokus pada pluralisme sosial dan dampak politiknya dengan berkonsentrasi (dalam Vom Wesen und Wert der Demokratie) pada rakyat dan kedaulatan rakyat. Bersama dengan kritiknya terhadap doktrin abad kesembilan belas dan pemahamannya tentang sistem hukum yang menjamin "keseimbangan" di antara kekuatan yang saling bertentangan, Kelsen berpendapat bahwa suatu rakyat tidak dapat secara sosiologis atau politis dipahami sebagai representasi dari kesatuan atau substratum dari keinginan negara; sebaliknya, suatu rakyat adalah "multiplisitas kelompok yang berbeda" yang dibagi oleh "kontras nasional, agama, dan ekonomi".

Ini membuka jalan bagi pertentangan politik Kelsen yang paling relevan: pluralisme sosial mengarah pada "salah satu elemen terpenting dari demokrasi yang sebenarnya, yaitu dalam koeksistensi partaipartai politik", yang menjadi "demokrasi modern sepenuhnya didasarkan". Dalam sistem demokrasi, keinginan negara hanyalah "hasil dari keinginan partaipartai politik". Hal ini sejalan dengan perubahan dinamika hukum publik: dalam sistem demokrasipluralistik, hubungan antara negara dan individu dimediasi oleh “kelompok kolektif, seperti partai politik, yang menyatukan keinginan yang sama dari individu”.

Perubahan-perubahan ini sejajar dengan apa yang disebut Kelsen sebagai "metamorfosis dalam konsepsi kebebasan". "Perubahan makna" seperti itu disebabkan oleh fakta bahwa, untuk menjadi "asas" demokrasi, kebebasan tidak lagi dilihat sebagai "negatif" tetapi sebagai kebebasan "sosial atau politik" (positif). Kelsen menilai kembali gagasan kebebasan secara menyeluruh: konseptualisasi klasiknya sebagai kebebasan "negatif", yaitu sebagai domain untuk otonomi individu yang dilindungi terhadap intrusi negara, memberi jalan kepada gagasan kebebasan "positif", yaitu "partisipasi individu dalam kekuasaan negara". Terjadi hubungan baru antara kebebasan dan kesetaraan, di mana demokrasi menjadi sistem yang berusaha untuk "mensintesiskan" kedua nilai ini.

Seperti yang telah digarisbawahi, konsepsi baru Kelsen tentang kebebasan harus dipahami dalam terang pergeseran dari negara liberal ke negara sosialdemokratik. Kebebasan yang "positif" mengatasi pertentangan liberal antara kebebasan dan kesetaraan: partisipasi dalam "menciptakan sistem hukum" mensyaratkan, bagi berbagai subjek, kesempatan yang sama untuk memilih. Oleh karena itu, kebebasan politik mensyaratkan pilihan bebas individu, yang hanya dapat dicapai jika tidak terhalang oleh kendala ekonomi atau sosial.

Oleh karena itu, "kebebasan 'negatif' adalah baik bukan secara intrinsik tetapi hanya jika itu adalah bagian atau aspek dari konsep 'kebebasan positif' yang lebih luas". Ini memerlukan dua pertimbangan berikut: di satu sisi, kebebasan positif menyiratkan pilihan otonom individu dalam dunia politik; di sisi lain, pilihan otonom hanya dapat dilakukan jika kesetaraan "substansial" minimum dijamin.

Hal ini, pada gilirannya, membangun hubungan yang tidak dapat diputuskan antara demokrasi dan hak-hak sosial dan secara substansial menyiratkan yang pertama. Jika "sistem didasarkan pada kebebasan positif" maka "prinsip 'kebebasan dari kekurangan'" dan "koeksistensi" hak-hak sosial dalam dunia politik yang demokratis menjadi Ciri-ciri esensial sistem tersebut. Kelsen mengembangkan argumen ini dengan mengevaluasi secara kritis "konsepsi atomistikindividualistik": kebebasan demokratis tidak mengandaikan individu yang terisolasi, dari tradisi liberal, tetapi seorang individu yang menemukan dimensi esensialnya dalam "asosiasi kolektif". Oleh karena itu, kebebasan positif secara sintetis melambangkan visi subjek sebagai "individu" sosial.

Kaitan antara konstitusi, pluralisme, dan kebebasan membuat Kelsen melihat konstitusi sebagai syarat demokrasi. Fakta pluralisme mensyaratkan supremasi konstitusi sebagai "aturan prosedural" yang lebih tinggi yang mengatur dinamika demokrasi. Dengan menetapkan secara formal "proses pembuatan undang-undang", konstitusi menentukan, dalam sistem pluralistik partai politik, aturan-aturan interaksi demokrasi.

Oleh karena itu, supremasi konstitusional secara ketat terkait dengan pluralisme dan perlunya aturan-aturan tentang pembentukan kemauan politik yang benar, yang tidak dapat diserahkan kepada mayoritas politik yang bervariasi. Dari sudut pandang ini, konstitusi yang kaku merupakan "jaminan" pembentukan kemauan politik yang benar. Lebih jauh, konstitusi – yang dipahami bukan sebagai aturan "prosedural" tentang "oleh siapa" dan "bagaimana" keputusan dapat diambil tetapi lebih sebagai "aturan substansial" terjalin erat dengan "jaminan" pluralisme dan dengan masalah klasik "kesewenang-wenangan mayoritas".88

Dalam hal ini, pencantuman hak-hak fundamental dalam konstitusi melindungi kaum minoritas. Karena perlindungan kaum minoritas adalah “fungsi esensial dari apa yang disebut hak dan kebebasan fundamental, atau hak asasi manusia atau warga negara, yang dijamin oleh semua konstitusi modern demokrasi parlementer”.

Dalam sistem demokrasipluralistik yang dicirikan oleh kebebasan positif, hak-hak fundamental tidak lagi hanya “sarana untuk melindungi individu terhadap negara”; melainkan, mereka juga “sarana untuk melindungi kaum minoritas”. Pluralisme mengharuskan keinginan mayoritas untuk tunduk pada batasan “berbasis konten” yang menjamin kebebasan dan hak91 dan pluralisme keinginan politik. Tidak seperti di Negara-negara monarkikonstitusional, hak-hak tidak lagi melindungi lingkup kebebasan individu dari negara; sebaliknya, hak-hak tersebut menjamin kaum minoritas dan membatasi kekuasaan mayoritas.

Dengan kata lain, keutamaan konstitusi memiliki nilai ganda: di satu sisi, ia “menjamin” aturan-aturan prosedural yang mengarah pada pembentukan keinginan politik; di sisi lain, ia melindungi kaum minoritas dan menjamin pluralisme dalam sistem demokrasi. Karena kebebasan “positif” individu mensyaratkan regulasi konstitusional atas ekspresi dan isi keinginan politik, keunggulan konstitusi menjadi elemen demokrasi yang berkorelasi. Uraian tentang hubungan antara konstitusi dan demokrasi ini memiliki dua implikasi lebih lanjut bagi konsep konstitusi dan perubahan-perubahan dalam konsep demokrasi.

Model konstitusional Kelsen memandang konstitusi sebagai “norma hukum tertinggi yang menjamin” daripada sebagai “prinsip pertama persatuan atau tatanan politik”, karena ia menghargai adanya pluralisme sosial dan menolak segala bentuk persatuan substansial. Konstitusi tidak dihasilkan dari keputusan subjek tertentu; sebaliknya, konstitusi ini adalah “konstitusi tanpa wewenang” yang “menjamin keseimbangan relatif yang telah dicapai oleh kelompok-kelompok yang berjuang untuk mendapatkan kekuasaan”.

Konsepsi konstitusi ini mempengaruhi hubungan antara konstituen dan yang dibentuk, yaitu peran kekuasaan konstituen. Gagasan konstitusi sebagai sesuatu yang tidak memiliki wewenang dan sebagai sebuah “jaminan” memisahkan konstituen dan yang dibentuk: keabsahan (landasan) konstitusi tidak berasal dari kekuasaan konstituen tetapi didasarkan pada sebuah norma yang dengannya “kekuasaan konstituen hanyalah sebuah fakta belaka”.

Dengan demikian, kekuasaan konstituen hanyalah “sebuah konsep yang bersifat batas dan analitis yang semata-mata digunakan untuk menunjukkan persyaratan teoritis konstitusi”: dalam sebuah konstitusi yang “menjamin”, tidak ada ruang untuk gagasan “Jacobin” (dan umumnya demokratisradikal) bahwa kekuasaan konstituen mampu meninjau konstitusi; sebaliknya, proses konstituen “memunculkan aturan-aturan umum” yang menetapkan “bentuk-bentuk dan batasanbatasan” kekuasaan. Dengan demikian, proses konstituen tidak menyiratkan kedaulatan subjek tertentu, melainkan aturan "hukum" yang menetapkan "keseimbangan" hukum di antara berbagai subjek.

Sehubungan dengan gagasan demokrasi, pandangan Kelsen tentang organisasi kekuasaan pemerintahan menegaskan peran "penjaminan" teori tersebut: konstitusi tampak "seimbang" karena secara fungsional dipahami untuk memastikan keseimbangan kekuasaan dan bukan, seperti halnya konstitusi "monis", untuk memilih "organ" yang berdaulat dalam

kekuasaan negara. Oleh karena itu, parlemen adalah pusat tetapi tidak berdaulat, karena sistem tersebut ditujukan untuk keseimbangan di antara kekuasaan.

Oleh karena itu, gagasan demokrasi berubah: demokrasi tidak lagi diwakili oleh kedaulatan rakyat Rousseau yang diungkapkan melalui prinsip mayoritas; sebaliknya, ia dipahami sebagai prinsip "mayoritasminoritas" yang konsisten dengan pembatasan kekuasaan mayoritas. Dengan demikian, demokrasi memperoleh dimensi "konstitusional": ia tidak diidentikkan dengan kedaulatan rakyat dan prinsip mayoritas, tetapi dicapai melalui batasan kekuasaan tersebut dan "kompromi" antara mayoritas dan minoritas. Jika prinsip mayoritas dihubungkan dengan gagasan kebebasan dan bukan kedaulatan, ia "secara logis" bertumpu pada perlindungan dan pembelaan terhadap kaum minoritas.

Sistem demokrasi dibangun atas pergantian sikap politik dan dengan demikian atas pluralisme. Oleh karena itu, prinsip mayoritas ternyata merupakan prinsip mayoritasminoritas: ia tidak bertepatan dengan kekuatan numerik suara tetapi dengan kemungkinan bagi minoritas untuk menjadi mayoritas. Dimulai dengan peran hak-hak fundamental, konsepsi semacam itu menyiratkan dialektika berkelanjutan di antara berbagai sikap dan, akhirnya, jaminan bagi kaum minoritas; ini menyerukan sistem yang, seperti yang akan kita lihat, melibatkan kekuatan tandingan terhadap kekuatan mayoritas.

7.5 PERAN KEADILAN KONSTITUSI

Uraian tentang supremasi hukum dan peran konstitusi ini mendukung gagasan Kelsen tentang keadilan konstitusional. Bagi Kelsen, peninjauan undang-undang merupakan persyaratan hukum dari supremasi sistem hukum dan keutamaan konstitusi. Ia berpendapat bahwa "konstitusi yang tidak menjamin pembatalan tindakan yang tidak konstitusional, secara teknis, tidak sepenuhnya mengikat".

"Jaminan yurisdiksi, yaitu keadilan konstitusional", oleh karena itu merupakan sarana teknis "untuk memastikan pelaksanaan fungsi negara secara teratur". Karena didasarkan pada struktur hierarki sistem hukum dan gagasan perundang-undangan sebagai "penerapan hukum", keadilan konstitusional terdiri dari penilaian "keteraturan" undang-undang, yaitu "kesesuaian antara tingkatan sistem hukum yang lebih rendah dan yang lebih tinggi". Ini adalah salah satu "jaminan konstitusi, yaitu jaminan dasar konstitusionalitas undang-undang" dan pembatalan "undang-undang yang tidak konstitusional".

Dalam sistem demokrasipluralistik, keadilan konstitusional adalah instrumen hukum utama yang membuat konstitusi efektif dan memungkinkannya untuk menjamin demokrasi. Dengan demikian, Kelsen menggarisbawahi implikasi politik dari keadilan konstitusional: pluralisme dan keseimbangan di antara kekuasaan. Karena keadilan konstitusional memiliki fungsi politik langsung sebagai pembatasan kekuasaan legislatif: ia adalah "lembaga kontrol" yang secara efektif menjamin kaum minoritas.

Keadilan konstitusional adalah "kondisi keberadaan" republik demokratis: karena demokrasi mengharuskan kontrol hukum diperketat terhadap "dominasi" mayoritas. Menurut Kelsen, keadilan konstitusional "dengan memastikan konstitusionalitas pembuatan undang-undang dan khususnya konstitusionalitas material undang-undang, merupakan perlindungan

yang efektif bagi kaum minoritas terhadap penyalahgunaan mayoritas".

Perlindungan hukum konstitusi merupakan "instrumen yang memadai" untuk melindungi kaum minoritas dan untuk melaksanakan sistem demokrasi yang hakikatnya bukanlah "kemahakuasaan mayoritas" tetapi "kompromi yang terus menerus di antara kelompok-kelompok yang diwakili oleh mayoritas dan minoritas di parlemen". Perlindungan hukum memungkinkan adanya pertentangan terhadap "kediktatoran mayoritas, yang tidak kalah berbahayanya bagi perdamaian sosial daripada kediktatoran minoritas".

Bersama dengan perannya yang menjamin, Kelsen menekankan bahwa keadilan konstitusional, yang independen "baik dari parlemen maupun dari pemerintah", memenuhi tuntutan untuk saling mengendalikan kekuasaan dan, oleh karena itu, memenuhi persyaratan konstitusi yang seimbang. Organisasi peradilannya, sebagai Mahkamah Konstitusi yang merupakan kekuatan tandingan terhadap legislatif dan eksekutif, terkait dengan makna "pemisahan kekuasaan" dalam "republik demokratis": keadilan konstitusional memungkinkan "distribusi kekuasaan di antara berbagai lembaga, bukan untuk mengisolasi mereka satu sama lain tetapi untuk memungkinkan mereka saling mengendalikan".

Dengan kata lain, keadilan konstitusional dan Mahkamah Konstitusi sama sekali tidak bertentangan dengan "prinsip pemisahan kekuasaan"; sebaliknya, hal tersebut merupakan "pencapaian" demokrasi, karena tidak hanya mencegah "pemusatan kekuasaan yang berlebihan di tangan satu lembaga yang akan merugikan demokrasi" tetapi juga "menjamin operasi rutin semua lembaga".

Kaitan antara pengujian undang-undang dan peran jaminan dan penyeimbang konstitusi hanyalah satu aspek dari argumen Kelsen. Sebab, ia juga membahas ruang lingkup Mahkamah Konstitusi untuk membatalkan undang-undang. Hal ini menimbulkan masalah tentang batasan dan karakteristik pengujian undang-undang dan hubungannya dengan kekuasaan legislatif, yang pada gilirannya menimbulkan masalah tentang ruang lingkup dan karakter penafsiran Mahkamah terhadap konstitusi.

Masalah ini adalah menentukan tugas dan batasan keadilan konstitusional: apakah Mahkamah harus memiliki fungsi "pengendalian" belaka atau peran yang lebih luas dan langsung bersifat politis. Aspek terakhir lebih relevan secara langsung bagi model Mahkamah Konstitusi Kelsen: apakah Mahkamah tersebut membentuk Mahkamah yang lebih "politis" atau lebih "yudisial" (meskipun perbedaannya hanya bersifat orientasi).

Hal ini memerlukan analisis terhadap berbagai masalah termasuk, setidaknya, sifat pengujian Mahkamah, subjek yang berhak memintanya, anggota Mahkamah, dan konsekuensi hukum dari putusannya. Sementara model Kelsen sebagian besar dianggap "nonpolitis", karena ia membatasi yurisdiksi Pengadilan *vis a vis* kekuasaan legislatif, perlu diperhatikan bahwa, baik dalam kontribusinya terhadap Konstitusi Austria maupun dalam karya-karyanya berikutnya, Kelsen mendukung pluralitas perspektif. Hal ini berlaku untuk perbedaan antara tinjauan abstrak dan khusus dan, lebih langsung, tentang karakter interpretasi Pengadilan terhadap konstitusi.

Perbedaan antara tinjauan abstrak dan khusus mencerminkan alternatif yang umumnya menjadi ciri tindakan peradilan "antara perlindungan objektif sistem hukum dan

perlindungan serta jaminan hak-hak individu”; dalam kasus tinjauan peradilan, kepentingan objektif adalah “perlindungan konstitusi”. Perbedaan antara kedua model tersebut adalah bahwa dalam kasus pertama, “keraguan mengenai konstitusionalitas hukum tampak abstrak dan teoritis, dan tidak ada kepentingan material tertentu yang terlibat”, sedangkan dalam kasus terakhir “kepentingan subjek hukum yang sebenarnya terlibat”. Oleh karena itu, dalam kasus pertama, peninjauan menyangkut cacat “abstrak” hukum, sedangkan dalam kasus kedua “kerugian terhadap hak individu langsung diperhitungkan” dan penilaian didasarkan pada “kelemahan khusus” hukum yang mengarah pada kerugian tersebut.

Tidak diragukan lagi bahwa model Kelsen, yang didasarkan pada peninjauan oleh Pengadilan pusat, adalah pemeriksaan “abstrak”: monopoli lembaga yang dikhususkan untuk meninjau undang-undang berarti bahwa “konstitusi hampir secara otomatis dihapus dari berbagai instrumen yang biasanya tersedia bagi hakim dalam pelaksanaan tugas mereka”; oleh karena itu, keadilan konstitusional cenderung melakukan peninjauan objektif yang terputus dari perlindungan hak-hak khusus.

Bahasa Indonesia: Sementara ini tampaknya penting dan mungkin lazim dalam pemikiran Kelsen, Kelsen menganggap yurisdiksi konstitusional juga memberikan perlindungan langsung terhadap hak-hak. Ini dapat ditunjukkan sehubungan dengan pembentukan Pengadilan Austria. Pengembangan Verfassungsgerichthof dan konseptualisasinya sebagai "penjamin konstitusi" daripada sekadar instrumen untuk keseimbangan antara Bund dan Länder selama proses subkomite majelis konstituante merupakan hasil dari peningkatan jumlah cara untuk meminta peninjauan undang-undang.

Memang, hanya melalui usulan Kelsen tentang kemungkinan Pengadilan mengaktifkan dirinya sendiri melalui prosedur ex officio (amstwegiges Verfahren) bahwa peninjauan undang-undang memperoleh makna yang lebih luas dari perlindungan "objektif" terhadap konstitusi; Pengadilan mengambil peran tidak hanya untuk menjamin keseimbangan di antara berbagai tingkatan undang-undang Federal tetapi juga untuk memeriksa penegakan konstitusi secara keseluruhan.

Pertimbangan serupa berlaku untuk kemungkinan interpretatif Pengadilan. Meskipun pendekatan Kelsen secara umum ditafsirkan berdasarkan argumennya yang terkenal tentang perlunya konstitusi untuk menghindari penggunaan "rumus yang tidak jelas" atau prinsip yang tidak pasti seperti "cita-cita keadilan, kesetaraan, moralitas, dll.", perlu ditambahkan bahwa pertimbangan tersebut tidak memberikan gambaran lengkap tentang pemikirannya. Sementara Kelsen menganggap konstitusi nonprogramatik diperlukan untuk menghindari "pergeseran kekuasaan" dari legislator ke hakim konstitusi, ia juga menegaskan hubungan antara posisi ini dan perlindungan hak.

Dengan kata lain, pertimbangan kritis Kelsen hampir secara eksklusif menyangkut norma-norma "programatik" daripada "ketentuan tentang isi undang-undang, yang dapat ditemukan dalam deklarasi hak-hak individu". Selain itu, sementara Kelsen percaya bahwa konstitusi menetapkan batasanbatasan di mana legislator dapat bertindak, ia juga menggarisbawahi kemungkinan Pengadilan memilih di antara berbagai pilihan interpretatif dan dengan demikian di antara berbagai nilai. Meskipun Kelsen memandang peran Pengadilan

sebagai pemeriksaan untuk "kesesuaian aturan yang lebih rendah dengan aturan yang tepat di atasnya", aspek lain yang sama pentingnya dari pemikirannya adalah evaluasi yang lebih politis atas aktivitas Pengadilan.

Pendekatan ini khususnya hadir dalam beberapa bagian jawaban Kelsen kepada Carl Schmitt, di mana konsepsi Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang memutuskan konflik kepentingan "aktual" secara eksplisit disertai dengan pilihan untuk opsiopsi tertentu. Kelsen berpendapat bahwa ketika sebuah aturan memberikan “ruang yang cukup untuk pertimbangan”, aktivitas Pengadilan “tidak secara langsung, atau tidak hanya, berkaitan dengan masalah konstitusionalitas; tetapi juga berurusan dengan peluang aturan yang disengketakan”; dalam kasus seperti itu, interpretasi harus mengacu pada “cara terbaik pembuatan hukum individu atau umum dalam kerangka keseluruhan konstitusi”.

Oleh karena itu, putusan Pengadilan mewakili “perkembangan konstitusi dalam arah tertentu”, karena setiap putusan individu oleh Pengadilan menyangkut “konflik kepentingan yang ada” dan dipengaruhi oleh “realitas sosiologis yang menjadi asal kontroversi: dengan kata lain, fakta bahwa, seperti dalam semua tindakan hukum lainnya, dalam keputusan Pengadilan dan khususnya Pengadilan yang merupakan penjaga konstitusi ada benturan kepentingan yang saling bertentangan, dan setiap putusan berdampak pada kepentingan yang saling bertentangan, yaitu menguntungkan salah satu dari mereka atau memediasi di antara mereka”.

Pertimbanganpertimbangan di atas, selain menjadi penentu dalam mengonfigurasi peran Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga peradilan, merupakan gambaran dari pemahaman yang “politis” dan luas tentang keadilan konstitusional. Oleh karena itu, pemikiran Kelsen hampir tidak dapat dibingkai dalam satu pandangan tunggal yang spesifik atau didefinisikan oleh satu karakter univokal. Memang, pendirian Kelsen mencakup spesifikasi yang berbeda mengenai sifat dan fungsi Mahkamah dan mencerminkan sejumlah kebutuhan politik dan kelembagaan yang berbeda.

Pendekatan ini menunjukkan kesadaran Kelsen tentang beberapa isu kritis keadilan konstitusional: di satu sisi, aspek-aspek penting dari konfigurasinya tampaknya tidak mungkin ditentukan tanpa mempertimbangkan karakteristik konstitusi; di sisi lain, hubungan ini juga bergantung pada hubungan politik dan pada pengaturan konstitusional keseluruhan dari bentuk pemerintahan, yaitu apakah konstitusi itu “monistik” atau “pluralistik”. Dari perspektif ini, teori Kelsen harus dilihat sebagai definisi yang “terbuka” mengenai keadilan konstitusional, yang dispesifikasikan berdasarkan hubungan konstitusional yang sebenarnya: dengan kata lain, konfigurasi Mahkamah Konstitusi berbeda-beda sesuai dengan kondisi politik dan konstitusional di mana ia berada.

BAGIAN III
PERDEBATAN KONTEMPORER

BAB 8
MASA LALU DAN MASA DEPAN RULE OF LAW

8.1 RULE OF LAW, NEGARA HUKUM, DAN NEGARA KONSTITUSIONAL

Frasa "rule of law" umumnya memiliki dua makna berbeda yang harus dibedakan secara tegas. Dalam pengertian yang paling luas, atau lemah atau formal, istilah ini berarti sistem hukum apa pun di mana kekuasaan publik diberikan oleh hukum dan dijalankan dalam bentuk dan melalui prosedur yang ditentukan oleh hukum. Dalam pengertian ini, yang sesuai dengan Rechtsstaat Jerman, semua sistem hukum modern di mana kekuasaan publik memiliki sumber dan bentuk hukum adalah "negara hukum" dalam arti formal semata dari "aturan hukum".

Dalam arti kedua, yang kuat dan substantif, "aturan hukum", sebaliknya, hanya berlaku untuk Sistem-sistem di mana kekuasaan publik juga tunduk pada (dan karenanya dibatasi atau dibatasi oleh) hukum tidak hanya dalam bentuknya, tetapi juga dalam isi keputusan-keputusannya. Dalam pengertian ini, yang lazim di Eropa kontinental, frasa "aturan hukum" menunjukkan sistem hukum dan politik di mana semua kekuasaan, termasuk kekuasaan legislatif, dibatasi oleh prinsip-prinsip substantif yang biasanya ditetapkan oleh konstitusi, seperti pemisahan kekuasaan dan hak-hak fundamental.

Saya akan berpendapat bahwa kedua arti yang berbeda ini sesuai dengan dua model normatif yang berbeda yang berkaitan dengan dua sejarah yang berbeda. Keduanya berkembang di Eropa dan masing-masing merupakan hasil dari pergeseran paradigma dalam kondisi keberadaan dan validitas norma hukum. Kedua model ini adalah: (1) model positivis kuno tentang negara hukum yang muncul bersamaan dengan negara modern dan asas legalitas sebagai kriteria untuk mengakui keberadaan hukum; dan (2) model positivis baru tentang negara konstitusional yang dihasilkan, setelah Perang Dunia Kedua, dari penyebaran piagam konstitusional di seluruh Eropa yang menyatakan kriteria untuk pengakuan keabsahan hukum, dan peninjauan undang-undang biasa oleh Mahkamah Konstitusi.

Pentingnya pergeseran sebelumnya jelas. Itu dihasilkan oleh monopoli negara atas produksi hukum dan karenanya oleh pembenaran hukum yang murni positivis. Namun, yang tidak kalah radikal adalah pergeseran terakhir yang, seperti yang akan kita lihat, memengaruhi aspek struktural yang sama seperti yang pertama. Saya akan mengilustrasikan tiga modifikasi yang dihasilkan oleh masing-masing dari dua pergeseran paradigma yang menjadi dasar kedua model yang berbeda tersebut: (a) dalam sifat hukum (b) dalam sifat ilmu hukum, dan (c) dalam sifat keputusan peradilan. Akibatnya, saya akan mengidentifikasi tiga paradigma hukum pramodern, negara hukum, dan negara konstitusional dan menganalisis perubahan yang terjadi dalam ketiga aspek masing-masing selama pergeseran dari satu paradigma ke

paradigma lainnya. Sebaliknya, saya tidak akan membahas tradisi khusus negara hukum Inggris; meskipun negara hukum dalam arti substantif yang kuat pertama kali dipamerkan di Inggris, tradisi Inggris selalu dikaitkan dengan tradisi hukum umum dan dengan demikian tidak dapat diidentifikasikan baik dengan negara hukum maupun negara konstitusional. Sebagai kesimpulan, saya akan membahas krisis saat ini dari kedua model negara hukum ini, krisis yang sekarang dihadapkan dengan pergeseran paradigma baru yang bentuk dan garis besarnya masih belum pasti.

8.2 NEGARA HUKUM DAN POSITIVISME HUKUM

Ciri khas hukum pramodern adalah bentuknya, yang tidak terlalu legislatif melainkan dibuat oleh hakim dan doktrinal, yang merupakan produk tradisi dan pengetahuan peradilan yang telah terkumpul selama berabad-abad. Pada Abad Pertengahan, hukum umum tidak memiliki sistem sumber hukum positif yang terpadu dan formal. Tentu saja ada sumber hukum: undang-undang, peraturan, dekrit, undang-undang, dan sejenisnya, tetapi ini berasal dari berbagai lembaga yang bersamaan Kekaisaran, Gereja, pangeran, kota bebas, atau perusahaan yang tidak satu pun memiliki monopoli produksi hukum. Konflik di antara mereka pertikaian antara Gereja dan Kekaisaran atau antara Kekaisaran dan kota bebas adalah konflik untuk kedaulatan, yaitu monopoli atau setidaknya supremasi dalam produksi hukum.

Namun, konflik tersebut tidak pernah diselesaikan secara univokal hingga lahirnya negara modern dan supremasi lembaga ini dan sistem hukumnya atas semua yang lain. Dengan tidak adanya sumbersumber yang terpadu dan dengan adanya pluralitas sistem hukum yang berlaku bersamaan, kesatuan hukum dipastikan oleh doktrin dan keputusan-keputusan pengadilan, melalui evolusi dan pembaruan tradisi hukum Romawi kuno di mana berbagai sumber perundang-undangan disusun dan dikoordinasikan sebagai bahanbahan yang sejenis dengan preseden-preseden hukum dan pendapatpendapat para dokter terpelajar. Jelas, paradigma semacam itu yang diwarisi dari hukum Romawi tetapi dengan cara ini mirip dengan hukum konstitusi ekstraEropa memiliki implikasiimplikasi kelembagaan dan epistemologis yang sangat besar.

Implikasi pertama ini menyangkut teori validitas, yaitu identifikasi apa yang dapat kita sebut norma pengakuan hukum yang ada. Dalam sistem hukum doktrinal dan buatan hakim, suatu norma ada dan valid bukan karena sumber formalnya, tetapi karena rasionalitas intrinsik atau keadilan substantifnya. Veritas, non auctoritas facit legem adalah rumus yang dapat mengungkapkan validitas hukum pramodern dan berlawanan dengan yang diperjuangkan oleh Hobbes dalam polemiknya yang terkenal Dialog antara seorang Filsuf dan seorang Pelajar Hukum Umum Inggris. Saat itu, pelajar hukum itu benar. Setiap kali sistem hukum yang lengkap dan eksklusif tidak memiliki sumber positif, suatu norma hukum tidak valid oleh otoritas tetapi oleh otoritas orang yang menetapkannya; karenanya, nilainya diidentifikasikan dengan "kebenarannya", dalam arti luas, tentu saja, rasionalitas atau kesesuaian dengan preseden dan tradisi, dengan kata lain, dengan akal sehat keadilan. Implikasi kedua berkenaan dengan hakikat ilmu hukum dan hubungannya dengan hukum. Dalam suatu sistem hukum yang doktrinal dan hukum yang dibuat oleh hakim, ilmu hukum langsung menjadi normatif dan

mengidentifikasikan diri dengan hukum itu sendiri. Tidak ada hukum “positif” yang menjadi “objek” ilmu hukum dan ilmu hukum merupakan interpretasi atau analisis deskriptif dan eksplikatifnya. Yang ada hanyalah hukum yang diturunkan oleh tradisi dan terus menerus digarap ulang oleh para sarjana.

Dari sini muncul implikasi ketiga bahwa keputusan pengadilan tidak terdiri dari penerapan suatu badan hukum yang “diberikan” atau dianggap sebagai sesuatu yang ada dengan sendirinya, selaras dengan asas modern tentang ketundukan hakim terhadap hukum, tetapi dalam produksi doktrinal dan yudisial dari badan hukum tersebut. Ini membawa serta semua konsekuensi dari legalitas yang cacat, terutama dalam masalah pidana: kurangnya kepastian, kebijaksanaan hakim yang sangat besar, ketidaksetaraan, dan kurangnya jaminan terhadap kesewenang-wenangan .

Ini menunjukkan betapa luar biasanya revolusi yang terjadi dengan pembentukan asas legalitas melalui monopoli negara atas produksi hukum. Pergeseran paradigma ini melibatkan bentuk yang jauh lebih banyak daripada isi pengalaman hukum. Jika Kitab Undang-undang Napoleon atau Kitab Undang-undang Hukum Perdata Italia dibandingkan dengan Institutiones karya Gaio, perbedaan substantifnya akan tampak relatif sedikit.

Yang berubah adalah jenis legitimasinya: bukan lagi otoritas para sarjana tetapi otoritas sumber produksi; bukan lagi kebenaran tetapi legalitas; bukan substansi (atau keadilan intrinsik) tetapi bentuk tindakan normatif. Auctoritas, non veritas facit legem: ini adalah prinsip konvensionalis dari positivisme hukum sebagaimana diungkapkan oleh Hobbes dalam Dialog yang disebutkan sebelumnya; kebalikan dari prinsip etikakognitivis hukum alam.

Naturalisme hukum dan positivisme hukum, hukum alam dan hukum positif dapat dilihat dengan baik sebagai dua budaya dan ekspresi hukum yang mendasari kedua paradigma yang berlawanan ini. Dominasi milenarian hukum alam sebagai "aliran pemikiran yang menurutnya agar suatu hukum menjadi hukum, ia harus sesuai dengan keadilan" tidak dapat dipahami tanpa memperhitungkan garis besar yang diilustrasikan di sini dari pengalaman hukum pramodern. Dalam yang terakhir, ketika tidak ada sumber positif, hukum alam digunakan sebagai sistem norma yang secara intrinsik "benar" atau "adil" sebagai "hukum umum"; dengan kata lain, sebagai dasar legitimasi doktrin hukum dan praktik peradilan.

Inilah sebabnya mengapa teori hukum pramodern hanya bisa menjadi hukum alam; sedangkan positivisme hukum dari rumusan Hobbes kemudian bersesuaian, dalam sebuah paradoks yang tampak, dengan klaim pemikiran aksiologis atau filosofispolitik, yaitu rasionalitas dan keadilan tuntutan untuk menegakkan kembali hukum atas asas legalitas baik sebagai metanorma untuk mengakui hukum yang ada maupun batas pertama dan tak tergantikan terhadap kesewenang-wenangan , melegitimasi kekuasaan melalui subordinasinya terhadap hukum dan melindungi kesetaraan, kebebasan, dan kepastian.

Aturan hukum modern ditetapkan dalam bentuk negara hukum ketika klaim ini terwujud secara historis dengan penetapan asas legalitas sebagai Satu-satunya sumber hukum yang sah, dan memang ada. Berdasarkan asas ini dan kodifikasi yang menerapkannya, semua norma hukum ada dan sah, karena "ditetapkan" oleh otoritas yang diberi kewenangan normatif.

Bahasa mereka tidak lagi spontan dan, bisa dikatakan, "alami" sebagaimana hukum pramodern yang dibentuk oleh hukum alam, tetapi bahasa buatan yang aturan penggunaannya ditetapkan oleh hukum itu sendiri, baik mengenai bentuk tindakan linguistik normatif undang-undang, keputusan pengadilan, ketentuan administratif, dan kontrak maupun makna yang diungkapkan dan dihasilkannya. Hal ini menjungkirbalikkan paradigma hukum, ilmu hukum, dan keputusan pengadilan. Pertamatama, dengan asas legalitas, gagasan tentang "validitas" norma berubah dan dipisahkan dari gagasan tentang "keadilan" dan "kebenaran".

Oleh karena itu, kriteria untuk mengidentifikasi hukum yang ada juga berubah: suatu norma ada dan valid bukan karena secara intrinsik adil, apalagi "benar", tetapi karena telah ditetapkan oleh badan yang diberi wewenang oleh hukum. Pergeseran ini, yang diungkapkan dalam apa yang biasa kita sebut sebagai "pemisahan hukum dan moral", terjadi melalui proses panjang sekularisasi hukum yang dipromosikan pada era modern awal oleh doktrindoktrin Hobbes, Pufendorf, dan Thomasius, dan mencapai kematangan dengan Pencerahan hukum Prancis dan Italia serta doktrindoktrin positivis hukum yang terbuka dari Jeremy Bentham dan John Austin.

Pemisahan ini merupakan dasar dari konsepsi formal tentang validitas yang secara logis independen dari keadilan ciri khas positivisme hukum. Pemisahan ini juga mendasari kesatuan sistem hukum. Dari titik awal mana pun, bahkan yang paling marjinal, baik itu tindakan hukum (misalnya pembelian surat kabar) atau situasi hukum (misalnya larangan parkir), ada hukum di baliknya, baik karena hukum tersebut secara langsung mengatur yang pertama dan membentuk yang terakhir atau karena hukum tersebut mengatur tindakan normatif yang pada gilirannya mengatur atau membentuk tindakan atau situasi tersebut.

Kedua, hakikat ilmu hukum berubah: ia tidak lagi menjadi disiplin ilmu yang langsung normatif dan cenderung menjadi kognitif, yaitu eksplikatif terhadap suatu objek hukum positif yang terpisah dan otonom darinya. Di samping kesamaan isi, manual hukum privat kita berbeda dari risalah perdata era pramodern sebagaimana berbeda dari karya para ahli hukum Romawi karena manual tersebut tidak lagi menjadi sistem tesis dan konsep yang langsung normatif, melainkan interpretasi, komentar, atau eksplikasi hukum perdata, dan hanya atas dasar ini mereka dapat diperdebatkan dan ditegakkan.

Akhirnya, hakikat keputusan pengadilan berubah ia menjadi tunduk pada hukum dan dilegitimasi secara eksklusif oleh ketundukan tersebut dan dengan demikian oleh asas legalitas. Hal ini juga memberikan karakteristik kognitif pada putusan, yang diminta untuk memastikan, berdasarkan aturan penggunaan yang ditetapkan oleh hukum itu sendiri, Fakta-fakta yang diramalkan dan dinyatakan oleh hukum, misalnya pelanggaran. Justru karakter hukum konvensional yang diungkapkan oleh rumusan Hobbesian itulah yang mengubah penilaian menjadi kognisi atau kepastian tentang apa yang ditentukan hukum sesuai dengan asas simetris dan berlawanan dari veritas non auctoritas facit iudicium. Ia juga mendasari seluruh kombinasi jaminan dari kepastian hukum hingga persamaan di hadapan hukum dan kebebasan terhadap kesewenang-wenangan , dari independensi dan imparsialitas hakim hingga beban pembuktian yang berada di tangan jaksa penuntut, dan hak-hak terdakwa.

8.3 NEGARA KONSTITUSIONAL DAN KONSTITUSIONALISME YANG KAKU

Sementara pergeseran pertama paradigma hukum ini diungkapkan dalam pembentukan asas legalitas, karena kemahakuasaan pembuat undang-undang, pergeseran kedua terjadi selama setengah abad terakhir dengan subordinasi, yang dijamin oleh pemeriksaan legitimasi peradilan tertentu, dari undang-undang itu sendiri kepada hukum yang lebih tinggi, yaitu konstitusi, yang lebih tinggi derajatnya daripada undang-undang biasa.

Berikut ini tiga perubahan dalam model negara hukum, paralel dengan perubahan yang terakhir dari kasus hukum pramodern: (a) dalam sifat hukum, yang karakter positifnya meluas dari undang-undang ke norma-norma yang mengatur isinya dan dengan demikian menyebabkan disosiasi antara validitas dan berlakunya, serta hubungan baru antara bentuk dan substansi keputusan; (b) dalam interpretasi dan penerapan hukum, di mana disosiasi ini melibatkan perubahan dalam peran hakim serta dalam bentuk dan kondisi ketundukannya pada hukum; dan (c) dalam ilmu hukum yang tidak lagi hanya deskriptif, tetapi memainkan peran kritis dan proposisional mengenai pokok bahasannya.

Perubahan pertama menyangkut teori validitas. Dalam negara konstitusional, undang-undang tidak hanya tunduk pada norma formal tentang pembuatannya, tetapi juga pada norma substantif tentang maknanya. Dengan demikian, undang-undang yang maknanya berbenturan dengan norma konstitusional tidak dapat diterima. Keberadaan atau berlakunya norma yang dalam paradigma positivis hukum lama telah dipisahkan dari keadilan sekarang juga dipisahkan dari validitas, karena suatu norma mungkin sah secara formal dan dengan demikian berlaku tetapi tidak sah secara substantif karena maknanya berbenturan dengan norma konstitusional substantif, seperti prinsip kesetaraan atau hak-hak fundamental.

Lebih tepatnya, sementara aturan untuk mengakui suatu norma sebagai yang berlaku tetap merupakan asas legalitas lama yang berkenaan dengan bentuk pembuatan hukum secara eksklusif, yang dengan demikian dapat kita sebut asas legalitas formal atau legalitas belaka, aturan untuk mengakui keabsahan jauh lebih rumit karena mengandung apa yang dapat kita sebut asas legalitas substantif atau legalitas ketat.

Asas ini juga memaksa substansi yang merupakan isi atau makna norma yang dihasilkan, agar koheren dengan asas dan hak yang ditetapkan dalam konstitusi. Perubahan kedua, yang merupakan konsekuensi dari yang pertama, menyangkut peran yurisprudensi. Penggabungan asas dan hak-hak fundamental ke dalam konstitusi dan dengan demikian kemungkinan norma menjadi tidak sah karena bertentangan dengannya, mengubah hubungan antara hakim dan hukum perundang-undangan. Tidak lagi merupakan ketundukan tanpa syarat yang akritis terhadap apa pun isi atau substansi hukum perundang-undangan, tetapi ketundukan, pertama dan terutama, terhadap konstitusi dan dengan demikian terhadap hukum hanya sejauh itu sah secara konstitusional.

Oleh karena itu, penafsiran dan penerapan hukum juga dan selalu merupakan putusan atas hukum itu sendiri, yang oleh hakim, apabila ia tidak mampu menerapkannya secara konstitusional, wajib untuk mencela sebagai tidak sah dengan mencela ketidakkonstitusionalannya. Perubahan ketiga, menyangkut paradigma epistemologis ilmu

hukum. Perubahan ini, selain mengubah kondisi validitas, juga mensyaratkan bahwa ilmu hukum tidak lagi sekadar bersifat eksplikatif dan bebas nilai, tetapi juga kritis dan berorientasi pada proyek.

Di bawah paradigma lama negara hukum, kritik dan perancangan hukum hanya mungkin dilakukan dari luar pada tataran etika atau politik, atau sekadar peluang atau rasionalitas karena tidak ada ruang bagi kelemahan internal substantif dalam hukum positif: baik ketidakkonsistenan di antara norma-norma (karena hukum yang lebih barulah yang tetap berlaku), maupun ketidaklengkapan (karena kurangnya kendala konstitusional membuat ketidakpatuhan legislatif menjadi tidak mungkin).

Di sisi lain, dalam sistem normatif yang kompleks seperti negara hukum, yang tidak hanya mengatur bentuk-bentuk produksi, tetapi juga makna norma, inkoherensi dan ketidaklengkapan, antinomi, dan kekosongan merupakan cacat yang berasal dari berbagai tingkat normatif dalam struktur formalnya. Jelaslah bahwa cacatcacat ini, yang tidak hanya mungkin terjadi, tetapi juga sampai batas tertentu tidak dapat dihindari, berdampak retrospektif pada ilmu hukum, memberinya peran politik dan ilmiah untuk memastikan apa saja cacat dari dalam dan menyarankan koreksi yang diperlukan.

Lebih tepatnya: ilmu hukum harus memastikan antinomi yang disebabkan oleh norma-norma yang melanggar hak-hak kebebasan serta kekosongan yang disebabkan oleh kurangnya norma-norma yang mendukung hak-hak sosial, dan menyerukan pembatalan yang pertama karena tidak sah dan pemberlakuan yang terakhir karena memang sudah seharusnya.

Konstitusionalisme yang dianggap serius, sebagai penyusunan undang-undang dengan menggunakan undang-undang itu sendiri, memberikan kepada ilmu hukum dan yurisprudensi fungsi dan dimensi pragmatis yang tidak dikenal oleh penalaran hukum positivisme hukum lama yang dogmatis dan formalistik: memastikan pertentangan dan kekosongan, mendorong penanggulangannya melalui jaminan yang ada, dan menyusun jaminan yang dibutuhkan tetapi tidak ada. Hal ini memberikan budaya hukum tanggung jawab sipil dan politik terhadap tujuannya, memberinya tugas untuk mengejar koherensi dan kelengkapan secara keseluruhan – yaitu efektivitas prinsip-prinsip konstitusional melalui cara-cara yudisial atau legislatif, meskipun tanpa prospek bahwa hal ini akan tercapai sepenuhnya.

Jelas bahwa penundukan undang-undang kepada konstitusi menimbulkan unsur ketidakpastian permanen mengenai keabsahan undang-undang, tergantung pada penilaian yudisial atas koherensinya dengan undang-undang. Namun, pada saat yang sama, dan bertentangan dengan kepercayaan umum, hal ini membatasi ketidakpastian maknanya dengan mengurangi kekuatan kebijaksanaan interpretatif dari pengadilan dan ilmu hukum. Memang, di bawah kondisi yang sama, dan tergantung pada apakah ada atau tidak prinsip-prinsip yang ditetapkan oleh konstitusi yang kaku, teks hukum yang sama melibatkan rentang interpretasi yang sah yang lebih sempit (dalam yang pertama) dan lebih luas (dalam yang terakhir). Ambil contoh, norma seperti yang ada dalam KUHP Italia yang menghukum pelanggaran vilipendio (pencemaran nama baik, sering kali terhadap suatu lembaga) yang didefinisikan secara tidak tepat: "Barangsiapa melakukan pencemaran nama baik dll."

Tanpa konstitusi, makna norma seperti ini sama sekali tidak pasti karena "pencemaran

nama baik" dapat berarti manifestasi pemikiran apa pun yang menegaskan sebagai "keji" lembaga yang dilindungi norma tersebut. Dengan konstitusi, dan khususnya asas konstitusional kebebasan berpendapat, meskipun norma terhadap “pencemaran nama baik” masih berlaku, namun tidak dapat ditafsirkan berlaku untuk semua ekspresi pikiran, bahkan jika itu menyinggung lembaga-lembaga tersebut, dan bukan sekadar penghinaan.

Akhirnya, ada perubahan keempat mungkin yang paling penting tetapi yang akan saya singgung di sini yang dihasilkan oleh paradigma konstitusionalisme yang kaku.6 Sementara dalam teori hukum paradigma ini melibatkan revisi konsep validitas karena disosiasi antara kekuatan formal dan validitas substantif keputusan, dalam teori politik hal ini melibatkan revisi korelatif dari konsep demokrasi yang murni prosedural. Transformasi prinsip dan hak-hak fundamental menjadi konstitusi, legislasi yang membatasi, dan mengkondisikan legitimasi sistem politik untuk perlindungan dan implementasinya telah mencangkokkan dimensi substantif ke dalam demokrasi di samping dimensi politik, formal, atau prosedural tradisional.

Maksud saya adalah dimensi substantif dari validitas dalam negara konstitusional diterjemahkan ke dalam dimensi substantif demokrasi itu sendiri, yang merupakan batasan sekaligus pelengkap: batasan karena asas-asas dan hak-hak fundamental adalah larangan dan kewajiban yang dikenakan pada kekuasaan mayoritas yang jika tidak demikian akan menjadi mutlak, dan pelengkap karena larangan dan kewajiban ini merupakan jaminan yang melindungi kepentingan vital semua orang dari penyalahgunaan kekuasaan tersebut, yang, seperti yang telah ditunjukkan oleh abad terakhir, dapat menumbangkan demokrasi itu sendiri, bersama dengan hak-hak.

Saya ingin menambahkan bahwa sementara konstitusionalisme yang kaku membawa perubahan internal pada model positivis kuno, ia juga merupakan pelengkap bagi supremasi hukum serta positivisme hukum itu sendiri: ia adalah supremasi hukum dan positivisme hukum dalam keadaan yang paling ekstrem dan berkembang, sebagaimana adanya.

Memang, seperti yang telah kita lihat, perubahan yang ditimbulkannya telah memberikan legalitas karakter buatan dan positif ganda; tidak lagi hanya tentang "ada" hukum, dalam arti status "keberadaannya", tetapi juga tentang "seharusnya", yaitu kondisi "berlakunya", mereka juga dijadikan hukum konstitusional positif atas hukum dalam bentuk batasan dan kendala hukum untuk pembuatan hukum. Ini telah menjadi pencapaian paling penting dari hukum kontemporer: pengaturan tidak hanya bentuk-bentuk produksi hukum, tetapi juga isi norma-norma yang dihasilkan, dan dengan demikian perluasan dan penyempurnaan prinsip aturan hukum itu sendiri melalui subordinasi kekuasaan legislatif yang sebelumnya absolut kepada hukum.

8.4 PERGESERAN INSTITUSIONAL DAN BUDAYA

Pada titik ini, kita dapat mengidentifikasi dua pergeseran paradigma yang telah kita gambarkan dengan perubahan struktural dalam asas legalitas dan, akibatnya, dalam aturan pembentukan bahasa hukum. Ciri khas positivisme hukum yang membedakan hukum modern dari hukum pramodern adalah, seperti yang telah kita lihat, justru karakter positif yang berasal dari apa yang disebut asas legalitas formal atau legalitas belaka, yang dengannya suatu norma

ada dan berlaku secara eksklusif untuk bentuk hukum produksinya. Ciri khas konstitusionalisme hukum berkenaan dengan sistem hukum legislatif belaka, pada gilirannya, tidak kurang merupakan ciri struktural; subordinasi perundang-undangan itu sendiri terhadap hukum melalui apa yang saya sebut asas legalitas substantif atau legalitas ketat, yang dengannya suatu norma hanya berlaku dan berlaku sejauh isinya tidak bertentangan dengan asas dan hak fundamental yang ditetapkan oleh konstitusi.

Saya mengungkapkan yang pertama dari dua perbedaan struktural ini antara hukum pramodern dan hukum positif negara hukum (atau aturan hukum dalam arti lemah) – dengan mengatakan bahwa, sedangkan bahasa hukum dari sistem hukum yang tidak dikodifikasi adalah bahasa "alami", bahasa hukum positif adalah bahasa "buatan"; semua aturan penggunaannya ditetapkan dan disetujui secara positif. Hukum pidana, misalnya, yang memberi tahu kita apa itu "pencurian" dan apa itu "pembunuhan"; mereka adalah norma substantif tentang produksi keputusan peradilan dan mengkondisikan validitasnya, bersama dengan "kebenaran" asumsi mereka.

Demikian pula, norma-norma hukum perdata yang memberi tahu kita apa kontrak – hipotek atau penjualan dan dengan demikian, Bersama-sama, membentuk norma substantif untuk produksi putusan perdata yang memastikan validitas kontrak. Kumpulan norma-norma tentang produksi ini adalah dasar dari formalisme dan positivisme hukum, yang diungkapkan melalui asas legalitas belaka: hukum tidak dapat berasal dari moralitas, alam, atau Sistem-sistem normatif lainnya, melainkan sepenuhnya merupakan objek buatan yang “ditetapkan” atau “dihasilkan” oleh manusia dan karenanya bergantung pada tanggung jawab mereka, pada cara mereka mempertimbangkan, merancang, menghasilkan, menafsirkan, dan menerapkannya.

Perbedaan struktural kedua (antara hukum positif negara hukum dan hukum positif negara konstitusional, atau aturan hukum dalam arti yang kuat) juga dapat diungkapkan dalam kaitannya dengan bahasa hukum. Bahasa hukum sekarang tidak hanya mengkodifikasi dan mendisiplinkan melalui norma-norma tingkat tinggi norma-norma prosedural pada produksi tindakan normatif linguistik, tetapi juga norma-norma substantif pada makna atau konten yang dapat mereka ungkapkan; tidak hanya aturan sintaksis pada pembentukan simbol hukum, putusan, dan tindakan hukum yang mengikat lainnya tetapi juga aturan semantik yang membatasi makna, menghalangi apa yang tidak dapat diputuskan dengan sah dan mewajibkan apa yang harus diputuskan.

Singkatnya, tidak hanya aturan tentang "bagaimana" hukum diucapkan, tetapi juga tentang "apa" yang dapat dan tidak dapat dikatakan. Syaratsyarat substantif keabsahan hukum, yang paradigma pramodern ditemukan dalam asas-asas hukum alam dan paradigma positivis sebelumnya telah menggantikannya dengan asas formal murni bahwa hukum yang sah adalah hukum yang diundangkan, masuk ke dalam sistem hukum lagi sebagai asas-asas positif keadilan yang diabadikan dalam norma-norma yang lebih tinggi daripada perundang-undangan.

Memang, jika aturan hukum didasarkan pada asas legalitas yang ketat, hukum itu sendiri diatur oleh norma-norma tentang produksinya. Oleh karena itu, mereka tidak hanya

mengkondisikan dengan bahasa mereka keabsahan keputusan yang diungkapkan dalam bahasa hukum tetapi, sebagai ekspresi dalam bahasa hukum, pada gilirannya memiliki keabsahannya sendiri yang dikondisikan oleh norma-norma dari tatanan yang lebih tinggi yang mengatur maknanya serta bentuknya.

Dalam norma-norma substantif tentang makna inilah fondasi negara konstitusional berada, apakah mereka memaksakan batasan, seperti dalam hak-hak kebebasan, atau kewajiban, seperti dalam hak-hak sosial. Di sanalah paradigma hukum demokrasi konstitusional muncul melalui konvensi demokrasi: selain aturan permainan demokrasi, permainan itu sendiri, selain metode dan bentuk demokrasi, proyek demokrasi itu sendiri.

Namun, kedua pergeseran ini tidak hanya dihasilkan oleh revolusi politik dan inovasi hukum dan kelembagaan bangkitnya negara modern dan kemudian diperkenalkannya konstitusi yang kaku dan badan-badan khusus keadilan konstitusional tetapi juga oleh perkembangan budaya, yaitu revolusi teoritis yang mengubah konsepsi hukum dalam imajinasi para ahli hukum dan dalam akal sehat. Inilah yang terjadi dalam revolusi hukum modern besar pertama, bangkitnya positivisme hukum sebagai model dan konsepsi hukum yang bertentangan dengan hukum kasus lama pramodern.

Meskipun diantisipasi oleh teori-teori kontrak hukum sebagai "alat" atau "rekayasa"7dalam filsafat politik dan oleh teori-teori positivis hukum Bentham dan Austin, keberhasilannya dalam budaya hukum sulit dan sama sekali tidak dianggap remeh. Cukuplah untuk mempertimbangkan pertentangan keras terhadap kodifikasi yang diajukan oleh mazhab hukum terpenting abad kesembilan belas Mazhab Pandektis, yang dididik tentang gagasan Sistem Hukum Romawi Modern sesuai dengan judul karya yang bermakna oleh pemimpinnya, Friedrich Savigny yang dengan kuat berpendapat bahwa hukum harus terpisah dari perundang-undangan dan peran ilmu hukum yang langsung bersifat konstruktif dan normatif.

Hal yang sama berlaku untuk konstitusionalisme. Premis institusional dan bahkan teoritisnya sebagian besar hadir jauh sebelum konstitusi Eropa saat ini mengatur dan menjamin kekakuannya sendiri dengan prosedur khusus untuk amandemen konstitusional dan peninjauan undang-undang. Ada contoh Konstitusi Amerika Serikat yang, sejak awal sejauh putusan terkenal tahun 1803 Marbury v. Madison tentang hukum yang tidak konstitusional adalah konstitusi yang kaku yang dijamin oleh kontrol yudisial Mahkamah Agung. Namun, ia memperoleh jaminan ini bukan dari konsepsinya sebagai hukum yang lebih tinggi daripada undang-undang melainkan dari hasil risalah federal yang tidak dapat diselewengkan oleh Kongres maupun negara bagian. Lebih jauh, sebagian besar negara Eropa memiliki konstitusi yang secara formal kaku karena amandemennya memerlukan prosedur yang lebih berat. Dengan pengecualian konstitusi Austria tahun 1920, tidak satu pun dari ini, bagaimanapun, mengatur tinjauan yudisial khusus apa pun terhadap konstitusionalitas hukum. Bahkan seseorang dapat mendalilkan "kekakuan alami konstitusi" seperti yang terjadi barubaru ini, bahkan ketika konstitusi, seperti Statuta Albertine Italia, tidak memiliki norma tentang cara mengubahnya.

Gagasan ini tampaknya sangat jelas bagi kita saat ini karena konstitusi yang fleksibel, yaitu konstitusi yang dapat diamandemen secara sah melalui prosedur biasa, sebenarnya

bukanlah konstitusi tetapi hukum biasa, apa pun namanya, dan bahkan jika itu tertulis di atas batu. Akan tetapi, faktanya adalah bahwa teori ini ditegakkan pada tahun 1995, dan bukan pada tahun 1925 (ketika Mussolini menindas Statuta dengan undang-undang libertikalnya tanpa ada ahli hukum yang bersuara memperingatkan terhadap kudeta), atau pada tahun 1950an (ketika pengadilan kasasi Italia memutuskan bahwa prinsip dan hak konstitusional hanya bersifat terprogram).

Bahkan pada tataran teoritis, semua premis konstitusionalisme demokratis terdapat dalam doktrin teoritisi positivisme hukum terbesar, Hans Kelsen, yang tidak hanya berteori tentang struktur bertahap sistem hukum, tetapi juga menguraikan jaminan peninjauan kembali undang-undang oleh pengadilan, dalam rancangannya untuk konstitusi Austria tahun 1920.10 Akan tetapi, sekali lagi merupakan fakta bahwa Kelsen sendiri adalah penganut paling bersemangat tidak hanya sifat "murni" dan bebas nilai dari teori hukum, tetapi juga teori positivis hukum kuno yang, seperti telah kita lihat, tidak dapat dipertahankan dalam sistem dengan konstitusi yang kaku tentang kesetaraan validitas dan keberadaan norma, yang mencegah norma yang secara substantif tidak konstitusional dinyatakan tidak valid.

Singkatnya, dalam budaya hukum abad kesembilan belas dan awal abad kedua puluh, undang-undang, apa pun isinya, dianggap sebagai sumber hukum tertinggi yang tidak terbatas dan tidak terbatas. Konstitusi, apa pun pendapat kita saat ini tentang kekakuan "alami" mereka, tidak dianggap sebagai batasan kaku bagi pembuat undang-undang, melainkan dokumen politik yang khidmat atau, paling banter, hukum biasa. Coba perhatikan devaluasi dan kesalahpahaman oleh Jeremy Bentham, salah satu eksponen liberalisme hukum terbesar, tentang Deklarasi 1789.

Dalam sebuah pamflet berjudul Anarchical Fallacies, Bentham bertanya pada dirinya sendiri, dokumen apa yang dimulai dengan pernyataan "semua manusia dilahirkan bebas dan setara" dan kemudian berlanjut dengan mencantumkan serangkaian prinsip keadilan dan hak asasi manusia, jika bukan risalah filosofis kecil yang dituangkan dalam artikel dan hasil dari "kebingungan" kata-kata yang "hampir tidak dapat dikatakan memiliki makna."

Karena ia mengklaim bahwa "tidak ada yang namanya hak alamiah", "hak yang mendahului pembentukan pemerintahan" yang "ada sebelum hukum, dan akan tetap ada meskipun hukum dapat melakukan apa pun". Bentham tidak menyadari bahwa, melalui Deklarasi itu, hukum positif mengubah sifatnya di depan matanya. Deklarasi itu sendiri adalah hukum positif dan asas-asas keadilan yang diproklamasikannya, setelah ditetapkan, bukan lagi asas-asas hukum alamiah melainkan hukum positif, yang mewajibkan sistem politik untuk menghormati dan melindunginya.

Meskipun demikian, setelah sifat hukumnya diakui, konstitusi lama dianggap sebagai hukum sederhana yang dapat diamandemen dan dengan demikian, seperti halnya di Italia, dilanggar oleh pembuat undang-undang. Memang, baru 50 tahun yang lalu gagasan tentang undang-undang tentang undang-undang dan hukum tentang hukum mulai masuk ke akal sehat para ahli hukum.

Di luar imajinasi, sebuah undang-undang dapat membatasi undang-undang, karena undang-undang adalah Satu-satunya sumber hukum yang mahakuasa, terlebih lagi karena

undang-undang telah dilegitimasi secara demokratis sebagai ekspresi mayoritas parlemen dan dengan demikian kedaulatan rakyat. Ini berarti bahwa pembuat undang-undang, serta kebijakan yang menjadi produk dan alat legislasi, dianggap mahakuasa. Konsepsi demokrasi yang hanya formal dan prosedural pun muncul, yang hanya diidentifikasikan dengan kekuatan rakyat, yaitu, prosedur dan mekanisme perwakilan yang dimaksudkan untuk mencapai keinginan mayoritas.

Baru setelah Perang Dunia Kedua dan kekalahan Nazifasisme, dengan diperkenalkannya jaminan yudisial atas pencabutan undang-undang yang tidak konstitusional oleh pengadilan ad hoc dan bukan sekadar tidak diterapkannya undang-undang tersebut dalam kasus-kasus individual seperti di Amerika Serikat, makna dan ruang lingkup normatif dari kekakuan konstitusi sebagai norma yang lebih tinggi daripada legislasi biasa diakui dan disetujui. Bukanlah suatu kebetulan bahwa jaminan ini pertama kali diperkenalkan di Italia dan Jerman, diikuti oleh Spanyol dan Portugal, di mana, setelah kediktatoran Fasis dan popularitas besar yang mereka nikmati, peran konstitusi sebagai batasan dan pengekangan terhadap kekuasaan mayoritas sedang ditemukan kembali sesuai dengan gagasan yang terkandung dua abad sebelumnya dalam Pasal 16 Deklarasi 1789: tidak ada konstitusi di mana "jaminan hak-hak fundamental tidak terjamin atau pemisahan kekuasaan tidak diatur"; dua prinsip dan nilai yang disangkal oleh Fasisme dan yang, pada gilirannya, merupakan penyangkalan terhadap Fasisme.

Inilah alasan mengapa kita dapat berbicara tentang telah "menemukan" konstitusi hanya dalam beberapa dekade terakhir; Di Italia, misalnya, pada tahun enam puluhan, setelah pengadilan konstitusi membangunkan konstitusi dari hibernasi yang telah ditempatkan Pengadilan Kasasi. Konstitusionalisme bukanlah bagian dari medan ilmiah para ahli hukum pada abad kesembilan belas, juga pada paruh awal abad kedua puluh, dan barubaru ini menembus budaya hukum dan dicangkokkan ke paradigma positivis hukum lama.

Memang di medan inilah kita memiliki konfirmasi paling jelas tentang dimensi pragmatis ilmu hukum: norma dan prinsip tidak lebih dari sekadar makna dan tidak ada hanya berdasarkan pengucapan hukumnya tetapi juga, dan lebih dari itu, sebagai makna yang dianut oleh budaya hukum dan akal sehat. Saya akan menambahkan bahwa budaya hukum kita sebagian besar masih positivistik lama dan nonkonstitusional, dan paradigma negara konstitusional masih banyak yang harus dikembangkan baik secara teori maupun kelembagaan.

Terdapat interaksi antara pergeseran kelembagaan dan budaya. Filsafat hukum dan politik selalu merupakan refleksi, faktor konstitutif dan, dengan kata lain, faktor performatif dari pengalaman hukum aktual pada zamannya. Hukum alam, terlepas dari semua variasinya, merupakan filsafat hukum yang dominan pada era pramodern selama belum ada sistem sumber formal yang didasarkan pada monopoli negara atas produksi hukum; positivisme hukum mengambil alih setelah kodifikasi dan lahirnya negara modern; konstitusionalisme dominan, atau setidaknya sedang menjadi dominan saat ini, setelah diperkenalkannya jaminan yudisial atas kekakuan konstitusional.

Masing-masing tahap ini berhubungan dengan perubahan dalam legitimasi hukum dan

kriteria validitasnya; dari dasar substantif langsung dari yurisprudensi pramodern, ketika keabsahan kasus hukum bergantung pada penilaian (subjektif) atas keadilan (objektif) isinya, melalui dasar negara hukum yang murni formalistik, di mana keabsahan suatu norma hanya bergantung pada bentuk hukum pembuatannya, hingga rumusan formal dan substantif negara ketatanegaraan, di mana keabsahan hukum tidak hanya bergantung pada sumber dan bentuknya yang sesuai dengan norma pembuatannya, tetapi juga pada isinya yang mematuhi asas-asas yang ditetapkan oleh konstitusi, yang merupakan tatanan yang lebih tinggi.

Oleh karena itu, ada tiga budaya, model hukum, dan gagasan tentang keabsahan, masing-masing sesuai dengan sistem politik yang berbeda: rezim kuno, negara hukum, dan negara ketatanegaraan. Tetapi juga tiga paradigma epistemologis yang berbeda tentang keputusan pengadilan dan ilmu hukum, dan tiga model legitimasi politik yang semakin kompleks. Dengan revolusi kelembagaan pertama, keberadaan dan keabsahan hukum dipisahkan dari keadilannya karena asumsi apriori bahwa hukum itu langsung adil, berdasarkan kebijaksanaan perkembangan doktrinal dan yudisialnya, telah berakhir.

Pasal pertama kontrak sosial yang mendasari tatanan hukum positif adalah bahwa hukum secara formal telah menetapkan terlebih dahulu, terhadap kesewenang-wenangan yudisial, apa yang dilarang dan dapat dihukum, sehingga hakim dibatasi dalam menerapkannya oleh kebutuhan untuk menerima premis yang ditetapkan oleh hukum itu sendiri. Namun, pasal kedua, yang dihasilkan oleh revolusi kelembagaan kedua, adalah bahwa hukum yang sama harus dibatasi pada prinsip-prinsip substantif keadilan, bahwa hukum itu harus mengizinkan, atau harus melarang, sesuatu yang diizinkan atau dilarang oleh hak-hak konstitusional yang fundamental.

Dengan revolusi kedua ini, keberadaan hukum juga dipisahkan dari keabsahannya, karena asumsi apriori bahwa suatu norma valid hanya berdasarkan bagaimana ia dikatakan dan bukan juga berdasarkan apa yang dikatakannya tidak lagi berlaku. Dimensi substantif dan nomostatik hukum yang telah dihapuskan oleh positivisme awal mulai merasuki sistem hukum lagi, dalam positivisme hukum yang lebih luas dari negara konstitusional: di bawah kedok bukan rasa hak yang sewenang-wenang tetapi batas dan kendala yang dikenakan pada pembuat undang-undang sebagai norma konstitusional yang positif.

8.5 KRISIS YANG SEDANG BERLANGSUNG DARI KEDUA MODEL RULE OF LAW

Kedua model rule of law yang digambarkan di sini sedang mengalami krisis. Saya akan mengidentifikasi dua aspek dan dua rangkaian faktor krisis ini, satu yang memengaruhi negara hukum dan yang lainnya memengaruhi negara konstitusional: dengan kata lain, rule of law dalam arti lemah dan kuat, atau hukum itu sendiri dalam bentuk positifnya, baik legal maupun konstitusional. Dalam kedua kasus tersebut, krisis tersebut terwujud dalam berbagai bentuk kemunduran menuju jenis yurisprudensi pramodern.

Pertama, krisis tersebut memengaruhi asas legalitas belaka yang, seperti telah kami katakan, merupakan norma pengakuan negara hukum. Ia berasal, pada gilirannya, dari dua faktor: inflasi legislatif dan bahasa hukum disfungsional, keduanya merupakan ekspresi dari krisis kemampuan regulatif dan pengkondisian hukum dan karenanya dari "alasan buatan"

yang Thomas Hobbes tetapkan terhadap iuris prudentia atau kebijaksanaan "hakim bawahan" pada masanya.

Di Italia, misalnya, sekarang ada puluhan ribu undang-undang negara bagian dan regional yang berlaku, dan ribuan undang-undang dan dekrit disahkan setiap tahun. Hasil dari pertumbuhan eksponensial ini hasil dari politik yang telah menurunkan undang-undang menjadi administrasi dan sekarang tidak memiliki visi tentang perbedaan antara kedua fungsi tersebut dalam hal sumber dan konten adalah senja kodifikasi dan ketidakpastian yang berkembang dalam dan tidak dapat diaturnya seluruh sistem hukum. Hukum pidana, khususnya, telah tumbuh dengan kecepatan sedemikian rupa sehingga efektivitas dan mekanisme jaminannya, kemampuannya untuk mengatur dan mencegah pelanggaran, dan penyalahgunaan represif telah terganggu.

Kode Rocco, yang berasal dari tahun 1930, masih berlaku di Italia; Republik, dalam setengah abad, telah menambahkan undang-undang khusus, darurat, dan insidental yang tak terbatas, yang dihasilkan oleh penggunaan hukum pidana yang politis dan tidak terencana yang hanya baik untuk mengusir masalah: dari undang-undang antinarkoba hingga undang-undang yang tak terhitung jumlahnya yang dipicu oleh keadaan darurat yang tak berujung, pertama terorisme lalu mafia, hingga "undang-undang keamanan" terbaru yang disahkan hanya karena nilai simbolisnya.

Di sisi lain, dalam ketidakefektifan umum pengendalian nonpidana, tidak ada undang-undang penting yang dibiarkan tanpa klausul pidananya sendiri, sampai pada titik di mana pengadilan konstitusi merasa pantas untuk mengeluarkan pernyataan kebangkrutan hukum pidana dalam bentuk Putusan N 364 tahun 1988, yang dengannya ia menolak prinsip klasik tentang ketidakberdayaan atas ketidaktahuan legis dalam masalah pidana sebagai hal yang tidak realistis.

Faktor krisis lainnya dalam prinsip legalitas adalah bahasa hukum yang tidak teratur yang diekspresikan dalam ketidakjelasan, ketidakjelasan, dan berteletele yang semakin meningkat. Di sini, sekali lagi, hukum pidana Italia bersifat simbolis. Undang-undang Rocco telah merusak prinsip determinasi melalui ekspresi yang ambigu, tidak tepat, dan berbasis nilai, khususnya ketika merujuk pada kejahatan terhadap pribadi negara, dengan makna yang dapat diperluas tanpa batas dalam putusan.

Namun, ketidakpastian semantik mencapai puncak ketidakkonsistenan nyata dalam undang-undang khusus era republik yang menyebabkan pembubaran lebih lanjut bahasa pidana dengan pasal-pasal hukum tunggal yang panjangnya berhalamanhalaman, labirin normatif yang rumit, referensi kontradiktif yang tidak terkoordinasi, rumus-rumus yang tidak jelas yang dapat ditafsirkan dengan lebih dari satu cara, biasanya dihasilkan dari kompromi atau, lebih buruk lagi, keputusan untuk mengandalkan penerapan yudisial untuk pilihan normatif.

Hasil dari bencana ini adalah hukum pidana maksimal perluasan maksimal, inefisiensi maksimal, dan kesewenang-wenangan maksimal yang mana semua fungsi politik yang secara klasik dikaitkan dengan prinsip legalitas sedang melenyap: penentuan sebelumnya atas pelanggaran oleh legislator dan karenanya kepastian hukum dan ketundukan hakim pada

hukum; perlindungan warga negara terhadap kesewenang-wenangan peradilan dan polisi dan kesetaraan mereka di hadapan hukum; penuntutan wajib, sentralitas pengadilan, dan perannya sebagai sarana untuk memverifikasi atau membantah tindakan yang dilakukan alihalih hukuman preventif; dan, terakhir, efisiensi mesin peradilan, tercekik dengan jumlah kasus kertas yang tak terbatas dan mahal yang hasilnya hanya berfungsi untuk mengaburkan perbedaan yang sah v. melanggar hukum dalam akal sehat dan untuk mengambil waktu dan sumber daya dari penyelidikan yang lebih penting yang semakin pasti berakhir dalam bentuk amnesti diamdiam yaitu berakhirnya periode pembatasan.

Singkatnya, peran pengondisian dari prinsip legalitas belaka itulah yang dalam "zaman dekodifikasi" saat ini yang melemahkan keutamaan legislasi, dan karenanya politik dan demokrasi perwakilan, demi keuntungan administrasi, peradilan dan negosiasi, yaitu sumbersumber kekuatan neoabsolutisme yang tidak lagi tunduk pada hukum. Rasionalitas hukum, yang ditentang Hobbes dengan "yuris prudentia, atau kebijaksanaan hakimhakim bawahan" yang merupakan ciri khas hukum umum lama, telah disingkirkan oleh legislasi dari legislator yang bahkan lebih bawahan; pertumbuhan kebijaksanaan dalam praktik hukum justru berdampak pada reproduksi hukum yang sebagian besar dibuat oleh peradilan, administratif, atau swasta, sejalan dengan model lama hukum pramodern.

Aspek kedua dan yang tidak kalah pentingnya dari krisis ini menyangkut prinsip legalitas ketat karakter legislasi yang diatur dan dikondisikan itu sendiri yang di sini saya identifikasi dengan norma pengakuan negara konstitusional. Lagi pula, di Italia, dalam beberapa tahun terakhir konstitusi telah menjadi sasaran serangan terkonsentrasi dan pelanggaran berulang – dari kerusakan yang ditimbulkan pada Pasal 138 saat direvisi oleh berbagai upaya reformasi kelembagaan, hingga pelanggaran Pasal 11 dengan partisipasi dalam perang Kosovo – yang telah melemahkan kewenangan dan kekuatan pengekangannya. Lebih jauh, ini bukan sekadar penurunan kecil dalam efektivitas konstitusi 1948, tetapi krisis gagasan konstitusi sebagai sistem batasan dan kendala dan, secara lebih umum, nilai aturan itu sendiri; hal ini semakin dibenci dan diremehkan oleh kekuatan politik dan ekonomi sebagai belenggu yang tidak pantas terhadap kedaulatan rakyat dan pasar bebas.

Ada pula faktor krisis lain yang bahkan lebih nyata, yang menyangkut negara konstitusional. Ini adalah berakhirnya negara nasional sebagai monopoli eksklusif atas produksi hukum: sumber hukum telah bergeser melampaui batas-batas nasional dan ini telah menimbulkan krisis dalam kesatuan dan koherensi sistem sumber hukum dan peran penjamin konstitusi negara. Struktur piramida lama sumber hukum yang diawali dengan konstitusi, diikuti langsung oleh undang-undang biasa, kemudian peraturan dan sumber administratif dan kontraktual lainnya telah digantikan dengan konglomerasi sumber hukum dari berbagai sistem yang berbeda, dari Uni Eropa hingga Perserikatan Bangsa-Bangsa, tetapi tetap berlaku secara langsung atau tidak langsung.

Proses integrasi Eropa bersifat simbolis karena maju dalam substansi aturan hukum meskipun tidak demikian dalam bentuk, baik lemah maupun kuat. Dalam satu pengertian, Uni Eropa masih merupakan sistem hukum dan politik yang tidak jelas, yang Ciri-cirinya bertentangan dengan kedua prinsip konstitusionalisme demokratis: representasi politik yang

memadai dari organorgan Uni yang diberkahi dengan kekuatan normatif yang lebih besar dan subordinasi yang kaku dari keputusan mereka untuk pemeriksaan validitas yang jelas berlabuh pada perlindungan hak-hak fundamental.

Dalam pengertian lain, proses integrasi Eropa telah menggeser tempat pengambilan keputusan yang secara tradisional disediakan untuk kedaulatan nasional di luar batas-batas negara; tidak hanya pada masalah ekonomi dan moneter, tetapi juga dalam hubungan komersial, imigrasi, perlindungan konsumen, perlindungan lingkungan, dan kebijakan sosial. Diperkirakan hampir 80% dari produksi legislatif sekarang secara langsung atau tidak langsung berasal dari masyarakat.

Saya akan berbicara nanti tentang perspektif yang terbuka dari proses ini yang, dalam jangka panjang, tentu saja progresif, berkat Piagam Hak-hak Dasar Eropa yang disetujui di Nice pada bulan Desember 2000. Sementara itu, hingga pembentukan kembali Uni secara konstitusional terjadi, integrasi yang tidak lengkap ini membuat hierarki tradisional sumber hukum menjadi tegang dan melemahkan konstitusi nasional, karena kurangnya tanggung jawab politik dan tinjauan konstitusional Uni Eropa.

Atas dasar ini, norma-norma yang dihasilkan di luar negara perjanjian, peraturan, arahan, dan putusan mulai berlaku dalam sistem hukum negara, yang berlaku lebih tinggi daripada hukum parlemen nasional dan bahkan mengklaim lebih tinggi daripada konstitusinya. Hal ini merusak struktur konstitusional demokrasi nasional, baik dalam hal representasi politik sumber hukum baru, maupun kendala konstitusionalnya: singkatnya, seluruh paradigma negara konstitusional.

Defisit demokrasi Uni terlihat pertama dan terutama dalam sistem hukum komunitas. Sumbersumber baru merujuk kembali ke badan-badan yang tidak mewakili secara langsung, seperti Dewan dan Komisi, yang membuat keputusan melalui mekanisme yang tidak transparan dan yang sangat dipengaruhi oleh lobilobi yang semakin berkuasa semakin kaya dan terorganisasi dengan baik. Namun, tidak adanya representasi dan tanggung jawab politik memiliki efek retroaktif pada sistem hukum nasional yang menjadi bagian dari sumbersumber baru: melalui jarak yang lebih jauh antara publik dan badan-badan normatif Uni; melalui tingkat pengaruh yang rendah yang dapat diberikan parlemen nasional pada pilihanpilihan yang dibuat pemerintah mereka dalam berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan yang kompleks yang sering kali berujung pada keputusan-keputusan yang dibuat dengan suara mayoritas dan bukan kesepakatan bulat; melalui disinformasi dan kurangnya minat pada isu-isu Eropa di antara kelaskelas politik dan opini publik. Peninjauan konstitusional atas sumbersumber masyarakat juga semakin melemah.

Sumbersumber ini tidak hanya berlaku langsung dalam sistem nasional – peraturan perundang-undangan sebagai norma yang berlaku langsung dan arahan sebagai kerangkanya, tetapi juga berlaku efektif segera tetapi, menurut putusan Mahkamah Keadilan, sumbersumber ini memiliki tingkatan yang lebih tinggi daripada semua norma hukum nasional, termasuk norma-norma konstitusional.

Mahkamah Konstitusi Italia pada awalnya memutuskan menentang hal ini tetapi kemudian menerimanya secara substansial, dengan ketentuan bahwa norma-norma

komunitas harus tunduk pada prinsip-prinsip tertinggi konstitusi republik Italia. Dengan demikian, norma-norma nonlegislatif tidak tunduk pada undang-undang tetapi memiliki tatanan yang lebih tinggi daripada undang-undang dan bahkan dapat, setidaknya menurut Pengadilan Keadilan, menyimpang dari konstitusi. Hal ini menghasilkan inflasi normatif yang lebih besar dan, yang terpenting, pembukaan area baru kekuasaan neoabsolutisme yang bertentangan dengan setiap prinsip aturan hukum.

Oleh karena itu, ada bahaya bahwa pengaburan peran antara sumber hukum nasional dan Eropa akan menghasilkan bentuk ganda dari pembubaran modernitas hukum: pembentukan hukum kasus komunitas yang tidak pasti oleh pengadilan yang saling bertentangan secara bersamaan dan kemunduran ke dalam pluralisme dan tumpang tindih sistem dan sumber hukum yang menjadi ciri hukum pramodern. Ungkapan seperti "asas legalitas" dan "reservasi undang-undang" semakin tidak berarti.

Terakhir, ada krisis konstitusi internasional yang masih dalam tahap awal yang dibentuk oleh Piagam PBB dan banyak konvensi tentang hak asasi manusia. Prinsip perdamaian, yang merupakan norma dasar dan dasar pemikiran Perserikatan Bangsa-Bangsa, telah dihancurkan oleh dua perang yang dilancarkan oleh kekuatankekuatan Barat selama dekade terakhir Perang Teluk Kedua dan Perang Kosovo dan dengan mengesampingkan Perserikatan Bangsa-Bangsa demi Pakta Pertahanan Atlantik Utara (NATO) sebagai penjamin “tatanan” dunia yang semakin ditandai oleh pertumbuhan ketimpangan, pemusatan kekayaan, dan meluasnya kemiskinan, kelaparan, dan eksploitasi di seluruh dunia.

Lagi pula, seluruh proses integrasi ekonomi dunia yang disebut dengan nama “globalisasi” dapat dengan mudah dibaca sebagai kekosongan hukum publik yang dihasilkan oleh tidak adanya batasan, aturan, dan pengawasan atas kekuatan Negara-negara besar, militer, dan kekuatan ekonomi swasta. Tanpa lembaga yang mampu menangani hubungan-hubungan baru ini, hukum globalisasi semakin dibentuk berdasarkan bentuk-bentuk hukum privat dan kontraktual, bukan hukum publik yang umum dan abstrak, yang menunjukkan seberapa besar ekonomi mendominasi politik, dan seberapa besar pasar mendominasi ruang publik.

Dengan demikian, kemunduran neoabsolutisme dalam kedaulatan eksternal Negara-negara besar (hanya) disertai dengan kemunduran neoabsolutisme paralel dari Negara-negara ekonomi transnasional utama; ini adalah kembalinya neoabsolutisme regresif yang muncul dalam kekosongan aturan yang diterima secara terbuka oleh kapitalisme anarkis global saat ini sebagai aturan fundamentalnya – semacam Grundnorm baru untuk hubungan ekonomi dan industri.

8.6 MASA DEPAN NEGARA HUKUM: PROSPEK REFORMASI

Kemunduran Negara-negara nasional, hilangnya peran normatif hukum, perbanyakan dan kebingungan sumbersumber hukum, terhambatnya asas-asas legalitas formal dan substantif, dan matinya politik dan kemampuannya untuk perencanaan ke depan sedang menggerogoti kedua paradigma negara hukum: negara hukum dan negara konstitusional. Mustahil untuk meramalkan apa hasil dari krisis ini, apakah destruktif, mengarah pada hukum

rimba dan survival of the fittest, atau apakah ini akan terbukti menjadi krisis sementara yang akan mengarah pada munculnya model negara hukum ketiga yang lebih luas.

Satu-satunya hal yang kita ketahui adalah, apa pun hasilnya, itu akan bergantung pada peran yang dapat dimainkan oleh akal sehat hukum dan politik. Evolusi menuju penguatan dan bukan pembubaran supremasi hukum berpusat pada penegakan kembali legalitas – hukum biasa dan konstitusional, serta negara dan supranegara agar mampu menghadapi tantangan yang dihadapinya di dua bidang yang dijelaskan di atas.

Tantangan pertama, bahwa krisis asas legalitas belaka melemahkan negara hukum, menyerukan peran kritis, proposisional, dan konstruktif nalar hukum untuk menegakkan kembali legalitas biasa. Saya akan mengidentifikasi dua kemungkinan jalur reformasi, satu berkaitan dengan wilayah liberal supremasi hukum dan yang lainnya berkaitan dengan dimensi sosialnya.

Yang pertama menyangkut hukum pidana, medan tempat lahirnya supremasi hukum liberal, dan bukan secara kebetulan. Cara yang efektif untuk membendung banjir undang-undang yang telah memberikan tekanan pada peran jaminan hukum pidana adalah dengan memperkuat asas legalitas semata, dengan mengganti reservasi undang-undang sederhana – asas bahwa hukum pidana hanya dapat dibuat melalui undang-undang parlemen – dengan reservasi kode, idenya adalah untuk memberlakukan asas konstitusional bahwa tidak ada norma yang dapat diperkenalkan untuk pelanggaran, hukuman, dan persidangan kecuali melalui prosedur yang diperberat, dalam bentuk amandemen atau suplemen pada teks hukum pidana, atau hukum acara pidana.

Ini bukan sekadar reformasi kode tetapi rekodifikasi seluruh badan hukum pidana. Ini akan didasarkan pada jaminan metahukum terhadap penyalahgunaan oleh undang-undang khusus, yang dapat mengakhiri kekacauan saat ini dan melindungi kode yang dilihat oleh budaya Pencerahan sebagai sistem norma yang relatif sederhana dan jelas untuk melindungi hak-hak warga negara terhadap kesewenang-wenangan "hakim bawahan" dari kesewenang-wenangan legislator "bawahan" saat ini.

Kitab Undang-undang Hukum Pidana dan Hukum Acara Pidana akan menjadi teks normatif yang lengkap dan eksklusif untuk seluruh masalah pidana; dan, setiap saat, pembuat undang-undang harus bertanggung jawab agar semuanya koheren dan sistematis. Hal ini akan meningkatkan kekuatan pengaturan pembuat undang-undang terhadap warga negara dan hakim. Depenalisasi drastis yang terjadi kemudian dimulai dengan hukum pidana yang sarat dengan dokumen dan birokrasi yang terdiri dari gabungan pelanggaran ringan dan pelanggaran ringan yang sering dihukum dengan denda akan dikompensasi oleh kepastian, efektivitas, dan jaminan yang meningkat secara keseluruhan.

Pemulihan dan penguatan asas legalitas pidana semata dan dengan demikian kapasitas pengaturan dan pengondisian hukum merujuk kembali pada reformasi dan penguatan asas legalitas ketat; asas yang dengannya, sebagaimana telah kita lihat, hukum itu sendiri harus diatur dan dikondisikan oleh jaminan metahukum: tidak hanya oleh asas substantif klasik tentang determinasi, materialitas, dan sifat menyinggung sebagai aturan semantik untuk pembentukan bahasa hukum, tetapi juga, dalam hal ini, asas formal produksi legislatif untuk

membatasinya pada kesatuan, koherensi, dan pada kesederhanaan dan keterpahaman yang sebesarbesarnya. Lebih jauh lagi, hanya dengan menegakkan kembali legalitas melalui asas-asas ini determinasi dalam konten dan reservasi kode dalam bentuk produksi hubungan yang tepat antara legislasi dan keputusan pengadilan dapat dipulihkan atas dasar actio finium regundorum yang kaku.

Dalam sebuah paradoks yang nyata, legislasi dan karenanya juga politik dapat menjamin pemisahan kekuasaan dan ketundukan hakim pada hukum, dan dengan demikian memenuhi persyaratan konstitusional tentang reservasi undang-undang yang absolut, jika dan hanya jika legislasi itu sendiri pada gilirannya tunduk pada hukum, yaitu, jaminan (pertama dan terutama, determinasi) yang dapat membatasi dan mengekang keputusan.

Ini sama saja dengan mengatakan bahwa hukum dapat secara efektif dikondisikan jika dan hanya jika ia sendiri dikondisikan secara hukum. Ini adalah rumus Pencerahan lama yang tidak mengurangi nilainya. Bahwa semua ini berlaku dua abad yang lalu, ketika kodifikasi memungkinkan peralihan dari kesewenang-wenangan yudisial yang menjadi ciri hukum kasus lama ke supremasi hukum, membuatnya tidak kurang valid saat ini ketika inflasi legislatif secara praktis telah mendorong sistem pidana kembali ke ketidakpastian hukum pramodern. Menegakkan kembali legalitas negara kesejahteraan lebih sulit dan kompleks.

Negara kesejahteraan tidak berkembang, di Italia dan di tempat lain, melalui penundukan pada hukum yang menjadi ciri negara hukum, melainkan melalui perluasan lembaga-lembaga pemerintah yang mantap, pertumbuhan kebijaksanaan politik mereka, dan akumulasi hukum-hukum khusus, tindakan-tindakan khusus, praktik-praktik administratif, dan tindakan-tindakan patronase yang tidak sistematis yang telah dicangkokkan pada struktur lama negara liberal, sehingga merusaknya. Hasilnya adalah perantara birokrasi yang rumit dan berat dari ketentuan-ketentuan kesejahteraan yang bertanggung jawab atas ketidakefisienannya dan, sebagaimana ditunjukkan tidak hanya oleh pengalaman Italia, degenerasi yang ilegal.

Tidak dapat disangkal bahwa penyediaan layanan sosial oleh publik melibatkan pengembangan aparatur birokrasi yang mahal, tetapi ini dapat dipangkas dan disederhanakan dengan tepat dengan membangun negara hukum sosial yang, tidak berbeda dari negara hukum liberal, didasarkan pada subordinasi maksimum ketentuan-ketentuannya pada hukum tidak hanya dalam bentuknya, tetapi juga dalam isinya. Ini dapat dimungkinkan dengan membuat ketentuan-ketentuan yang universal seperti hak-hak sosial, daripada bergantung pada intervensi birokrasi yang bersifat diskresioner dan selektif.

Dalam prospek ini, indikasi paling bermanfaat yang diajukan oleh studi paling menarik tentang reformasi negara sosial, menurut pandangan saya, adalah prinsip umum yang berpadu dengan baik dengan penguatan legalitas belaka dan peran pengondisiannya melalui isi, yang pada gilirannya dikondisikan, yang diberlakukan pada undang-undang itu sendiri. Menurut prinsip ini, hak sosial dapat dijamin secara lebih lengkap, sederhana, dan efektif dalam hal hukum, dengan biaya paling rendah, dan diberi perlindungan maksimal dari kebijaksanaan politik dan administratif serta kesewenang-wenangan dan korupsi yang ditimbulkannya, semakin sedikit mediasi birokrasi yang diperlukan untuk memenuhinya; pengurangan ini

dicapai dengan mengakui hak sosial berlaku sama bagi semua orang melalui undang-undang yang seumum dan seabstrak mungkin.

Contoh paradigmatik dalam pengertian ini adalah pemenuhan hak sosial untuk penghidupan dan kesejahteraan berdasarkan undang-undang, dalam istilah umum yang universal, melalui upah minimum yang dijamin bagi semua orang yang berusia dewasa ke atas.26 Namun, kerangka kerja yang serupa juga ditemukan dalam bentuk kesejahteraan sosial yang bersifat umum, gratis, dan wajib, seperti perawatan kesehatan dan pendidikan untuk semua, yang kini dibiayai oleh berbagai cara oleh ruang publik sesuai dengan paradigma hak yang sama atas kesehatan dan pendidikan.

Dalam kasus ini, ketentuan otomatis, bersama dengan ketundukan pada hukum, menjamin kepastian hukum dan hak, kesetaraan warga negara, dan kekebalan mereka dari kesewenang-wenangan hingga tingkat tertinggi. Tentu saja, jaminan sosial ini memiliki biaya yang tinggi; biaya untuk benar-benar memenuhi hak-hak yang sesuai dikompensasi, selain standar hidup minimum dan kesetaraan substantif yang dijaminnya, dengan lebih sedikit sumber daya yang terbuang pada birokrasi parasit yang sangat besar yang saat ini mengelola kesejahteraan sosial, terkadang secara korup, atas dasar diskriminasi dan kekuasaan.

Sayangnya, sedikit harapan yang dapat diberikan untuk prospek reformasi ini. Saat ini, mengubah negara kesejahteraan menurut model universal dari jaminan hukum hak-hak sosial bertentangan dengan prospek privatisasi ruang publik dan opsi pasar bebas yang berlaku dalam budaya politik dan kelas penguasa. Hal yang sama mustahilnya adalah penegakan kembali legalitas pidana berdasarkan jaminan reservasi kode. Sementara undang-undang pidana bergeser kembali ke hukum pramodern, doktrin pidana melihat dalam diam ketika malapetaka terjadi dengan pokok bahasannya dan merasa nyaman dengan kekeliruan "realis" bahwa hukum pidana tidak dapat berbeda dari apa adanya.

Namun, mustahil tidak selalu berarti mustahil. Kita tidak boleh mencampuradukkan ketidakaktifan dan realisme kecuali kita ingin menyembunyikan tanggung jawab politik dan budaya hukum, mereduksi menjadi "tidak realistis" atau "utopis" apa yang tidak akan atau tidak dapat kita lakukan. Kita harus mengakui, sebaliknya, bahwa penyebab di balik krisis ini adalah keengganan politik dan ketidakaktifan budaya yang proposisional, yang satu mengikuti yang lain sebagai alibi satu sama lain, yang membahayakan tidak hanya masa depan supremasi hukum, tetapi juga demokrasi itu sendiri.

8.7 MASA DEPAN NEGARA KONSTITUSIONAL

Konstitusionalisme Tanpa Negara

Tantangan kedua yang dihadapi oleh negara hukum adalah mengenai dimensi konstitusionalnya. Krisis ini adalah krisis prinsip legalitas ketat yang disebabkan oleh hilangnya kedaulatan negara, dengan hilangnya sumber hukum di luar batas negara dan melemahnya jaminan yang diberikan oleh konstitusi nasional. Krisis ini menuntut pemikiran ulang tentang konstitusionalisme dan jaminan hukum, yaitu tentang tempat, bentuk, dan tingkat kekakuan yang dapat digunakan konstitusi untuk mengondisikan undang-undang dengan membatasinya untuk menjamin hak-hak dasar dan prinsip-prinsip kesetaraan dan keadilan yang

ditetapkannya.

Kita telah melihat bagaimana tempat-tempat ini tidak lagi hanya negara tetapi supranegara dan saat ini ditempati di tingkat Eropa dan dunia oleh lembaga-lembaga yang benar-benar membuat keputusan tanpa tanggung jawab politik dan di bawah batasan konstitusional yang tidak pasti. Hal ini melemahkan kedua dimensi demokrasi konstitusional: dimensi formal demokrasi politik, karena lembaga-lembaga nonrepresentatif diberi kewenangan yang semakin besar untuk membuat keputusan, dan dimensi substantif negara konstitusional, karena lembaga-lembaga tersebut tidak tunduk pada hukum dan tidak ada pemeriksaan yang aman atas konstitusionalitas keputusan-keputusan mereka.

Menghadapi proses-proses ini, terutama proses penyatuan Eropa, sikap nostalgia berupa pertentangan yang steril tidak akan menghasilkan apa-apa. Yang pasti adalah bahwa pasar tidak akan mundur di balik batas-batas negara dan fenomena integrasi dan saling ketergantungan internasional supranegara akan meningkat, bukan menurun. Oleh karena itu, Satu-satunya jawaban yang mungkin untuk tantangan ini adalah dengan mendorong integrasi hukum dan kelembagaan di samping integrasi ekonomi dan politik yang, suka atau tidak, tidak hanya terjadi, tetapi juga tidak dapat diubah.

Menghadapi krisis negara nasional dan konstitusionalisme, kita dipaksa untuk menyadari bahwa Satu-satunya alternatif terhadap kemunduran supremasi hukum dan bentuk-bentuk baru absolutisme pasar dan politik adalah konstitusi tanpa negara yang dapat menangani lokalisasi kekuasaan dan keputusan yang baru. Meskipun benar bahwa konstitusi negara saat ini tidak lagi mampu memenuhi perannya sebagai penjamin, tidak ada gunanya untuk melawan tindakan barisan belakang yang terlambat dalam membela negara dan otonomi sistem hukumnya yang sekarang sudah ketinggalan zaman. Perhatian harus lebih difokuskan pada pengembangan konstitusionalisme Eropa di satu sisi dan, di sisi lain, model konstitusionalisme internasional yang dapat menahan absolutisme kekuatankekuatan baru. Konstitusionalisme internasional adalah prospek jangka panjang yang lebih sulit dan tidak mungkin.

Runtuhnya blokblok politik yang berseberangan, yang dapat menjadi awal yang sangat baik bagi tatanan dunia baru yang didasarkan pada keutamaan Perserikatan Bangsa-Bangsa dan jaminan hak asasi manusia yang diabadikan dalam banyak piagam internasional, sebaliknya menandai kemunduran Perserikatan Bangsa-Bangsa, perubahan NATO menjadi sayap bersenjata Negara-negara Barat yang kaya untuk melawan Negara-negara yang semakin miskin di seluruh dunia, dan pemulihan perang sebagai sarana untuk menyelesaikan konflik internasional dan mempertahankan bentengbenteng demokrasi kita terhadap tekanan dari "massa yang berdesakan" yang terus bertambah yang berada di luar perbatasan mereka.

Satu-satunya langkah maju menuju aturan hukum internasional adalah Perjanjian Roma tanggal 17 Juli 1998 yang mendirikan pengadilan pidana internasional yang berwenang untuk menangani kejahatan terhadap kemanusiaan. Faktanya, Satu-satunya alternatif terhadap dunia masa depan yang penuh peperangan, kekerasan, dan pertumbuhan kemiskinan serta kejahatan secara eksponensial, yang mana demokrasi kita akan berada dalam risiko dan kehilangan legitimasinya, adalah proyek hukum konstitusionalisme dunia, yang

sudah digariskan dalam Piagam PBB, dan resolusi oleh Negara-negara besar untuk menanggapinya dengan serius.

Prospek perluasan paradigma konstitusional ke Uni Eropa agak lebih realistis. Meskipun banyak keterbatasan dan kesulitan, ada proses konstituen yang sedang berlangsung di Uni yang telah dipercepat secara signifikan selama 10 tahun terakhir. Langkah terbaru dan paling signifikan adalah persetujuan di Nice pada 7 Desember 2000 atas Piagam Eropa tentang hak-hak dasar; selain kebebasan tradisional dan hak-hak sipil, ini memberikan daftar panjang hak-hak sosial serta hak-hak generasi terakhir tentang privasi, perlindungan tubuh manusia, dan pelestarian lingkungan. Dokumen ini hanya diproklamasikan dan belum secara resmi dimasukkan dalam perjanjian.

Namun, nilai politiknya dan sifat wajib de facto, akibat persetujuan bulat oleh Dewan Eropa, Komisi dan Parlemen, tidak dipertanyakan. Lebih jauh lagi, dalam istilah hukum, ada kemungkinan bahwa norma-normanya sudah dimasukkan ke dalam Pasal 6 Perjanjian Uni yang untuk "prinsip-prinsip umum hukum Komunitas" mengacu pada hak-hak dasar yang "dihasilkan", selain dari Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia tahun 1950, "dari tradisi konstitusional bersama Negara-negara anggota": inilah tepatnya "tradisi konstitusional bersama" yang harus diidentifikasi oleh Konvensi, yang dibentuk oleh Dewan Eropa di Cologne pada tanggal 34 Juni 1999, dalam piagam yang akan dikembangkannya. Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa piagam ini bukan hanya merupakan langkah pertama yang sangat penting menuju pengembangan konstitusi Eropa yang sejati, tetapi sekarang juga merupakan hukum yang berlaku, yang mengikat secara hukum bagi Uni dan Negara-negara anggotanya, serta bagi Pengadilan Keadilan Luxemburg, yang semakin jelas terikat untuk menjadi pengadilan konstitusional Eropa.

Tentu saja, Piagam Hak yang baru tidak akan cukup untuk menyusun ulang hukum Eropa sesuai dengan garisgaris negara konstitusional. Untuk itu, diperlukan penataan ulang yang rasional dari seluruh organisasi kekuasaan Uni, yang di satu sisi didasarkan pada prinsip klasik pembagian kekuasaan dan, di sisi lain, pada distribusi kompetensi yang lebih tepat di sepanjang garis federal antara lembaga-lembaga Eropa dan negara bagian.

Oleh karena itu, untuk membangun negara hukum Eropa, perlu untuk melangkah ke arah yang berlawanan dari negara hukum nasional: konstitusionalisme bukan sebagai pelengkap negara hukum, tetapi sebagai premisnya. Hanya ketika integrasi konstitusional Eropa telah terjadi hanya ketika yurisdiksinya diperluas jauh melampaui masalah-masalah ekonomi dasar dan dibuat untuk mencakup fungsi legislatif parlemen Eropa maka akan menjadi mungkin untuk mempromosikan bentuk-bentuk integrasi legislatif yang semakin maju.

Saat ini, integrasi hukum berlangsung dengan sumbersumber komunitas yang ditumpangkan pada sumbersumber negara, sehingga memperparah jalinan norma dan krisis asas legalitas dalam dimensi formalnya, tidak kurang dari dimensi substantifnya. Faktor utama dalam integrasi ini adalah peran yang dimainkan oleh Pengadilan Keadilan yang, dibantu oleh keterlibatan pengadilan negara yang ditimbulkan oleh pengenalan langsung norma-norma komunitas ke dalam sistem negara, membentuk hukum Eropa yang dibuat oleh hakim secara

prospektif. Akan tetapi, jelas bahwa tidak ada alasan substantif mengapa integrasi tidak boleh dilakukan secara legislatif: mengapa, khususnya, Uni harus memiliki banyak kode atau sistem hukum perdata dan pidana yang pada dasarnya serupa dengan Negara-negara anggota, tanpa mencapai kodifikasi perdata dan pidana Eropa, setidaknya dalam lingkup yurisdiksinya.

Hal ini tidak hanya akan meningkatkan perlindungan hak dan proses penyatuan politik, tetapi juga pertukaran bebas itu sendiri, keamanan perdagangan, dan perlindungan kepentingan dan Barang-barang komunitas, yang merupakan bagian dari tujuan perjanjian dan berada di bawah yurisdiksi Uni. Kendala utama yang menghalangi penyatuan hukum, atau setidaknya pembentukan hukum federal dan sistem peradilan dengan ruang lingkup yang jelas berbeda dari hukum negara bagian, tentu saja adalah hukum pidana.

Dalam sistem seperti di Italia, hukum pidana hanya berlaku untuk undang-undang oleh badan perwakilan, tetapi persyaratan ini dapat dipenuhi di tingkat komunitas jika parlemen Eropa diberi wewenang dengan fungsi legislatif. Singkatnya, aturan hukum legislatif Eropa dapat berkembang sebagai alternatif dari tren saat ini menuju yurisprudensi komunitas yang tercampur aduk dengan sistem hukum nasional. Piagam Eropa tentu dapat berkontribusi untuk mencapai tujuan ini karena hak-hak yang dijaminnya menguraikan ruang publik yang jauh melampaui ruang lingkup perjanjian yang terbatas.

Ini jelas akan menjadi pergeseran paradigmatik ketiga. Setelah yurisprudensi, negara hukum dan negara konstitusional, model keempat: aturan hukum yang diangkat ke tingkat supranasional, tanpa bentuk negara lama tetapi mempertahankan bentuk dan substansi struktur konstitusionalnya yang diartikulasikan dalam prinsip-prinsip yang diilustrasikan di atas tentang legalitas belaka dan ketat. Tentu saja, tidak masuk akal untuk berbicara tentang bentuk-bentuk yang akan diambil oleh sistem dan hierarki sumbersumber aturan hukum supranasional hipotetis, khususnya Eropa.

Dalam perspektif konstitusi dan ruang publik yang tidak lagi nasional tetapi supranasional, kita hanya dapat membayangkan bahwa ruang konstitusional dengan tatanan yang lebih tinggi daripada sumber lain mana pun dapat berfungsi sebagai dasar untuk membangun kembali legalitas ketat, mirip dengan model negara konstitusional yang merupakan batas dan dimensi yang diperlukan dari, dan kendala intrinsik bagi, semua kekuasaan yang sah.

Sebab justru ruang inilah yang menjadi tuan rumah bagi ranah publik, yang dapat diidentifikasikan dengan kepentingan semua orang baik karena kepentingan tersebut bersifat umum maupun karena kepentingan tersebut sesuai dengan hak-hak fundamental dan karenanya universal – yang menjadi jaminan legitimasi semua kekuasaan publik. Menegakkan kembali legalitas belaka pada model negara hukum, melalui reorganisasi sistem sumber yang mendasarinya dan kekuasaan yang sesuai atas dasar definisi ulang dan pembagian yang jelas atas kompetensi dan hubungan hierarki dan subsidiaritas mereka, bergantung pada artikulasi ranah publik pada berbagai tingkat dan dimensinya.

Namun, mengenai prospek model ketiga yang lebih luas dari aturan hukum yang digariskan oleh piagam hak supranasional, studi politik telah menimbulkan keraguan teoritis mengenai dan mengidentifikasi hambatan terhadap kelangsungan hidup dan keinginannya.

Premis yang diperlukan untuk negara hukum dan konstitusional Eropa atau bahkan global adalah satu masyarakat tunggal, masyarakat sipil, atau ruang publik, yang tidak ada;30 oleh karena itu, integrasi hukum supranasional, meskipun hanya terbatas pada perlindungan hak-hak dasar, akan berarti pemaksaan (yang paling banter akan tetap di atas kertas) dari satu model normatif, yang merusak pluralisme budaya, tradisi, dan pengalaman hukum.

Terlepas dari gagasan tentang homogenitas politik dan budaya dasar yang mendasari Negara-negara nasional kita, yang menurut pendapat saya salah, keberatan ini menyiratkan konsepsi konstitusi sebagai ekspresi organik dari demos, atau setidaknya hubungan prapolitik dan rasa memiliki bersama di antara para penerimanya. Saya pikir keyakinan komunitarian ini harus dibatalkan. Konstitusi bukan untuk mewakili keinginan bersama suatu masyarakat tetapi untuk menjamin hak-hak semua orang, bahkan ketika ini bertentangan dengan keinginan rakyat. Fungsinya bukan untuk mengekspresikan keberadaan demos atau homogenitas budaya, identitas kolektif, atau kohesi sosial yang diasumsikannya, tetapi justru sebaliknya, untuk menjamin koeksistensi damai dari individu dan kepentingan yang berbeda dan berpotensi bertentangan melalui hak-hak tersebut.

Dasar legitimasinya, berbeda dengan hukum dan keputusan pemerintah biasa, tidak berasal dari konsensus mayoritas, tetapi dari nilai yang lebih penting dan mendasar: kesetaraan setiap orang dalam kebebasan dasar dan hak sosial, yaitu dalam hak-hak vital yang diberikan kepada semua orang, sebagai batasan dan kendala yang justru bertentangan dengan hukum dan tindakan pemerintah yang mayoritas.

Rasa memiliki dan konstitusi bersama, penyatuan politik, dan penegakan hukum atas kesetaraan, lebih jauh lagi, saling terkait erat sebagaimana yang telah ditunjukkan oleh pengalaman demokrasi kita sendiri. Memang benar bahwa efektivitas konstitusi apa pun memerlukan minimal homogenitas budaya dan prapolitik yang, sehubungan dengan Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia, dapat dirasakan secara tepat, dan mungkin khususnya, dalam tradisi konstitusional umum Negara-negara anggota Uni.

Namun yang sebaliknya juga lebih benar: dalam pemahaman tentang kesetaraan hak sebagai jaminan untuk melindungi perbedaan identitas pribadi dan mengurangi ketidaksetaraan material, persepsi tentang orang lain sebagai orang yang setara dapat berakar, dan dengan itu rasa memiliki bersama dan identitas kolektif suatu komunitas politik. Bahkan dapat dikatakan bahwa perlindungan hak yang setara tidak hanya diperlukan, tetapi juga cukup untuk membentuk Satu-satunya "identitas kolektif" yang layak diperjuangkan, yaitu identitas yang didasarkan pada rasa saling menghormati alihalih saling mengucilkan dan tidak toleran yang ditimbulkan oleh identitas etnis, nasional, agama, atau bahasa.

Bahan utama penyatuan politik adalah penyatuan hukum, bukan penyatuan ekonomi atau moneter. Singkatnya, jika yang kita maksud dengan “ruang publik” adalah ruang yang sesuai dengan kepentingan semua orang, bukan ruang privat yang menyangkut kepentingan individu, harus diakui bahwa ruang publik terutama mensyaratkan perlindungan atas kesetaraan dan hak-hak semua orang yang merupakan hak-hak fundamental. Dengan demikian, ruang publik dan masyarakat sipil bukanlah premis, melainkan akibat dari konstitusi. Dengan konstitusi, yaitu kontrak sosial, yang dengannya disepakati untuk melindungi hak-hak

dasar setiap orang, masyarakat muncul dari keadaan alamiah dan ruang publik muncul sebagai tempat politik dan ruang kesetaraan, berbeda dari ruang privat yang, sebaliknya, merupakan tempat ekonomi dan ruang ketidaksetaraan dan perbedaan.

Inilah sebabnya kita dapat mengatakan bahwa ruang publik Eropa tidak akan ada selama Eropa tetap menjadi pasar bersama belaka area pertukaran bebas tetapi akan muncul tepat ketika kesetaraan dalam hak-hak untuk semua yang merupakan hak-hak dasar ditetapkan dan dilindungi. Terlebih lagi, ruang publik sedunia tidak akan ada selama hak asasi manusia yang ditetapkan dalam berbagai konvensi dan deklarasi tetap berada di atas kertas, tidak dilindungi, dan hukum rimba terus berlaku dalam hubungan politik dan ekonomi internasional.

Alasan yang membuat kita tidak optimis tentang prospek perluasan konstitusionalisme ke tingkat internasional, oleh karena itu, bukanlah alasan teoritis. Semuanya semata-mata politis. Tidak ada yang menghalangi kita untuk percaya bahwa gagasan tentang aturan hukum internasional secara teori dapat dicapai. Ketercapaiannya hanya bergantung pada politik, dan tepatnya pada kemauan Negara-negara yang secara ekonomi dan militer terkuat. Di sinilah inti masalah sebenarnya: krisis proyek perdamaian dan persamaan hak yang telah ditetapkan oleh politik itu sendiri pada akhir Perang Dunia Kedua.

Paradoksnya terletak pada krisis perencanaan politik yang terjadi di zaman transisi di mana dapat dipastikan bahwa, hanya dalam beberapa dekade saja, proses integrasi yang saat ini berkembang akan mengarah pada tatanan dunia baru. Politik dan hukum memegang kunci bagi kualitas tatanan baru ini: apakah Barat menutup dirinya seperti dalam benteng yang terkepung, kesenjangan, dan kemiskinan tumbuh dan fundamentalisme baru, peperangan, dan kekerasan berkembang, atau kemauan menang dalam komunitas internasional untuk memberikan momentum baru kepada proyek rasional tatanan konstitusional yang menjadi sandaran perdamaian dan keamanan demokrasi kita.

BAB 9
DI LUAR ATURAN HUKUM

9.1 EVOLUSI RECHTSSTAAT DALAM PEMIKIRAN KONSTITUSIONAL MODERN

Seperti banyak kategori leksikon politik modern, ungkapan *Rechtsstaat* atau “aturan hukum” tampaknya ditakdirkan untuk runtuh karena rujukan empiris yang terstratifikasi secara historis dan karena kompleksitas sistem hukum kontemporer. Siapa pun yang telah membaca literatur hukum terbaru tentang masalah ini akan melihat lebih dari seratus asumsi normatif yang, semuanya tanpa sistem yang dapat diidentifikasi atau kanon umum, dan dipilih dengan variasi yang besar dari penulis ke penulis, dianggap sebagai blok bangunan atau premis wajib untuk memahami *Rechtsstaat* (atau "aturan hukum").

Sarjana hukum juga tidak setuju tentang apa yang merupakan prinsip dogmatis yang menjadi dasar *Rechtsstaat*, seperti subprinsip lain yang harus dimasukkan ke dalamnya dan hubungan apa yang mungkin dimilikinya dengan aspek aspek lain dari sistem hukum konstitusional, misalnya hak hak fundamental dan prinsip demokrasi. Memang, bukan suatu kebetulan bahwa keadaan kebingungan dan ketidakpastian ini telah menyebabkan beberapa orang mengusulkan untuk menyingkirkan konsep tersebut karena dianggap sebagai anakronisme ideologis yang sudah ketinggalan zaman dan tidak dapat digunakan lagi.

Dalam pengertian yang paling sempit dan ketat, konsep *Rechtsstaat* merupakan produk dari perkembangan doktrin negara Jerman yang berpuncak pada pelemahan dan dematerialisasi hukum yang aneh dari subjeknya, yaitu doktrin kedaulatan hukum. Namun, dalam arti yang paling luas, seperti yang selalu diingatkan oleh para sejarawan pemikiran politik, konsep ini terkait kembali dengan tradisi filosofis yang terhormat tentang “pemerintahan hukum” dalam arti ganda pemerintahan *per leges* dan pemerintahan *sub lege*, dan dengan demikian akhirnya tertukar dengan konstitusionalisme.

Pada kepatuhan umum (untuk sistem hukum Eropa) pada prinsip nomokrasi, yang menyatakan bahwa hukum dan bukan manusia harus berkuasa, gagasan *Rechtsstaat* muncul di mana pun kemajuan dibuat untuk menetapkan batas hukum, baik alami atau diterima melalui penggunaan, untuk penggunaan kekuatan politik. Ia memperoleh penerimaan dengan mengakui pluralisme dalam sistem dan norma hukum, mengambil kehidupan dari polaritas antara hukum positif dan aturan perilaku yang berurusan dengan etos atau *mos*.

Selain itu, banyak sejarawan, ketika mencoba merekonstruksi konsep dan praktik aturan hukum, yang merupakan laboratorium dunia Barat untuk mendisiplinkan kekuasaan secara hukum, melihat konstitusionalisme lama di balik versi modernnya. Meskipun mengambil vitalitas dari tradisi ini, bagaimanapun, konsep "aturan hukum" adalah produk murni dari pemikiran modern. Memang benar jika dikatakan bahwa gagasan negara hukum muncul ketika gagasan pemerintahan berdasarkan hukum berinteraksi dengan konsep kedaulatan negara bangsa modern.

Akan tetapi, kualifikasi ini, yang menandakan tahap lebih lanjut dalam perkembangan lembaga lembaga Barat, juga tidak cukup untuk memahami kekhasan *Rechtsstaat*. Suatu

negara di mana tidak ada kekuatan alternatif yang dapat membatasi kedaulatan kekuasaan legislatif, selain menggunakan hukum alam atau suatu asas hukum transenden, belum dapat disebut *Rechtsstaat* yang bertindak menurut aturan hukum. Hal ini dicapai dengan menetapkan *potestas irritans actus contrarios* dan mengaitkannya dengan peradilan. Akan tetapi, *potestas* ini hanya dapat berlaku ketika independensi peradilan diakui (dalam sejarah Inggris Raya, misalnya, dengan Undang Undang Penyelesaian tahun 1701), dan terutama ketika kekuasaan wakil rakyat untuk mengendalikan pemerintah secara politik ditetapkan.

Hanya dengan lahirnya lembaga perwakilan modern, yang dicetuskan oleh revolusi politik besar, kondisi tercipta untuk legalisasi politik yang substantif. Dan, tidak kurang, *Rechtsstaat* memainkan peran moderat dalam penahanan dan netralisasi politik vis a vis energi revolusioner yang melahirkan demokrasi parlementer modern; ia adalah produk dari transformasi yang mengarah dari keutamaan pembuat undang undang sebagai agen politik yang mempersonifikasikan kehendak umum menuju keutamaan hukum sebagai sumber hukum, sebagai ekspresi formal dan netral dari otoritas negara.

Oleh karena itu, dalam pengertian yang ketat, konsep *Rechtsstaat* hanya berfungsi untuk mengidentifikasi periode tertentu dalam sejarah negara pascarevolusioner abad kesembilan belas dan untuk mewakili ekspresi hukum khusus dari kelas menengah liberal, yang terbebas dari pembatasan dan hierarki rezim lama tetapi juga dilemahkan sehubungan dengan ideologi revolusioner kedaulatan rakyat. Gagasan *Rechtsstaat* mencapai sintesis statisme dan liberalisme yang muncul sebagai kunci ideologis menuju era ilmu hukum yang luar biasa berkembang.

Teori masyarakat sipil dan negara Jerman khususnya meletakkan dasar bagi apa yang kemudian menjadi doktrin supremasi hukum dalam pengertian yang tepat bagi para ahli hukum Eropa kontinental selama beberapa generasi. Fokus khusus pada gagasan kedaulatan dan kepribadian hukum negara memungkinkan untuk mengatasi dualisme *gubernaculum/jurisdictio* yang masih membebani konsepsi awal konstitusionalisme modern, termasuk Montesquieu. Namun, polarisasi gaya lama yang khas dari tradisi konstitusionalis tetap hidup dalam pertentangan yang dijelaskan oleh para ahli teori *Rechtsstaat*: *richterliche Rechtsfindung* dan *politische Rechtssetzung*.

Jika kita juga mengalihkan perhatian kita kepada konsep demokrasi konstitusional abad kedua puluh, kita menemukan tiga gagasan yang mendasari teori *Rechtsstaat* yang tercakup di dalamnya:

(1) hukum memberikan bentuk dan dengan demikian membatasi kekuasaan negara (*pouvoirs constitués*);
(2) kedaulatan hukum dilaksanakan menurut model pemerintahan berdasarkan hukum, oleh karena itu prinsip reservasi menurut undang undang menjadi prinsip utama doktrin klasik *Rechtsstaat*.
(3) perlindungan peradilan berfungsi melalui pengakuan konstitusional atas hak untuk membawa penyalahgunaan oleh kekuasaan swasta atau publik ke pengadilan.

Atas dasar ini mudah untuk memahami bagaimana kedua tradisi, *Rechtsstaat* Jerman dan aturan hukum Anglo Amerika, menjadi lebih dekat, berbaur dalam teori demokrasi

konstitusional modern.

Perkawinan tradisi hukum Eropa kontinental dengan tradisi hukum berbasis hukum umum Anglo Amerika, yang di dalamnya peran *jurisdictio* selalu signifikan, tampaknya berfungsi bagi perluasan kekuasaan kehakiman baru baru ini, yang akan dibahas lebih lanjut nanti. Akan tetapi, benar juga bahwa begitu banyak pendapat telah terbentuk di seputar asumsi asumsi mendasar ini sehingga gagasan tentang supremasi hukum tampaknya hampir runtuh, seperti yang telah kami nyatakan sebelumnya. Meskipun demikian, tidak ada prinsip lain yang muncul yang mampu mewakili dan mensintesis pluralitas norma yang membahas gagasan gagasan utama konstitusionalisme modern dalam suatu konstruksi yang koheren dan terpadu.

Polisemi tradisi, yang menjadi dasar konsep "rule of law" sering kali diimbangi oleh tren penyederhanaan, khususnya dalam perdebatan hukum awal abad kedua puluh. Di satu sisi, asal usulnya dianggap berada dalam jagat hukum abad pertengahan karena itulah bentuk paling awal dari apa yang disebut negara peradilan (seperti dalam "negara sebagai penjamin hukum", menurut definisi Fritz Kern yang ambigu, yang diulang oleh banyak penulis) sementara, di sisi lain, ia diakui sebagai landasan hukum khusus masyarakat borjuis saat ini. Lebih jauh, jika kita meneliti teori teori klasik, kita wajib mengakui bahwa telah terjadi banyak perubahan dalam doktrin "rule of law" sejak awal, yang terkadang menekankan komponen legislatif (Robert von Mohl), administratif (Rudolf von Gneist), dan hukum (Otto Bähr), sehingga membuka jalan tidak hanya bagi penilaian yang beragam tetapi juga distorsi dalam argumentasi.

9.2 TRANSFORMASI RULE OF LAW

Doktrin negara hukum liberal telah berhasil mengakhiri "osilasi yang merusak antara kekuasaan absolut seorang penguasa dan hak hak dasar absolut individu yang diperkenalkan oleh hukum alam", tetapi tidak kebal terhadap osilasi lain, meskipun agak kurang berbahaya. Seperti yang ditulis Carl Schmitt, misalnya, pada awal tahun 1930an: "Negara peradilan memiliki kemiripan dengan Rechtsstaat (atau negara hukum) sejauh hakim menyatakan hukum secara langsung dan mempertahankannya, bahkan terhadap pembuat undang undang yang menghasilkan norma norma, dan terhadap hukumnya".

Atas dasar ini, tentu saja, mudah untuk mengkritik negara hukum sebagai sesuatu yang pada dasarnya konservatif dan secara substansial asing bagi fungsi pemerintahan. Namun, di sisi lain, kapasitasnya untuk berinovasi demi kepentingan kelas menengah dan kepentingan modernisasi ekonomi juga digarisbawahi, hampir untuk menekankan ambiguitas konstitutifnya.

Dengan konsep kedaulatan, sentralitas legislasi memasuki politik monarki monarki besar, dan negara modern mengambil karakteristik negara legislatif. "Apa yang telah dipersepsikan di negara negara Eropa kontinental sejak abad ke-19 dan seterusnya sebagai Rechtsstaat (atau 'negara hukum') sebenarnya hanyalah negara legislatif, lebih tepatnya negara legislatif parlementer". Di sini juga, bagaimanapun, penekanan pada komponen legislatif akhirnya dimaksudkan secara polemik untuk membatasi era negara hukum dalam

periode yang masih didominasi oleh kepercayaan hukum alam terhadap universalitas dan rasionalitas hukum.

Penyederhanaan semacam ini, tentu saja, mendukung kritik terhadap supremasi hukum yang pada dasarnya bersifat apolitis atau antipolitik dan karenanya lemah dan tunduk pada kekuatan politik revolusioner. Dengan demikian, supremasi hukum berbenturan dengan Machtstaat, negara pejabat (Beamtenstaat), dan negara etika yang hanya merupakan transformasi idealis.

Monarki yang didasarkan pada birokrasi militer dan sipil di satu sisi dan demokrasi plebisit di sisi lain adalah rezim tradisional yang menjadi tujuan penyederhanaan historis dan argumen polemik tersebut. Namun, argumen tersebut mengabaikan makna mendasar dari konsep yang diperkenalkan oleh teori modern untuk menjelaskan sistem hukum politik yang beragam di mana, seperti yang disoroti Niklas Luhmann, hukum dilindungi dari campur tangan politik yang berlebihan dalam hal kendala dan batasan keputusan pemerintah dan netralitas politik peradilan.

Kendala pada keputusan politik dan netralitas hakim saling terkait dalam kerangka supremasi hukum. "Kenetralan politik peradilan hanya masuk akal sejauh tidak mungkin, dalam istilah teknis keputusan, bagi seluruh hukum untuk terus beradaptasi dengan perubahan konsensus politik. Dan ini pada gilirannya sebagian tidak mungkin karena peradilan yang independen dari politik menjaga kebutuhan untuk menjaga hukum yang sangat kompleks agar tetap koheren, dan menolak penyederhanaan besar politik".

Kecuali untuk kualifikasi ini, harus dikatakan bahwa definisi seperti "negara legislatif" atau "negara peradilan" tidak kehilangan semua potensi heuristiknya, jika tidak ada alasan lain selain karena menjadi tipe kontraideal untuk menyoroti kekhususan perubahan kelembagaan saat ini.

Bahkan hingga hari ini, subjek politik abad kesembilan belas cenderung didefinisikan menggunakan frasa "negara hukum" yang bertentangan dengan "negara konstitusional", yang muncul pada abad kedua puluh, terutama setelah tragedi yang disebabkan oleh totalitarianisme. Perbedaan mendasar adalah bahwa yang pertama bergantung pada kebijakan legislatif hanya untuk menjamin hak hak dasar, sedangkan yang terakhir bergantung pada konstitusi, dan konstitusi yang ditempatkan oleh badan yang meninjau undang undang.

Banyak penafsir dengan demikian melihat kembali kecenderungan yang berlaku saat ini dalam sistem politik barat, dan kekhasan beberapa di antaranya khususnya (misalnya Jerman), sebagai evolusi dari negara legislatif parlementer menjadi negara yudisial yang demokratis. Pada perubahan inilah perdebatan abad kedua puluh tentang masa depan negara hukum berpusat.

Sebagai negara legislatif, atau negara administratif yang tunduk pada prinsip "statutory reservations", Rechtsstaat klasik mempertahankan substansi negaranya dengan kokoh dengan menjadi subjek yang berdaulat. Kedaulatan Rechtsstaat (atau rule of law) kontemporer, sebaliknya, tampak semakin dibatasi dan diragukan. Oleh karena itu, dalam situasi yang berubah seperti itu, diagnosis klasik, yang semakin populer dalam beberapa tahun terakhir mengarah pada "yudisialisasi" politik yang mau tidak mau akan menghasilkan politisasi yang

tidak semestinya terhadap magistrasi dan lembaga peradilan.

Faktor penting dari perkembangan ini adalah badan peradilan (pengadilan konstitusi seperti yang digariskan oleh Hans Kelsen setelah Perang Dunia Pertama) yang memainkan peran sebagai "penjamin konstitusi" dan dipercayakan tidak hanya dengan peninjauan undang undang tetapi juga dengan mempromosikan aktualisasi konstitusi dan pencapaian hak hak dasar. Para pengkritik inovasi konstitusional ini telah berulang kali melihat keinginan atau kebutuhan untuk membatasi ruang lingkup legislasi dan melimpahkannya ke badan peradilan sebagai manifestasi paling jelas dari krisis Rechtsstaat (atau aturan hukum) klasik.

Di sisi lain, para pendukung peninjauan legislasi telah berfokus pada karakteristik ideologis doktrin klasik tentang pembagian kekuasaan, dengan menunjukkan bagaimana badan yang memungkinkan pembatalan undang undang yang tidak konstitusional itu, memang dibentuk sebagai pengadilan, tetapi berdasarkan fungsinya, dianggap sebagai "badan yang memiliki kekuasaan legislatif".

Di sisi lain, di tingkat internasional pun, harapan yang semakin membesar dan berlebihan telah semakin disematkan pada peradilan agar ia menjadi alat dalam perjuangan melawan kejahatan yang dilakukan negara (kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan) setelah tren proseduralis yang, sekali lagi, Kelsen adalah ahli teori yang paling otoritatif, dan yang memicu kecaman teoretis atau politis yang besar.

Apa yang dipertanyakan di sini tampaknya bukan badan peradilan yang merampas politik melainkan ketundukan mereka pada cita cita kekuasaan dan kepentingan hegemonik dengan konotasi politik yang kuat. Namun, di arena ini juga, telah terjadi erosi kekuasaan eksekutif (khususnya pada dua norma tradisional hukum internasional, yaitu kekebalan negara dari peninjauan kembali peradilan dan kekebalan badan) dan meningkatnya kekuasaan diskresioner dan aktivisme peradilan yang belum pernah terjadi sebelumnya, serta ruang lingkup yang lebih luas untuk penuntutan pidana.

9.3 PERGESERAN KEKUASAAN PERADILAN DALAM DEMOKRASI KONTEMPORER

Abad kedua puluh berakhir dengan pergeseran keseimbangan kekuasaan ke arah peradilan, peningkatan kehadiran keadilan dalam masyarakat, serta kekhawatiran yang berkembang terhadap perubahan besar dalam aturan hukum. Seperti setelah Perang Dunia Pertama muncul perdebatan tentang negara peradilan dan pemerintahan oleh peradilan, kini muncul istilah seperti demokrasi peradilan, perwalian peradilan, bahkan tirani hakim.

Terjadi pergeseran semantik signifikan: demokrasi plebisit kini ditimbang dalam kerangka demokrasi yudisial, bukan lagi demokrasi perwakilan. Peradilan dinilai memainkan peran politik dalam menyaring korupsi, menjaga tatanan konstitusional, atau justru menjadi alat konservatif. Di sisi lain, muncul kembali kebutuhan akan badan netral untuk menjamin hak dan konstitusi, merespons seruan populis agar suara rakyat kembali didengar.

Rentang keputusan yang diserahkan kepada pengadilan meningkat karena masyarakat modern tidak bisa lagi diatur secara birokratis maupun otomatis. Hakim memainkan peran sentral dalam mengatasi konflik antara legalisasi dan deregulasi, regulasi dan deinstitusionalisasi. Kini mereka juga menyelesaikan persoalan sosial yang tak tertangani

lembaga lain. Peradilan menawarkan keunggulan komparatif dibanding kekuasaan politik karena dianggap lebih terbuka, luas, dan kurang diskresioner.

Beberapa faktor memperluas kekuasaan kehakiman, seperti penguatan sistem hukum demokratis, independensi hakim, budaya hak, dan meningkatnya ekspektasi masyarakat. Patologi seperti korupsi politik, inefisiensi pemerintah, dan lemahnya oposisi parlementer juga mendorong hakim mengambil peran lebih luas. Bahkan, peran peradilan sering menyerupai solusi legislatif sementara dan dianggap menyerang kewenangan legislatif.

Alessandro Pizzorno mencatat tren seperti meningkatnya peran hakim dalam legislasi, delegasi isu sensitif kepada pengadilan, akses publik terhadap penyelesaian sengketa, hingga munculnya praktik “pemeriksaan kebajikan” oleh peradilan. Konflik tanggung jawab dan ketidakpastian ilmiah dalam menetapkan pelaku memperluas kebutuhan akan penyelesaian hukum. Kehakiman menjadi institusi netral di tengah krisis legitimasi politik.

Fenomena ini, khususnya di Italia, lebih merupakan paparan berlebihan ketimbang peningkatan kekuasaan. Hal ini dipicu oleh darurat kejahatan dan keruntuhan kelas politik akibat korupsi sistemik. Tujuannya bukan menggulingkan supremasi hukum, tapi memulihkan normalitas dalam konteks “negara ganda”.

Namun fenomena ini juga terlihat di negara lain seperti Jerman. Di sana terjadi politisasi peradilan konstitusional, yakni pengadilan tidak sekadar meninjau undang-undang tapi juga mempromosikan aktualisasi nilai-nilai konstitusional. Di sisi lain, terjadi yudisialisasi politik: keputusan politik dipengaruhi oleh potensi pandangan pengadilan. Jika terjadi konflik norma, putusan pengadilan bersifat final, menempatkan politik dalam posisi subordinat terhadap tafsir konstitusi.

Böckenförde memperingatkan bahwa negara legislatif klasik telah bergeser ke arah negara yang diawasi oleh yurisprudensi konstitusional, memperluas kebijaksanaan hakim dan membahayakan pemisahan kekuasaan. Pengadilan menjadi semacam badan politik non-partai yang memegang kedaulatan tertinggi melalui keputusan final. Ini menimbulkan ketegangan dengan prinsip demokrasi karena keseimbangan antara demokrasi dan supremasi hukum tergeser ke arah "aturan hak".

Keadilan konstitusional kini lebih fokus pada perlindungan hak asasi manusia dan prinsip negara kesejahteraan dibanding demokrasi. Hak-hak dasar pun ditafsirkan sebagai norma prinsip yang mengikat di seluruh bidang hukum, bukan semata hak kebebasan vis-à-vis negara. Jika ingin mempertahankan fungsi parlemen dalam membuat hukum, maka perlu menegaskan bahwa hak-hak dasar tetap sebagai kebebasan individu, bukan norma objektif yang mengikat seluruh tatanan hukum.

9.4 HARAPAN DAN REALITAS KEADILAN GLOBAL DI ERA GLOBALISASI

Kemajuan dalam pengembangan lembaga-lembaga keadilan internasional kerap menimbulkan harapan akan terbentuknya suatu bentuk negara hukum global atau paling tidak, dalam istilah Hans Kelsen, menuju pada suatu sentralisasi supranasional dari fungsi peradilan. Namun, kenyataan yang tampak di depan mata tidak mendukung kesimpulan yang begitu optimis. Perkembangan yang terjadi justru memperlihatkan adanya keterputusan

antara meluasnya kekuasaan yudisial secara global dan kenyataan bahwa kekuasaan riil tetap terlokalisasi pada struktur konstitusional dari negara-negara dan komunitas internasional. Alih-alih menuju pemerintahan global oleh para hakim internasional yang menjunjung tinggi nilai universal keadilan, yang muncul justru dominasi para "ahli hukum" partisan dan oportunis yang memanfaatkan peluang litigasi global demi kepentingan privat.

Fenomena ini menunjukkan bahwa globalisasi tidak sedang membawa kita pada lahirnya suatu “rezim keadilan global” yang berlandaskan pada prinsip rule of law universal, melainkan pada supremasi para profesional hukum yang berperan sebagai pedagang hukum. Mereka menyesuaikan diri dengan pasar litigasi global yang kompetitif, melayani kepentingan strategis dari klien-klien mereka yang mayoritas adalah entitas ekonomi besar, bukan kepentingan publik atau keadilan normatif. Dalam konteks ini, ekspor model lembaga hukum negara Barat terbukti tidak mudah. Yang berhasil diekspor dengan relatif cepat justru bukan prinsip-prinsip negara hukum, tetapi bentuk-bentuk negara kekuasaan (Machtstaat) yang lebih menekankan pada alat-alat koersif, militerisasi, dan teknik disipliner.

Kegagalan ini memperlihatkan bahwa demokrasi peradilan sulit untuk ditransplantasikan ke dalam sistem hukum negara-negara lain, apalagi bila demokrasi itu berorientasi pada keadilan substantif dan bukan sekadar simbolis. Dalam medan hukum internasional saat ini, bukan lagi sosok hakim konstitusional dengan timbangan nilai yang mendominasi, melainkan para pedagang hukum mereka yang memperluas kekuasaan secara kuantitatif dan kualitatif, bukan dalam rangka menegakkan keadilan, tetapi untuk memenangkan konflik hukum atas nama klien kuat mereka.

Seiring berkembangnya masyarakat sipil global, profesi hukum pun mengalami transformasi. Muncul spesialisasi baru seperti pelobi politik di pusat-pusat kekuasaan nasional dan federal, serta litigator dalam bisnis besar. Kategori pengacara ini justru menjadi semakin menonjol dalam konteks globalisasi. Berbeda dari cita-cita luhur profesi hukum yang mengedepankan objektivitas dan pencarian kebenaran, para "strategi hukum" ini bertindak berdasarkan etos Machiavellian, di mana hukum adalah alat untuk mencapai tujuan kekuasaan.

Ketika profesi hukum terpisah dari akar-akar normatif dan etis tradisi hukum konstitusional Barat khususnya warisan Kristen dan liberalisme sosial-demokratis—mereka bukan hanya kehilangan kompas moral, tetapi juga memperparah delegitimasi lembaga-lembaga negara. Mereka kini lebih banyak melayani perusahaan-perusahaan transnasional raksasa yang kekuatannya bahkan mampu melemahkan negara bangsa, serta membungkam perlindungan hukum atas hak-hak dasar warga negara.

Tantangan terhadap supremasi hukum pada abad ke-21 tidak lagi datang dari dominasi atau penyalahgunaan kekuasaan oleh negara, melainkan dari kekuatan besar privat. Konsentrasi kekuasaan ekonomi dan informasi di tangan korporasi global telah mengubah wajah peta konstitusional dunia. Proses privatisasi yang agresif, khususnya di negara-negara yang sebelumnya menganut sistem ekonomi kolektivis, telah menyebabkan rekonstruksi ulang terhadap fondasi konstitusional ekonomi nasional. Tak hanya itu, dampaknya juga menjalar ke ranah sosial dan budaya, mengikis fondasi demokrasi konstitusional yang telah mengakar sejak

abad ke-20.

Pada masa kini, lembaga-lembaga keuangan dan moneter internasional menjadi aktor utama dalam tatanan baru ini. Mereka memainkan peran sentral dalam menata ulang hubungan kekuasaan global namun tanpa mekanisme akuntabilitas demokratis yang memadai. Bahkan, penghormatan mereka terhadap prinsip-prinsip supremasi hukum tampak selektif dan cenderung instrumental.

Salah satu tokoh penting dalam diskursus hukum dan pasar global adalah Friedrich August von Hayek, seorang filsuf hukum dari tradisi hukum umum Anglo-Saxon. Dalam pandangannya yang menjadi inspirasi utama neoliberalisme global, hakim hanya berfungsi sebagai fasilitator tatanan spontan masyarakat, bukan sebagai agen transformasi sosial. Fungsi hakim, menurut Hayek, terbatas pada memperkuat norma-norma yang muncul secara organik dalam masyarakat pasar. Namun, pandangan ini mengabaikan realitas bahwa pasar tidak pernah sepenuhnya netral atau spontan. Pasar adalah arena kontestasi kekuasaan, di mana kekuatan besar privat dapat mendominasi dan memanipulasi tatanan hukum demi kepentingannya.

Dalam praktik, penyelesaian konflik hukum saat ini bukan lagi berada di tangan pengadilan yang independen, tetapi pada firma-firma hukum raksasa yang memiliki kapasitas untuk melobi, mempengaruhi opini publik, dan bahkan menekan kebijakan negara. Lahir apa yang disebut sebagai sistem peradilan ganda (dual-track justice system): satu untuk elite ekonomi global dengan akses ke “peradilan premium”, dan satu lagi untuk masyarakat biasa dengan akses terbatas terhadap keadilan.

Dualisme ini menjadi ancaman serius bagi kredibilitas dan keberlangsungan supremasi hukum. Dalam sistem seperti ini, keputusan hukum yang merugikan kepentingan perusahaan multinasional menjadi sangat langka. Padahal, supremasi hukum tidak hanya mengatur tata laku hukum, tetapi juga menjadi alat penting untuk mengatur kekuasaan ekonomi yang cenderung destruktif dan tidak terkendali.

Apabila tren ini terus berlanjut, masyarakat global akan bergerak dari demokrasi konstitusional yang diawasi oleh hakim menuju bentuk baru masyarakat litigasi korporat. Dalam masyarakat semacam ini, yang berkuasa bukan lagi prinsip hukum, tetapi kepentingan strategis, keberanian dalam manuver hukum, dan kekuatan ekonomi. Keseimbangan dalam sistem hukum pun akan runtuh, tak mampu menghadapi kompleksitas sistem hukum modern maupun kejahatan-kejahatan transnasional yang semakin canggih.

Dalam konteks ini, kritik terhadap hakim atau profesi hukum secara umum sering kali meleset dari sasaran. Justru, banyak hakim menjadi target serangan dari kekuatan-kekuatan besar karena mereka dianggap sebagai penghalang bagi kekuasaan oligarki transnasional. Para hakim tidak hanya menjalankan fungsi keadilan komutatif untuk mengoreksi ketimpangan tetapi juga keadilan distributive untuk meredam konflik sosial. Mereka sering kali juga dituntut menegakkan keadilan retributif di tengah sistem hukum global yang terfragmentasi dan penuh tekanan politis.

Dengan demikian, para hakim muncul sebagai penjaga warisan sosial-demokratis liberal modern, sekaligus sebagai benteng terakhir terhadap gelombang korupsi dan

pelanggaran hukum yang melekat dalam dinamika pasar global. Namun, masyarakat sipil global yang tengah berproses ini membutuhkan lebih dari sekadar pengadilan nasional. Ia membutuhkan sistem keadilan global yang kuat, etis, dan tidak berpihak; serta komunitas ahli hukum yang kompeten, berani, dan teguh mempertahankan integritasnya dalam menghadapi tekanan dari berbagai arah.

BAB 10
ATURAN HUKUM DAN PERBEDAAN GENDER

10.1 PREMIS

Proyek filosofis dan hukum modernitas telah dijelaskan oleh banyak penulis dalam konteks pembentukan individualisme secara bertahap. Pengalaman individu modern, yang terbebas dari ikatan sosial tradisional yang akan menempatkannya dalam tatanan yang telah ditetapkan sebelumnya, adalah pengalaman ego yang terisolasi. Menurut penjelasan Norbert Elias yang berwawasan, pada tahaptahap sebelumnya individu menganggap diri mereka sebagai anggota masyarakat, kelas, dan kelompok keluarga dengan dominasi "identitas kita", sedangkan dengan modernitas identitas individu ("identitas aku") telah memainkan peran yang menentukan.

Dengan demikian, pengalaman identitas modern benar-benar baru: tidak lagi dibatasi oleh batasan yang jelas dan kaku dari lingkungan yang sepenuhnya dapat dikendalikan, tetapi lebih merupakan hasil refleksif dari proyek individu yang terbuka. Namun, sekarang tampak bahwa proses identitas kelompok yang tampaknya hanya menyiratkan tahap pramodern dari perkembangan sosial justru merupakan sesuatu yang konstan dalam demokrasi Barat sebuah produk paradoks modernitas, menurut beberapa penulis yang jauh dari sekadar peninggalan yang tidak pasti. Oleh karena itu, refleksi kritis hari ini tentang supremasi hukum harus menangani masalah ini.

Munculnya perbedaan yang menuntut pengakuan di ruang publik baik hukum maupun politik menuntut alokasi barang dan sumber daya kepada individu dengan identitas kolektif tertentu. Ini adalah faktor krisis, atau bagaimanapun juga tantangan yang belum pernah terjadi sebelumnya, bagi peran dan fungsi hukum dalam masyarakat kontemporer. Di atas segalanya, meningkatnya kehadiran kelompok-kelompok di panggung politik telah memberikan tekanan yang signifikan pada karakteristik tradisional supremasi hukum dalam versi liberal abad kesembilan belas. Ketegangan ini bahkan telah menyebabkan beberapa penulis berbicara tentang krisis, jika bukan akhir, dari formulasi klasik tentang aturan hukum.

Ciri-ciri hukum tradisional dibentuk berdasarkan latar belakang sosial yang sangat berbeda dari yang sekarang: hukum merupakan tatanan sosial yang sangat individualistis di mana identitas kolektif agak tidak biasa. Banyak contoh dari apa yang disebut undang-undang sektoral, yang melobi oleh kelompok-kelompok yang mampu mengatur kepentingan mereka, ditafsirkan sebagai upaya untuk mengatasi "prinsip umum dan abstrak"4 hukum.

Terlebih lagi, legislator kontemporer menghadapi realitas yang semakin terdiferensiasi, tidak hanya dalam hal kepentingan tetapi juga nilai-nilai , dan ini juga disebabkan oleh kehadiran kelompok-kelompok dengan kepentingan dan budaya yang sangat berbeda. Oleh karena itu, legislator dituntun untuk menganggap pluralisme itu sendiri sebagai titik awal tindakan mereka, yaitu sebagai data yang harus diperhitungkan. Hal ini menjadi lebih penting ketika hukum menyangkut hal-hal yang secara langsung memengaruhi ranah kehidupan

pribadi atau kebebasan pribadi.

Heterogenitas gaya hidup ciri khas lain dari masyarakat kontemporer menyulitkan, misalnya, untuk mengasumsikan satu model hubungan antarpribadi yang umum dan terstandarisasi, tidak seperti yang mungkin terjadi dalam konteks sosial yang kurang beragam. Inilah pentingnya klaim di bidang hak-hak sosial, misalnya, oleh kelompok-kelompok yang mendesak pengakuan resmi atas berbagai pilihan pribadi dan tidak hanya seperti yang telah lama terjadi model keluarga heteroseksual. Konseptualisasi lama negara kesejahteraan, yang memandang keluarga sebagai pilar masyarakat, harus direvisi dalam terang pandangan yang berbeda tentang hubungan afektif yang memungkinkan, paling tidak, gagasan model keluarga jamak.

Refleksi yang lebih mendalam tentang masalah "hak kolektif" memerlukan pertimbangan seberapa radikal klaim untuk pengakuan identitas kolektif menantang, di bidang hukum, salah satu asumsi utama dari gagasan klasik tentang "aturan hukum", yaitu individu sebagai Satu-satunya referensi titik awal dan akhir pembuatan hukum. Lebih jauh, ini adalah salah satu elemen yang mempertanyakan pemahaman liberal dan demokratis tentang supremasi hukum, karena yang terakhir, pada kenyataannya, telah mempertahankan individualisme asli.

Menerima tantangan untuk menanggapi masalah identitas kelompok membawa kita untuk menyambut konsepsi hukum yang tidak terbatas pada perlindungan kebebasan individu, kesejahteraan, dan keamanan terlepas dari perbedaan, misalnya kondisi dari apa yang disebut budaya minoritas tetapi menuntut lebih dari negara, yaitu perlindungan hukum atas identitas kolektif.

10.2 FEMINISME PERBEDAAN

Berbagai teori telah mencoba melegitimasi transformasi yang diperkenalkan oleh realitas kelompok yang berbeda dan klaim mereka untuk pengakuan publik, dan feminisme tidak diragukan lagi merupakan salah satu yang paling relevan. Apa yang dipandang oleh para ahli teori liberal sebagai korupsi paradigma supremasi hukum dalam versi liberal, demokratis, dan sosialnya dianggap oleh para feminis sebagai sesuatu yang dihasilkan dari keterbatasan konsepsi hukum universalistik dan bahkan diinginkan, dalam hal-hal tertentu. Jika ada ciri umum pemikiran feminis, dari versi filosofisnya hingga psikologis dan politikhukumnya, ini adalah kritik terhadap gagasan universalitas dan netralitas, yang merupakan ciri khas pemikiran liberal dan tertanam dalam paradigma teoretisnya.

Melalui proses dekonstruksi dan penyingkapan, feminisme telah mampu mengidentifikasi dalam hukum, terutama dalam konsepsi legalitas yang netral dan tidak memihak yang merupakan ciri khas pemikiran liberal, suatu bentuk yang memberikan kesan netralitas pada kategorikategori teoretis yang pada kenyataannya memerlukan kepatuhan implisit pada model politik dan ideologis tertentu. Seperti diketahui, pendekatan kritis terhadap hukum ini bukan bagian dari refleksi dan politik perempuan sebelumnya. Feminisme emansipasionis memandang wacana hukum, khususnya pencapaian hak-hak politik dan sosial, sebagai sesuatu yang mendukung kondisi perempuan yang lebih egaliter dalam masyarakat

dan kewarganegaraan penuh mereka. Dalam konteks itu, isu teoritisnya hanyalah ketidaksetaraan formal dan tujuannya adalah memperluas jangkauan hak-hak yang dulunya hanya diperuntukkan bagi laki-laki bagi perempuan. Dalam wacana politik, kondisi perempuan juga ditematikkan bukan dalam hal perbedaan spesifiknya seperti yang terjadi sejak tahun 1980an tetapi dalam hal pengecualian dari dunia yang tidak ditantang atau dipertanyakan tetapi hanya dikritik karena keberpihakannya.

Tuntutannya adalah untuk inklusi dan tidak ada perubahan radikal yang dibayangkan. Namun, sejak "perbedaan" menjadi sebuah nilai, seiring feminisme modern menjauhkan diri dari apa yang disebut feminisme emansipasionis, pemikiran perempuan telah berupaya untuk mengungkap di balik paradigma, kategori, dan nilai kenetralan wacana hukum yang tampak, menunjukkan bagaimana pada intinya berkuasa sebuah visi normatif khusus tentang agen. Apa pun kecuali tanpa jenis kelamin, netral, tidak berwarna, dan tidak memiliki keanggotaan khusus dalam kelas sosial, individu modern masyarakat Barat sangat dikondisikan oleh semua faktor ini: ia telah mengambil karakteristik yang ditetapkan oleh kelompok dominan.

Dimulai dengan premis identitas gender yang berbeda, pemikiran feminis mengkritik gagasan kesetaraan sebagai asimilasi dan homologasi. Secara khusus, mengingat hukum mendefinisikan apa yang sah dan apa yang tidak, hukum menerapkan logika biner dengan dampak yang sangat kuat dalam hal pengecualian dan diskriminasi. Apa yang dituntut gerakan feminis dari logika hukum tradisional adalah peningkatan kepekaan terhadap karakter khusus identitas subjektif, pengabaian universalisme palsu, dan adopsi pendekatan yang mampu melihat individu dalam konteks hubungan sosial spesifik mereka.

"Pendekatan hubungan sosial" Martha Minow, misalnya, sejalan dengan tren ini. Dengan mengakui dilema yang diakibatkan oleh banyaknya perbedaan yang menjadi ciri setiap konteks sosial, Minow mengusulkan model hukum yang tidak lagi berfungsi dalam hal alternatif yang saling bertentangan yang berakar pada kategori yang menggeneralisasi. Dia mentransposisi ke tingkat normatif kekhasan berbagai situasi dan konteks dan memusatkan usulannya pada lokasi sosial spesifik setiap individu. Oleh karena itu, feminisme secara definitif mendobrak paradigma klasik hukum liberal dan mempertanyakan model hak-hak individu, melihatnya sebagai refleksi dari visi liberal khusus individu.

Meskipun mengakui efektivitas strategi yang berupaya menegaskan hak-hak perempuan tertentu, terkadang ada yang berpendapat bahwa upaya semacam itu memiliki efek yang tidak memadai atau bahkan menyimpang. Sebaliknya, gagasan tentang "perhatian" atau "tanggung jawab terhadap" diajukan, dengan menyatakan bahwa gagasan tersebut lebih cocok untuk mewakili sifat relasional individu dan karakteristik situasi khusus tempat mereka berada. Menurut Wolgast, karena individu adalah atom yang tidak dapat dibedakan satu sama lain, hak-hak mereka harus sama: dengan kata lain, konsep hak-hak individu merupakan konsekuensi alami dari atomisme.

Oleh karena itu, penekanan ditempatkan pada wacana hak yang semakin menjadi kisi konseptual yang digunakan untuk menafsirkan realitas secara keseluruhan: kisi yang tidak kekurangan nilai atau utilitas tetapi dengan batasan yang harus dikenali. Mengklaim hak tertentu menempatkan pemegangnya pada posisi yang memberinya hak untuk menuntut

sesuatu dari makhluk lain. Akan tetapi, masalah dengan hukum yang “setara” bersumber dari asumsi bahwa hubungan antar individu terjadi antara subjek otonom yang, di atas segalanya, berada dalam posisi paritas absolut. Menurut model ini, setiap individu bertanggung jawab atas dirinya sendiri, bahkan ketika ia berada dalam posisi yang jelas-jelas lebih rendah.

Contoh nyata dari logika tersebut adalah kasus hak pasien, di mana tanggung jawab dokter terhadap pasien dianggap tidak terkait dengan kondisi ketergantungan yang diperlukan pasien dari pasien. Pasien dianggap seolah-olah ia adalah orang yang sehat dan kondisi spesifiknya tidak tercermin pada tingkat normatif. Dengan mengacu pada kemanusiaan umum yang menghubungkan individu, teori keadilan liberal sama-sama gagal mempertimbangkan individu dalam kekhususan khas mereka. Tampaknya yang relevan bukanlah apa yang membedakan individu tertentu dan menjadikannya makhluk yang unik, melainkan apa yang ia miliki bersama dengan semua individu lain dan apa yang membuatnya serupa dengan mereka.

Struktur individualistis dari teori hak-hak modern berasal dari hakikat konstitusi modern, yang didasarkan, seperti yang diingat oleh Habermas, pada yurisprudensi rasionalistis yang melihat warga negara sebagai pihak yang memutuskan di antara mereka untuk mendirikan masyarakat yang diatur oleh hukum positif. Demikian pula, individu adalah pemegang hak-hak individu, terlepas dari hubungan sosialnya dan keanggotaannya dalam berbagai kelompok. Sementara di tingkat hukum hanya hak-hak individu yang dapat dibawa ke pengadilan, di arena politik selalu ada pelaku kolektif yang berinteraksi dan berdebat tentang pilihanpilihan yang memengaruhi masyarakat atau beberapa bagiannya, bukan individu itu sendiri.

Realitas inilah yang semakin jelas dalam demokrasi modern, yang telah menyebabkan pertanyaan mendalam tentang gagasan tentang supremasi hukum dan khususnya tentang konsepsi liberal tentang hak-hak sebagai sesuatu yang eksklusif untuk individu. Seperti diketahui, dalam perdebatannya dengan Charles Taylor tentang perlunya mengakui bentuk-bentuk identitas kolektif, Jürgen Habermas mengklaim bahwa supremasi hukum tidak dapat mengharuskan negara untuk secara aktif mempromosikan konsepsikonsepsi tertentu tentang "kehidupan yang baik" seperti yang dianjurkan oleh kaum komunitarian bahkan atas dasar dugaan kepalsuan netralitas liberal.

Meskipun demikian, ia percaya bahwa perlindungan individu sering kali memerlukan perlindungan konteks sosial tempat identitas individu dapat dijamin. Dalam kasus seperti itu, formalisme supremasi hukum tidak ditegakkan sic et simpliciter dan tindakannya untuk membela individu menjadi lebih rumit dengan kesadaran akan hubungan yang ada antara domain individu dan kolektif.

Dalam kasus "negara kesejahteraan", misalnya, konsepsi tradisional supremasi hukum sebagai sekadar perlindungan individu dari efek limpahan kekuasaan yang selalu mungkin terjadi telah digantikan. Seperti yang dikemukakan Habermas, dengan berfokus pada hubungan erat antara supremasi hukum dan demokrasi, menjadi jelas bahwa "sistem hak" tidak dapat mengabaikan ketidaksetaraan sosial atau perbedaan budaya. Karena pemegang hak individu dianugerahi identitas yang seharusnya dipahami secara intersubjektif. “Individu (dan dengan demikian juga subjek hukum) memperoleh identitas hanya melalui fenomena

interaksi sosial."

Perspektif di atas menggarisbawahi pentingnya konteks kehidupan yang berbeda di mana individu secara efektif mewujudkan hak-hak mereka yang diakui dan dengan demikian tidak perlu menggunakan seperti yang diusulkan oleh Taylor model tandingan untuk mengoreksi pemahaman individualistis tradisional tentang sistem hak. Dengan kata lain, liberalisme formalistik, di mana identitas individu dipahami sebagai monad, meskipun pandangannya sempit, memiliki fitur koreksi diri yang menyelamatkannya dari keharusan meninggalkan paradigma individualistis tentang aturan hukum atas nama pengakuan identitas kolektif yang, pada akhirnya, dapat menghasilkan kerusakan yang lebih serius pada kebebasan individu.

10.3 PUBLIK DAN SWASTA: PERBEDAAN YANG DANGKAL

Ambiguitas dikatakan sebagai unsur pembentuk hukum: kewajiban hukum membatasi dan membebaskan. Hubungan antara pemikiran feminis dan hukum tampaknya menegaskan ambiguitas ini, yang tampak tidak hanya dalam suksesi historis dari "feminisme emansipasionis" hingga "feminisme perbedaan". Memang, ambivalensi wacana hukum sering kali dapat diamati di antara para akademisi yang mendukung pendekatan "feminisme perbedaan", dan memunculkan dua aliran pemikiran: beberapa penulis, meskipun pendekatan mereka terhadap hukum berhatihati, bersedia mengeksploitasi potensinya, sedangkan yang lain percaya bahwa hukum sama sekali tidak mampu memberikan jawaban yang memadai untuk masalah perempuan.

Para akademisi dari kelompok pertama telah menghasilkan kontribusi baru yang berharga bagi wacana hukum dan di antara mereka kita harus mengingat setidaknya kontribusi Adrien Howe dan Catharine MacKinnon. Dimulai dengan konsepsi individu yang tidak bersifat atomistik yang mempertanyakan pemisahan tradisional antara ranah publik dan privat, Howe menguraikan rumusan menarik tentang "cedera sosial". Ini berarti pelanggaran yang berdampak kolektif, terhadap perempuan sebagai suatu kelompok. Oleh karena itu, cara baru untuk menafsirkan tindakan ofensif tunggal diperkenalkan ke dalam bahasa hukum liberal klasik, tindakan ofensif bukan hanya tindakan seorang individu terhadap orang lain, melainkan sesuatu yang merujuk pada konteks sosial dan politik tertentu yang melampaui tindakan itu sendiri.

Meskipun hanya hak individu yang dibawa ke pengadilan hukum, dengan mempertanyakan batas-batas antara ranah publik dan privat, konsep cedera sosial memungkinkan pelanggaran individu ditelusuri kembali ke konteks status sosial perempuan yang lebih luas, sehingga menjelaskan apa yang sebelumnya terbatas pada ranah domestik dan ditafsirkan hanya sebagai pengalaman individu. Dalam hal ini, ranah privat ditempatkan dalam hubungan yang berbeda dengan dimensi kolektif dan publik dari pengalaman perempuan. Refleksi ini sepenuhnya menyoroti fakta bahwa kekuatan hukum dan dampak efektifnya terhadap harapan para pelaku sosial juga dinilai pada tingkat simbolis. Seperti yang diingat oleh Tamar Pitch, jika norma adalah simbol, maka para aktor yang berusaha mengubah norma tidak hanya memiliki tujuan praktis tetapi juga simbolis. Dimensi inilah yang menjadi

penentu dalam usaha transformasi sosial dan pengakuan penuh atas subjektivitas perempuan yang diperjuangkan oleh “feminisme perbedaan”.19

Refleksi dari sarjana hukum Amerika Catharine McKinnon juga berwawasan luas. Meskipun ia menyatakan kepercayaan moderat pada hukum sebagai instrumen yang memadai untuk meningkatkan status perempuan, ia juga mempertanyakan premis dan prinsip-prinsipnya. Seperti diketahui, selain berjuang untuk pengakuan pornografi sebagai pelanggaran terhadap perempuan, McKinnon terutama menangani masalah pelecehan seksual yang sulit. Mengenai yang terakhir, posisinya dapat dikaitkan dengan garis pemikiran feminis yang tidak menyangkal kegunaan hukum.

Undang-undang antipelecehan seksual memberi korban kemungkinan untuk menyuarakan ketidakadilan yang telah mereka derita di depan umum, dan memberi mereka dasar hukum untuk memperoleh kompensasi. Inovasi ini memang signifikan: jenis perilaku yang dulunya dianggap normal kini ditafsirkan sebagai pelanggaran. Hubungan antara hukum dan sosial jelas dalam kasus ini: larangan hukum terhadap pelecehan seksual telah membuatnya tidak hanya tidak dapat diterima secara hukum tetapi juga secara sosial.

Sebelum adanya intervensi hukum, Fakta-fakta yang menjadi dasar pelanggaran tidak memiliki eksistensi sosial dan tidak memiliki bentuk kognitif atau koherensi: cedera terhadap perempuan seperti itu hanyalah sesuatu yang biasa terjadi. Setelah hukum mengakui pelecehan seksual sebagai praktik diskriminasi seksual, hukum menghapusnya dari "bahasa dasar" yang digunakan oleh perempuan untuk mengekspresikan pelecehan seksual, dan memberinya bentuk, latar belakang dalam sejumlah pengalaman yang terakumulasi dan saling berhubungan.

Ciri-ciri umum kritik feminis terhadap supremasi hukum dan kritik oleh studi hukum kritis sering digarisbawahi. Kedua teori tersebut mempertanyakan konsep netralitas, tidak hanya dalam pembuatan hukum tetapi juga fungsi peradilan. Bahkan hakim bukanlah makhluk yang netral: dalam menafsirkan hukum, hakim membuat pilihan diskresioner dari sudut pandang tertentu (di antara banyak sudut pandang yang dibiarkan terbuka oleh hukum tertulis) yang paling sesuai dengan preferensi pribadinya.

Selain itu, kinerja hakim jauh dari skema normatif tentang penerapan hukum yang objektif dan mekanis. Oleh karena itu, jika hakim tidak dapat dilihat sebagai penjamin supremasi hukum, orang mungkin bertanyatanya peran apa yang dilakukan atau seharusnya dilakukannya. Jawaban yang diberikan oleh feminis seperti Martha Minow mirip dengan yang disarankan oleh Duncan Kennedy, di mana pendeteksian tujuan politik yang berada di balik fasad hukum yang membingungkan adalah premis yang darinya hakim dapat dikoreksi dan dituntut untuk melakukan "hal yang benar", yaitu, memiliki program hukum yang lebih baik daripada program hukum yang ada saat ini dan bahkan lebih baik daripada yang didukung oleh hakim saat ini.

Oleh karena itu, seperti studi hukum kritis, beberapa feminis mengubah hakim menjadi aktor perubahan sosial: hakim yang baik sangat menyadari kekuatan diskresioner yang dimilikinya dan bertindak secara pragmatis untuk mendukung reformasi. Komitmen terhadap program "tindakan afirmatif" bagi perempuan, terhadap redistribusi sosial yang lebih adil dan

desentralisasi yang lebih besar atas kekuatan politik dan ekonomi dengan tujuan untuk partisipasi demokratis yang lebih luas, ini semua adalah tujuan yang termasuk dalam agenda radikal studi hukum kritis dan feminisme yang dekat dengannya.

10.4 KELUARGA: TEMPAT YANG TAK DAPAT DIBAGI

Ketika mempertanyakan peraturan hukum terkini tentang hubungan antara jenis kelamin, pemikiran feminis mendefinisikan ulang lingkup privat dengan mengkritik perbedaan antara ranah publik dan privat. Dalam menganalisis keluarga, pemikiran feminis secara khusus berfokus pada gagasan tentang "sistem patriarki" yang menempatkan perempuan dalam lingkup domestik untuk melahirkan dan mengasuh anak, kekuasaan kebutuhan biologis yang diatur oleh physis. Sebaliknya, ranah publik, polis, tempat subjektivitas laki-laki dibangun, mewakili kerajaan rasionalitas dan hubungan politik dan ekonomi, yang melampaui ketentuan alami dari lingkup domestik kasih sayang. Kedua lingkup yang terpisah ini saling melengkapi sehubungan dengan sistem yang secara hierarkis mengatur fungsi dan identitas masing-masing gender.

Mengenai penataan/pemisahan seperti itu, hukum secara historis memilih untuk tidak campur tangan, meninggalkan ranah keluarga di luar cakupannya, menganggapnya sebagai lingkup yang otonom, atau untuk memperkuat dan melegitimasi model patriarki. Dalam kedua kasus tersebut, patriarki telah dipertahankan sebagai semacam “kondisi alamiah” dalam konteks yang lebih luas dari “status sipil”.22 Slogan feminis tahun 1970an “yang personal itu politis” harus ditafsirkan dalam terang ini: tujuannya adalah untuk membawa ke latar depan sejumlah hubungan keluarga yang secara tradisional dikecualikan dari pengamatan publik dan dengan demikian tetap tidak berubah karena terbatas pada domain pribadi yang tidak dapat ditembus. Sementara arena politik telah mengalami perubahan radikal selama berabad-abad, struktur kekuasaan antara gender dalam keluarga pada dasarnya tetap utuh. Kemungkinan untuk mengungkap dunia ini yang sebelumnya tersembunyi dari panggung politik dan wacana hukum, telah menjelaskan sifat kolektif pengalaman perempuan dalam keluarga dan telah mengarah pada pembagian ini secara harfiah dimaksudkan sebagai “menempatkan bersama” dari kondisi ini.

Jadi, dengan menjadikan pilihan pribadi publik, bebas dan bertanggung jawab, yang tampaknya merupakan hak prerogatif ranah publik, telah menjadi mungkin juga di ranah keluarga. Saya yakin bahwa kritik MacKinnon terhadap gagasan privasi harus ditafsirkan dalam sudut pandang ini: jika privasi digunakan sebagai instrumen untuk mengisolasi perempuan, maka privasi akan sangat cocok untuk melanggengkan dominasi laki-laki atas perempuan – dan bukan hanya atas tubuh mereka dan akan berisiko mendukung nonintervensi hukum dalam lingkup keluarga. Lingkup pribadi, yang mengisolasi dan memisahkan kita, dengan demikian merupakan lingkup politik, landasan bersama untuk ketidaksetaraan dan marginalisasi.23

Gagasan bahwa apa yang disajikan sebagai sesuatu yang alami dan di luar sejarah dan budaya, pada kenyataannya, merupakan elemen yang dibangun secara sosial, termasuk identitas dan hubungan gender, dengan demikian secara bertahap dianut oleh pemikiran

feminis. Hal ini tampak jelas dalam catatan Susan Moller Okin: menurut perspektif ini, konstruksi gender terutama terjadi secara sosial dan dapat dijelaskan dalam konteks peran, khususnya fungsi perempuan sebagai orang tua utama.

Penekanan pada tahun 1980an pada kapasitas khusus perempuan untuk tanggap terhadap konteks tertentu dan dimensi perawatan, berdasarkan kualitas generatif perempuan, dengan demikian ditolak secara radikal. Menurut penulis di atas, posisi ini secara tidak sengaja memperkuat gagasan stereotip tentang perempuan dan selanjutnya berkontribusi pada pemisahan ranah maskulin dan feminin. Contoh dalam hal ini diberikan oleh ensiklik Mulieris dignitatem dari Paus Yohanes Paulus II, di mana identitas perempuan dipahami dalam terang kemampuan khusus mereka untuk mengurus orang lain dan untuk melakukan fungsi keibuan yang "secara alami".

Setidaknya hingga paruh pertama abad kedua puluh, gagasan tentang bidang yang terpisah, yang secara alamiah merupakan milik jenis kelamin perempuan, cukup tersebar luas dalam pemikiran politik dan hukum Barat. Dalam kasus Amerika Serikat, yang kemungkinan besar merupakan area yang paling diteliti secara saksama dalam konteks ini, keputusan dalam kasus Bradwell v. Illinois (1872) menonjol.

Dengan mengacu pada Amandemen Keempat Belas, yang disahkan beberapa tahun sebelumnya (1868), Myra Bradwell meminta untuk diterima di Bar Illinois, untuk mendapatkan akses ke profesi hukum yang sebelumnya tidak diberikan kepada perempuan. Mahkamah Agung AS menegakkan keputusan Mahkamah Agung Illinois, yang telah menolak hak Myra Bradwell, sebagai seorang perempuan, untuk bergabung dengan Bar. Alasan Mahkamah Agung menarik justru karena, alihalih menafsirkan secara sempit jaminan konstitusional yang tertanam dalam Amandemen Keempat Belas, ia menggunakan alasan khusus yang membenarkan perlakuan yang berbeda terhadap perempuan, atas dasar bahwa mereka termasuk dalam bidang yang berbeda dan terpisah, yaitu keluarga.

Dengan mengacu pada perbedaan yang konon mencolok antara bidang tindakan pria dan wanita: pendapat Hakim Bradley dengan sempurna mencerminkan ideologi bidang yang terpisah. Wanita termasuk dalam lingkup domestik dan peran mereka adalah mengurus keluarga: mengingat hal ini dipaksakan oleh "alam", oleh "hukum Tuhan" atau oleh "kehendak ilahi", hukum tidak dapat diharapkan untuk campur tangan dalam hal ini. Atas nama model keluarga yang didasarkan pada prinsip patriarki tentang ketidaksetaraan, putusan ini menetapkan status ketergantungan wanita, bersamaan dengan pengecualian mereka dari kehidupan sipil dan politik.

Pemisahan ranahranah tersebut karenanya memungkinkan keluarga tidak dilihat sebagai bagian integral dari dunia sosial. Dengan demikian, ketidakkonsistenan antara dunia luar yang egaliter dan keluarga yang secara terangterangan tidak setara tidak dapat mengganggu sebagian besar ahli teori yang tidak menganggap lingkup pribadi sebagai perhatian khusus dalam pemikiran mereka.

Menurut sistem patriarki, perempuan dan anak di bawah umur menemukan tempat sosial mereka di dalam rumah, yang dilihat sebagai lingkungan alami dan biologis mereka, sedangkan laki-laki ditempatkan dalam ranah hubungan politik dan ekonomi. Yang terakhir

adalah ranah kebebasan, kebebasan yang ditafsirkan sebagai emansipasi dari kebutuhan, sebagai tatanan yang lebih tinggi yang disediakan untuk pengembangan spesies. Yang mendasari peninggian peran keibuan perempuan adalah keinginan untuk memprivatisasi keluarga, untuk memisahkannya dari pasar yang, dimulai dari Revolusi Industri, telah memantapkan dirinya sebagai area di mana kepentingan pribadi, yang merupakan ciri khas etika individualistis, akan menang. Sementara itu, keluarga secara bertahap dianggap sebagai area pengorbanan diri, kerja sama, yang mampu mengubah keegoisan individu menjadi etika altruisme.

Karena alasan ini, seperti yang telah ditunjukkan, pemisahan ini pada kenyataannya menyatukan dua dunia yang saling melengkapi. Menurut pendekatan ini, hukum adalah mitra yang sempurna bagi budaya yang memandang perempuan hanya sebagai ibu dan istri, tunduk pada kekuasaan suami mereka dan secara substansial tidak memiliki perlindungan hukum.

10.5 KRITIK TERHADAP NEGARA KESEJAHTERAAN

Menurut beberapa pemikir feminis, di antara banyak kontradiksi paradigma politik dan hukum liberal, konsepsi keadilan sebagai distribusi barang yang setara, termasuk hak, seolah-olah ini adalah barang yang harus didistribusikan secara merata di antara individu, menonjol. Mengurangi hak atas barang atau menganggapnya sebagai properti tidak hanya salah tetapi bahkan merugikan. Alihalih menjadi objek, hak adalah hubungan dan aturan yang ditetapkan secara institusional: hak menetapkan apa yang dapat dilakukan seseorang terhadap orang lain dan tidak merujuk pada apa yang dimiliki orang tersebut secara material. Oleh karena itu, ketidakadilan bukanlah sekadar penarikan barang; sebaliknya dan jauh lebih bermasalah ketidakadilan menyiratkan pembatasan kebebasan dan, yang terpenting, cedera pada martabat.

Kritik radikal di atas harus dihubungkan dengan teori hukum feminis yang terbebas dari pandangan formalistik tentang aturan hukum liberal dan paradigma hukum negara kesejahteraan. Memahami paradigma hukum secara unik sebagai paradigma distributif untuk Barang-barang material adalah menyesatkan, meskipun inilah yang dianggap wajar oleh sebagian besar penulis. Dua kontradiksi paradigma tersebut ditekankan: pertama, paradigma tersebut mengabaikan konteks kelembagaan distribusi dan menganggapnya wajar; kedua, ketika paradigma diperluas ke Barang-barang nonmaterial, Barang-barang tersebut akhirnya disalahartikan.

Perlu dijelaskan bahwa "konteks kelembagaan" ditafsirkan sebagai konteks yang mencakup, misalnya, keluarga, yang merupakan salah satu unit sosial utama yang terpengaruh oleh isu-isu distribusi; area ini memang diambil begitu saja, tanpa mempertanyakan peran yang telah terbentuk di dalamnya dari waktu ke waktu. Menurut Iris Young, merujuk pada apa yang sebenarnya merupakan proses, ikatan, dan hubungan antara individu sebagai barang sosial salah menggambarkan keadilan sosial, sebagai masalah skema statis daripada proses sosial yang menghasilkan situasi aktual. Hal ini, sekali lagi, disebabkan oleh pengaruh paradigma klasik individualisme liberal, di mana individu menerima barang atau memiliki properti daripada menjalin hubungan satu sama lain, atau melawan satu sama lain.

Berargumen dari gagasan "penindasan", yang sebagian besar digunakan oleh gerakan pembebasan kontemporer, seperti feminisme itu sendiri atau gerakan kulit hitam atau lesbian, wacana politik tidak dapat direduksi menjadi bahasa individualisme liberal yang mendominasi teori hukum dan politik. Pikirkan, misalnya, kondisikondisi yang menindas yang dialami perempuan: kesadaran akan potensi menjadi korban kekerasan hanya karena menjadi perempuan tidak hanya meresahkan, tetapi juga secara signifikan membatasi kebebasan perempuan.

Apakah masuk akal untuk menganggap pengalamanpengalaman seperti itu sebagai kasus ketidakadilan sosial, atau haruskah kita percaya bahwa hal ini tidak secara signifikan memengaruhi hak-hak, peluang, dan harga diri individu? Jika kita memperhatikan tidak hanya tindakan-tindakan kekerasan individual, tetapi juga konteks sosial tempat tindakan-tindakan itu terjadi dan entah bagaimana dilegitimasi, kita tidak dapat tidak menjawab pertanyaan di atas dengan tegas. Faktanya, ketidakadilan berasal dari kekerasan sistemik yang menargetkan perempuan sebagai anggota kelompok tertentu. Sifat kekerasan yang menindas tidak terletak pada viktimisasi langsung individu, tetapi pada kesadaran yang dimiliki oleh semua anggota kelompok bahwa mereka terpapar pada risiko ini justru berdasarkan identitas kolektif mereka.

Oleh karena itu, orang bertanyatanya, solusi seperti apa yang dapat diberikan oleh paradigma distributif? Dapat dipastikan bahwa konsepsi keadilan distributif adalah yang paling tidak tepat untuk memahami masalah diskriminasi terhadap perempuan karena, di antara alasan-alasan lain, konsepsi ini menimbulkan pertanyaan tentang lembaga-lembaga politik, hukum, dan budaya yang entah bagaimana mendorong, menoleransi, atau dalam hal apa pun mengizinkan kekerasan terhadap kelompok-kelompok tertentu.

Dengan menganggap konteks ketidakadilan sebagai sesuatu yang wajar, mekanisme distributif tidak membawa perbaikan yang relevan terhadap penyebab ketidakadilan dan secara objektif melanggengkan kondisikondisi yang menindas dari kelompok-kelompok atau individuindividu yang kurang beruntung yang hanya terintegrasi sebagian dalam masyarakat karena, antara lain, identitas mereka yang secara sistematis didevaluasi.

Kesimpulan

Masalah tradisional tentang hubungan antara perubahan sosial dan hukum semakin rumit dengan banyaknya refleksi feminis tentang hukum. Masalah ini pada dasarnya menjadi lebih radikal dan orang bertanyatanya apakah hukum qua talis dapat mengakomodasi wacana perempuan, dan tuntutan serta aspirasi identitas baru, seperti yang dielaborasi secara reflektif oleh "feminisme perbedaan". Seiring dengan kaum komunitarian, hal ini memperkuat keyakinan bahwa identitas perempuan, yang kemungkinan besar lebih penting daripada bentuk-bentuk pengalaman identitas modern lainnya, di atas segalanya adalah identitas oposisional.

Pelarian dari universalisme abstrak liberal tidak dapat mendorong kita untuk menerima gagasan tentang subjek yang secara kaku dibatasi dalam batas-batas tradisional komunitas tempat dia menjadi bagiannya, dan yang identitasnya didasarkan pada atribusi. Model ini dirusak oleh semua bentuk identitas modern, terlebih lagi oleh identitas perempuan, yang telah berkembang justru melalui kritik dan perbedaan pendapat yang radikal.31

Dengan mengandalkan mesin hukum tradisional, maka, dapatkah kita mewakili kebebasan perempuan atau apakah kita ditakdirkan untuk menggagalkan harapan mereka? Pertanyaan tentang peran hukum telah diteliti secara khusus oleh Carol Smart tetapi mendasari seluruh literatur tentang isu-isu perempuan. Misalnya, feminis Italia menunjukkan sikap ambivalen terhadap hukum setiap kali mereka berdebat tentang hukum penting yang memengaruhi kondisi perempuan atau citra publik dan/atau pribadi mereka. Pikirkan, misalnya, undang-undang tentang pelecehan seksual, atau rancangan undang-undang tentang pelecehan seksual (yang belum disahkan), atau undang-undang tentang reproduksi. Dalam kasus seperti itu, pertanyaan sebenarnya yang dipertaruhkan sering kali adalah apakah wacana hukum dapat efektif, bukannya tidak berguna atau bahkan merugikan, sebagai sarana untuk membangun identitas perempuan.

Dalam hal ini, beberapa feminis Italia yang lebih radikal, yang secara khusus kritis terhadap lembaga secara umum termasuk representasi politik telah berfokus pada gagasan tentang "kekosongan hukum", yaitu area di mana hukum tidak berlaku atau tidak ada. Bersama dengan pengakuan kritis terhadap risiko yang ditimbulkan dalam regulasi hukum di ranah privat, gagasan tentang "kekosongan hukum" berarti pencapaian atau pelestarian area kebebasan.

Di sini, seperti dalam konteks lain, posisi yang sangat jauh dari wacana hukum sangat penting. Sebagai ekspresi kekuasaan patriarki atas perempuan, hukum dikatakan sebagai instrumen yang tidak berguna atau berbahaya. Hukum berakhir dengan memenjarakan perempuan dan situasi spesifik mereka dalam kategori kaku dan standar umum yang, pada akhirnya, menjadi formalistik dan terpisah dari kenyataan dan dengan demikian tidak berguna.

Selain itu, ada skeptisisme tentang hukum pidana sebagai solusi untuk cedera tertentu, karena dalam banyak kasus misalnya pelecehan seksual kerusakan tidak dapat diperbaiki secara sosial melalui hukuman saja. Dalam kasus seperti itu, lembaga harus dapat menawarkan solusi yang jauh lebih jelas. Selain menghukum pelaku, perhatian harus diberikan pada dukungan yang dibutuhkan oleh korban pelecehan. Alasan di balik banyaknya "tempat penampungan" yang ditujukan untuk melindungi perempuan dari kekerasan dan penganiayaan, yang direncanakan dan dijalankan oleh asosiasi perempuan dengan bantuan lembaga-lembaga lokal, juga merupakan pengakuan atas keterbatasan hukum atau, lebih khusus lagi, pendekatan hukum pidana secara eksklusif.

Cakupan hukum pidana seharusnya dinilai ulang secara drastis dan banyak pelanggaran yang berkaitan dengan hubungan interpersonal pelecehan seksual, pelecehan seksual, penghinaan, dll. harus ditangani oleh hukum perdata. Atas dasar konflik interpersonal yang seringkali hanya bersifat kontingen, hukum seharusnya diminta untuk menyediakan solusi "di luar hukum" dan dengan demikian menjadi kurang invasif dalam bidangbidang kehidupan tertentu.

Bahwa beban untuk memutuskan apakah proses hukum akan terjadi dalam kasus kekerasan dalam rumah tangga sering kali berada di tangan korban melambangkan konsepsi khusus individu, yang didasarkan pada tanggung jawab dan pilihan bebas daripada pada perlindungan. Terkait dengan tindak pidana tersebut, negara tidak mempunyai kepentingan

yang lebih tinggi dalam memberikan hukuman daripada kepentingan korban, dan pembenaran hukuman atas dasar ancaman terhadap masyarakat tidak dapat dianggap memadai, jika tidak ada kemauan dari korban.

Bahkan jika kecenderungan intrinsik wacana hukum terhadap standardisasi dan formalisme tidak boleh diabaikan, kapasitas hukum untuk mengubah hubungan gender yang sebenarnya dan dengan demikian menyebabkan pergeseran kekuasaan yang signifikan dari waktu ke waktu tidak boleh diremehkan. Pikirkan, misalnya, pengakuan atas penentuan nasib sendiri perempuan di bidang reproduksi, yang dibuat eksplisit meskipun bukan tanpa batasan oleh hukum aborsi, dan jenis hubungan gender yang diusulkan dan diperkuat oleh hukum tersebut. Belum lagi kekuatan simbolis hukum ini yang sangat besar. Atas dasar pandangan hukum yang dinamis dan agonistik, kita dapat melihat norma-norma sebagai sesuatu yang muncul dari harapan kelompok (dalam kasus kita adalah perempuan) dan mampu membawa perubahan dan inovasi.36

Meskipun demikian, kita tidak boleh lupa bahwa, ketika berhadapan dengan masalah-masalah yang berkaitan dengan bidang reproduksi, kita memasuki area dengan perbedaan yang kuat, terutama dalam hal nilai-nilai utama. Hal ini menyebabkan beberapa penulis lebih menyukai model budaya hukum buatan hakim daripada model yang menjadikan hukum perundang-undangan sebagai inti sistem hukum, karena model yang pertama tampaknya lebih sesuai dengan pluralisme nilai yang tampaknya akan menjadi karakteristik utama masyarakat demokratis.37 Model ini menganggap hukum buatan hakim lebih fleksibel, lebih terbuka, lebih mengakomodasi konteks dan situasi tertentu, lebih mampu mempertimbangkan berbagai sudut pandang, dan menerima orang apa adanya dalam hubungan saling ketergantungan mereka.

Namun, meskipun preferensi ini mungkin dianut dalam beberapa hal, hal ini berisiko memberikan kebebasan yang berlebihan kepada hakim untuk membuat keputusan yang sepenuhnya bersifat diskresioner. Para pendukung model hukum buatan hakim biasanya menanggapi keberatan tersebut dengan merujuk pada prinsip-prinsip konstitusi demokratis dan dengan demikian pada gagasan tentang aturan hukum konstitusional. Prinsip-prinsip tersebut dianggap sebagai koordinat umum di mana hakim menjalankan peran dan fungsi sosial mereka. Meskipun demikian, hakim masih memiliki peran yang agak kreatif.

Di sini, masalahnya bukan pada penerapan aturan yang relevan secara mekanis pada kasus tertentu dengan mengikuti proses deduktif logis yang beranjak dari aturan umum ke kasus individual. Pendekatan ini, yang berasal dari positivisme hukum, hanya akan memungkinkan penerapan hukum yang "benar", yang sesuai dengan maksud sebenarnya dari pembuat undang-undang. Sebaliknya, kita harus menerima semacam ketidakpastian hukum, yang tidak boleh dipahami sebagai degenerasi yang diakibatkan oleh kekuasaan hakim yang berlebihan. Hukum itu sendiri, dalam konteks sosial dan politik yang jauh lebih beragam daripada hukum liberal, tidak dapat tidak mewujudkan ketidakpastian baru ini, justru dengan menjadi lunak dan mengikuti jalan kewajaran.38

Tekanan yang diberikan pada hukum oleh "kasus-kasus sulit" (banyak isu seperti hidup, mati, dan bioetika), yang nilai dan maknanya sangat berbeda, membuat prinsip

kemahakuasaan hukum menjadi usang dan tidak diinginkan. Mengalihkan sebagian kekuasaan dari majelis legislatif ke praktik peradilan, sebagai area yang lebih bijaksana, akan menjadi usulan yang disarankan oleh analisis sejauh ini. Perdebatan kontemporer tentang aturan hukum tampaknya menjadikan isu hermeneutika hukum dan fungsi peradilan menjadi krusial. Profil yang lebih tinggi untuk fungsi peradilan tentu diinginkan, asalkan ada ruang publik tempat kinerja hakim dapat tetap menjadi subjek diskusi kritis.

Bagian Iii
Debat Kontemporer

BAB 11
ATURAN HUKUM DALAM TRADISI REPUBLIKAN MACHIAVELLI

Karena rakyat ingin hidup sesuai hukum, dan yang berkuasa ingin mengendalikan hukum, maka mustahil bagi mereka untuk sepakat. (Niccolò Machiavelli, Florentine Histories) Pengaruh hukum, jika memang memiliki efek nyata dalam pelestarian kebebasan, bukanlah kekuatan ajaib yang turun dari rakrak yang penuh dengan buku, tetapi, pada kenyataannya, adalah pengaruh orang-orang yang bertekad untuk bebas; orang-orang yang, setelah menyesuaikan secara tertulis syaratsyarat yang harus mereka patuhi bersama negara, dan dengan sesama rakyat, bertekad, melalui kewaspadaan dan semangat mereka, untuk memastikan syaratsyarat ini dipatuhi. (Adam Ferguson, Esai tentang Sejarah Masyarakat Madani)

Sejarah sosial dan kelembagaan abad ke-20 telah memaksa pendefinisian ulang konsep negara hukum sebagaimana dikembangkan dari teori hukum abad sebelumnya. Perang Dunia Kedua menandai titik balik tertentu. Kekalahan Nazi Jerman dan sekutunya mengawali penyebaran demokrasi politik yang, melalui dekolonisasi, berlanjut hingga akhir abad tersebut. Efek utamanya adalah demokratisasi Portugal, Yunani, Spanyol, dan Amerika Latin; berakhirnya rezim sosialis di Eropa Timur; runtuhnya Uni Soviet; berakhirnya Apartheid; dan jatuhnya banyak rezim otoriter di Dunia Ketiga. Ini adalah keadaan yang sangat berbeda dari sistem politik liberal abad ke-19, yang didirikan atas dasar pemilihan umum yang terbatas, di mana gagasan tentang negara hukum dan Rechtsstaat dikembangkan.

Gambarannya menjadi lebih beragam jika kita mempertimbangkan keberhasilan konstitusionalisme kontemporer. Solusi Kelsen terhadap masalah hubungan antara hukum dan kekuasaan pengenalan konstitusi yang kaku dan peninjauan kembali undang-undang oleh pengadilan menempatkan hubungan antara supremasi hukum dan "kedaulatan rakyat" dalam perspektif baru dan mengungkapkan masalah status dan peran kekuasaan kehakiman dengan istilah baru. Lebih jauh, konstitusi Eropa pascaperang memasukkan berbagai hak sosial dalam prinsip-prinsip dasarnya, dan, secara lebih umum, "kewarganegaraan sosial" mencakup penikmatan serangkaian manfaat dan layanan yang dijamin dan disediakan oleh negara.

Oleh karena itu, pembahasan seputar "aturan hukum", yang dimulai sejak periode pascaPerang Dunia Kedua, tidak dapat tidak melibatkan makna dan fungsi "negara demokrasi", "negara konstitusional", dan "negara kesejahteraan". Terkait dengan gagasan tentang aturan hukum sebagai struktur hukum dan politik di mana kekuasaan dilaksanakan "atas dasar", "dengan cara", dan "dalam kerangka" hukum, kekuasaan negara didefinisikan ulang berkenaan dengan pemegangnya, legitimasinya, mereka yang menjadi penerima kekuasaan, dan cara pelaksanaannya. Namun, semua ini berakhir dengan mempertanyakan fungsi dan makna "hukum".

Dalam “masyarakat berisiko” yang kompleks saat ini, sistem hukum memiliki karakteristik yang secara signifikan membedakannya dari instrumen normatif yang dianalisis dan diteorikan oleh para ahli hukum pada tahun 1800an, sebuah instrumen yang secara formal rasional dan dapat diandalkan dalam hal prosedur. Pada awal milenium baru, perspektif internasional dan multikultural tidak dapat diabaikan. Aturan hukum merupakan ciptaan dari pengalaman sosial, praktik politik, dan doktrin hukum dari sejumlah kecil negara Barat. Namun, saat ini aturan hukum juga diusulkan sebagai prinsip panduan dalam hubungan internasional. Selain itu, di era globalisasi ekonomi dan westernisasi budaya, muncul masalah “eksporabilitas” model hukumpolitik aturan hukum di luar budaya dan masyarakat yang menghasilkannya.

Di sisi lain, migrasi memperluas batas sistem hukum yang diilhami oleh prinsip aturan hukum dengan masalah yang belum pernah terjadi sebelumnya, serta menghadirkan tantangan multikulturalisme. Sebagai respons terhadap skenario ini, muncul strategi politikteoretis yang meluas yang menggabungkan pendekatan “minimalis” dengan semacam “kembali ke prinsip”. Banyak pihak yang berpendapat bahwa demokratisasi proses politik, perluasan layanan publik, konstitusionalisasi hak-hak sosial, dan asas-asas keadilan material dan kesetaraan substansial semuanya berakhir dengan memberikan kepada negara fungsi-fungsi dan kekuasaankekuasaan yang tidak lagi berdasarkan hukum dan tidak lagi dapat ditegakkan dalam ranah hukum. Di sisi lain, transformasi yang telah dialami sistem hukum akan mengancam landasan utama negara hukum: kepastian hukum.

Oleh karena itu, krisis negara hukum hanya dapat ditanggapi dengan mengurangi keterlibatan publik secara drastis dan mengurangi permintaan akan manfaat-manfaat ekonomi dan layananlayanan sosial. Banyak pihak melihat penyesuaian ini sebagai konsekuensi yang tak terelakkan dari proses globalisasi dan pendefinisian ulang batas-batas antara politik dan ekonomi. Di sisi lain, “keringanan” negara hukum tampaknya akan mendukung penyebarannya juga. Jika negara demokrasi, konstitusional, dan kesejahteraan yang rumit menimbulkan masalah teoritis dan praktis yang serius dalam lingkup budaya politik dan hukum yang menghasilkannya, orang dapat berpendapat bahwa hal itu juga akan menyebabkan masalah tersebut di tempat lain. Dalam pengertian ini, masyarakat yang paling jauh dari pengalaman budaya, hukum, dan politik Barat akan lebih mudah menerima "aturan hukum minimal".

Tujuan bab ini adalah untuk mengajukan pertanyaan tentang makna yang dapat diasumsikan oleh analisis tentang "prasejarah" konseptual tentang negara hukum dalam menangani masalah-masalah ini. Sekilas, perbedaan yang jelas, jika tidak bisa dikatakan sebagai pemisah, antara "negara hukum", "negara demokrasi", dan "negara kesejahteraan", tampaknya tepat. Sejak awal, cita-cita "negara hukum" yang bertentangan dengan "negara manusia" tampaknya memang menyiratkan prasangka antidemokrasi dan dikaitkan dengan antropologi politik antiegaliter. Secara khusus, tradisi pemikiran politik republik awalmodern salah satu tempat berkembang biaknya negara hukum tampaknya mengekspresikan, melalui prinsip pemerintahan campuran, kritik radikal terhadap demokrasi. Menganggap elit memiliki peran politik yang secara radikal berbeda dari peran "rakyat", mengecualikan isu-isu ekonomi dan sosial dari ranah politik, dan berbagi gagasan organik tentang badan politik yang

menganggap perselisihan dan konflik sebagai patologi dapat dilihat sebagai elemen kritik tersebut.

Saya ingin mempertanyakan gambaran ini, mengingat gagasan bahwa, meskipun banyak penulis yang dianggap berasal dari tradisi republik memiliki pendapat seperti ini, posisi yang sangat berbeda juga muncul. Secara khusus, sosok Niccolò Machiavelli sendiri penulis eponim dari tradisi ini menonjol dengan kekhususan dan orisinalitas yang tidak dapat direduksi menjadi asumsi teoritis umum dan konvensi linguistik bersama. Dalam karya-karya Machiavelli, gagasan tentang aturan hukum adalah sentral; tetapi ia mengasumsikan makna yang sangat berbeda sehubungan dengan banyak penulis republik yang dibandingkan dengannya.

Saya tidak berpendapat bahwa gagasan semacam itu dapat menjadi dasar bagi teori tentang supremasi hukum yang mampu menghadapi berbagai masalah sistem sosial dan hukum modern. Sebaliknya, saya berpendapat bahwa jarak kritis harus diasumsikan sehubungan dengan upaya modern untuk membangun filsafat politik "neorepublik" yang mengusulkan kembali konsep dan prinsip tradisi awalmodern. Meskipun demikian, penyelidikan historis, penyelidikan terhadap silsilah terminologi dan konsep-konsep kunci, dapat membantu kita untuk melihat perdebatan kontemporer dalam sudut pandang yang berbeda. Kedalaman historiografi ini memfasilitasi pengembangan cara-cara yang tidak biasa dan orisinal untuk menangani dan mengonseptualisasikan berbagai masalah teoritis.

Oleh karena itu, saya berhipotesis bahwa pertimbangan tentang tradisi republik, dan khususnya teori Machiavellian, dapat memberikan kontribusi yang signifikan terhadap diskusi kontemporer mengenai supremasi hukum. Saya akan mencoba mengilustrasikan tesis ini berkenaan dengan tematema seperti konsepsi hak-hak individu, negara kesejahteraan, peran peradilan, hubungan antara supremasi hukum dan demokrasi, dan konsep serta fungsi hukum itu sendiri. Hipotesis saya selanjutnya adalah bahwa pembahasan isu-isu ini dapat berkontribusi pada pengembangan gagasan supremasi hukum yang dibedakan dari paradigma kesejahteraan sosialdemokrasi tradisional. Namun, ini seharusnya tidak menyiratkan kembalinya konsep-konsep liberal klasik dan elitis. Akhirnya, saya akan mempertahankan bahwa gagasan ini lebih valid dalam konteks antarbudaya daripada hipotesis neoliberal "minimalis".

11.1 ATURAN HUKUM

Dari “Momen Machiavellian” Hingga Machiavelli

Cita-cita klasik tentang “pemerintahan hukum”, yang menjadi akar gagasan tentang aturan hukum, tampaknya menyiratkan prasangka antidemokrasi sejak awal mulanya dalam pemikiran politikhukum YunaniRomawi. Dalam Politik karya Aristoteles, konsep tersebut diperkenalkan dalam konteks kritik terhadap bentuk-bentuk demokrasi yang radikal dan “demagogis”, di mana orang banyak yang miskinlah yang memerintah, bukan hukum. Cicero menempatkan hukum di atas dan di luar pertimbangan umum, menganggapnya sebagai “hukum alam” pada tataran “alamiah” yang normatif, dan karenanya tidak dapat dicapai: hukum-hukum yang omnes servi sumus ut liberi esse possimus mengungkapkan akal budi

tertinggi yang melekat pada alam, abadi, mendahului pembentukan negara.

Cita-cita supremasi hukum meresapi pemikiran politik abad pertengahan dan muncul kembali dalam diri para penulis “republik” pada awal zaman modern. Bagi para penulis ini, kritik terhadap demokrasi dihubungkan dengan pilihan kelembagaan pemerintahan campuran, yang dipahami sebagai struktur konstitusional tempat berbagai komponen warga negara monarki, “yang terbaik” dan “banyak” dialokasikan peran politik yang sesuai untuk mereka. Kritik “republik” terhadap demokrasi berlanjut hingga karya-karya Kant, otoritas filosofis para teoritisi pertama Rechtsstaat. Yang lebih penting, dalam tradisi ini kritik terhadap demokrasi mengekspresikan antropologi ketidaksetaraan.

Gagasan Aristoteles bahwa manusia pada dasarnya tidak setara dan justru karena alasan ini adalah makhluk sosial, makhluk “politik”, adalah matriks teoritis dari tesis bahwa dalam warga negara hanya “sedikit yang dipilih”, “yang terbaik”, yang optimates yang mampu melakukan musyawarah politik; sebaliknya, “banyak” mengungkapkan diri mereka hanya cocok untuk pilihan di antara alternatif yang telah disusun. Perbedaan ini merujuk pada semacam pembagian kerja politik, yang juga ditemukan dalam garis PlatonisAristotelian: berbagai komponen warga negara harus memainkan peran yang sesuai bagi mereka, mengambil tempat yang tepat dalam tatanan yang kompleks, dan mencari tujuan "alami" mereka. Pemerintahan campuran dalam pengertian ini, melalui pembagian kerja seperti itu, memungkinkan harmoni yang teratur dalam tubuh politik (dapat dipertahankan bahwa konsep ini masih meresap dalam paradigma struktural negara).

Gagasan ini mengalir melalui pemikiran politik "humanisme sipil" Firenze dan, khususnya, karya-karya para pemikir politik yang paling dekat dengan elit optimates, dimulai dengan karya-karya Francesco Guicciardini; gagasan ini muncul kembali, dirumuskan dengan sangat jelas, dalam Oceana karya James Harrington. Menurut Harrington, di setiap republik ada "aristokrasi alami", yang unggul dalam kualitas dan kebajikan, secara alami cenderung pada pertimbangan politik dan diberkahi dengan waktu luang untuk urusan pemerintahan.

Di sisi lain, rakyat pada dasarnya cocok untuk memilih di antara alternatif yang diusulkan dan diperiksa oleh aristokrasi. Kepada "sedikit" aristokrasi, kaum bangsawan, elit dikaitkan dengan kekuatan untuk mengusulkan dan membahas, sementara "banyak" rakyat hanya dapat memilih badan pemerintahan dan memilih di antara opsi yang disajikan kepada mereka, setelah diskusi awal dan pemilihan oleh "sedikit". Kritik terhadap demokrasi, antropologi elitis, dan teori pemerintahan campuran digabungkan dalam penulispenulis ini dengan gagasan tentang tatanan yang mengungkapkan keengganan yang jelas terhadap kita dapat mengatakan "obsesi" dengan setiap bentuk konflik politik.

Dalam Politik Aristoteles muncul gagasan bahwa prevalensi kelas menengah menjamin bahwa faksifaksi tidak mengganggu polis, dan kritik terhadap republik yang "bergolak" ini muncul kembali dalam pemikiran politik awalmodern. Kecenderungan ke arah “pemberontakan” dan munculnya kembali “kerusuhan” bagi Harrington sic et simpliciter merupakan patologi dari tubuh sosial; tetapi penyebab konflik dapat dihilangkan jika “keseimbangan kepemilikan properti” yang memadai diperkenalkan: dengan cara ini dimungkinkan untuk menciptakan persemakmuran yang “sempurna” dan “abadi”. Dalam

pandangan Kant, pembentukan bentuk pemerintahan “republik” akan berarti tidak hanya pengucilan prinsip perlawanan, tetapi juga ketidakabsahan setiap bentuk oposisi publik terhadap kekuasaan berdaulat.

Pandangan tentang supremasi hukum sebagai kritik terhadap prinsip demokrasi ini harus sesuai, tanpa dipaksakan, dalam gambaran republikanisme awalmodern yang digariskan oleh John Pocock dalam The Machiavellian Moment. Seperti yang kita ketahui, karya Pocock merekonstruksi paradigma politik alternatif terhadap teori kontrak "hukum alam": sebuah ide republik dengan kosakata konseptual yang khas, di mana kata-kata kunci muncul kembali seperti vivere civile (kehidupan sipil), kebajikan sipil, korupsi, keberuntungan, dan kesempatan. Menurut Pocock, matriks umum republikanisme dari humanisme sipil Firenze hingga penulis seperti Guicciardini, Machiavelli, dan Giannotti, hingga Harrington, pemikiran politik Inggris abad kedelapan belas, dan para ahli teori Revolusi Amerika adalah filsafat praktis Aristoteles.

Kaum Republikan berbagi konsep manusia sebagai zoon politikòn dan akibatnya gagasan bahwa partisipasi politik mengungkapkan "sifat sejatinya"; dan mereka mengusulkan teori pemerintahan campuran pada tingkat kelembagaan, yang pada gilirannya berakar pada antropologi politik yang diuraikan di atas. Dalam kerangka ini, "kebajikan" republik cenderung mengekspresikan cita-cita moderasi dan perbedaan yang jelas, jika tidak bertentangan, antara bidang politik dan ekonomi. Ini akan berlaku dalam berbagai fase pemikiran politik republik: dari Machiavelli hingga orang-orang Persemakmuran tahun 1700an, yang memusuhi modal komersial dan finansial, hingga tradisi republik di Amerika Serikat.

Para sejarawan pemikiran politik yang telah menguraikan karakteristik model republik, dimulai dengan Pocock, telah menunjukkan banyak kehatihatian dalam menerapkan hasil penelitian historiografi mereka pada perdebatan teoretis kontemporer. Penafsiran Pocock tentang republikanisme awalmodern sebagai teori politik yang diilhami oleh Aristoteles, bagaimanapun, telah banyak digunakan oleh kaum komunitarian kontemporer sebagai terjemahan politik dari tesis mereka tentang kohesi sosial, etika kebajikan dan kebaikan bersama, pembentukan identitas individu, dan kewajiban untuk menjadi bagian dari komunitas.

Barubaru ini sebuah teori politik "neorepublik" normatif telah diusulkan, sebagai model yang diilhami oleh republikanisme klasik, untuk politik dan lembaga. Bagaimana teori semacam itu dapat berkontribusi pada perdebatan tentang supremasi hukum? Berdasarkan apa yang telah kita katakan sampai titik ini, teori ini tampaknya mendukung pertentangan antara prinsip-prinsip supremasi hukum dan prinsip-prinsip kedaulatan rakyat, serta antara supremasi hukum dan demokrasi, memandang yang terakhir sebagai bentuk yang sangat berbahaya dari "aturan manusia".

Selain visi antidemokrasi ini, tradisi republik tampaknya mengusulkan kembali pertentangan klasik antara bidang politik dan bidang ekonomi; yaitu, tampaknya menyarankan pengecualian tradisional tematema ekonomi dari ranah "publik" praksis politik, dan karena itu menerima ketidaksesuaian intervensi publik dalam ekonomi, dan negara kesejahteraan, dengan cita-cita "aturan hukum".

Akhirnya, jika republikanisme dapat dianggap sebagai teori komunitarian, konsepsi

neorepublik yang mungkin tentang aturan hukum tampaknya menyiratkan sebuah visi organik dan partikularistik dari badan politik sebagai "komunitas yang konkret dan terintegrasi secara substansial", yang akan mengekspresikan etos umum yang terdefinisi dengan baik. Visi ini tampaknya hampir tidak dapat "diuniversalisasikan" di luar konteks sejarah dan budaya tempat ia dikembangkan.

Akan tetapi, historiografi terkini telah membuat interpretasi Pocock, yang diilhami oleh visi linear tentang "momen Machiavellian", menjadi bermasalah. Dalam kumpulan karya yang diberi label republik, garis keturunan yang berbeda telah diidentifikasi, keluarga ideologis yang berbeda telah ditetapkan, dan garis pemisah yang dalam telah terungkap. Di antara para penulis yang menggunakan bahasa politik republik, misalnya, ada beberapa konsep kebebasan, visi politik alternatif, antropologi optimis dan pesimis, dan berbagai gagasan tentang hubungan tatanan/konflik. Pertamatama, tidak semua republikan modern awal dapat dianggap sebagai neoAristotelian.

Quentin Skinner telah mengidentifikasi pada beberapa penulis Italia abad ketiga belas jejak ideologi politik yang terdefinisi dengan baik yang diilhami oleh pemikiran republik Romawi. Ideologi ini muncul sebelum terjemahan Latin dari Politics and Nichomachean Ethics membuat filsafat praktis Aristoteles tersedia bagi para intelektual Eropa. Sementara dalam tradisi Aristoteles dan Aquinas manusia adalah zoon politikòn dan mengembangkan potensi moralnya melalui aktivitas politik, Skinner berpendapat bahwa, bagi kaum neoRomawi, politik adalah instrumen untuk mencapai tujuan yang berbeda. Hal ini menghasilkan dua konsepsi kebebasan yang berbeda: kebebasan "positif" Aristoteles ditantang oleh konsepsi kebebasan yang mengekspresikan nonketergantungan dan tidak adanya dominasi.

Pandangan kedua tentang kebebasan ini, Skinner kembali menunjukkan, dikembangkan oleh serangkaian penulis "neoRomawi" pada abad keenam belas, ketujuh belas, dan kedelapan belas dan untuk waktu yang lama merupakan alternatif bagi pandangan "negatif" tentang kebebasan yang dikembangkan oleh Hobbes dan diambil kembali oleh liberalisme modern. Penafsiran ulang republikanisme ini terutama didasarkan pada pembacaan teks-teks Machiavelli. Tetapi dapat dipertahankan bahwa Machiavelli memiliki karakteristik yang membuatnya menonjol dari penulis republik lainnya dan membuat asimilasi lengkapnya ke dalam "momen Machiavellian" menjadi bermasalah.

Perbedaanperbedaan dalam paradigma republik dan kekhasan karya-karya Machiavelli ini harus diingat, khususnya ketika berhadapan dengan tema pemerintahan berdasarkan hukum. Dalam perspektif ini, teori konflik politik Machiavelli memiliki makna khusus. Seperti diketahui, Bab IV Buku I dari Discourses memperkenalkan ide baru yang radikal pada sejarah pemikiran politik Eropa: tesis revolusioner yang menyatakan bahwa, dalam kondisi tertentu, konflik politik dapat menghasilkan efek positif. Dalam kasus Republik Romawi, konflik antara dua partai utama (umori) warga negara yaitu kaum ningrat dan kaum plebeian menghasilkan “hukum dan lembaga yang mendukung kebebasan publik”.

Sifat radikal dari inovasi teoretis ini dapat diukur dari reaksi yang ditimbulkannya: tidak hanya para penentang Machiavelli yang menyatakan diri sendiri, tetapi bahkan para penulis yang memiliki kecenderungan pemikiran republik yang berbeda, seperti Guicciardini, dan para

pemikir, seperti Rousseau, yang sebagian besar terinspirasi oleh Machiavelli, menjaga jarak darinya dalam hal ini. Posisi Harrington sangatlah penting: penulis yang sama yang telah mengagungkan Machiavelli sebagai pemulih “kehatihatian kuno” yang diungkapkan oleh “pemerintahan de jure”, yaitu dalam “kekaisaran hukum dan bukan manusia”, mengkritiknya secara eksplisit dan langsung pada poin ini.

Dari perspektif teori republik tentang "pemerintahan campuran", supremasi hukum dan konflik politik tampak saling bertentangan, atau setidaknya bersitegang kuat. Oleh karena itu, dapat dipahami bahwa penafsiran yang menekankan pentingnya supremasi hukum dalam karya-karya Machiavelli bahkan menganggapnya sebagai elemen yang benar-benar penting dari republikanismenya telah berupaya meremehkan pentingnya evaluasi positifnya terhadap konflik, mengingat tesis bahwa, bahkan bagi Machiavelli, supremasi hukum berarti moderasi.

Sebagai tanggapan, orang dapat menunjukkan bagaimana Machiavelli menekankan elemen kompetitif politik, elemen dengan implikasi kekerasan yang tidak dapat dikurangi yang akan melemahkan setiap pertahanan kelembagaan. Namun, jika diperhatikan dengan saksama, ini berarti mereproduksi untuk kesekian kalinya osilasi yang telah menjadi ciri sejarah literatur kritis tentang Machiavelli, serta menyederhanakan posisinya secara berlebihan. Bagi saya, jauh lebih penting untuk mengenali sentralitas sejati tema supremasi hukum dan mengajukan masalah kompatibilitasnya dengan teori konflik Machiavellian. Gagasan bahwa warga negara terpecah tak terelakkan menjadi berbagai komponen yang mewakili berbagai pihak (umori) ternyata menjadi pusat dan berulang dalam karya-karya Machiavelli, dimulai dengan The Prince, dan ini tidak dapat diabaikan.

Berbagai pihak memiliki kepentingan dan tujuan yang berbeda, yang tak pelak lagi membawa mereka ke dalam konflik: Machiavelli memang meninggalkan model antropologis PlatonisAristotelianThomis yang mendasari gagasan organikis tentang badan politik. Dalam model tradisional, manusia pada dasarnya tidak setara dan justru karena alasan ini cenderung bergaul satu sama lain. Mereka disatukan dalam hubungan alamiah dominasi/subordinasi (laki-laki/perempuan, ayah/anak, tuan/budak), yang darinya sosialisasi politik yang membentuk negara berkembang. Mereka adalah “anggota” dari badan politik, masing-masing dengan fungsi spesifik dan “tempat alamiah” dalam tatanan keseluruhan.

Di sisi lain, antropologi Machiavelli mengakui adanya kecenderungan yang tidak terkendali terhadap konflik, yang berakar pada ketidakseimbangan antara keinginan manusia yang tidak ada habisnya dan kelangkaan sumber daya untuk memenuhinya. Partaipartai warga negara bukanlah anggota tubuh yang disatukan oleh hubungan organik; mereka adalah komponen sosial dalam konflik nyata atau potensial. Konflik ini dapat mengambil bentuk yang berbeda baik yang baik maupun yang buruk tetapi bagaimanapun juga, konflik ini merupakan fakta politik, termasuk politik republik.

Machiavelli menegaskan bahwa berbagai komponen warga negara memiliki kepentingan yang berbeda dan dicirikan oleh “tujuan” yang berbeda. Meskipun demikian, ini tidak berarti bahwa mereka diberkahi dengan kapasitas yang berbeda untuk pertimbangan politik. "Rakyat jelata" dan "bangsawan" sama-samama cocok untuk kegiatan politik, dan di antara lembaga-lembaga Republik Romawi yang paling banyak menerima pujian adalah

lembaga-lembaga yang memberikan kewenangan untuk mengusulkan dan membahas undang-undang kepada kaum plebeian. Kita jauh dari republikanisme prooptimisme yang khas, misalnya, sangat jauh dari visi Guicciardini tentang supremasi hukum, yang menurutnya "hanya yang mampu dan berhak yang boleh memerintah".

Menyertakan kemampuan politik yang sama kepada semua warga negara akan membebani teori tradisional tentang "pemerintahan campuran", bahkan sampai mengubah maknanya. Teori tersebut dimaksudkan untuk membatasi risiko pemerintahan oleh rakyat, tetapi Machiavelli membalikkan gagasan tersebut, dengan menyatakan bahwa bahaya terbesar bagi komunitas politik diwakili oleh kecenderungan "bangsawan" yang tidak terkendali untuk memaksakan dominasi mereka.

Dalam Discoursesnya, ia membangun hubungan antara republik dan “kesetaraan”, menyatakan bahwa “tuantuan” berbahaya bagi republik, dan menyatakan superioritas politik rakyat atas pangeran dan superioritas institusional republik atas kepangeranan. Analisis Machiavelli tentang dinamika konflik dimaksudkan untuk menekankan kapasitas politik rakyat, lebih dari sekadar mengidentifikasi titik keseimbangan antara kedua pihak. Dan jika kadang-kadang Machiavelli tampaknya mengutuk “ambisi” di pihak rakyat seolah-olah itu setara dengan nafsu para bangsawan akan kekuasaan, ia juga menunjukkan bahwa, tanpa “nafsu” kaum plebeian, Roma akan kehilangan kebebasannya jauh lebih cepat.

Sulit untuk melebihlebihkan pentingnya klarifikasi ini. Machiavelli menegaskan kembali dampak baik dari konflik, gagasan bahwa hukum yang membela kebebasan lahir dari pertentangan berbagai nafsu yang perlu diseimbangkan satu sama lain. Ini berarti bahwa ambisi kaum plebeian, yang terkadang tampaknya dibenci Machiavelli, memiliki dampak baik. Dengan demikian, “pemerintahan campuran” tidak mengekspresikan cita-cita organik, atau prinsip Aristoteles tentang mesotes, tentang “cara yang adil”; ia mengekspresikan, lebih tepatnya, gagasan tentang pengawasan dan keseimbangan, artikulasi kekuasaan sedemikian rupa sehingga “satu mengawasi yang lain”.

Semua ini secara ketat terkait dengan tema supremasi hukum: Machiavelli meninggalkan perayaan monarki tradisional AristotelesThomis untuk menegaskan bahwa orang-orang di bawah supremasi hukum lebih berbudi luhur daripada seorang pangeran dalam posisi yang sama dan untuk menyangkal bahwa bentuk-bentuk demokrasi yang “tidak bermoral” merupakan – sekali lagi, menurut visi tradisional bentuk tirani terburuk. Yang paling menonjol, berkenaan dengan hubungan berulang antara supremasi hukum, pemerintahan campuran, dan kritik terhadap demokrasi, adalah bahwa dalam Machiavelli rakyat memiliki peran sebagai protagonis politik, dan bahwa peran ini dilakukan melalui konflik politik. Faktanya, melalui konflik politik, elemen populer memulai inovasi kelembagaan. “Hukum yang dibuat demi kebebasan” lahir justru dari “perselisihan” antara dua partai utama republik.

Oleh karena itu, konflik yang mengekspresikan partaipartai fundamental warga negara dan disalurkan ke dalam “hukum dan ketertiban” bersifat fisiologis, bahkan sehat. Namun, dalam kondisi lain, konflik menjadi patologis dan berbahaya. Dalam kasus ini, ketakutan timbal balik diaktifkan dan pembentukan “sektesekte” yang merusak terjadi. Dalam literatur kritis tentang Machiavelli, perbedaan antara kedua bentuk konflik ini sering ditafsirkan dalam terang

cita-cita moderasi (yang pada gilirannya diungkapkan dalam prinsip supremasi hukum) – bentuk-bentuk konflik yang berbudi luhur dianggap sebagai bentuk-bentuk konflik yang kurang radikal dan keras, bentuk-bentuk konflik yang dapat diselesaikan dengan cara-cara damai, melalui “diskusi” daripada “perkelahian”; dan oleh karena itu, “ambisi” kaum plebeianlah yang menggerakkan spiral yang mengarah pada konflik yang keras.

Namun Machiavelli menyatakan bahwa jalan menuju tirani tidak terbuka ketika konflik menjadi radikal, melainkan ketika rakyat memilih untuk mempercayakan perlindungan kepentingan mereka dan, terlebih lagi, balas dendam terhadap musuhmusuh mereka, kepada orang yang berkuasa. Singkatnya, Machiavelli, daripada menyandingkan bentuk-bentuk konflik yang “radikal” dengan yang “moderat”, membedakan antara konflik yang muncul dari penjajaran kelompok-kelompok sosial yang terdefinisi dengan baik, yang mengekspresikan kepentingan-kepentingan yang secara fundamental berbeda dalam warga negara, dan konflik yang berasal dari pencarian kekuatan pribadi, yang terhubung dengan pembentukan klien, faksi, dan kelompok-kelompok bersenjata.

Yang pertama adalah berbudi luhur dan menghasilkan kebebasan; yang kedua adalah patologis dan mengarah pada tirani. Dalam asalusul bentuk-bentuk konflik yang berpotensi merusak, “ketidaksetaraan” diindikasikan sebagai faktor yang sangat negatif; memang itu adalah asalusul pembentukan faksi dan klik. Ide ini terkait langsung dengan tema “aturan hukum”. Khususnya, dalam karyanya, Histories of Florence, yang secara umum disajikan sebagai ekspresi perubahan "moderat" dalam karya-karya Machiavelli, dinyatakan dengan cukup jelas bahwa para bangsawan dan tuan tanah, pada hakikatnya, menentang supremasi hukum: permusuhan antara rakyat dan "yang berkuasa" tidak dapat diatasi "karena, karena rakyat ingin hidup sesuai dengan hukum, dan yang berkuasa ingin mengendalikan hukum, maka mustahil bagi mereka untuk sepakat".

Oleh karena itu, rakyat tampaknya secara spontan dan "alami" cenderung menghormati supremasi hukum, dan "yang berkuasa" ingin memaksakan "aturan manusia". Penggulingan teori tradisional terlihat jelas.

Penafsiran ulang republikanisme Machiavelli dalam pengertian ini dapat membuka jalan bagi penafsiran yang berbeda atas kontribusinya terhadap silsilah gagasan "supremasi hukum". "Supremasi hukum" dalam Machiavelli tidak berarti moderasi; "pemerintahan campuran" juga tidak berarti memberikan peran bawahan kepada rakyat. Sebaliknya, “aturan hukum” menyediakan kerangka kelembagaan agar konflik dapat terjadi dalam bentuk yang baik. Dalam kerangka ini, konflik memiliki efek umpan balik pada kerangka kelembagaan, dan dinyatakan dalam “hukum dan ketertiban” yang mendukung kebebasan dan kekuasaan republik. Karena alasan itu, konflik di bawah “aturan hukum” bukanlah faktor degeneratif, melainkan bertindak untuk melawan kecenderungan entropi republik terhadap “korupsi”.

Teori berbasis konflik Machiavellian ini juga diwujudkan dalam beberapa penulis republik awalmodern bahwa "konsepsi hak-hak yang menegakkan konstitusi" yang dibicarakan oleh Skinner dan James Tully. Dalam konsepsi ini, hak-hak individu memiliki fungsi memaksa kekuasaan publik "untuk bertindak dalam struktur konstitusional yang dikenal dan diakui tentang keabsahan", dan karena itu "untuk menundukkan para gubernur mereka pada aturan

hukum".38 Penting untuk dicatat, bagaimanapun, bahwa hak-hak melakukan fungsi ini sejauh mereka mengekspresikan aktivisme warga negara dalam membela kebebasan mereka.

Menurut Adam Ferguson, misalnya, moderasi dan disposisi yang mendamaikan dapat diubah menjadi ketidakpedulian politik, dan kepuasan diri dalam menikmati hak-hak seseorang dapat membahayakan kebebasan. Kebebasan dan hak tidak pernah dijamin sekali dan untuk selamanya. Kewaspadaan diperlukan tidak hanya untuk memenangkannya tetapi juga untuk membuatnya efektif, seperti halnya kapasitas untuk mobilisasi aktif, "kecemburuan yang waspada terhadap hak-hak": kesiapan terus menerus untuk "menentang perampasan"39 dan untuk mempertahankan keamanan seseorang diperlukan.

Dengan demikian, kebebasan lebih dipertahankan oleh perbedaan dan konflik daripada oleh pencarian kebaikan bersama. Dan di antara keuntungan utama dari bentuk pemerintahan republik adalah kenyataan bahwa ia tetap membuka kemungkinan untuk konflik dan mobilisasi. Jelas bahwa konsepsi hak yang "aktif" dan kompetitif seperti itu dapat dihubungkan dengan gagasan republik tentang kebebasan sebagai perlawanan terhadap dominasi. Memang, konsepsi ini merupakan alternatif baik bagi pandangan hukum alam tentang hak sebagai anugerah alami individu, yang ada sebelum pembentukan negara, dan bagi konsepsi hukum positif tentang hak sebagai "efek yang tercermin" dari kekuasaan negara atau hasil dari pembatasan yang diberlakukan sendiri oleh negara, yang ada dalam teori Rechtsstaat abad kesembilan belas.

Saya telah menyoroti aspek-aspek "prasejarah" konseptual tentang aturan hukum dalam tradisi republik awalmodern untuk menyarankan pendekatan interpretatif yang memungkinkan, sebuah alternatif untuk "momen Machiavellian" Pocock (sebenarnya terutama "momen Harringtonian"), yang mengarah dari teori konflik demokratis Machiavelli ke konsepsi Ferguson tentang hak sebagai ekspresi mobilisasi dan konflik aktif. Di Bagian 11.2, saya ingin menunjukkan bagaimana kita dapat mempertimbangkan beberapa tema perdebatan kontemporer tentang aturan hukum dalam terang pendekatan ini.

11.2 ATURAN HUKUM DAN "PERJUANGAN UNTUK HAK"

Perkembangan paradigma "republik" merupakan hasil dari upaya untuk merekonstruksi evolusi kosakata politik dengan latar belakang "bentuk-bentuk kehidupan" dan konteks linguistik tempat mereka digunakan, dan karya penafsiran ulang historiografi ini barubaru ini digunakan dalam upaya untuk membangun filsafat politik normatif neorepublik. Perbedaan mendalam yang terjadi dalam republikanisme berkenaan dengan solusi kelembagaan, rujukan filosofis, dan antropologi politik itu sendiri seharusnya dengan jelas menunjukkan kesulitan yang dihadapi oleh operasi teoretis semacam ini.

Lebih khusus lagi, tampaknya tidak mungkin untuk menggambarkan teori republik yang kompak tentang aturan hukum. Namun, saya percaya bahwa kesadaran historiografis tentang bagaimana Machiavelli dan beberapa ahli warisnya menghubungkan prinsip aturan hukum dengan konflik politik dan hak-hak individu memungkinkan kita untuk memperoleh perspektif interpretatif yang berguna dan berbeda tentang beberapa isu utama perdebatan kontemporer. Di halamanhalaman berikut, saya ingin menunjukkan bagaimana visi aturan hukum ini

menawarkan titik awal yang menarik untuk menangani tematema seperti status dan dasar hak-hak individu; hubungan antara aturan hukum, negara kesejahteraan, dan demokrasi; peran dan kekuasaan peradilan; dan konsepsi hukum itu sendiri. Masalah "mengekspor" aturan hukum juga dapat dilihat dalam sudut pandang baru.

Aturan hukum dan hak

Masih diperdebatkan apakah ada hubungan yang diperlukan antara hak individu dan aturan hukum. Namun, karena tujuan aturan hukum adalah perlindungan hukum bagi individu, wajar saja jika untuk tujuan ini aturan hukum harus menggunakan figur deontologis hak individu dan perangkat hukum yang memungkinkannya diadopsi. Namun, "prasejarah" dan sejarah konseptual aturan hukum menunjukkan bagaimana dari waktu ke waktu konsepsi hak individu yang sangat berbeda telah diadopsi: dari hak adat hukum umum, melalui hak "alami" dari hukum alam dan tradisi Pencerahan, hingga "efek yang tercermin" dari keinginan negara (atau "pembatasan diri") dalam teori Rechtsstaat pada paruh kedua tahun 1800an dan berbagai konsep yang ada dalam filsafat hukum kontemporer.

Saat ini secara umum diterima bahwa negara konstitusional (dan demokratis) menggabungkan berbagai hak individu dalam prinsip-prinsip dasarnya. Gagasan tentang hubungan yang tak terpisahkan antara supremasi hukum dan hak asasi manusia diungkapkan dengan penuh semangat dalam upaya terbaru untuk mengembangkan teori sistematis Rechtsstaat, yaitu teori Jürgen Habermas. Bagi Habermas, hak asasi manusia, supremasi hukum, dan kedaulatan rakyat adalah sumbersumber yang “berasal bersama”, yang mewakili berbagai aspek dari proses historis yang sama dalam pembentukan dan evolusi hukum modern. Lebih jauh, hak-hak dasar adalah kondisi fungsional yang diperlukan untuk konstitusi sebuah “undang-undang”, yang mensyaratkan jaminan otonomi publik dan privat. Bagi Habermas, tidak ada hukum, bisa dikatakan, tanpa hak.

Ketiga, hak-hak dasar mengekspresikan pemanfaatan, melalui “genesis logis hak-hak”, prinsip normatif umum teori wacana “Prinsip D” dalam ranah politikhukum. Namun, Habermas menunjukkan bahwa hak-hak individu membutuhkan kekuatan negara agar menjadi efektif dan, di sisi lain, kekuatan negara membutuhkan hukum baik untuk menjalankan fungsinya maupun untuk memastikan legitimasinya. Melalui hukum, kekuatan negara yang terorganisir muncul dan dapat mencapai tujuan kolektif. Namun, hanya melalui negara, hukum dapat menjalankan “fungsinya untuk menstabilkan harapan perilaku”. Gagasan tentang pertukaran timbal balik ini diungkapkan oleh gagasan tentang “aturan hukum”.

Oleh karena itu, hubungan antara dasar hak-hak individu dan supremasi hukum tampak sangat erat dalam pandangan Habermas (bahkan mungkin terlalu erat). Teorinya tentang “supremasi hukum” tampaknya, pada kenyataannya, terkait erat dengan “pembenaran wacana” hak-hak dasar yang didasarkan pada teori wacana. Habermas tidak berbicara tentang hak asasi manusia yang alami; hak-hak dasar tidak lagi mengekspresikan rasionalitas “monologis” Cartesian: hak-hak tersebut, sebaliknya, merupakan prasyarat dan hasil penerapan rasionalitas prosedural dialogis pada ranah politikhukum. Meskipun demikian, hak-hak tersebut membentuk data normatif yang secara logis dan aksiologis mendahului institusi negara dan mengekspresikan suatu bentuk rasionalitas (dalam hal ini, komunikatif).

Dalam pengertian ini, dapat dilihat bahwa “pembenaran wacana” Habermas mewakili reformulasi “pascametafisik” dari pendekatan rasionalis terhadap hak-hak individu yang merupakan ciri khas teori hukum alam modern. Namun, seperti yang telah kita lihat, adalah mungkin untuk menemukan dalam pengalaman politikhukum awalmodern konsepsi hak yang lain, alternatif bagi rasionalisme hukum dan berkaitan dengan "sentimen" untuk menegaskan martabat seseorang dan menolak dominasi yang sewenang-wenang. Saya mengajukan hipotesis bahwa konsepsi alternatif ini menawarkan kontribusi yang signifikan terhadap perdebatan kontemporer tentang hak-hak dasar.

Bertentangan dengan gagasan, yang tersebar luas dalam positivisme hukum tradisional, bahwa bahasa hak sepenuhnya dapat diterjemahkan ke dalam bahasa tugas, telah dikemukakan bahwa ada surplus semantik yang tidak dapat direduksi dari hak atas tugas.49 Untuk mengkarakterisasi dan menafsirkan kelebihan tersebut, Joel Feinberg telah merujuk pada "aktivitas mengklaim". Idenya adalah bahwa makna khusus hak berasal dari tindakan mengklaimnya, dalam arti bahwa memiliki hak memungkinkan kita "untuk berdiri seperti laki-laki, untuk menatap mata orang lain, dan untuk merasa dalam beberapa cara mendasar setara dengan orang lain".

Menurut Feinberg, unsur "mengklaim", yang terhubung dengan konsep martabat manusia, karenanya merupakan karakteristik hak. Tetapi pada saat yang sama, harus ditunjukkan bahwa asal mula hak dan perkembangannya berkaitan dengan klaim dan konflik. Dalam teori konstitusional Frank Michelman, yang diilhami oleh republikanisme awalmodern, hak dipahami sebagai "hubungan dan praktik sosial" muncul dari, dan didasarkan pada, proses pengembangan dan transformasi prinsip-prinsip hukum: proses yang disebut Michelman sebagai "yurisgenesis politik".

Oleh karena itu, hak-hak dasar merupakan prasyarat kewarganegaraan dipahami sebagai keanggotaan aktif dalam komunitas politik dan hukum dan merupakan produknya di sisi lain. Pertimbanganpertimbangan ini dapat dikaitkan dengan tesis yang dikemukakan oleh Norberto Bobbio dan diangkat oleh Luigi Ferrajoli, tentang asalusul hak dari konflik sosial dan tuntutan politik.

Teori Habermas memiliki kelebihan karena menganggap "aturan hukum" pada dasarnya sebagai "aturan hak". Namun, potensi pendekatan ini tampaknya dibatasi oleh asalusulnya dalam rasionalisme hukum. Hak-hak dasar tetap merupakan produk akal budi, bahkan jika itu adalah akal budi komunikatif, dan membawa kita kembali ke ranah abstrak apriori, kembali ke apa yang dianggap Habermas sebagai premis kuasitransendental komunikasi.

Gagasan tentang "aturan hak" sebaliknya dapat digunakan dalam terang gagasan hak-hak individu yang aktivis dan berbasis konflik yang telah saya sebutkan: hak dapat dilihat sebagai hasil dari tuntutan, perjuangan, mobilisasi terhadap situasi penindasan dan penderitaan, dan sebagai ekspresi perasaan penegasan diri dan martabat manusia, lebih dari sekadar ekspresi prinsip-prinsip rasionalitas. Dengan cara ini tampaknya mungkin untuk memanfaatkan sepenuhnya elemen yang Bobbio sendiri sajikan sebagai salah satu aspek paling signifikan dari keberhasilan modern bahasa hak: semacam perubahan Gestalt, asumsi

perspektif ex parte populi sebagai pengganti perspektif ex parte principis tradisional yang diungkapkan dalam bahasa tugas.

Di sisi lain, jika kita juga mengambil konsepsi hak "penegakan konstitusi" dari tradisi republik, elemen penting lainnya ikut berperan. Dari perspektif teori hukum rasional modern, hak ekspresi "sifat manusia" merupakan "properti" individu. Akibatnya, individu juga dapat melepaskannya, mengasingkannya, atau mentransfernya ke negara. Di sini muncul sebuah paradoks yang tersirat dalam gagasan hukum alam tentang hak-hak alami, yang terbukti, misalnya, dalam teori kontrak Hobbes dan Rousseau. Di sisi lain, dalam pandangan republik, pelaksanaan hak secara aktif dimaksudkan untuk memaksa negara bertindak dalam struktur konstitusional.

Oleh karena itu, terdapat pertukaran dialektika antara aktivisme individu dan kelompok serta transformasi kerangka konstitusional. Aturan hukum merupakan syarat mutlak bagi aktivitas menuntut, dan aktivitas menuntut itulah yang menjadikan aturan hukum efektif. Di sisi lain, fakta bahwa menuntut terjadi “di bawah aturan hukum”, dalam batasan yang ditetapkan secara hukum meskipun masih berkembang, merupakan salah satu syarat agar konflik sosial tidak merosot atau menjadi entropis dan destruktif. Dalam pengertian ini, aturan hukum dapat dipahami tidak hanya sebagai “aturan hak” tetapi juga, secara lebih khusus, sebagai kerangka kelembagaan dan prasyarat normatif bagi “perjuangan untuk hak”.

Aturan hukum dan negara kesejahteraan

Salah satu tema yang paling sering muncul dalam perdebatan abad kedua puluh adalah tentang kesesuaian aturan hukum dengan negara kesejahteraan. Selama tahun 1900an, dua model saling berhadapan: satu yang dapat didefinisikan sebagai model "minimalis" liberal dan yang lainnya, model negara sosialdemokrat/kesejahteraan. Kritik neoliberal menempatkan seluruh lingkup hak sosial (dan mungkin bahkan hak politik yang menjadi ciri khas demokrasi perwakilan) di luar ambang batas penerimaan yang sesuai dengan aturan hukum. Model tradisional negara kesejahteraan juga telah dikritik baik karena kegagalannya maupun terkait dengan perlunya memperluas katalog hak ke arah hak generasi "ketiga" dan "keempat" (budaya, ekologi, biologis).

Barubaru ini ada upaya untuk menanggapi kritik neoliberal tanpa mendukung model kesejahteraan tradisional. Salah satu strategi teoritis yang diusulkan adalah menempatkan berbagai generasi hak dalam satu garis yang terus berkembang. Dalam perspektif ini, munculnya demokrasi dan negara kesejahteraan tidak berarti pengenalan prinsip-prinsip baru, seperti keadilan sosial atau tanggung jawab kolektif, yang berpotensi bertentangan dengan prinsip otonomi liberal tradisional. Secara khusus, Habermas telah mencoba memperluas "asal usul hak"nya melampaui hak-hak sosial tradisional, untuk mencakup hak-hak generasi "ketiga" dan "keempat". Bagi Habermas, hak-hak politik dan sosial tidak membatasi otonomi, tetapi sebaliknya menjamin "penegakan kebebasan individu yang setara untuk semua".

Konsepsi hak-hak sosial sebagai evolusi linier dari hak-hak sipil dan politik telah dikritik dari berbagai perspektif. Baik kritikus "di sayap kiri" maupun teoretisi pendekatan "hukum dan ekonomi" telah menyatakan bahwa ada perbedaan mencolok antara hak-hak sipil dan politik di satu sisi, dan hak-hak sosial di sisi lain: yang terakhir memerlukan tindakan negara secara

langsung untuk menyediakan layanan dan manfaat dan biayanya menjadikannya lebih merupakan "peluang bersyarat" daripada hak-hak yang sebenarnya, yang dapat ditegakkan melalui tindakan hukum. Terhadap hal ini telah ditentang, menurut pendapat saya, bahwa setiap jenis hak memiliki biaya.

Tetapi sulit untuk menyangkal bahwa kritik neoliberal setidaknya mengandung sebutir kebenaran, tidak hanya karena perluasan layanan kesejahteraan menjadikan negara sebagai realitas yang kuat dan meresap, yang membatasi ruang kebebasan "negatif"; dan tidak hanya karena kebijakan kesejahteraan terutama di Italia hanya menunjukkan kapasitas yang terbatas untuk mencapai tujuan redistribusi dan kesetaraan substansial. Bahkan model negara kesejahteraan yang paling efektif telah membuat stereotip kebutuhan sosial dan telah memaksakan model sosial tertentu (berpusat pada keluarga, bias gender, etnosentris).

Di sisi lain, selama beberapa tahun terakhir tidak hanya ada lebih banyak konsensus tentang bahasa hak tetapi juga semacam inflasi hak dan terutama pemegang hak (dari hewan nonmanusia, atau bahkan sayuran dan mineral, hingga praembrio). Telah muncul pembicaraan tentang “hak yang keliru”, yang menyatakan bahwa konsep hukum lain dan figur deontologis (dari tanggung jawab hingga kepedulian) lebih cocok daripada hak individu untuk mengatur bidang tertentu;60 dan efek buruk telah terlihat (proliferasi pemegang hak dapat berakhir dengan membatasi hak individu yang dipahami secara tradisional).

Salah satu solusi yang mungkin untuk masalah-masalah ini yang secara tidak langsung terinspirasi oleh tradisi republik menganggap hak-hak politik sebagai hak-hak yang “reflektif” sebagai prioritas: sementara hak-hak sipil dan sosial dapat diberikan secara paternalistik, hak-hak politik mengandung kapasitas untuk klaimklaim independen dan merupakan prasyarat untuk memperoleh hak-hak lainnya. Axel Honneth menggunakan konsep “perjuangan untuk pengakuan” untuk mempertahankan bahwa definisi kebutuhan dan kelompok-kelompok yang harus dilindungi tidak dapat datang “dari atas” tetapi harus datang dari pihakpihak yang berkepentingan.

Isu-isu jenis ini, bersama dengan elaborasi analogis dari inspirasi feminis, telah diangkat oleh Habermas sendiri. Namun, masih dipertanyakan apakah “genesis logis” Habermas adalah kerangka teoritis terbaik untuk posisiposisi ini; mereka tampak lebih kongruen dengan konsepsi hak-hak yang berbasis konflik. Jika hak-hak dipahami sebagai ekspresi dan formalisasi hukum dari klaim, tidak hanya hak-hak politik (tidak terbatas pada pemilih aktif dan pasif) menjadi lebih berharga tetapi juga dalam bentuk yang berbeda hak-hak sipil dan sosial.

Mengakui bahwa hak tidak pernah sepenuhnya terjamin, bahwa hak memerlukan mobilisasi konstan agar efektif, dan bahwa hak tidak didasarkan pada landasan absolut atau perspektif universalistik sama saja dengan mengakui bahwa tidak ada garis pemisah yang jelas antara hak generasi pertama dan hak sosial. Efektivitas setiap kategori hak memerlukan investasi tidak hanya dalam hal ekonomi tetapi juga sumber daya komunikasi, dan mobilisasi pihakpihak yang berkepentingan. Dan hak sosial sendiri merupakan prasyarat agar aktivitas klaim dapat dilakukan secara efektif.

Oleh karena itu, rujukan eksplisit pada tradisi republikanisme yang berbasis konflik memungkinkan kita untuk lebih baik mendefinisikan kritik terhadap gagasan paternalistik

tentang hak dan supremasi hukum; rujukan ini juga memungkinkan kita untuk melihat hak-hak klasik kebebasan dalam sudut pandang yang berbeda. Kita dapat menafsirkan ulang pengertian di mana hal ini melindungi otonomi pribadi dengan memahaminya sebagai cadangan identitas dan sumber daya moral, elemen kunci untuk "memasuki" ruang publik dan memajukan klaim seseorang. Di sini, kita juga dapat menghubungkannya dengan teori "republik" Michelman: tidak hanya diskriminasi rasial tetapi juga diskriminasi berdasarkan gender atau orientasi seksual menghambat kemungkinan memasuki arena masyarakat sipil dan mengklaim hak-hak seseorang.

Dalam mengomentari kasus terkenal Bowers v. Hardwick, Michelman menunjukkan bahwa hukum terhadap "sodomi" tidak hanya melanggar ruang intim yang tidak berwujud dari setiap individu tetapi juga menghambat kehadiran kaum homoseksual di ruang publik. Hak yang biasanya “liberal” seperti hak privasi dengan demikian terhubung dengan prinsip kewarganegaraan aktif, dalam sebuah proses “fertilisasi silang”. Di sisi lain, dalam perspektif ini hak-hak politik dan sosial pada gilirannya merupakan syarat untuk menegakkan hak-hak kebebasan.

Jika hak-hak bukanlah kemampuan “alami” individu yang harus dilaksanakan “melawan” negara, tetapi lebih merupakan instrumen untuk klaim yang berhasil dalam kerangka konstitusional, maka tindakan negara untuk membuatnya efektif bukanlah sesuatu yang tambahan atau sekunder. Katalog hak-hak dalam hal apa pun akan terbuka untuk klaimklaim berturutturut, sehingga memperluas jangkauan hak-hak.

Tetapi ini tidak serta merta membuka jalan bagi inflasi hak-hak yang berlebihan: konsepsi hak-hak yang aktivis dan berbasis konflik menyiratkan penilaian terhadap apa yang membedakan bahasa hak-hak dari kodekode normatif lainnya (dan karena itu juga menyiratkan pengakuan bahwa dalam situasisituasi tertentu kodekode normatif lainnya lebih memadai) dan mengecualikan penggandaan pemegang hak yang tidak terbatas. Lebih jauh, jika para penggugat yang mengidentifikasi alasan kesulitan dan penderitaan mereka, yang mengartikulasikan kebutuhan dan harapan mereka, mendefinisikan dan mendefinisikan ulang diri mereka sendiri dalam proses tersebut, maka efek stereotip dan klasifikasi sewenang-wenang yang menjadi ciri khas model negara kesejahteraan paternalistik dapat dihindari.

11.3 ATURAN HUKUM DAN DEMOKRASI

Dalam sebuah esai penting, Michelman membahas masalah hubungan antara aturan hukum dan demokrasi dari perspektif "republik". Ia menunjukkan bahwa gagasan tentang pemerintahan sendiri dan aturan hukum merupakan prinsip konstitusionalisme yang tidak dapat disangkal; oleh karena itu, keduanya harus hidup berdampingan dalam beberapa cara, betapapun bermasalahnya hubungan mereka. Solusi yang diusulkan Michelman mengisyaratkan semacam konvergensi antara proses pembentukan diri rakyat, "diri" yang memerintah diri sendiri, dan proses pembuatan undang-undang: cara di mana rakyat yang diberkahi dengan kedaulatan membentuk dirinya sendiri dalam beberapa cara diatur oleh hukum. Ini adalah pertanyaan tentang proses “yurisgeneratif”64 yang telah disebutkan.

Wawasan ini dapat dikembangkan lebih lanjut. Masalah hubungan antara supremasi

hukum dan demokrasi tidak dapat tidak melibatkan pertanyaan tentang makna demokrasi dalam masyarakat kontemporer. Seperti diketahui, teori klasik demokrasi sebagai “pemerintahan oleh rakyat”, ekspresi kehendak dan kedaulatan rakyat, telah ditentang oleh kritik elitis para pendiri ilmu politik. Selama abad kedua puluh tantangan ini dijawab, di satu sisi, oleh para ahli teori “elitisme demokrasi”, dari Weber hingga Schumpeter, Dahl, dan Sartori, dan di sisi lain oleh teori-teori “partisipatif” yang radikal.65 Yang terakhir ini semakin sulit untuk diusulkan dalam masyarakat yang kompleks tetapi asumsi teori prosedural demokrasi juga telah ditantang atas dasar “janjijanji yang diingkari”, “risiko evolusi”, dan efek yang tidak terduga.66 Kita menyaksikan pengurangan progresif dalam klaim teori demokrasi, dan terutama pada menjauhnya dari nilai-nilai etikapolitik yang mendasari gagasan klasik “pemerintahan oleh rakyat”.

Akan tetapi, alternatif teoritis mungkin saja ada. Dalam perdebatan kontemporer, terdapat banyak versi berbeda dari “demokrasi deliberatif” yang mengkritik pendekatan ekonomi ilmu politik abad kedua puluh dan akibatnya mereduksi politik menjadi sekadar benturan kepentingan. Proses demokrasi dipandang sebagai ruang publik tempat prinsip dan nilai diperbandingkan dan isu moral didiskusikan. Kontribusi Habermas, yang mengusulkan “proseduralisasi” prinsip kedaulatan rakyat, dikaitkan dengan konsepsi tersebut: demokrasi diidentifikasikan dengan keterbukaan dan “permeabilitas” lembaga terhadap proses komunikatif masyarakat sipil.

Dengan mengacu pada tradisi republik, dan khususnya pada gagasan kebebasan sebagai nondominasi, Philipp Pettit mengembangkan gagasan demokrasi sebagai “kontestabilitas”. Akan tetapi, sekali lagi, Habermas membawa kita kembali ke surga abstraksi normatif: “prinsip demokrasi” yang menetapkan kedaulatan rakyat dan hak asasi manusia hanyalah penerjemahan dari “prinsip D” umum ke dalam ranah politikhukum. Dalam mengembangkan gagasannya tentang negara konstitusional, Habermas mengajukan "model pengepungan" yang menarik, yang menekankan aktivisme sosial dan proses komunikatif kewarganegaraan; tetapi dalam karya utamanya, ia memberi tempat utama pada pertanyaan tentang "permeabilitas" lembaga dan kesesuaian badan legislatif dengan model deliberatif.69

Secara analogis, Pettit mengangkat isu tentang bagaimana lembaga dapat memungkinkan kontestasi, dan menanggapinya dengan merujuk secara tepat pada gagasan "deliberatif" tentang demokrasi, pada perspektif kesepakatan, pada cita-cita "republik akal", pada prinsip audi alteram partem, hingga pada titik yang menghubungkan nilai dan legitimasi hanya pada apa yang ia definisikan sebagai "mendebatkan kontestasi". Gagasan tentang kontestabilitas tampaknya menyusut menjadi semacam disiplin diri di pihak kontestan, sementara penerimaan lembaga, yang menunjukkan sifat paternalistik, muncul ke permukaan. Bagi kedua penulis, mesin proses tersebut tampaknya lebih berlandaskan pada keterbukaan lembaga daripada aktivisme warga negara.

Beberapa gagasan Habermas dan Pettit mungkin dapat dikembangkan dari perspektif pandangan berbasis konflik tentang supremasi hukum menjadi alternatif bagi teori demokrasi "klasik" yang tidak secara progresif menjauh dari janji dan premis normatifnya. Dengan kata lain, alternatif bagi elitisme demokrasi atau poliarki bukanlah usulan ulang partisipasi rakyat

di semua tingkat pengambilan keputusan, tetapi model yang membuat lembaga tetap terbuka terhadap masukan yang datang dari lembaga-lembaga masyarakat.

Dalam hal ini, supremasi hukum menjadi jaminan "permeabilitas" dan keterbukaan dalam lembaga. Derajat demokrasi tidak diidentifikasikan dengan jumlah keputusan yang secara formal diserahkan kepada aturan mayoritas dalam majelis-majelis terpilih, tetapi melibatkan sejumlah faktor termasuk ruang publik yang aktif, serta perlindungan hukum yang efektif atas kebebasan berekspresi dalam ruang ini.

Dalam terang perkembangan teori demokrasi terkini, masalah hubungan antara konstitusionalisme, supremasi hukum, dan demokrasi dalam satu sisi diremehkan sementara di sisi lain perlu diradikalisasi. Di satu sisi, kontrasnya bukan antara prinsip murni dan absolut: jika kita mengakui bahwa kedaulatan rakyat seperti yang dituntut oleh teori klasik tidak dapat dicapai, lebih mudah untuk menerima gagasan bahwa ada prinsip hukum yang mendukung supremasi hukum dan membatasi prinsip pemerintahan mayoritas. Di sisi lain, perspektif historis menunjukkan bagaimana tanpa supremasi hukum dan jaminan hak-hak dasar, demokrasi berubah menjadi ilusi otoriter. Jika hak-hak dipahami sebagai prinsip-prinsip yang tidak pernah sepenuhnya dijamin dan karenanya memerlukan mobilisasi aktif, menjadi jelas bahwa, tanpa bentuk-bentuk aktivisme demokratis, tanpa contoh perlawanan yang efektif terhadap dominasi, supremasi hukum itu sendiri dapat memburuk.

Kekuasaan hakim

Yang terkait erat dengan pertanyaan tentang hubungan antara supremasi hukum dan demokrasi adalah perdebatan tentang peran peradilan dan, khususnya, peradilan konstitusional, dalam sistem hukum dengan bentuk-bentuk peninjauan kembali undang-undang oleh pengadilan, khususnya pengadilan konstitusi Jerman dan Amerika Serikat. “Paternalisme peradilan” telah dicurigai baik dalam dokumendokumen Bundesverfassungsgericht maupun dalam posisiposisi para ahli teori konstitusi Amerika; penawar yang diusulkan untuk ini adalah gagasan deontologis yang ketat tentang hak-hak dasar, à la Dworkin.

Dalam perdebatan politikhukum Amerika beberapa dekade terakhir, gagasan bahwa Hakim Agung harus menjadi “konstruktivis yang ketat” umumnya dikaitkan dengan posisi konservatif. Bruce Ackerman, di sisi lain, melihat Pengadilan sebagai lawan bicara yang diistimewakan bagi “Kami Rakyat”: dalam fasefase “revolusioner” pembuatan hukum yang lebih tinggi, rakyat melanjutkan kekuasaan konstituennya, sambil mengandalkan Pekerjaan Pengadilan pada masa pembuatan hukum biasa. Teori Michelman tampak lebih menarik: proses "yurisgeneratif" tidak hanya berkembang dalam kasus-kasus luar biasa, dan pelaku dalam proses itu tidak mesti orang-orang yang bertindak sebagai satu kesatuan. Yang khususnya instruktif dalam hal ini adalah sejarah keputusan-keputusan yang menentang diskriminasi rasial.

Pada awalnya, orang AfrikaAmerika membentuk kelompok sosial marjinal dalam proses mendefinisikan ulang identitas dirinya. Karena proses ini mengarah pada munculnya rasa identitas orang AfrikaAmerika yang lebih kuat meskipun ada dan masih ada perbedaan pendapat yang tajam di antara orang AfrikaAmerika sendiri tentang apa artinya ini – orang

AfrikaAmerika tidak hanya mulai menantang "kewarganegaraan parsial seperti yang diberikan dan diizinkan oleh Konstitusi" tetapi juga mengklaim dan memanfaatkan "kewarganegaraan parsial" itu. Peradilan, dalam proses ini, "mengambil kemungkinankemungkinan interpretatif yang membantu menciptakan aktivitas penantang itu sendiri".

Michelman mempertimbangkan masalah inovasi konstitusional dan peninjauan kembali undang-undang dengan tujuan untuk menghindari baik atribusi kemahakuasaan kepada legislator biasa maupun pengajuan kembali visi statis dan konservatif tentang peran pengadilan konstitusional, yang dapat dilihat baik dalam pencabutan undang-undang yang memperkenalkan perlindungan sosial yang merupakan ciri khas era Mahkamah Agung Lochner maupun dalam teori, yang diajukan kembali dalam Bowers v. Hardwick, bahwa majelis legislatif memiliki hak untuk membuat undang-undang dalam hal moralitas kolektif. Pandangan ini menganggap sebagai sesuatu yang prapolitik dan prahukum yang sebenarnya merupakan produk dari kebijakan, kegiatan sosial, dan keputusan hukum tertentu. Hal ini akhirnya mendukung praktik-praktik marginalisasi.

Di sisi lain, apa yang Cass Sunstein definisikan sebagai “konsepsi republik liberal” tentang peradilan konstitusional mendukung klaim kelompok yang kurang beruntung dan terpinggirkan secara sosial. Dalam dialektika antara proses komunikasi masyarakat dan pembuatan hukum, peradilan memainkan peran aktif. Namun, kedua posisi tersebut menghindari jatuh kembali ke dalam konsepsi “paternalistik” tentang peran hakim konstitusi. Jelas bahwa mereka dapat menjadi inovatif hanya sejauh mereka adalah mitra dari individu, proses, dan gerakan yang ada dalam masyarakat.

Dengan cara ini, adalah mungkin untuk menentang kecenderungan, yang tersebar luas dalam politik kontemporer dan perdebatan teoritis, untuk mendelegasikan penyelesaian masalah vital yang tidak dapat ditangani oleh sistem politik kepada “ahli hukum” dan “pemerintahan oleh hakim”. Konsepsi berbasis konflik tentang aturan hukum akan bertentangan dengan pendekatan konservatif yang membatasi fungsi peradilan pada perlindungan pengaturan sosial dan politik yang ada. Di sisi lain, dalam masyarakat modern yang kompleks, peningkatan cakupan hukum yang dibuat oleh hakim mungkin tidak dapat dihindari.

Akan tetapi, jelaslah bahwa ada perbedaan apakah hakim dan khususnya, hakim pengadilan konstitusi memainkan peran konservatif sebagai konstruktivis ketat, atau menganggap diri mereka memiliki peran otoritatif sebagai perwakilan langsung dari “Kami Rakyat” atau sebagai nabi etos kolektif, atau, akhirnya, jika mereka mengajukan diri sebagai mitra individu dan kelompok yang terlibat dalam “perjuangan untuk hak”.

Jika sistem ketatanegaraan dipahami sebagai entitas yang terus berkembang terkait dengan tuntutan warga negara, dengan transformasi etos pluralisme budayamoral, dengan konflik nilai, dan dengan proses mendefinisikan dan mendefinisikan ulang prinsip dan individu peradilan konstitusional dapat dihubungkan secara bermakna dengan proses “yurisgeneratif”. Peradilan berdasarkan interpretasi dan reinterpretasi prinsip-prinsip konstitusional dapat mendesak atau mengantisipasi tindakan legislatif mayoritas parlemen tetapi tidak dapat menggantikan agen individu dan kolektif.

Dalam pengertian ini, pengadilan konstitusi dapat memainkan peran yang “progresif” dan melakukan reformasi; tetapi gagasan ini juga sesuai dengan pembelaan pengadilan dengan cara yang agak “konservatif” terhadap hak-hak konstitusional kelompok minoritas. Dengan demikian, lembaga peradilan mewakili prinsip antimayoritas tetapi tidak antidemokrasi. Lembaga ini merupakan salah satu lembaga bersama dengan badan legislatif, eksekutif, pemerintah daerah yang berpartisipasi dalam interaksi antara tuntutan “dari bawah” dan pengembangan normatif melalui instrumen sistem hukum.

Hukum yang mana?

Seperti yang telah kita lihat, masalah krisis supremasi hukum menyangkut konsepsi hukum itu sendiri. Albert Venn Dicey menunjukkan pertentangan antara hukum administrasi dan supremasi hukum, dan Friedrich von Hayek menganggap prevalensi kontemporer "perundang-undangan" atas hukum tidak dapat diselaraskan dengan supremasi hukum. Bruno Leoni bahkan menganggap hanya hukum yang dibuat hakim dengan pembentukan "spontan" yang sesuai dengan supremasi hukum: pemaksimalan kebebasan diidentikkan dengan peminimalan ruang lingkup perundang-undangan dan keputusan mayoritas yang diungkapkan oleh "perwakilan" rakyat.

Kemunculan dan perkembangan negara kesejahteraan tampaknya mendukung posisi jenis ini. Sistem hukum diubah secara signifikan oleh pengenalan langkah-langkah redistribusi tertentu. Penerapan hukum yang dalam praktiknya merupakan langkah-langkah administratif dan, secara lebih umum, kecenderungan terhadap inflasi legislatif, semakin menjauh dari model "hukum" sebagai norma umum dan abstrak yang menjadi acuan ideal kepastian hukum.

Menurut Dieter Grimm, misalnya, pengenalan nilai-nilai substantif ke dalam Konstitusi dan tujuan sosial negara mengekspresikan model politik yang sangat berbeda dari Rechtsstaat tahun 1800an, yang tidak mencakup kriteria keadilan substantif apa pun. Bagi Grimm, semua ini menimbulkan krisis supremasi hukum. Kurangnya sarana yang imperatif dan norma-norma yang dapat ditegakkan mempertanyakan kekuatan hukum sebagai batasan hukum kekuasaan, dan mengikis perbedaan klasik antara "negara" dan "masyarakat sipil".

Menghadapi skenario ini, satu aliran teori politik kontemporer beralih ke hipotesis "anarkiskapitalis" tentang penanggulangan negara di pasar global. Sekalipun posisi ini dianggap regresif dan utopis, masalah-masalah yang diciptakan oleh transformasi media hukum tetap ada. Transformasi ini tidak dapat dihindari: hukum klasik abad kesembilan belas tidak memiliki "keragaman yang diperlukan" untuk pengaturan hukum "masyarakat berisiko" modern yang kompleks dan beragam, yang dipengaruhi oleh proses globalisasi.

Hal ini juga berlaku untuk hukum yang dibuat oleh hakim secara “spontan”, yang sangat konservatif, dan hanya memadai untuk masyarakat tradisional yang sangat lambat dalam berkembang. Dalam menghadapi globalisasi ekonomi dan keuangan, hukum semacam ini tampaknya secara pasif mendukung proses sosial yang ada daripada memungkinkan pengendalian dan pengaturannya.

Masalah-masalah ini dapat dipertimbangkan kembali berdasarkan model berbasis konflik. Tidak diragukan lagi bahwa, dalam masyarakat kontemporer, pendefinisian ulang peran hukum undang-undang dan hukum yang dibuat oleh hakim tidak dapat dihindari dan

merupakan peluang yang dapat kita manfaatkan. Teori-teori yang mendukung undang-undang yang “ringan”, undang-undang yang mendefinisikan kerangka kerja untuk keputusan dan peradilan administratif, hukum yang “lunak” dan hukum yang “fleksibel” sudah dikenal luas.81 Dari perspektif ini, hukum terutama muncul sebagai kerangka kerja bagi para pelaku sosial untuk mengekspresikan diri mereka, untuk mengejar tujuan mereka sendiri, dan untuk menegaskan nilai-nilai mereka sendiri, yang memungkinkan koeksistensi mereka sejauh mereka berlabuh pada beberapa prinsip dasar dalam kerangka kerja pluralistik yang tidak dapat direduksi. Akan tetapi, kita harus bertanya siapa saja aktornya dan proses sosial apa yang relevan. Pendekatan yang berorientasi pada konflik terhadap supremasi hukum jelas menjauhkan diri dari "statisme" dan "sentralisasi", dari gagasan bahwa peningkatan jaminan publik bertepatan dengan perluasan kendali negara atas kehidupan warga negara. Dalam kerangka legislatif yang didefinisikan berdasarkan norma konstitusional dan tuntutan sosial, langkah-langkah publik merupakan ekspresi praktik sosial dan tuntutan dari bawah. Dari perspektif ini, tidak ada ruang bagi pertentangan akademis Leoni antara produksi hukum "spontan" oleh masyarakat sipil dan legislasi, yang dipandang sebagai otoriter per se. Kita harus bertanya spontanitas (relatif) apa yang dimaksud.

Leoni membandingkan gagasan tentang “kepastian hukum” dalam arti “ketepatan”, yang berasal dari demokrasi Yunani dan kemudian memengaruhi pengalaman hukum kontinental modern, dengan gagasan tentang “kepastian” yang dikembangkan dari hukum Romawi dan kemudian diadopsi oleh hukum umum. Dalam kasus pertama, “aturan hukum” mengacu pada keberadaan hukum tertulis “tertentu”. Namun, hukum tersebut dapat berubah dalam semalam melalui keputusan mayoritas.

Dalam kasus kedua, hukum tidak dilihat sebagai pekerjaan sewenang-wenang para legislator, tetapi sebagai hasil dari elaborasi spontan oleh para aktor sosial. Ini adalah masalah “memastikan” daripada membuat hukum; dan justru fungsi inilah yang dilakukan, masing-masing, oleh para ahli hukum Romawi dan hakim Inggris. Dalam konteks ini, “kepastian hukum” berarti tidak adanya perubahan yang tibatiba dan tidak terduga. Oleh karena itu, menurut Leoni, warga negara Romawi dan rakyat Inggris menikmati kebebasan yang serupa dengan kebebasan pengusaha di pasar bebas yang diatur oleh aturan yang stabil.82

Untuk mendukung teorinya, Leoni mengutip kesaksian Cato Sang Sensor, yang membandingkan sistem politik Yunani, yang diciptakan oleh legislator khusus, dengan Republik Romawi, yang terbentuk selama berabad-abad, yang mengambil manfaat dari pengalaman banyak generasi.83 Machiavelli juga menunjukkan bahwa sistem hukum Romawi bukanlah hasil kerja seorang pembuat undang-undang tunggal, tetapi muncul melalui reaksi spontan terhadap peristiwa yang tidak terduga.84

Namun, bentuk spontanitas yang dirujuk Machiavelli berasal dari penjajaran dua "humor"; "orang-orang hebat" yang mencari kekuasaan eksklusif dan "rakyat" yang membela kebebasan. Pertentangan inilah yang menghasilkan "hukum dan lembaga yang mendukung kebebasan publik": bukan melalui hubungan pasar, tetapi melalui konflik politik dan sosial.

Aturan hukum dan dialog antarbudaya

Di era globalisasi muncul masalah lebih lanjut: model aturan hukum mana yang paling

cocok untuk dialog antarbudaya dan argumen mana yang paling mudah diterima oleh budaya yang paling jauh dari tradisi politik dan hukum Barat?

Dapat dikatakan bahwa "ringannya" lebih mendukung ekspor: "aturan hukum minimal", yang direduksi menjadi esensi kesetaraan formal dan perlindungan hak-hak sipil, dapat disajikan sebagai kandidat yang paling menjanjikan untuk dialog antarbudaya; aturan hukum yang direduksi menjadi esensinya dapat lebih mudah menjadi fokus dari suatu bentuk "konsensus yang tumpang tindih". Namun, orang mungkin bertanya apakah hak-hak kebebasan tradisional, yang berakar pada individualisme Barat, bukanlah bagian yang paling sulit untuk "diterjemahkan".

Melihat dokumendokumen seperti Piagam Afrika tentang Hak Asasi Manusia dan Hak-hak Rakyat atau Deklarasi Islam Universal dapat berguna dalam pengertian ini: jarak dari individualisme tradisi liberal Barat terlihat jelas dan, sebaliknya, hak-hak sosial dan apa yang disebut "hak-hak kolektif" ditekankan. Selain itu, sulit untuk membayangkan bahwa bagi masyarakat yang lebih miskin, model aturan hukum tanpa layanan sosial akan sangat menarik. Tampaknya lebih mungkin bahwa daya tarik sistem sosialpolitik dan model hukum Barat ada hubungannya – selain jaminan kebebasan individu – dengan bentuk-bentuk perlindungan yang dicapai secara historis terhadap individu yang lebih lemah.

Beberapa penulis kontemporer mencoba menyelesaikan masalah pada tingkat landasan teoritis. Bahasa hak dan model kelembagaan aturan hukum dikatakan mengekspresikan prinsip-prinsip universal dan jelas dengan sendirinya hukum moral, atau diakui dengan suara bulat dalam “posisi asli” global hipotetis, atau terbukti pada saat yang sama menjadi premis yang diperlukan dari kode hukum fungsional, ekspresi perolehan evolusioner modernitas hukum, dan hasil dari kesepakatan rasional dalam kondisi wacana yang ideal.88 Akan tetapi, dapat dipertahankan bahwa semua upaya untuk mendapatkan landasan universal ini sebenarnya merujuk pada konteks sejarah, sosial, dan budaya yang terdefinisi dengan baik.

Yang juga dikritik dengan tepat adalah gagasan untuk mendirikan aturan hukum dalam perspektif deontologis sepihak, yang diekspresikan dalam konsepsi hak sebagai sesuatu yang tidak dapat diubah dan tidak dapat diganggu gugat, seperti dalam gagasan Dworkin tentang “hak sebagai kartu truf”: secara masuk akal diklaim bahwa konsepsi hak ini membuat penerimaan politik dan sosialnya menjadi bermasalah, terutama dalam budaya Timur dan Negara-negara miskin.

Di sisi lain, beberapa penulis yang secara ketat menangani masalah dialog antarbudaya tampaknya mengikuti jalan yang sama sulitnya ketika mereka mencari idiom normatif umum atau cakrawala keadilan yang lebih tinggi dalam hal “padanan homomorfik” atau “pertukaran transendental” untuk “menerjemahkan” bahasa Barat tentang hak-hak individu dan supremasi hukum, serta idiom normatif lainnya.

Dalam hal ini juga, pendekatan berbasis konflik terhadap supremasi hukum dapat menjadi sudut pandang yang berguna. Pertama, warisan republik tidak selalu merujuk pada konsepsi identitas kolektif yang eksklusif bukan “etnonasionalistik”. “Diri” pemerintahan sendiri ditetapkan dalam proses klaim dan pemberian aplikasi kelembagaan pada hasil klaim,

oleh karena itu melalui “perjuangan untuk hak”. Itu bukanlah, secara keseluruhan, ekspresi dari etos kolektif yang tertutup melainkan hasil dari praktik hukum dan politik yang dapat diubah dan dielaborasi.

Di sisi lain, klaim bahwa aturan hukum didasarkan pada prinsip-prinsip yang berlaku secara universal tidak mendukung tetapi malah menghalangi pertemuan jenis ini. Menyajikan lembaga-lembaga aturan hukum sebagai ekspresi rasionalitas yang lebih tinggi tidak mungkin menjadi cara terbaik untuk membuatnya dapat diterima oleh budaya hukum nonBarat. Mungkin yang lebih disukai adalah sikap, "etnosentris yang terus terang", yang mengekspresikan penilaian nilai yang mendukung aturan hukum tetapi juga mengakui relativitas argumen untuknya. Dalam banyak situasi, individu dan kelompok cenderung, dengan cara yang lebih atau kurang spontan, untuk tunduk, untuk menemukan kepastian dalam ketergantungan. Sebaliknya, bahasa hak mengistimewakan tindakan bangkit dan bereaksi, untuk menyatakan martabat seseorang: sebuah sentimen yang umum seperti halnya secara khusus "manusiawi".

Pemanfaatan sentimen ini dapat membuat bahasa hak menjadi menarik. Tidak diragukan lagi bahwa "aktivisme" berakar dari Barat, tetapi masuk akal untuk mempertahankan bahwa justru elemen klaim dari bahasa hak asasi manusia itulah yang juga diapresiasi dalam budaya nonBarat. Jika aturan hukum dipahami sebagai struktur kelembagaan yang menciptakan dan menstabilkan kondisi untuk mengembangkan, mengaktifkan, dan menerapkan teknik peradilan khusus yang diperlukan bagi individu dan kelompok untuk terlibat dalam "perjuangan untuk hak", aturan hukum dapat menjadi menarik bahkan di luar pengalaman budaya yang menghasilkannya.

Dalam perspektif berbasis konflik, ada kemungkinan untuk mempertimbangkan dua pertanyaan lebih lanjut mengenai dampak migrasi pada sistem hukum nasional dan masalah perlindungan individu dari kekuatan lembaga nonnegara. Dalam kerangka jaminan konstitusional atas hak-hak dasar, jawaban aturan hukum terhadap masalah yang ditimbulkan oleh imigrasi ke Negara-negara Barat harus terdiri dari, pertamatama, dalam mendukung dan melindungi secara hukum aktivitas pengajuan klaim, "perjuangan untuk hak" kelompok dan individu imigran. Di sisi lain, di era globalisasi, kekuatan lembaga nonnegara tidak diragukan lagi meningkat di tingkat nasional dan supranasional: dari perusahaan multinasional hingga lembaga teknokratis, hingga jaringan media dan telekomunikasi dan firma hukum transnasional besar yang tampaknya lolos dari regulasi hukum dan malah menghasilkan hukum "sendiri".

Model klasik aturan hukum yang dirancang untuk melindungi individu dari kekuasaan negara tampaknya tidak memadai. Dalam menghadapi hal ini juga, menghargai konflik, dan dengan demikian memberikan perlindungan hukum terhadap bentuk-bentuk perlawanan yang fleksibel terhadap kekuatan baru dan terhadap produksi kekuatan tandingan, tampaknya menjadi solusi yang masuk akal untuk masalah menemukan konsepsi yang sesuai tentang aturan hukum untuk masa depan terdekat.

BAB 12
ATURAN HUKUM EROPA DALAM PANDANGAN LEONI DAN HAYEK

Sejarah merupakan sumber yang sangat berguna bagi siapa pun yang menganggap konsepsi formalistik tentang aturan hukum tidak memadai. Mengandalkan tradisi tertentu dan memahami perkembangannya tampaknya melindungi hukum dari teori statis dan abstrak yang mencoba membentuk konten dan bentuknya sebagai suatu sistem. Siapa pun yang merasa memiliki sejarah di pihaknya akan melihat hukum alam dan formalisme hukum sebagai konsepsi sepihak.

Yang pertama menunjukkan nilai dan rujukan, yang mungkin secara teoritis sudah ketinggalan zaman dan secara praktis tidak efektif, sedangkan struktur formal yang mendasari teori yang terakhir berisiko menjadi tidak lebih dari sekadar wadah tak berdaya dari keputusan politik yang secara formal tidak dapat dikendalikan. Seorang ahli teori yang mengabaikan sejarah atau, lebih tepatnya, dengan sengaja menanggung risiko dikalahkan oleh sejarah ditakdirkan menjadi ahli teori tanpa sejarah. Namun, apakah ini benar atau tidak tergantung pada bagaimana sejarah ini diceritakan.

Terdapat banyak literatur tentang versi pemikiran neoliberal yang didasarkan pada individualisme metodologis, yang penulisnya yang paling menonjol adalah Friedrich A. von Hayek dari Austria dan Bruno Leoni dari Italia. Mengenai aturan hukum, versi ini mungkin menarik karena tampaknya memberikan pemahaman tentang hukum yang berakar sangat dalam dalam sejarah sehingga dapat berjalan tanpa latar belakang aksiologis yang sadar kritis, penjelasan formal, dan bahkan hubungan dengan lembaga yang ditentukan secara formal.

Ketika diterapkan pada hukum, gagasan mendasar individualisme metodologis adalah bahwa aturan hukum terdiri dari prinsip-prinsip yang tidak dipilih secara sadar oleh siapa pun tetapi merupakan hasil evolusi yang tidak disengaja dari tindakan individu. Hukum terbentuk seperti jalan setapak di hutan: setiap pejalan kaki mencoba melewati cabangcabang berdaun dan lintasan yang berulang menciptakan jalan setapak yang dapat diandalkan orang lain dan yang "berfungsi" jauh "lebih baik" untuk mencapai tujuan setiap orang daripada rute yang dirancang khusus.

Hukum dan sejarah tidak saling bertentangan karena norma hukum membentuk "tatanan spontan" dari keteraturan naturalistik yang dipilih oleh evolusi. Penafsiran hukum ini kata Hayek bersifat inferensial atau rekonstruktif: kita tidak benar-benar tahu bagaimana jalan tertentu terbentuk, tetapi kita dapat menyimpulkan bagaimana hal ini umumnya terjadi karena kita tahu bagaimana sesama manusia berperilaku ketika mencari jalan, dan, berdasarkan hal ini, kita idealnya mampu membangun model silsilah.

Namun, jika penjelasan ini bersifat inferensial, maka apa yang dilihat Hayek sebagai tatanan spontan dari sudut pandang pejalan kaki yang mencari jalan mungkin tampak bagi orang lain sebagai ketidakteraturan dan ketidakteraturan. Bayangkan saja pencari jamur, yang menganggap jalan yang dilaluinya tandus, atau mereka yang peduli dengan pelestarian tanah

dari erosi. Kita dapat menceritakan banyak kisah dan menyimpulkan banyak model tatanan yang berbeda, tergantung pada sudut pandang kita, yang akan menuntun kita untuk menganggap prinsip ini atau itu sebagai yang menentukan. Siapa pun yang berpikir bahwa ia memiliki "sejarah" di pihaknya, pada kenyataannya, hanya silsilah yang ia rekonstruksi dengan mengambil sudut pandang atau minat tertentu darinya yang menjadi penentu.

Metafora kemunculan jalurjalur yang “spontan” menunjukkan pertentangan antara dua gagasan hukum: baik proyek yang disengaja yang didasarkan pada lembaga-lembaga politik atau tatanan spontan di mana lembaga-lembaga politik hanya bersifat instrumental dan dapat menjadi berlebihan atau bahkan merusak. Bipartisi semacam itu menolak Rechtsstaat kontinental, negara demokrasi konstitusional, dan Sistem-sistem totaliter (terutama sosialis) demi satu bentuk aturan hukum yang “asli”, yaitu, versi Inggris, yang didasarkan pada tradisi dan hukum kasus.

Mengenai pembuatan hukum, ada aturan hukum yang tepat hanya ketika keputusan-keputusan tentang apa itu hukum pada dasarnya atau secara eksklusif dibuat oleh para hakim dan sarjana hukum dalam konteks tradisi organik, bukan oleh badan-badan legislatif. Hanya aturan hukum yang menjamin “pemerintahan hukum”: semua yang lain adalah “pemerintahan manusia”, apakah mereka, dengan acuh tak acuh, mayoritas demokratis, gubernur atau pejabat negara yang diperintah oleh hukum administratif, atau diktator totaliter. Di satu sisi, ada manusia dengan keputusan-keputusan mereka yang sewenang-wenang; di sisi lain, ada hukum dan tradisi, yang penentuannya jauh melampaui apa yang diketahui dan diinginkan individu. Hubungan antara sejarah dan hukum, sebagai bentuk dan pilihan politik, bukanlah masalah karena hukum sebenarnya adalah "sejarah".

Dengan asumsi bahwa aturan hukum, seperti yang ditulis Pietro Costa dalam pengantar volume ini, adalah seperangkat mekanisme yang digunakan untuk memediasi, memodulasi, dan memeriksa hubungan antara kekuasaan dan individu, kita mungkin bertanyatanya apakah asimilasi di atas antara hukum dan sejarah atau, lebih tepatnya, sejarah yang diceritakan pada waktu tertentu, di tempat tertentu, dan dengan cara tertent benar-benar menyediakan model mediasi hukum yang ditentukan secara konseptual.

Karena teori aturan hukum sebagai tatanan spontan muncul dan muncul dalam konteks teoretis dan politik dari filosofi sejarah yang saling bertentangan, menghadapi pengalaman revolusioner yang penting dan kontroversial, seperti yang terjadi di Prancis dan Rusia. Dalam konteks seperti itu, konfrontasi antara filosofi sejarah tradisionalis, di satu sisi, dan sikap progresif dan profetik, di sisi lain, mungkin tampak sebagai isu terkini. Namun, sekarang setelah masa konfrontasi berakhir, harus dipertanyakan apakah teori aturan hukum sebagai tatanan spontan dapat menawarkan model pasti yang mampu bertahan lebih lama dari kontroversinya.

12.1 PEMERINTAHAN HUKUM SEBAGAI PEMERINTAHAN MANUSIA

Penjajaran Hayek antara tatanan (hukum) spontan dan tatanan manusia buatan mencerminkan pertentangan klasik antara pemerintahan hukum dan pemerintahan manusia, yang dapat ditemukan dalam Statesman karya Plato. Di antara hal-hal lain, pertentangan Plato

juga membahas hubungan hukum dengan sejarah. Tokoh protagonis anonim Statesman menceritakan mitos berikut: untuk menunjukkan dukungannya terhadap Atreus, yang sedang berdebat dengan saudaranya Thyestes tentang warisan, Zeus mengubah arah bintang dan matahari, membuat matahari terbit di timur, bukan di barat, seperti yang terjadi sebelumnya. Pembalikan tatanan universal semacam itu membawa perubahan pada tatanan dunia masa lalu secara keseluruhan, ketika penguasa para dewa adalah Chronos, bukan Zeus.

Selama pemerintahan Chronos, para politisi adalah penggembala dan memerintah tanpa hukum, dan memang merupakan tokoh ilahi. Kemanusiaan yang mereka bimbing memiliki siklus hidup yang mirip dengan siklus hidup tumbuhan: ia muncul dari bumi, berkembang, mengalami destrukturisasi, dan akhirnya menghilang. Akan tetapi, seperti yang dikemukakan Plato, politisi tidak dapat lagi dipandang sebagai gembala ilahi. Mereka seperti rakyat mereka, dalam hal pendidikan dan pengasuhan mereka. Konstitusi yang adil – sebagaimana dikemukakan Plato dicirikan oleh para hakim yang ahli dalam bidangnya, sehingga pemerintahan berada di tangan individuindividu yang cerdas. Hukum tidak dapat mencakup apa yang terbaik dan adil bagi semua individu atau memutuskan apa yang terbaik dan adil bagi setiap individu.

Mengingat perbedaan di antara manusia dan tindakan mereka, mengingat tidak ada manusia yang tidak dapat diubah, seni hukum tidak dapat menyatakan aturan sederhana yang berlaku setiap saat dan dalam semua kasus. Hukum dapat dibandingkan dengan orang yang otoriter dan bodoh yang menuntut kepatuhan yang teguh dan tidak perlu dipertanyakan terhadap perintahnya, bahkan ketika situasi baru muncul. Hukum bagi banyak orang harus bersifat umum dan longgar sehubungan dengan situasi individu.

Namun, jika hukum terbukti tidak memadai dalam menanggapi perubahan sosial, para pemimpin masyarakat yang cerdas berhak melanggarnya, meskipun opini publik mungkin mengharuskan mereka terlebih dahulu meyakinkan warga negara bahwa perubahan itu perlu dilakukan. Hubungan antara pemerintah hukum dan masyarakat manusia mirip dengan hubungan antara buku petunjuk pengobatan dan dokter: petunjuk hukum bersifat umum, tetapi jika kita tidak dapat berkonsultasi dengan dokter, kita harus merujuknya meskipun kita tahu bahwa petunjuk itu tidak memadai.

Apakah Plato lebih menyukai pemerintahan hukum atau pemerintahan manusia? Sekilas, mitos tersebut tampaknya menunjukkan bahwa hukum hanyalah solusi sementara yang dirancang untuk memperbaiki ketidakandalan para gubernur: kita akan dengan senang hati hidup tanpa hukum jika para politisi bijaksana dan mampu menangani kekhususan manusia dan situasi mereka tanpa menggunakan aturan umum yang kasar. Namun, pemerintahan politik dan ilahi para gembala sangat berbeda dari pemerintahan kita: siklus kehidupan manusia dan kemakmuran manusia seperti yang dikatakan oleh neoAristotelian Amerika mengikuti model sederhana yang telah kita bandingkan dengan siklus botani alami dari pertumbuhan, perkembangan, dan pembusukan dan untuk ini, tanpa kontroversi atau perlunya pertimbangan atas masalah.

Keadaan sekarang berbeda: manusia berkembang, secara budaya dan historis, melalui hubungan terbuka, bahkan dalam reproduksinya. Oleh karena itu, model yang didasarkan pada

pemahaman naturalistik tentang perkembangan dan kemakmuran manusia tidak ada gunanya. Kebijaksanaan dewa juga tidak berguna, karena dunia berkembang dengan sendirinya. Sementara alam semesta di masa lalu teratur dan dapat direduksi menjadi aturan, sekarang alam semesta menjadi rumit dan kacau. Tuhan tidak lagi memerintah, manusia yang memerintah.

Hal ini menimbulkan masalah mengenai pemerintahan hukum: realitas manusia bersifat kultural dan historis; karenanya, perspektif naturalistik bersifat kontraproduktif, karena manusia tidak dapat diperlakukan sebagai tanaman dan tidak dapat diberkahi dengan kebijaksanaan Tuhan. Oleh karena itu, pemerintahan hukum lebih disukai, justru karena manusia yang memerintah. Hukum tidak berguna untuk mengatur harmoni, karena harmoni sudah memiliki keteraturannya sendiri; hukum berguna untuk mengatur kekacauan. Hukum tidak akan berarti apa-apa jika yang ada hanya makhluk ilahi, tanaman, dan hewan yang mirip dengan tanaman, bukan manusia, sejarah, dan budaya.

Seperti yang terungkap dalam mitos Plato, setidaknya ada tiga fitur utama dari kondisi historis:

(1) Tidak ada lagi tatanan yang tidak dapat diubah yang ditetapkan sekali dan untuk selamanya; karenanya, tidak ada lagi botani kemanusiaan yang didasarkan pada modelmodel perkembangan yang tidak perlu dipertanyakan dan pasti: realisasi manusia itu sendiri, begitu memasuki lingkup historis, menjadi bermasalah.

(2) Dengan demikian, tidak ada hikmat ilahi dalam dunia historis: pemerintahan pastoral paternalistik pada zaman Chronos tidak bersifat represif, karena manusia adalah makhluk bertipe tumbuhan, tanpa sejarah, yang harus tumbuh sesuai dengan botani, yang telah ditetapkan selamanya.

(3) Pemerintahan hukum sesuai dengan sejarah; yang pertama, dihadapkan dengan dunia yang tidak stabil yang seharusnya diperintahnya, bersifat manusiawi dan bukan ilahi, bersifat tekstual dan dengan demikian tertutup secara semantik, otoriter dan kasar berkenaan dengan realitas yang dapat berubah, bukannya tetap.

Meskipun kondisi historis kurangnya keteraturan dan kebijaksanaan yang sesuai yang didasarkan pada rumus-rumus 'botani' yang berlaku selamanya – mengharuskan hukum sebagai sistem tertutup yang mengatur kekacauan, hukum juga menunjukkan ketidakcukupannya, karena lingkungan hukum melampaui apa yang diklaim hukum itu sendiri untuk ditetapkan dan diformalkan. Sebuah teori tentang aturan hukum, yang sepenuhnya menyadari kondisi historis, harus mempertanyakan tata cara dan instrumen, yang mungkin memungkinkannya untuk berdamai dengan batasanbatasannya sendiri: batasanbatasan yang membuat hukum menjadi penting meskipun tidak menyeluruh. Mitos yang diceritakan dalam Statesman tidak hanya memberikan kisah yang tidak terlalu mendidik tentang kondisi historis, tetapi juga mewakili, dengan cara yang tampaknya mendidik, kondisi nonhistoris dan vegetatif dari zaman Chronos. Bahkan yang terakhir adalah sejarah, yang menarik untuk diceritakan kembali oleh seseorang. Ini adalah jenis sejarah di mana perubahan dapat dicerminkan oleh rumus yang dapat diperkirakan yang ditetapkan oleh seorang gubernur yang kepadanya kekuasaan dan pengetahuan terkonsentrasi.

Mereduksi sejarah menjadi formula naturalistik itu sendiri merupakan cara untuk menghadapi dan mengusirnya, yang menurut narator asing dalam mitos tersebut, merupakan alternatif dari cara yang membenarkan pemerintahan hukum. Pemerintahan hukum adalah tatanan historis dan manusiawi; pemerintahan manusia dapat dipahami hanya sebagai model nonhistoris dan ilahi. Ketika memilih pemerintahan hukum, kita harus menyadari bahwa hal itu dikondisikan dan dibatasi secara historis dan manusiawi, dan bahwa bentuk dan alasan internalnya tidak memadai; ketika memilih pemerintahan manusia, kita perlu memandang alam semesta sebagai nonhistoris dan menerima bahwa para penguasa diberkahi dengan kebijaksanaan ilahi.

Dalam Statesman, pilihan tersebut merupakan dua elemen dari sebuah dilema, karena memilih satu pilihan berarti mengecualikan yang lain. Namun, dapat dikatakan bahwa cukup dengan menemukan formula perkembangan historis hukum untuk menyatukan apa yang menurut Plato tidak sesuai, sehingga memperoleh pemerintahan hukum, atau lebih tepatnya aturan hukum, yang diberkahi dengan kebijaksanaan manusia super. Agar berhasil, teori semacam itu harus menyediakan rumusan aturan hukum yang mampu menjelaskan perkembangan sejarah dan, yang terpenting, dapat ditentukan secara ketat isinya. Karena merujuk pada sejarah dengan isi yang episodik dan samarsamar sama saja dengan secara diamdiam merujuk pada pemerintahan manusia.

Berdasarkan latar belakang seperti itu, pembenaran aturan hukum yang didasarkan pada rumusan historis dan filosofis tatanan spontan layak untuk diteliti. Analisisnya akan membantu kita memahami apakah hal itu dapat memberikan kontribusi yang pasti pada diskusi tentang aturan hukum, atau apakah aturan hukum dapat diberikan isi tertentu hanya dengan secara diamdiam (mungkin secara sadar) mengandalkan pemerintahan manusia atau, lebih tepatnya, para tokoh dan hakim yang jauh dari ilahi.

12.2 ATURAN HUKUM DAN SEJARAH HUKUM

Menurut filsuf hukum Italia Guido Fassò, aturan hukum dapat didefinisikan dalam dua cara, tergantung pada apakah perspektif keabsahan atau legitimasi diperhitungkan. Di bawah perspektif teknis dan formal keabsahan, aturan hukum mencirikan negara yang dibatasi oleh hukum, yang memeriksa dan membatasi kedaulatan negara. Di bawah perspektif legitimasi, aturan hukum mencirikan negara yang didasarkan pada keadilan substantif, yang seharusnya dianggap lebih unggul daripada persyaratan teknis dan formal keabsahan belaka.

Doktrin hukum alam, seperti yang dilihat oleh Fassò, berurusan dengan aturan hukum baik sebagai ciri negara yang sah maupun negara yang adil. Namun, mengingat pandangan rasionalis dan nonhistorisnya, doktrin hukum alam tetap abstrak, nonhistoris, dan sewenang-wenang meskipun doktrin tersebut menyatakan perlunya menggabungkan keabsahan dengan legitimasi. Keduanya, keabsahan tanpa legitimasi dan legitimasi tanpa keabsahan, mengarah pada kesewenang-wenangan , yaitu menolak pembatasan kedaulatan dan pencarian kepastian, yang menjadi dasar aturan hukum. Jika hukum didefinisikan hanya pada tingkat formalistik, hukum tersebut terbuka terhadap konten apa pun yang secara formal sesuai dengannya; sebaliknya, legitimasi substantif belaka menggantikan pemerintahan hukum

dengan pemerintahan manusia, atau lebih tepatnya pemerintahan satu orang atau beberapa orang yang dianggap mampu menyimpulkan atau mengetahui keadilan.

Di sisi lain, jika kita bermaksud seperti doktrin hukum alam untuk mengikat hukum menurut kriteria berbasis konten dan rasionalistik, kita akan membuatnya kaku dan sewenang-wenang secara historis. Berdasarkan uraian di atas, kita dapat menyimpulkan bahwa aturan hukum, apa pun yang dimaksud dengannya, menyembunyikan kekuasaan yang sewenang-wenang karena pembatasan kedaulatan itu sendiri, yang menjadi asal muasal aturan hukum, pada akhirnya berakhir sebagai pembatasan yang sewenang-wenang.

Meskipun demikian, Fassò percaya bahwa sejarah dapat menyediakan persyaratan pembatasan, kepastian, dan jaminan hak-hak individu – yang secara abstrak diungkapkan oleh doktrin hukum alam dengan konten yang tidak sewenang-wenang. Akan tetapi, untuk melakukannya, konsepsi hukum perlu diperluas, yaitu hukum tidak boleh diidentikkan dengan aturan, kehendak, kesewenang-wenangan ; sebaliknya, hukum harus mencakup aspek-aspek khusus dan khusus dari yurisprudensi dan kebiasaan.

Dalam hal ini, Fassò merujuk pada Bruno Leoni, yang percaya bahwa aturan hukum yang diilhami oleh doktrin hukum alam dan Revolusi Prancis, dengan mereduksi semua hukum menjadi tindakan parlemen, mengecualikan partisipasi warga negara dalam proses pembuatan hukum dan membahayakan kepastian hukum karena pencemaran legislatif. Hukum dapat dipastikan hanya jika merupakan ciptaan sosial spontan, yang dikelola oleh orang-orang terkemuka atau honoratiores yang tidak terikat oleh hukum tertulis. Daripada aturan hukum legislatif atau formal, harus ada aturan hukum sosial spontan atau bebas.

Sistem seperti itu dapat mengasumsikan dan mencerminkan nilai-nilai masyarakat yang tersebar luas, karena "spontan" baik dalam pemilihan hakim dan ahli hukum yang didasarkan pada persetujuan para pihak dan dalam deklarasi hukum, yang tidak didasarkan pada keinginan tegas legislator, tetapi lebih pada preseden dan kebiasaan.

Hukum tidak diinginkan oleh individu tertentu tetapi ditemukan dalam struktur historis masyarakat. Karena jika hukum diinginkan oleh individu tertentu, maka hukum itu akan sewenang-wenang. Sebaliknya, karena hal ini ditemukan dalam sebuah tatanan, maka hal ini menjamin individu untuk melawan kekuasaan negara; sebagaimana halnya dalam tradisi hukum umum Inggris jika kita mengabaikan, seperti yang dilakukan Leoni sendiri, peran politik parlemen dalam menciptakan tradisi ini.

Kita mungkin bertanyatanya apakah benar untuk memandang historisisme hukum neoliberal ini sebagai upaya untuk memahami sejarah dengan mengintegrasikan atau menggantikan pemerintahan hukum dengan pemerintahan manusia. Di sini manusia bukanlah gembala ilahi Plato, melainkan hakim, pejabat, dan orang-orang terkemuka. Tidak ada jaminan bahwa tokohtokoh tersebut kurang otoriter daripada hukum yang seharusnya mereka lengkapi secara historis: karena mereka sendiri adalah manusia dalam latar sejarah, secara subjektif dan objektif mustahil bagi mereka untuk menyimpang dari botani kemanusiaan, yang merupakan ciri khas dari jenis pengetahuan yang melampaui sejarah. Jika historisisme hukum semacam ini mereduksi pemerintahan hukum menjadi pemerintahan manusia, aturan hukum historisis akan menjadi, secara sederhana, rezim orang-orang terkemuka yang paternalistik dan tidak

terlalu dapat dibenarkan.

Namun, teori tatanan spontan mengklaim bahwa teori tersebut dapat menjelaskan bagaimana hukum yang baik (yaitu mampu mengatasi mutasi historis) "tumbuh" dan bagaimana manusia dapat melengkapi perkembangannya. Aturan hukum historisisme akan berisiko membuat hak-hak warga negara menjadi retorika kosong hanya jika terbukti bahwa teori tersebut secara terprogram tidak jelas. Memang, sebuah teori yang tujuannya untuk mendeteksi hukum perkembangan historis masyarakat manusia tidak proporsional sehubungan dengan cara-cara teoritis yang dipilihnya mungkin merupakan bentuk paternalisme otoriter.

12.3 KEBEBASAN INDIVIDU

Para ahli teori tatanan spontan biasanya dianggap tertarik pada "perlindungan kebebasan individu yang tidak kenal kompromi". Dalam *The Constitution of Liberty*, Hayek dengan jelas menggambarkan keadaan kebebasan idealnya, yaitu keadaan di mana paksaan dikurangi seminimal mungkin, sehingga semua individu dapat bertindak sesuai dengan rencana mereka sendiri daripada tunduk pada keinginan individu lain. Konsep kebebasan ini bersifat negatif, karena menunjukkan tidak adanya halangan, dan secara eksklusif menyangkut seperti yang ditentukan oleh Hayek hubungan antarmanusia.

Paksaan terjadi ketika lingkungan dan keadaan individu begitu dikendalikan oleh orang lain sehingga ia tidak dapat mengejar rencananya sendiri yang koheren paling banter, ia dapat memilih kerusakan yang lebih kecil tetapi harus melayani tujuan orang lain. Paksaan salah karena menghancurkan kapasitas individu untuk berpikir dan mengevaluasi dan menjadikannya instrumen bagi tujuan orang lain. Suatu tindakan bebas jika tindakan tersebut didasarkan pada data yang tidak dapat dibentuk secara sewenang-wenang oleh orang lain; untuk menjamin tindakan individu yang bebas, domain pribadi, yang tidak dapat diganggu gugat oleh siapa pun, harus diamankan.

Jika dianggap serius, konsepsi Hayek tentang kebebasan hampir tidak dapat dicapai dalam konteks historis. Kebebasan dipandang sebagai area bebas yang datanya tidak berada di bawah kendali atau pengaruh orang lain, tetapi sepenuhnya terbuka terhadap pilihan individu. Namun, area bebas seperti itu tidak ada dalam masyarakat: bahkan kehidupan adalah hasil dari pilihan orang lain. Demikian pula, teori Hayek yang menyatakan bahwa karyawan bebas sejauh mereka dapat memilih pemberi kerja tertentu di antara banyak pemberi kerja yang bersaing, jika pengangguran tidak melampaui tingkat tertentu, tidak konsisten dengan gagasan negatifnya tentang kebebasan.

Lingkungan pilihan pekerja ditentukan oleh orang lain: tidak menjadi masalah apakah orang lain secara efektif atau hanya secara nominal bersaing di antara mereka dalam upaya menariknya. Yang benar-benar penting adalah bahwa situasi di mana pekerja harus membuat pilihannya diputuskan oleh orang lain dan bukan oleh dirinya sendiri. Oleh karena itu, gagasan Hayek tentang kebebasan tidaklah negatif karena gagasan itu mendefinisikan wilayah kebebasan individu; sebaliknya, gagasan itu negatif karena gagasan itu mendefinisikan sesuatu yang tidak ada dalam masyarakat.

Di sisi lain, manipulasi individu adalah sesuatu yang tidak dapat dilepaskan dari liberalisme Hayek. Masyarakat bebas yang berlandaskan sistem hukum mengharuskan orang-orang bertanggung jawab atas tindakan mereka: yaitu, tindakan mereka dapat dipertanggungjawabkan secara hukum karena tindakan mereka dapat ditembus oleh instrumen pemaksaan hukum yang normal. Dengan kata lain, manipulasi terhadap tindakan mereka penting di bawah aturan hukum: makhluk liberal bukanlah makhluk bijak yang tabah, yang mampu mengabstraksikan hasrat mereka dan mengatur wilayah kebebasan mereka sendiri dalam benteng akal budi mereka; sebaliknya, mereka harus begitu lemah sehingga cakupan konsep kebebasan negatif yang terkenal itu praktis tidak ada.

Meskipun demikian, ada aspek kebebasan negatif Hayek yang mungkin memberikan gagasannya makna yang tidak ironis. Hayek sangat ingin menegaskan bahwa konsepsinya tentang kebebasan hanya berlaku untuk hubungan antarmanusia. Oleh karena itu, agar kebebasan negatif ada, cukup untuk membuktikan bahwa kondisi di mana seorang individu membuat pilihannya bukanlah produk langsung dari pertimbangan orang lain, tetapi hasil dari proses yang impersonal dan, dalam hal ini, naturalistis.

Oleh karena itu, semakin rentang pilihan seorang individu ditentukan oleh kekuatan dan proses yang dianggap impersonal dan terlalu personal, semakin individu itu "bebas", yaitu tidak ada manusia yang secara sukarela mengganggu rentang ini. Cukup paradoks, kita bebas selama dunia tempat kita hidup tidak bergantung pada pilihan kita yaitu selama kita memandang budaya dan masyarakat kita sebagai hasil alami, di luar kendali individu. Lebih jauh lagi, karena individu membuat pilihan dan keputusan, semakin sedikit pilihan dan keputusan tersebut memengaruhi konteks pilihan kita secara langsung dan sengaja, semakin bebas kita.

Gagasan seperti itu juga berlaku bagi kebebasan negatif, yang batasan batasannya dan jaminan jaminannya, jika tidak ingin dianggap menindas dan sewenang-wenang, harus dilihat sebagai hasil dari sebuah proses impersonal dan bukan sebagai hasil langsung dari pikiran dan pilihan seseorang.

Menurut Hayek, teori yang paling dapat diandalkan tentang kebebasan adalah teori Inggris, yang dirumuskan oleh sekolah Skotlandia abad kedelapan belas (David Hume, Adam Smith, dan Adam Ferguson) dan oleh beberapa pemikir Inggris kontemporer (Josiah Tucker, Edmund Burke, William Paley) yang bermaksud memahami tradisi dan semangat hukum umum: hukum dan kebebasan yang dijaminnya merupakan produksi yang sadar tetapi hasil dari proses seleksi dan evolusi hampir tidak dikendalikan oleh akal budi individu: masyarakat dikonseptualisasikan sebagai organisme hidup, yang biasanya tumbuh dan berkembang "dengan sendirinya". Leoni berpendapat dengan cukup koheren bahwa Satu-satunya definisi kebebasan yang dapat diterima adalah definisi leksikal, yang menyatakan bahwa "kebebasan adalah kata yang digunakan dalam bahasa sehari-hari untuk menunjukkan jenis pengalaman psikologis tertentu".

Definisi seperti itu, yang pada dasarnya mengacu pada idem sentire yang tersebar luas dan bersama, dibenarkan justru karena idem sentire tersebut dihasilkan dari evolusi dan tradisi yang melegitimasinya, dan bukan dari pilihan teoretis dan praktis seseorang. Pembatasan dan

pembenaran teoritis atas kebebasan atas dasar tradisi menunjukkan bahwa, bagi Hayek dan Leoni, tidak ada domain nalar praktis yang otonom di mana minat dan refleksi terhadap kebebasan dapat ditemukan.

Seperti yang dikemukakan Hayek dalam The Constitution of Liberty, pembenaran atas kebebasan individu terutama didasarkan pada pengakuan atas ketidaktahuan kita terhadap sejumlah besar faktor yang menjadi dasar pencapaian tujuan dan kesejahteraan kita. Jika kita mahatahu, jika kita mampu mengetahui apa yang mungkin memengaruhi pencapaian masa depan kita, serta keinginan saat ini, kebebasan tidak akan memiliki kegunaan kolektif karena eksperimen tidak diperlukan. Di sisi lain, Hayek menambahkan, ketika pengetahuan terbatas, kebebasan diperlukan untuk memberi ruang bagi ketidakpastian: perkembangan peradaban bergantung pada pemaksimalan kemungkinan terjadinya insiden, yang mengarah pada pengembangan, melalui seleksi evolusi, aturan yang lebih baik secara keseluruhan.

Ketika Hayek berbicara tentang kemahatahuan, yang ia maksud bukanlah kemahatahuan individu, melainkan kemahatahuan kolektif yang dianggapnya: tidak mengherankan, ia menggunakan kata ganti orang pertama jamak dan membenarkan kebebasan individu sebagai sarana untuk bereksperimen dan memilih aturan yang dibutuhkan untuk "peradaban" itu sendiri. Makna kebebasan secara eksklusif dikaitkan dengan defisit pengetahuan umum yang membuat eksperimen dan penemuan individu sangat direkomendasikan untuk pengembangan entitas kolektif, yaitu "peradaban". "Peradaban" hipotetis dengan kumpulan gagasan yang sudah sempurna, lengkap, dan tuntas tidak akan memiliki alasan untuk mengizinkan kebebasan individu.

Penalaran Hayek tampaknya menunjukkan bahwa pemahamannya tentang kebebasan tidak memiliki nilai praktis maupun makna yang benar-benar individual. Jika nalar praktis tidak bergantung pada nalar teoretis, jika nilai dan makna dari apa yang kita lakukan setidaknya sebagian tidak bergantung pada apa yang diketahui "peradaban" secara kolektif, kemahatahuan tidak akan menghilangkan kebebasan sebagai syarat untuk kemungkinan pilihan, hukum moral, dan keputusan teknis terkait. Ini seharusnya menjadi masalah bahkan dalam sebuah "peradaban" yang secara teoritis mampu mengetahui semua elemen lingkungannya. Jika otonomi individu adalah sesuatu yang harus kita terima di luar makna evolusionernya, kemahatahuan seseorang seharusnya tidak memengaruhi nilai eksperimen dan pilihan bebas orang lain. Kemudahan holistik dan fungsionalistik yang dengannya pengesahan The Constitution of Liberty yang menyatakan posisi ini mengabaikan makna praktis kebebasan membuat kita berasumsi bahwa, secara tegas, minat Hayek pada kebebasan secara moral dan politik adalah nihil. Jika kita menganggap serius pertimbangan Hayek, kita harus menyimpulkan bahwa individu yang mengetahui hukum perkembangan tatanan spontan tidak menghargai kebebasan seperti itu tetapi hanya sebagai sarana, selama mereka menyadari ketidaktahuan mereka.

12.4 KARAKTER ALAMI HUKUM

Hukum, sebagai suatu sistem keteraturan yang berbeda dari perundang-undangan, yaitu dari produksi norma yang eksplisit dan sukarela oleh otoritas yang entah bagaimana

dilegitimasi, adalah tatanan spontan. Hukum bersifat spontan karena keteraturan yang dibuatnya bukanlah hasil dari proyek yang disengaja individu yang “mengikuti” keteraturan tersebut bahkan tidak perlu menyadarinya tetapi dibentuk dan dipilih melalui proses evolusi: suatu perilaku tertentu menjadi keteraturan ketika kelompok yang mengadopsinya bertahan lebih lama dan menang atas kelompok lain.

Dunia hukum, bahasa, pasar, dan banyak lembaga budaya lainnya harus dianggap sebagai hasil tindakan manusia daripada perencanaan manusia. Tidak ada pikiran manusia yang mampu merencanakan tatanan spontan, karena tidak ada pikiran manusia yang mampu menghitung kompleksitas tak terbatas dari interaksi dan korelasi yang mungkin terjadi antara satu elemen tunggal dari sistem dan semua elemen lainnya.

Oleh karena itu, pendekatan hakim hukum umum, yang mengambil hukum untuk setiap kasus individual dari sejumlah prinsip yang sudah ada dalam tradisi dan tidak mengklaim untuk menciptakannya, adalah yang paling menghormati tatanan sosial. Hayek menarik garis antara dua jenis tatanan sosial: taksi adalah tatanan "buatan" yang dihasilkan dari organisasi yang direncanakan untuk tujuan tertentu; kosmos adalah tatanan yang terbuat dari keteraturan yang diciptakan secara spontan, yang merupakan ciri khas sistem yang mengatur diri sendiri dan mengatur diri sendiri. "Suatu tatanan yang tidak dibuat dengan sengaja oleh manusia memang ada" namun, keadaan seperti itu, kata Hayek, tidak diakui secara luas karena harus "dilacak oleh intelek kita". Proses rekonstruksi tatanan baik itu tatanan aturan atau jalur hutan adalah proses inferensial. Jadi mengapa tidak dapat dikatakan bahwa kosmos hanyalah taksis kita, yaitu konstruksi kita di mana kita, sebagai ahli teori, berusaha untuk memberikan makna tertentu pada keragaman realitas?

Penalaran seperti itu, meskipun tidak asing bagi karya Hayek, akan merugikan dalam konteks ini, karena undang-undang dan hukum, taksis dan kosmos atau, secara lebih umum, teori-teori ilmiah yang terbuka untuk didiskusikan dan kebenaran alami yang harus dipatuhi oleh individu (karena terlalu rumit untuk pikiran kita yang terbatas) akan menjadi hampir tidak dapat dibedakan. Tatanan hukum nabati akan kehilangan legitimasi epistemologisnya. Oleh karena itu, dalam kasus ini, retorika ketidaktahuan dilepaskan untuk mengklaim dengan tegas bahwa sistem tersebut bukanlah konstruksi kognitif kita; sebaliknya, ia memiliki eksistensi objektifnya sendiri.

Sudut pandang sistem diperlakukan sebagai sudut pandang absolut. Tidak ada jalan keluar dari sistem. Bahwa bahkan tatanan yang didasarkan pada aturan yang dibuat secara sengaja dapat bersifat spontan dibuktikan oleh fakta bahwa manifestasi khususnya akan selalu bergantung pada faktorfaktor yang tidak diketahui atau tidak mungkin diketahui oleh siapa pun yang merencanakan aturan tersebut.

Oleh karena itu, menurut Hayek, budaya dan masyarakat manusia merupakan tatanan spontan; pikiran kita terlalu terbatas untuk memahami kompleksitasnya dan meramalkan perkembangannya; juga, pembentukan aturan buatan, dengan berinteraksi dengan dunia yang kompleks, termasuk dalam tatanan spontan. Ergo, dalam perspektif tatanan spontan, apa perbedaan antara putusan hukum umum, undang-undang yang diberlakukan oleh parlemen yang dilegitimasi secara demokratis, dan dekrit tiran?

Jika kita memperhitungkan dampak dari tindakan-tindakan di atas, kita dapat melihat bahwa baik hakim, pembuat undang-undang, maupun tiran tidak memiliki sudut pandang istimewa berkenaan dengan kompleksitas konsekuensi potensial dari tindakan mereka. Dalam tatanan spontan, tidak seorang pun dapat secara menyeluruh membenarkan pilihannya pada saat ia membuatnya. Pembenaran adalah sesuatu yang evolusi, dengan melihat ke belakang, memiliki kata terakhir; maka orang yang membuat pilihan hukum tidak memiliki kriteria pasti yang dapat melegitimasinya dan karenanya harus merabaraba jalannya seolah-olah dalam kegelapan.

Satu-satunya kriteria yang melegitimasi adalah retrospektif. Menurut pandangan Hayek, hakim akan mengatakan bahwa dalam membuat keputusan mereka tidak bertindak secara kreatif tetapi hanya menemukan apa yang sudah ada, sedangkan legislator dan tiran yang demokratis akan dengan cara yang berbeda-beda mengacu pada satu atau lebih keinginan atau prosedur. Ini tidak mengesampingkan bahwa evolusi (melalui proses-prosesnya yang tidak dapat dipahami) mungkin berakhir dengan "membenarkan" hasil dari keinginan yang disadari daripada tindakan penafsiran atau pengakuan.

Tidak ada satu pun kriteria legitimasi yang disarankan yang mampu, dengan sendirinya, membatasi isi pilihan hukum: legitimasi menyangkut efek masa depan dan hubungan pilihan tertentu dengan anteseden, yang mungkin bersifat kognitif atau sukarela. Ini berarti bahwa tindakan hukum yang sama dapat dilihat sebagai hasil dari kebijaksanaan liberal, jika penulis mengacu pada tatanan spontan, atau tirani yang tidak dapat ditoleransi, jika penulis mengakui bahwa itu adalah hasil dari kemauan atau pemaksaan. Oleh karena itu, agar tidak melanggar kebebasan negatif orang lain, kita hanya perlu meyakinkan mereka bahwa pilihan kita termasuk dalam tatanan naturalistik.

12.5 KEDATANGAN NORMA

Tata tertib spontan bertindak dengan cara yang tidak dapat dipahami, dan dapat (hanya secara umum) dikenali dan dijelaskan dengan melihat ke belakang: maka tidak ada kriteria yang mendefinisikan perilaku atau tindakan normatif yang menghasilkan atau termasuk dalam tata tertib spontan. Namun, ini secara eksklusif berkaitan dengan proses pembuatan hukum. Oleh karena itu, kita perlu memeriksa apakah sistem Hayek memungkinkan kriteria yang ditentukan untuk mengidentifikasi norma-norma khas tata tertib spontan menurut isinya; ini harus dilakukan dengan mengingat bahwa, mengingat ketidakpercayaan Hayek pada alasan perencanaan, asal usul aturan tetap penting dalam hal apa pun. Oleh karena itu, kita harus bertanya apakah ada hubungan erat antara karakter aturan khas tata tertib spontan, asal usul spontannya, dan pembenarannya berdasarkan asal usul tersebut.

Seperti yang dijelaskan oleh Hayek, aturan-aturan khas tatanan spontan muncul sebagai keteraturan alamiah yang sederhana, yaitu aturan-aturan yang dipatuhi oleh individu secara tidak sadar dan praktis. Aturan-aturan tersebut menjadi norma, yaitu aturan-aturan preskriptif yang diartikulasikan secara linguistik, hanya ketika kecerdasan berkembang dan kebutuhan dirasakan untuk mengoreksi perilaku yang menyimpang dan menyelesaikan perselisihan tentang aturan-aturan tersebut. Aturan-aturan ini mendorong individu untuk

berperilaku sedemikian rupa sehingga masyarakat dapat terwujud; dengan ketentuan bahwa kelayakan masyarakat tidak bersifat logis tetapi evolusionernaturalistik, dan mungkin terjadi hanya setelahnya, yaitu melalui kelangsungan hidup masyarakat yang mengikuti norma-norma yang dimaksud.

Aturan-aturan tatanan spontan tidak bergantung pada tujuan apa pun dan bersifat universal, yaitu berlaku untuk sejumlah kasus yang mungkin tidak ditentukan; aturan-aturan tersebut memungkinkan individu untuk mengejar tujuan mereka baik karena aturan-aturan tersebut memastikan lingkungan yang (sebagian) dapat diperkirakan dan juga karena aturan-aturan tersebut menjamin wilayah yang dicadangkan untuk setiap orang.

Aturan-aturan ini tidak memberikan kriteria untuk menggambarkan wilayah yang dicadangkan individu, karena yang terakhir diproduksi oleh mereka dan bukan premis mereka; meskipun, secara umum, tindakan yang menyangkut individu tunggal tidak boleh dihukum. Domain yang dilindungi seperti itu tidak boleh diperlakukan sebagai domain moralitas: Satu-satunya perbedaan antara norma hukum dan moral adalah ada atau tidaknya prosedur penegakan yang diakui oleh otoritas yang mapan: pemahaman naturalistik tentang hukum, sebagai serangkaian keteraturan, tentu saja tidak memungkinkan kita untuk membedakan antara keteraturan hukum dan moral.

Oleh karena itu, kata Hayek, jika ada serangkaian norma yang penghormatan kebiasaannya mengarah pada tatanan tindakan yang sebenarnya, dan beberapa norma diberi nilai hukum oleh otoritas, sedangkan yang lain hanya dihormati dalam praktik atau tersirat oleh norma-norma lain yang divalidasi (dalam hal yang terakhir mencapai tujuannya hanya jika yang pertama dipatuhi), hakim dapat, atas kebijakannya sendiri, menganggap norma-norma tersirat itu sah secara hukum, bahkan jika belum ada otoritas peradilan atau legislatif yang mengesahkannya.

Tatanan spontan ada secara independen dari pilihan dan pengetahuan individu dan, dengan demikian, tidak dapat secara eksplisit diatur dalam badan norma yang sistematis dan lengkap: palingpaling, prinsip-prinsip dasarnya dapat ditentukan, mirip dengan apa yang dilakukan oleh hakim hukum umum. Hayek percaya bahwa hakim memutuskan dengan memeriksa logika setiap situasi individual yang didasarkan pada kebutuhan tatanan tindakan yang ada. Logika ini, pada gilirannya, merupakan hasil yang tidak disengaja dan dasar pemikiran dari semua norma yang diharapkan hakim untuk dipandang sebagai sesuatu yang sudah mapan.

Tradisi hukum umum membuat hukum dapat diramalkan, karena hakim terikat oleh keyakinan yang luas tentang apa yang adil, terlepas dari apakah mereka diakui secara hukum atau tidak. Wawasan hakim yang terlatih kata Hayek mengutip Roscoe Pound terus menerus mengarahkan mereka ke hasil yang adil: gagasan bahwa keputusan pengadilan adalah hasil dari kesimpulan logis dapat dikaitkan dengan rasionalisme "konstruktivis" yang memperlakukan semua aturan sebagai sesuatu yang dibuat dengan sengaja. Dengan demikian, hukum terdiri dari semua aturan yang sifat mengikatnya akan diakui jika dinyatakan secara eksplisit dalam kata-kata.

Daya tarik Hayek terhadap wawasan hakim, gagasan bahwa hukum tidak dapat dan

tidak boleh dipandang sebagai seperangkat norma sistematis yang dapat dipahami oleh pikiran manusia, dan batasan yang tidak pasti antara hukum dan moralitas, menunjukkan bahwa konsepsi semacam itu tentang aturan hukum dapat berhasil, yaitu diberi konten substantif, hanya melalui keterlibatan pemerintah manusia yang diamdiam dan dengan demikian tidak dapat dikontrol secara kritis. Meskipun demikian, setidaknya ada dua elemen, yang dapat memberikan aturan hukum dengan identitas yang tepat: pertama, aturannya tidak memiliki tujuan yang tepat; kedua, aturan tersebut bersifat universal.

Karakteristik pertama akan masuk akal jika tujuan merupakan hal yang intrinsik bagi semua aturan dan dapat dideteksi sebagaimana aturan pertama kali dideteksi, kata Hayek, sebagai keteraturan. Namun, setidaknya sejak revolusi Copernicus Kant, hal ini jauh dari jelas: tujuan suatu aturan atau lebih tepatnya banyak tujuan yang dapat digunakan untuk suatu aturan bukanlah semacam kualitas intrinsik aturan tersebut tetapi berasal dari hubungan antara agen yang berunding dan aturan itu sendiri. Setiap aturan yang diberikan dapat diteliti dengan kepentingan teoritis semata, untuk tujuan deskriptif atau eksplikatif, atau dapat dihubungkan dengan berbagai tujuan praktis: misalnya, aturan yang menetapkan dosis mematikan suatu obat dapat dihubungkan baik dengan tujuan meracuni maupun pengobatan medis.

Contoh yang lebih tepat diberikan oleh Hayek, yang mengklaim bahwa prinsip-prinsip tatanan spontan harus dihormati jika kelangsungan hidup kelompok sebagai entitas yang diberkahi dengan tatanan tertentu diinginkan: jika tujuan tertentu dapat dihubungkan juga dengan sistem normatif tatanan spontan, maka tidak ada aturan – baik deskriptif, teknis, moral, atau hukum – yang mengandung hubungan atau tidak adanya hubungan dengan tujuan tertentu sebagai bagian dari karakternya yang tidak dapat dibatalkan.

Mengenai universalitas aturan, ini dapat menjadi kriteria yang independen dari keputusan sewenang-wenang hakim atau legislator yang berkepentingan untuk mempromosikan dan melestarikan tatanan spontan jika itu adalah sesuatu yang lebih dari sekadar konsep etnografissosiologis. Ketika berbicara tentang kriteria universalitas norma tertentu, Hayek tidak bermaksud bahwa norma tersebut dapat diuniversalkan secara formal, hanya saja norma tersebut koheren atau konsisten dengan sistem nilai-nilai yang diterima lainnya. Hal ini tidak bergantung pada penalaran tertentu, tetapi pada generalisasi sosiologis yang arbitrer terutama karena persepsi itu sendiri tentang garis perilaku sebagai masalah membuktikan bahwa generalitas sosiologis yang menjadi dasar pilihan tidak (atau tidak lagi) berfungsi.

Jika penjelasan di atas benar, konsep evolusi, tatanan spontan, dan supremasi hukum tidak memiliki konten yang pasti kecuali jika diisi oleh pilihan manusia. Lebih jauh lagi, pilihan manusia berisiko menjadi arbitrer karena penekanan pada ketidaktahuan manusia dan dengan demikian pada sifat tatanan yang impersonal dan tidak dapat dipahami serta perkembangannya memerlukan, sebagai semacam efek samping, ketidakjelasan mutlak kriteria untuk keputusan dan interpretasi hukum. Meskipun Hayek dan Leoni menggunakan argumen yang sebagian besar dapat dirujuk ke lingkungan historis dan teoritis yang sama, mereka secara institusional tidak setuju pada kebutuhan intervensi legislator untuk

mengoreksi yurisprudensi dan pada kemungkinan penggantian negara dengan hiperpasar anarkiskapitalis.

Leoni, yang pada dasarnya lebih tertarik pada pendekatan yang terakhir, percaya bahwa aturan hukum legislatif mengubah hukum itu sendiri dari batas dan pembatasan kekuasaan menjadi instrumen kekuasaan, yang tunduk pada kepentingan partikularistik dan episodik mayoritas. Peran hukum yang menjamin dapat dipulihkan, sehingga membebaskannya dari tawar menawar politik dan inflasi legislatif, hanya jika hukum diambil dari negara dan kembali ke spontanitas sosial putusan pengadilan dan pemilihan sarjana hukum dan tokoh terkemuka, sejalan dengan model hukum Romawi dan, secara lebih umum, pasar. Namun, mengapa kita harus percaya bahwa kekuasaan sarjana hukum dan pejabat eksekutif kurang sewenang-wenang daripada kekuasaan legislator politik? Leoni mendefinisikan hukum sebagai kenormalan perilaku sosial, yaitu sebagai serangkaian tuntutan yang dapat dipenuhi secara pasti.

Namun, meskipun hukum merupakan fenomena sosial, banyak keputusan yang memengaruhi kehidupan dan pilihan individu tidak diambil secara eksklusif oleh parlemen atau, secara umum, oleh negara. Oleh karena itu, menyingkirkan hukum dari negara mungkin hanya akan menghilangkan masalah yang timbul dari negara, bukan masalah umum tentang kekuasaan dan cara mengendalikannya; oleh karena itu, kecuali diasumsikan secara naturalistik bahwa masyarakat itu harmonis dan bahwa kepentingan individu bersifat homogen, semakin sedikit masalah tersebut bersifat publik dan formal, semakin dramatis masalah tersebut.

Menurut metafora Hayek, dunia hukum adalah hutan lebat yang dilalui pejalan kaki menuju tujuan masing-masing untuk menciptakan jalur yang sama-samama bermanfaat bagi semua orang. Para ahli teori tatanan spontan, meskipun tidak sepakat tentang perlunya campur tangan seorang rimbawan dan jenisnya, sepakat bahwa penciptaan jalur adalah proses spontan yang menguntungkan semua individu: kekuatan yang perlu kita periksa, justifikasi, dan mungkin hilangkan semata-mata adalah kekuatan rimbawan. Akan tetapi, para ahli teori ini mengabaikan masalah bahwa, ketika pejalan kaki yang memperlakukan hutan sebagai area lintas alam menyadari bahwa jalur mereka telah menciptakan tatanan yang baik dan bermanfaat bagi "semua orang", mereka sendiri menjalankan kekuatan yang perlu dilegitimasi setidaknya sama seperti kekuatan rimbawan. Mereka yang memandang hutan secara berbeda, misalnya, sebagai sarana untuk mencegah erosi tanah, atau sebagai oasis botani, atau bahkan sebagai makhluk hidup yang layak dihormati, mungkin menganggap jalur yang dilalui sebagai hasil keputusan yang sewenang-wenang dan dipertanyakan. Mempercayai hal yang sebaliknya berarti berasumsi secara dogmatis bahwa semua individu mengunjungi hutan hanya untuk berjalan melewatinya.

12.6 ATURAN HUKUM DAN DEMOKRASI

Bentuk historisisme hukum yang disadari secara spekulatif mungkin menawarkan bahan pemikiran tentang aturan hukum, karena hal itu mungkin mendesak filsafat hukum untuk menganalisis hubungan antara hukum sebagai struktur formal dan lingkungan politik,

sosial, dan budayanya, dan filsafat politik untuk memeriksa interaksi antara kekuatan formal dan informal yang tersembunyi di dalam negara dan masyarakat. Elemen hukum mana yang harus diperlakukan sebagai sesuatu yang tidak dapat diubah, dan mengapa? Dan bagaimana dan di mana kita dapat menjamin bahwa elemen-elemen tersebut tidak diubah?

Teori spontanitas tidak membantu menjawab pertanyaan-pertanyaan ini. Pemahaman mereka tentang kebebasan negatif kebebasan sebagai tidak adanya campur tangan lingkungan oleh tindakan yang disengaja oleh individu lain mengarahkan mereka untuk mengidentifikasi ranah kebebasan dengan ranah di mana hanya keteraturan naturalistik yang berlaku, yaitu keteraturan yang dianggap tidak dapat diubah dan tidak terbuka untuk dikendalikan. Dalam perspektif Hayek dan Leoni, ketika kekuasaan memiliki justifikasi naturalistik impersonal, maka kekuasaan itu tidak bersifat koersif.

Begitu sosialisme yang benar-benar ada telah kehilangan daya tariknya, demokrasi konstitusional, justru karena secara eksplisit melegitimasi dirinya sebagai konstruksi dan pakta, adalah musuh kebebasan, yang menentangnya berdiri tatanan spontan yang dicontohkan oleh pasar dan oleh hukum yang dirumuskan sesuai dengannya. Tatanan spontan, yang dapat dianggap impersonal dan tidak disengaja, adalah jaminan mutlak kebebasan individu; untuk mencapainya, cukup dengan menghilangkan manifestasi kekuasaan politik yang secara eksplisit bersifat deliberatif.

Gagasan semacam itu berasal langsung dari kebutuhan teoretis untuk memberikan konten sosial pada kebebasan negatif, yang secara deskriptif dimaksudkan sebagai tidak adanya manipulasi terhadap kondisi pilihan individu. Aksioma kebebasan negatif ini membawa konsekuensi politik yang paradoks: jika Satu-satunya musuh kebebasan individu adalah aspek deliberatif hukum, yang merupakan ciri khas demokrasi, maka proyek demokrasi tentang aturan hukum (legislatif), yang dengannya warga negara hanya terikat oleh hukum yang telah mereka setujui, telah sepenuhnya terwujud sehingga tidak ada kekuatan lain dalam masyarakat yang dapat memanipulasinya melalui hubungan yang memaksa.

Dengan kata lain, menurut penjelasan ini, aturan hukum (legislatif) yang demokratis telah menghilangkan semua kekuatan informal, dan dalam masyarakat tidak ada lagi keluarga patriarki, mafia, perkumpulan freemason, perusahaan multinasional oligopolistik, dan konsentrasi media, yang mampu memanipulasi pilihan individu untuk tujuan mereka sendiri. Hanya kebutaan ini, yang merupakan hasil dari pemahaman naturalistik tentang dunia sosial, yang dapat membuat kita berpikir bahwa, setelah produksi hukum legislatif dihilangkan atau dikurangi seminimal mungkin, kebebasan individu absolut lebih disukai daripada kebebasan hanya dari campur tangan negara tetapi tidak dari otoritas lain yang kurang terlihat dan kurang terkendali. Semakin pemerintahan hukum dipahami sebagai sesuatu yang tidak terkendali dan spontan, semakin dibenarkan pemerintahan manusia, di pengadilan dan di tempat lain.

BAGIAN IV
PENGUKUHAN HUKUM DAN KOLONIALISME

BAB 13
HUKUM DAN PERLAKUAN TERHADAP PRIBUMI AMERIKA

Negara adalah konstruksi budaya, bukan produk alami, dan merupakan penemuan Eropa. Konsep tersebut diciptakan oleh sebagian umat manusia yang yakin bahwa konsep tersebut mewakili seluruh umat manusia, dan berniat memaksakan konsep tersebut kepada seluruh umat manusia melalui lembaga politik negara, di antara berbagai cara lainnya. Dimulai pada abad kedelapan belas, berbagai ekspresi hukumnya muncul dari Eropa sebagai cara untuk memaksakan keberadaan dan budaya Eropa. Akibatnya, “aturan hukum”, “negara konstitusional”, “aturan hak”, “aturan hak-hak kebebasan yang berbeda”, atau rumusan serupa yang bertujuan untuk menundukkan lembaga politik kepada sistem hukum, dapat memiliki makna yang sangat berbeda di Eropa dibandingkan dengan umat manusia lainnya.

Maka, negara, bahkan "negara yang menjunjung hak asasi" atau "negara yang menjunjung kebebasan", menghadirkan masalah yang sulit dipahami atau bahkan dirumuskan jika perspektif kita tetap Eropa. Dari perspektif ini, eksperimen yang paling menarik adalah benua Amerika, dengan Negara-negara bagiannya (dari Kanada hingga Argentina) yang didirikan oleh penduduk asal Eropa yang berhadapan dengan penduduk asli yang, awalnya, merupakan mayoritas tetapi ditakdirkan menjadi orang asing di tanah mereka sendiri. Bab ini bertujuan untuk menunjukkan bagaimana hal ini terjadi dengan menggunakan pendekatan yang didasarkan pada supremasi hukum dan memasukkan kebebasan sebagai premisnya.

13.1 PENGECUALIAN KONSTITUSI: AS DAN KANADA

Amerika Serikat meresmikan sejarah konstitusional benua tersebut dengan kebijakan yang keras kepala terhadap penduduk asli yang melestarikan budaya mereka sendiri: singkatnya, pengecualian. Mengenai dampak hukum secara khusus, tidak ada konsepsi tentang komunikasi apa pun dengan penduduk yang asing bagi budaya Eropa. Namun, komunikasi tidak dapat dihindari, karena keberadaan populasi tersebut dan juga karena ekspansionisme Negara-negara baru, yang tentu saja tidak memudahkan masalah. Hal ini diketahui dengan baik, meskipun hanya dari sinema. Namun, orang tidak boleh mengharapkan rekonstruksi historiografis dari tipe hukumkonstitusional. Itu akan terbukti sebagai usaha yang mengecewakan.

Dalam kasus ini, antesedennya adalah pengalaman kolonial. Kerajaan Inggris tidak mendominasi secara langsung penduduk asli mana pun dan Amerika Serikat tidak memiliki preseden hukum jenis ini di dalam perbatasannya. Sebelum Kemerdekaan, pada tahun 1763, sebuah proklamasi khidmat telah mengakui "wilayah" sebagai sistem hukum dan politik

pribumi, bukan atas dasar hak penduduk tetapi lebih sebagai ekspresi aspek kolonial kerajaan, dari "kedaulatan, perlindungan, dan kekuasaannya"; wilayah itu adalah objek yang tunduk pada kedaulatan dan perlindungan Mahkota.

Seluruh wilayah yang dihuni oleh orang Indian di Amerika Utara "dicadangkan" untuk mereka, sebagai konsesi yang baik hati dari pihak Inggris Raya, yang mengklaim kekuasaan atas nama perlindungan yang sama ini. Deklarasi tahun 1763, yang menganggap orang Indian tidak mampu secara prinsip untuk mengasingkan tanah mereka, mengizinkan mereka untuk melakukannya hanya demi keuntungan monarki dan kedaulatan ini, yang dengan cara ini meluas dan berlaku di luar koloninya sendiri, di luar jalur Atlantik yang telah diduduki hingga saat itu, sehingga menandai batas wilayah.

Penentangan koloni itu sendiri terhadap batas wilayah tersebut merupakan salah satu faktor utama yang memicu perjuangan untuk kemerdekaan, tetapi, pada saat itu, situasi hukum telah tercipta yang akan diwarisi oleh Amerika Serikat yang baru, termasuk klaim kedaulatan yang sama. Konstitusi Federal yang definitif, yaitu tahun 1787, akan mewujudkan maksud ini, dengan memberikan kewenangan kepada Kongres untuk "mengatur perdagangan dengan Negara-negara asing, di antara beberapa negara bagian, dan dengan sukusuku Indian" (Pasal 1, Bagian 8, bagian 3); ini ditafsirkan secara luas, sejalan dengan subrogasi dalam kedaulatan, sehubungan dengan jenis "jenis ketiga", sukusuku Indian, yang bukan negara asing atau bagian integral dari negara.

Masyarakat adat pada awalnya tidak dianggap sebagai bagian dari Amerika Serikat, tetapi mereka dalam hal apa pun tunduk pada kedaulatan Federal. Putusan konstitusional Mahkamah Agung Federal akan merumuskan posisi ini hanya dalam beberapa dekade, dengan mempertahankan bahwa masyarakat ini merupakan "bangsa yang bergantung pada negara"; yaitu, mereka adalah bangsa, tetapi bersifat domestik dan bergantung, "dalam keadaan magang", ditempatkan di bawah perwalian yang dalam arti tertentu "seperti keluarga", sejauh mereka secara permanen dianggap sebagai anak di bawah umur sehubungan dengan Amerika Serikat.

Suku Indian di sini dipahami sebagai bangsa dan karena itu mampu memerintah diri sendiri, kecuali ketidak mampuan mereka, karena mereka adalah orang yang diperintah, untuk berunding dan menetapkan perjanjian dengan siapa pun selain wali mereka, Federasi Amerika Serikat. Dari perspektif ini, hubungan dapat dibangun dan dikembangkan antara "bangsa" dan "Bangsa", antara bangsa Indian dan Bangsa Amerika Serikat. Perwalian dimaksudkan sedemikian rupa sehingga yang pertama hanya dapat menjalin hubungan dengan yang terakhir secara stabil, di antara semua bangsa di bumi.

Masyarakat adat memiliki wilayah, memiliki pemerintahan dan sistem mereka sendiri. Mereka memelihara hubungan internasional dengan Amerika Serikat, yang pada prinsipnya merupakan hubungan wajib dan memiliki makna yang tepat. Mereka terutama terikat pada perdamaian, sedemikian rupa untuk melegitimasi perang yang dilancarkan Amerika Serikat terhadap masyarakat adat yang tidak mematuhi apa yang telah ditetapkan. Dengan demikian, prosedur normatif untuk mewujudkan hubungan semacam itu akan bersifat internasional, yaitu perjanjian dalam arti istilah yang sebenarnya. Sesaat sebelum Konstitusi 1787, tawaran

untuk bergabung dengan Federasi diajukan kepada masyarakat Indian.

Sebelum Konstitusi Federal, langkah penting konstitusional lainnya dibuat, yaitu pembentukan “Wilayah”, sebagai alternatif dari “Negara”, dengan tujuan yang tepat untuk menghindari konstitusi otonom formal. Itu adalah sistem transisi, hingga kolonisasi berkembang atau populasi Indian berkurang. Itu adalah konteks di mana ketentuan perjanjian tidak diperhitungkan dan juga prinsip pengakuan teritorial yang terkandung dalam proklamasi kolonial tahun 1763. Amerika Serikat merampas hak untuk merencanakan dan mengelola wilayah ekspansi barat yang bukan bagian dari negara bagian pedalaman. Dari perspektif ini, pembuatan perjanjian dapat dilakukan dengan ketentuan, agak tidak seimbang, tentang konsesi reservasi, otorisasi pemerintah, dan cara menerapkan perwalian. Dengan Konstitusi 1787, tatanan gagasan ini sudah ada.

Situasinya tidak berubah selama beberapa dekade. Praktik perjanjian tetap berlangsung hingga tahun 1871, yang memunculkan perjanjian-perjanjian yang kurang formal, yang lebih tunduk langsung pada keputusan-keputusan kekuasaan Federal. Kemungkinan untuk mendirikan setidaknya satu negara bagian pribumi tetap ada, khususnya di Wilayah Indian Oklahoma, tetapi kemungkinan itu berkurang pada tahun-tahun berikutnya dan secara definitif ditinggalkan pada tahun 1907, ketika wilayah itu secara konstitusional menjadi negara bagian lain, tanpa melibatkan penduduk asli dalam hal apa pun.

Hubungan antara "wali" dan "anak asuh" dengan demikian mencakup seluruh hubungan antara penduduk asli dan Amerika Serikat. Pada periode sekitar pergantian abad, terjadi pengikisan lebih lanjut posisi penduduk asli, yang disebabkan oleh praktik perjanjian dan diperkuat dengan mempertahankan wilayah dan pemerintahan mereka sendiri. Jika hal-hal ini terus ada, maka hal itu berada di bawah kondisi kolonial reservasi dan perwalian.

Hubungan terjalin dalam istilah internasional, yang menyiratkan prinsip tidak secara inheren merendahkan pengakuan hukum, meskipun hubungan tersebut masih didasarkan pada asumsi tipe kolonial. Melalui hubungan ini, yang terjalin melalui perjanjian, pihak India dapat mempertahankan gagasannya sendiri tentang hukum, dimulai dari pemberian makna yang berbeda pada kata-kata. Istilah umum bangsa dapat dengan sempurna dianggap sebagai tanda kesetaraan hukum. Dan istilah lain juga mungkin tidak memiliki aksen yang merendahkan atau merendahkan. Reservasi dapat dipahami sebagai tanah yang dilestarikan oleh penduduk asli untuk diri mereka sendiri sambil menyediakan atau menyerahkan bagian lain dari wilayahnya sendiri.

Dari perspektif ini, perwalian juga dapat dilihat sebagai bantuan yang dinegosiasikan dan diterima sebagai imbalan atas perdamaian dan tanah, dengan cara ini melegitimasi perang defensif. Dan tidak hanya makna kata yang berperan tetapi juga tanda-tanda jenis lain. Isyarat persahabatan dan saling menghormati dapat memiliki makna yang lebih luas yang tidak sepenuhnya sesuai dengan makna teks yang ditulis dalam bahasa asing, bahkan jika itu adalah bahasa pergaulan seperti bahasa Inggris. Berbagi asap tembakau dapat lebih bermakna secara hukum daripada teks hukum. Semua ini dalam kasus apa pun adalah hukum.

Itu adalah hukum yang tidak memiliki prevalensi lebih tinggi daripada hukum Amerika Serikat, juga tidak setara dengannya. Reservasi tetap bergantung dan di bawah perwalian

Amerika Serikat, tanpa berkontribusi atau memberikan konsensus untuk konstitusionalismenya dan tanpa berintegrasi dengannya. Selama periode sekitar pergantian abad, antara akhir periode perjanjian dan kelahiran negara bagian Oklahoma, masyarakat adat reservasi terus menjadi bangsa sejauh mereka dikecualikan dari Negara.

Anggota mereka bukan warga negara Negara ini. Tetap berlaku adalah persyaratan untuk beralih tidak hanya ke tatanan publik tetapi juga ke tatanan pribadi properti dan keluarga. Itu adalah persyaratan untuk akses ke kewarganegaraan, atau lebih baik, untuk penerapannya. Periode ini ditandai oleh strategi politik integrasionis yang agresif, yang didasarkan pada privatisasi tanah dan penghancuran komunitas, sebuah strategi yang tidak sepenuhnya dilaksanakan hingga tuntas dan muncul kembali secara berkala selama abad kedua puluh. Dan gereja-gereja pun tidak kekurangan bantuan dalam menjalankan perwalian yang diarahkan pada akulturasi yang dimaksudkan tidak hanya untuk beradab tetapi juga menyelamatkan jiwa.

Penduduk reservasi pribumi menerima kewarganegaraan AS pada tahun 1924, bukan atas permintaan mereka sendiri tetapi melalui keputusan Amerika Serikat sendiri, yang menciptakan, sebagai akibatnya, perlawanan. Konteks internasional yang lebih umum, atau lebih tepatnya antarnegara bagian mulai berubah. Hingga saat itu, konsepsi kedaulatan negara dan konsepsi kedaulatan teritorial diterima secara umum. Namun, pada tahun 1919, Liga Bangsa-Bangsa didirikan dan mulai memperhatikan nasib orang-orang yang tidak membentuk negara, atau minoritas sebagaimana didefinisikannya.

Pada tahun 1923, beberapa penduduk asli Amerika berusaha menarik perhatian Liga. Dalam konteks ini, Amerika Serikat melangkah maju menuju tujuan yang, seperti yang akan terlihat kemudian, merupakan titik tolak bagi Negara-negara Amerika lainnya: memasukkan penduduk asli ke dalam kewarganegaraan, tanpa memperhitungkan hak menentukan nasib sendiri atau menghormati hak-hak mereka. Baru kemudian, dalam upaya mencari legitimasi yang lebih baik, dan tanpa mengubah dasar fundamental sistem tersebut, hak-hak khusus penduduk asli diperiksa, hak-hak yang selalu dikendalikan oleh negara AS, hak untuk mendefinisikan, mengalokasikan, tunduk pada kondisi, dan membentuk.

Ketika masyarakat adat secara budaya akhirnya menerima kewarganegaraan dan hak-hak tertentu, mereka menjadi minoritas di Amerika Serikat. Dan wilayah mereka, yang diperintah oleh masyarakat ini secara internal, adalah reservasi, bukan negara bagian. Mereka adalah Negara-negara yang bergantung secara internal, Negara-negara yang tunduk pada kekuasaan Federal tetapi bukan bagian dari sistem Federal yang dibentuk oleh negara lain, Negara dengan huruf kapital “N”. Pendekatan pertama dari beberapa perjanjian hilang dengan “hubungan arus pendek” dari premis internasional mereka. Dan Konstitusi tetap bungkam, kecuali untuk referensi misterius ke “jenis ketiga”, “sukusuku Indian”, yang seperti kita ketahui tidak memiliki negara bagian mereka sendiri dan bukan negara asing. Tidak ada amandemen Federal Amerika Serikat yang merujuk pada pertanyaan tersebut. Putusan pengadilan dapat dilanjutkan dengan tenang untuk mengkonstitusikan posisi yang pada dasarnya kolonial.

Kasus konstitusional Kanada yang bertetangga lebih terbuka. Awalnya terdiri dari kolonikoloni yang tidak bergabung dengan proses kemerdekaan dan karena itu tidak bereaksi

terhadap proklamasi Inggris tahun 1763. Titik tolaknya cukup jelas. Norma konstitusional saat ini tahun 1982 secara tegas memuat hak-hak atau kebebasan yang diakui oleh proklamasi 1763 yang berpihak pada “masyarakat adat Kanada”, les peuples autochtones du Canada, pengakuan yang meluas hingga ke perjanjian dan kesepakatan lainnya.

Mempertahankan proklamasi ini agar tetap berlaku, bersama dengan nilai konstitusionalnya, dapat menjadi signifikan dari perspektif perbandingan. Ingatlah bahwa proklamasi tersebut tidak membatasi dirinya pada pengakuan wilayah dan hak. Aspek kedua ini terbukti lebih bermasalah. Deklarasi tersebut dimulai dari penegasan kedaulatan yang eksplisit yang menempatkan hukum kolonial di atas hukum adat, yang terakhir diakui sejauh ditentukan oleh yang pertama, sementara yang sebaliknya tidak dapat dipahami, meskipun faktanya itu adalah hukum penduduk asli yang tinggal di wilayahnya sendiri. Semua ini, terlebih lagi, menyiratkan proyeksi perwalian yang merendahkan posisi dan mengurangi hak-hak penduduk asli, karena "sisi gelap" dari proklamasi 1763 terus membebani, dengan pengakuan konstitusionalnya, pada sistem Kanada.

Mengingat situasi ini, bagaimana dengan aturan hukum sehubungan dengan dua zona AngloAmerika seperti Amerika Serikat dan Kanada? Bagaimana bisa ada hukum yang efektif bagi mereka yang sama-samama umum bagi pihak IndioAmerika seperti halnya bagi pihak EuroAmerika, dan diakui oleh kedua bangsa? Terlepas dari pretensi dan ilusi konstitusional dari rekan asal Eropa, kemungkinan apa yang ada untuk mendirikan sistem yang mampu menawarkan jaminan nyata? Jelaslah bahwa konstitusionalisme AngloAmerika berakar pada kolonialisme Eropa yang, dengan demikian, tidak mampu membangun aturan hukum yang mampu melibatkan semua penduduk yang berkepentingan. Namun, lebih baik tidak mengambil kesimpulan tergesagesa: pada kenyataannya, kita perlu memperluas panorama kita ke seluruh benua Amerika dan, mengingat matriks kolonialnya, juga membangun titik pengamatan di luar benua tersebut.

13.2 INKLUSI KONSTITUSIONAL: AMERIKA LATIN

Telah dicatat bahwa titik tolak Amerika Latin berbeda atau bahkan tampaknya, berlawanan: ini adalah masalah inklusi. Negara-negara yang merdeka dari monarki Spanyol melakukannya atas nama seluruh penduduknya, dan bukan hanya mereka yang berasal dari Eropa. Negara-negara ini berasal dari sistem kolonial yang telah menetapkan kekuasaan langsung atas penduduk asli, dengan membentuk, secara tegas dan efektif, mekanisme perwalian.

Sekarang beberapa Konstitusi ditulis dengan premis satu Bangsa, atas dasar kebangsaan yang tersirat atau bahkan tersurat dan juga kewarganegaraan yang dimiliki bersama dengan penduduk asli. Namun, inklusi tidak terjadi. Sebaliknya ada pengecualian, yang dihasilkan oleh mekanisme hukum khusus dan cara lain yang tidak menjadi perhatian kita di sini.

Tidak mudah untuk tidak tersesat di antara keragaman kasus, yang ditemukan di bagian benua Amerika ini (dari Meksiko hingga Argentina) yang saat ini menyebut dirinya Latin. Kita perlu membangun gambaran umum. Titik tolak rencana inklusi diungkapkan dengan cukup

jelas dalam salah satu Konstitusi pertama wilayah ini, yaitu Konstitusi Venezuela pada tahun 1811. Rencana ini dikembangkan atas dasar anggapan kewarganegaraan bersama dan menghasilkan dampak pembatalan yang tegas terhadap status perwalian atas penduduk asli, terhadap “hak istimewa anak di bawah umur” yang “dalam upaya melindungi mereka, justru membahayakan perkembangan mereka, sebagaimana dibuktikan oleh pengalaman”.

Untuk membela inovasi ini, sebuah artikel panjang mendahuluinya yang ditujukan kepada "bagian dari warga negara yang sampai sekarang disebut indios". Muncul sebuah upaya pembatalan yang bahkan lebih penting: sebuah program konversi, pertama agama dan kemudian budaya, dari indios. Kebutuhan digarisbawahi untuk "membuat mereka memahami hubungan dekat dengan semua warga negara lainnya" dan kebutuhan untuk berbagi hak "berdasarkan fakta sederhana bahwa mereka adalah orang yang setara dengan semua orang lain dari spesies mereka". Program "dekulturasi" pribumi melalui akulturasi konstitusional diterapkan oleh Konstitusi itu sendiri, dengan mempertimbangkan "distribusi kepemilikan tanah yang telah diserahkan".

Dengan demikian dipahami bahwa tidak ada kekuasaan teritorial yang tidak berasal dari kepemilikan pribadi. Konstitusi Amerika Latin pertama sebagian besar adalah jenis ini, tetapi banyak lainnya tidak mengakibatkan pembatalan drastis seperti itu. Konstitusi Ekuador tahun 1830 adalah yang paling jelas. Ia menganggap penduduk asli sebagai "kelas yang tidak bersalah, hina, dan menyedihkan" dan menyatakan "para pendeta yang terhormat sebagai wali dan ayah alami mereka", dengan cara ini mempertahankan sistem perwalian.

Deklarasi Hak Guatemala, tahun 1839, tidak kalah jauh dalam hal ini. Secara khusus diproklamasikan bahwa "yang dilindungi khususnya adalah mereka yang karena jenis kelamin, usia, atau ketidak mampuan tidak dapat mengetahui dan mempertahankan hak-hak mereka sendiri", sehingga tidak hanya perempuan, tetapi juga orang dewasa lainnya dianggap sebagai anak di bawah umur. Masih ada yang secara tegas dipahami sebagai "masyarakat adat secara umum", yang tidak mampu mengetahui hak-hak mereka sendiri dan karena itu mungkin juga memahami lembaga yang sama asingnya dengan budaya mereka seperti halnya hak milik pribadi.

Posisi minoritas kualitatif penduduk asli (yang bagaimanapun merupakan mayoritas kuantitatif) dan perwalian yang sesuai, baik negara maupun gerejawi, tidak diwujudkan secara terbuka secara konstitusional, tetapi mereka mewakili politik saat ini. Venezuela sendiri, yang memulai dengan penegasan mutlak kewarganegaraan yang setara, pada tahun 1864 beralih ke rumusan konstitusional perwalian negara melalui sistem wilayah, kemudian pada tahun 1909 beralih ke jalan Gereja: “Pemerintah dapat merundingkan kedatangan misionaris yang akan menetap di wilayah Republik tempat penduduk asli tinggal untuk beradab”. Konstitusi Venezuela tahun 1963 saat ini melangkah lebih jauh, dengan menawarkan cakupan lebih lanjut: “undang-undang akan menetapkan sistem luar biasa yang diperlukan untuk melindungi penduduk asli dan pelibatan mereka secara progresif dalam kehidupan Bangsa” (Pasal 77).

Baik di Meksiko maupun di Argentina, dan dalam kasus atau fase lain dari perkembangan federal Negara-negara Amerika Latin, sistem teritori, yang diciptakan oleh Amerika Serikat, berfungsi untuk mengklaim dan memaksakan kekuasaan atas penduduk asli

yang merdeka. Pengaruh federalisme tidak asing bagi rancangan ini. Dan hukum internasional saat itu mendukungnya, tidak memahami kemungkinan untuk mengakui sebagai Bangsa dalam kondisi kesetaraan orang-orang yang diberkahi dengan wilayah dan hak dan mendahului kedatangan orang Eropa. Faktor eksternal ini, yang memiliki konsekuensi internal yang penting akan dipertimbangkan selanjutnya. Dari perspektif terakhir, dalam berbagai konstitusi yang berbicara tentang negara dan batas-batas tanpa mempertimbangkan bangsa, terdapat berbagai posisi antara ekstrem penaklukan total dan kemerdekaan penuh.

Ada berbagai macam praktik, dari perjanjian hingga perang, yang melewati setiap jenis mediasi dan penyelesaian, dan dengan kesamaan berkembang dan berkembang di pinggiran program dan mandat konstitusional; dan dengan menciptakan dan mempertahankan kekuasaan yang sewenang-wenang dan tak terbantahkan di pihak negara dan hak-hak yang lemah dan tidak pasti di pihak masyarakat adat, yang otonominya didasarkan pada adat istiadat dan praktik tetapi tidak dijamin oleh kekuatannya sendiri atau oleh pengakuan. Dari satu sistem ke sistem lain, dari kemauan eksplisit beberapa negara hingga kemunafikan negara lain, tampaknya tidak ada hukum umum yang ditetapkan. Bagaimana kemungkinan aturan hukum benar-benar meluas ke seluruh Bangsa?

Premis dari hasil ini terbukti dalam proklamasi awal kewarganegaraan umum. Penggabungan masyarakat adat harus berarti meninggalkan budaya masyarakat adat. Tanpa ini, tidak ada pengakuan hak; dengan persyaratan ini datanglah hilangnya otonomi yang definitif. Dinyatakan dalam istilah lain, negara perwalian, perwalian yang cukup signifikan karena ditujukan tidak hanya pada konversi agama tetapi juga pada transkulturasi hukum, selalu dipahami sebagai fase transisi yang diperlukan menuju jenis komunitas dan kewarganegaraan ini. Jadi, tidak ada banyak perbedaan antara ekstrem pertama dan terakhir dari evolusi konstitusional Venezuela.

Tentu saja tidak ada banyak perbedaan dalam prinsip-prinsip dasar kewarganegaraan dan perwalian. Yang membedakan satu pendekatan dari yang lain, model AngloAmerika dari model Amerika Latin, adalah masalah aksen, bukan paradigma. Keduanya bergerak antara inklusi dan eksklusi, yang pertama kolonial dan yang terakhir konstitusional.

Keduanya lebih suka menghindari komitmen konstitusional yang eksplisit; akan terlihat, bagaimanapun, bahwa komitmen ini tidak sepenuhnya tidak ada dan selalu signifikan. Kanada menggunakan amandemen, sementara Amerika Serikat menolak pendekatan ini. Teks konstitusional Uruguay, Chili, dan Kosta Rika tetap bungkam, bahkan dalam versi terbaru mereka tahun 1997.

Selama abad kesembilan belas, manifestasi konstitusional selalu sporadis. Mereka selalu berfokus pada agama, "pertobatan ke Katolik", seperti yang dinyatakan Argentina pada tahun 1853, atau "pertobatan ke Kristen dan peradaban", seperti yang ditetapkan Paraguay pada tahun 1870: sebuah program untuk masyarakat adat yang melibatkan hilangnya budaya mereka sendiri dan kesulitan lain yang tidak kalah konkretnya, seperti penyitaan tanah atau, jika terjadi perlawanan, pemusnahan.

Dengan datangnya abad baru, gambarannya tampak berubah. Di Ekuador, Peru, dan kemudian di Brasil, Bolivia, Ekuador, dan Guatemala, rumusan hukum yang sedikit lebih

menghormati keberadaan masyarakat adat mulai muncul; karena ini diorganisasikan secara otonom, mereka tidak memasukkan praduga konstitusional, bahkan jika tidak ada kompromi tentang apa yang berkaitan dengan kekuasaan negara dan ketidakpastian konsekuensinya atas hak apa pun yang tidak berasal darinya. Ekuador memulai dengan deklarasideklarasi yang menuntut pada tahun 1906 dan 1929: "Kekuasaan Publik harus melindungi etnis Indian berkenaan dengan peningkatan kehidupan sosialnya".

Peru mengikutinya pada tahun 1920: "Negara harus melindungi etnis pribumi", "Bangsa mengakui keberadaan hukum komunitaskomunitas pribumi" dan "hukum harus memberikan hak-hak yang sesuai". Negara melindungi, Bangsa mengakui dan Hukum menentukan hak-hak. Konstitusi Peru tahun 1933 mendedikasikan satu pasal penuh untuk komunitaskomunitas pribumi, mengakui "keberadaan hukum dan kepribadian hukum" mereka serta "integritas properti" dan otonomi dalam administrasi pendapatan dan properti sesuai dengan hukum: "negara harus memberikan undang-undang sipil, pidana, ekonomi dan administratif yang dibutuhkan oleh pribumi".

Pada tahun 1934 Brasil menawarkan pengakuan konstitusional atas kepemilikan tanah oleh indios. Pada tahun 1938 Bolivia, seperti Peru, menambahkan kata sifat legal, yang menunjukkan subordinasi kepada negara ke kata benda comunidad, yang berarti keseluruhan yang memiliki tatanannya sendiri dan memperkenalkan referensi kepada perundang-undangan yang berperan menentukan dalam keputusan politik. Selain itu, ada kewajiban untuk melembagakan "inti sekolah pribumi, termasuk aspek ekonomi, sosial, dan pedagogis" yang berfungsi sebagai bab dalam "pendidikan petani".

Semua ini dimasukkan dalam bagian tentang "kondisi petani", tanpa pengakuan apa pun terhadap budaya otonom dan dalam perspektif yang cenderung membatalkannya begitu saja. Posisi konstitusi Ekuador tahun 1945 juga tidak tampak berbeda ketika menyatakan bahwa "di sekolahsekolah di daerah yang mayoritas penduduknya adalah orang Indian, selain bahasa Kastilia, Quechua, atau bahasa asli yang sesuai harus digunakan". Konstitusi berikutnya yang dikeluarkan pada tahun 1946 mengubah bahasanya dengan menurunkan taraf kompromi hingga ke titik mereduksinya menjadi sekadar pendaftaran: pengajaran pendidikan "harus memberikan perhatian khusus kepada etnis pribumi", tanpa spesifikasi lainnya.

Pada tahun yang sama, 1945, Guatemala menegaskan dalam konstitusinya keberadaan "kelompok adat", mendeklarasikan kebijakan "manfaat dan kepentingan nasional" yang bertujuan pada peningkatan ekonomi, sosial, dan budaya mereka dan mempercayakan perlindungan "kebutuhan, kondisi, praktik, kebiasaan, dan adat istiadat" mereka kepada negara. Pada tahun 1965 negara berkomitmen "untuk perbaikan sosialekonomi kelompok adat dengan tujuan integrasi mereka dalam budaya nasional". Hingga tahun 1945, perspektifnya masih berupa pembatalan budaya adat, meskipun jaminan atas kepemilikan bersama dan apresiasi terhadap seni populer ditambahkan. Pada tahun 1967, Konstitusi Paraguay menyatakan bahwa "bahasa nasional republik ini adalah bahasa Spanyol dan Guaranì", menambahkan bahwa "bahasa Spanyol akan digunakan secara resmi", sambil mengabaikan bahasa lainnya.

Setelah tahun 1972, Konstitusi Panama menawarkan pengembangan lebih lanjut dari

posisi yang sama ini (Pasal 84, 104, dan 120–123). Negara mengakui "modelmodel budaya" dan bukan hanya bahasa-bahasa "kelompok-kelompok pribumi", sebagaimana negara menjamin "kepemilikan kolektif masyarakat adat". Aspek-aspek inilah yang tetap dipercayakan kepada negara, karena hanya tujuan-tujuan umum yang dinyatakan. Kebijakan-kebijakannya harus dikembangkan "sesuai dengan metodemetode ilmiah perubahan budaya". Pengakuanpengakuan positif itu sendiri harus dipahami sebagai sesuatu yang sementara.

Akan tetapi, reformasi konstitusional tahun 1928 secara prematur telah mengakui pembentukan "zonazona undang-undang khusus" yang menawarkan kepada masyarakat adat sejumlah otonomi di bawah perwalian dan dijamin oleh hukum. Beberapa dari "zonazona" ini mampu melengkapi diri mereka dengan undang-undang mereka sendiri, dengan mengutip hukum internasional tentang hak asasi manusia yang berlaku saat itu dengan tujuan untuk memperkuat diri mereka secara konstitusional berkenaan dengan hukum negara. Namun, mengenai dimensi supranegara ini akan dijelaskan lebih lanjut.

Kemudian diikuti oleh gelombang deklarasideklarasi konstitusional yang kurang lebih inovatif. Pada tahun 1978 Konstitusi Ekuador menambahkan pengakuan "harta milik bersama" sebagai salah satu sektor fundamental ekonomi pada perwalian aspek bahasa. Pada tahun 1982 Konstitusi Honduras menyatakan bahwa "negara harus melestarikan dan mengembangkan budaya asli", dengan memperhatikan "perlindungan hak dan kepentingan masyarakat adat yang ada di negara ini" (Pasal 172, 173, dan 346).

Pada tahun 1983 Konstitusi El Salvador menegaskan bahwa "bahasa asli yang digunakan di wilayah nasional merupakan bagian dari warisan budaya dan harus dilestarikan, disebarkan, dan dihormati" (Pasal 62). Dalam kasus ini, setidaknya rumusan yang lebih bermartabat digunakan, tanpa berbicara secara eksplisit tentang perwalian, tanpa memberikan ekspresi konstitusional pada pendekatan semacam "perwalian". Budaya dibicarakan di tempat yang dulunya orang berbicara tentang kurangnya peradaban.

Pada tahun 1985 Konstitusi Guatemala memperluas panorama dengan pengakuan atas "hak orang dan komunitas atas identitas budaya mereka sendiri, sesuai dengan nilai, bahasa, dan adat istiadat mereka sendiri", yang kemudian merumuskan kembali aturan tentang properti: "komunitas adat atau komunitas jenis lain yang secara historis memiliki tanah sebagai properti dan secara adat mengelolanya dengan cara khusus akan mempertahankan sistem itu" (Pasal 58, 66–76, dan 143). Tampaknya ada perubahan perspektif sejauh pengakuan tersebut tampaknya didasarkan pada hak individu dan karenanya tidak pasti atau sementara; namun inovasi ini tidak menjadi efektif, karena semuanya tetap bergantung pada "hukum khusus" yang, terlepas dari penerapannya yang sebenarnya, merupakan kewenangan negara untuk mewujudkan hak ini.

Itu adalah medan di mana pengakuan lain akan muncul, dengan integrasi yang terkadang signifikan. Pada tahun 1987 Konstitusi Nikaragua memperkenalkan sistem otonomi teritorial melalui tindakan legislatif untuk wilayah yang penduduk aslinya dominan (Pasal 8, 11, 89–91, 180, dan 181). Pada tahun 1988 konstitusi Brasil mempercayakan identifikasi dan penentuan batas wilayah kepada undang-undang (Pasal 49.16, 215, dan 231). Pada tahun 1991 Konstitusi Kolombia, dengan mempertimbangkan "keragaman etnis dan budaya Bangsa",

menyetujui otonomi melalui undang-undang dan mengatur partisipasi minoritas penduduk asli dalam legislatif (Pasal 7, 10, 171, 176, 286–288, 329, dan 330).

Pada tahun 1992 Meksiko memberikan pengakuan tidak hanya terhadap bahasa dan adat istiadat, tetapi juga budaya yang sebenarnya: "Bangsa Meksiko memiliki komposisi multikultural yang bentuknya berasal dari penduduk aslinya" (Pasal 4). Untuk mencapai tujuan tersebut diperlukan undang-undang yang umum. Namun, pada saat yang sama, beberapa jaminan untuk kepemilikan bersama yang diatur dalam Konstitusi Meksiko tahun 1917 (Pasal 27.7) dibatalkan.

Pada tahun 1992, Paraguay juga menegaskan kembali pengakuannya terhadap multikulturalisme: "Konstitusi ini mengakui keberadaan masyarakat adat, yang didefinisikan sebagai kelompok dengan budaya yang mendahului pembentukan dan organisasi negara Paraguay", yang diterjemahkan ke dalam hak atas "identitas etnis" dan "kepemilikan bersama". "Paraguay adalah Negara multikultural dan bilingual", dan ini akan diberlakukan melalui undang-undang (Pasal 62–67, 77, dan 140).

Pada tahun 1993 Peru secara konstitusional mengakui "keberagaman etnis dan budaya bangsa", namun dalam Konstitusi itu sendiri orientasinya adalah pada pendekatan multibahasa yang lebih condong ke bahasa Kastilia dan pada sistem "komunitas petani dan penduduk asli" yang cenderung, seperti dalam kasus Meksiko, untuk mendukung privatisasi yang ditutupi oleh pengakuan konstitusional itu sendiri (Pasal 2.19, 17, 48, 88, 89, dan 149).

Pada tahun 1994 Konstitusi Argentina melangkah lebih jauh dengan mengakui keberadaan dan identitas budaya dan tanah adat, dengan mempercayakan pengaturan masalah tersebut kepada hukum (Pasal 75.17). Pada tahun yang sama Bolivia mendeklarasikan dirinya secara konstitusional sebagai "multietnis dan multikultural" serta "Republik kesatuan". Konstitusi Bolivia mengakui "hak sosial, ekonomi, dan budaya masyarakat adat yang tinggal di wilayah nasional" atau masyarakat adat, yang dipahami secara lebih khusus sebagai subjek kolektif dengan kepribadian hukum (Pasal 1 dan 171). Masalah tersebut tidak lagi dilimpahkan ke undang-undang, tetapi negara tetap memiliki kewenangan untuk membuat dan menjalankan hukum, bahkan untuk masalah yang menyangkut masyarakat yang terorganisasi sebagai komunitas otonom.

Ekuador melangkah lebih jauh lagi. Selain pengakuan terhadap multikulturalisme pada tahun 1996, pada tahun 1998 negara ini juga menghasilkan konstitusi baru yang benar-benar inovatif, berkat perhatian yang diberikan kepada hak-hak dan budaya masyarakat adat (Pasal 1, 3.1, 23.22, 24, 62, 66, 69, 83–91, 97.20, 191, 224, dan 241). Pengakuan terhadap pluralitas budaya dan "kesetaraan dan kesetaraan" masing-masing budaya disajikan sebagai cara untuk "memperkuat identitas nasional dalam keberagaman" dalam kerangka "antarbudaya".

Gagasan tentang substratum nasional bersama juga mengalami kemajuan: "masyarakat adat, yang mendefinisikan diri mereka sebagai bangsa dengan akar leluhur, dan masyarakat kulit hitam atau AfroEkuador merupakan bagian dari negara Ekuador, satu dan tak terpisahkan". "Bahasa Kastilia adalah bahasa resmi"; "bahasa leluhur" juga berlaku "bagi masyarakat adat, menurut ketentuan yang ditetapkan undang-undang". Hal ini merupakan penekanan berulang, seperti semacam tanda kurung pengecualian, dalam berbagai bab

Konstitusi. Di antara hak-hak yang ditetapkan, terdapat hak “ikut serta dalam kehidupan budaya masyarakat” dan hak “identitas, sesuai dengan undang-undang”.

Sementara konstitusionalisme Amerika Latin telah berkembang dalam bahasa Kastilia, terdapat sebuah pasal dalam Konstitusi Ekuador tahun 1998, dengan judul “tugas dan tanggung jawab”, dalam sebuah idiom yang berbeda dari bahasa konstitusional kedua di Amerika, yaitu bahasa Inggris, dan juga berbeda dari bahasa-bahasa lain yang berlaku saat ini, yaitu bahasa Portugis dan Prancis, sebuah idiom yang bahkan tidak berasal dari Eropa: Ama quilla, ama llulla, ama shua, yaitu “jangan malas, jangan berbohong, jangan mencuri” dalam bahasa Quechua, lingua franca utama di antara bahasa-bahasa asli di wilayah Andes, termasuk terutama Peru dan Bolivia. Terdapat pula perluasan dari motto tersebut. Mungkin tampak seperti sebuah bagian yang spontan dan tidak penting dalam sebuah teks konstitusional, tetapi merupakan tanda yang relevan dan sesuai sebagai ungkapan rasa kebersamaan.

Berdasarkan data hingga tahun 1998, tidak dapat dikatakan bahwa keberadaan penduduk asli telah diabaikan oleh sebagian besar konstitusi. Akan tetapi, konstitusionalisme tertentu, yang didasarkan pada budaya perbedaan dan otoritas, terus mengabaikannya. Hingga saat ini, meskipun proses ini "penuh petualangan" dalam hal konstitusional, hasilnya sangat sedikit bagi masyarakat adat. Identifikasi diri beberapa masyarakat sebagai suatu kebangsaan dalam kondisi yang setara dengan yang lain, tanpa mengecualikan mereka yang berasal dari Eropa, secara tidak langsung tampak di Ekuador saat ini sebagai bentuk denominasi diri yang tidak memiliki signifikansi yang tepat dalam hal pengakuan konstitusional dan dampak kelembagaan yang jelas.

Dalam seluruh kerangka konstitusi Ekuador, keberadaan penduduk asli diperhitungkan, tetapi bukan dalam hal ini kerangka konstitusional direstrukturisasi. Masalah tersebut sudah muncul dalam bab tentang hak, di mana hak tidak muncul begitu saja, dalam arti yang sebenarnya, karena perwujudannya selalu dipercayakan kepada undang-undang, sehingga kondisi pribumi tunduk pada ukuran-ukuran biasa lembaga-lembaga politik. Lembaga-lembaga ini tampak lebih asing daripada pribumi, lebih terbatas daripada umum.

Untuk melengkapi panorama Amerika Latin, perlu disebutkan pula, meskipun hanya secara ringkas, sebuah instrumen pengakuan internasional atas keberadaan masyarakat adat yang dianggap bernilai konstitusional di beberapa negara bagian di wilayah ini. Acuannya adalah Pakta 169 tahun 1989 dari Organisasi Perburuhan Internasional mengenai “Masyarakat Adat dan Suku di Negara-negara Merdeka”, yang saat ini telah diratifikasi oleh Meksiko, Kolombia, Bolivia, Kosta Rika, Paraguay, Peru, Honduras, Guatemala, dan Ekuador. Demi singkatnya, dapat dikatakan bahwa Pakta ini menganggap tingkat pengakuan terhadap masyarakat adat setara dengan perkembangan konstitusional terbaru yang diilustrasikan sebelumnya. Ini adalah hukum Negara-negara bagian ini.

Di beberapa negara bagian, seperti di Kosta Rika, hal itu dapat mengimbangi kurangnya indikasi konstitusional. Di Negara-negara bagian lain, seperti di Honduras, hal itu dapat meningkatkan signifikansi mereka. Dalam kasus apa pun, hal itu memperkuat mereka. Dalam kasus apa pun hal itu tidak mengubah sifat mereka. Hal ini terus menjadi dispensasi yang diberikan oleh mereka yang menolak pengakuan hak-hak masyarakat yang sudah tinggal di

wilayah mereka. Namun, ada kompromi. Ada kesan bahwa beberapa negara, seperti Chili, menolak pengakuan konstitusional dan ratifikasi Pakta ini, dan lebih memilih untuk menggunakan prosedur hukum biasa yang lebih mudah.

Dari sudut pandang konstitusional, dalam visi negara yang lebih legal, ada, jika bukan hak otonomi aktual masyarakat adat, setidaknya ada hak atas pengakuan wajib, yang tidak hanya melegitimasi tetapi juga menentukan sistem hubungan bersama. Hal ini tidak ada hubungannya dengan multikulturalisme, dengan paradigma yang benar-benar dapat membangun supremasi hukum, jika bangsa itu sendiri tidak terbuka terhadap pluralisme, tidak mulai mengakui keberagaman yang ada, pluralitas budaya, dan subjek kolektif yang diberkahi dengan sistem dan kekuasaan mereka sendiri. Hak-hak efektif masyarakat adat muncul dan sebagian besar terus diturunkan ke pinggiran konstitusi, di luar jangkauan mandat konstitusional negara. Bisakah aturan hukum yang nonilusi terbentuk dalam situasi seperti ini?

13.3 ATURAN HUKUM BANGSA-BANGSA: SELURUH AMERIKA

Mungkinkah ada aturan hukum untuk benua Amerika yang tidak menyiratkan situasi apartheid (karena itulah hasilnya) bagi penduduk asli, bagi mereka yang memiliki wilayah, komunitas, dan hak yang mendahului kehadiran Eropa dan pembentukan negara? Apakah ada aturan hukum Amerika yang bukan ilusi Bangsa-Bangsa, yang merugikan rakyat? Mungkin. Apartheid sendiri, seperti yang telah ditunjukkan dengan sangat jelas di Afrika Selatan, dapat dengan sempurna menjadi aturan hukum, hukum negara yang mematuhi suatu sistem dan menghormatinya.

Di benua Amerika sebenarnya ada status iuris gentium, terutama aturan hukum Bangsa-Bangsa, hukum internasional dalam semua perluasannya. Kita telah merujuk pada fakta bahwa, pada akhir abad kesembilan belas, Negara-negara bagian Amerika mampu menikmati keuntungan dari sistem antarnegara umum, yang mendukung dan mendukung anggapan kedaulatan dan klaim distribusinya atas seluruh wilayah Amerika, seolah-olah tidak ada wilayah independen dari masyarakat adat atau populasi aktual di wilayahwilayah ini, seolah-olah kehadiran mereka secara harfiah tidak terlihat. Ini adalah faktor penting dalam memahami ilusi supremasi hukum di benua Amerika. Posisi yang diberikan kepada masyarakat adat bukanlah ciptaan negara, masing-masing negara sendiri. Antara pengecualian dan inklusi, ada kebetulan dasar yang setidaknya bersifat simptomatis.

Perwalian, dan semua yang tersirat dalam hal pengurangan peran dan netralisasi hak, adalah ciptaan ius gentium. Ius ini adalah hukum yang, sejak abad pertengahan, telah menganggap Eropa sebagai Satu-satunya umat manusia, tanpa memperhitungkan masyarakat dunia lainnya, dan yang menampilkan dirinya sebagai ius naturale, sebagai hukum alam, oleh karena itu sebagai perintah wajib. Dan wali, seperti yang kita ketahui, memiliki banyak kekuasaan diskresioner. Ia dianggap mengetahui kepentingan orang yang diwalinya lebih baik daripada orang yang diwalinya sendiri.

Seperti yang pernah terjadi pada masa Monarki dan Gereja, pada saat itu Gereja dan negara bagian mengetahui apa yang dibutuhkan penduduk asli Amerika. Dengan demikian, tidak ada hukum yang dapat digunakan untuk menentang kebijaksanaan perwalian. Bahkan

ketika hal ini tidak dijelaskan atau ditetapkan, seperti dalam beberapa kasus awal atau dalam perkembangan terkini lainnya, posisi dasar ini dipertahankan. Negara-negara merasa bahwa mereka tidak hanya diberi kekuasaan tetapi juga ilmu pengetahuan dalam mengelola penduduk asli, seperti manusia pasif yang tidak mampu memperhatikan kepentingannya sendiri.

Degradasi beberapa gentes sehubungan dengan yang lain dan orang Eropa bukanlah penemuan konstitusional. Ia berasal dari abadabad sebelumnya dan bahkan diperparah menjelang momenmomen krusial tertentu, ketika apa yang disebut sebagai aturan hukum sudah terbentuk. Otoritas yang paling dihormati pada periode pembentukan banyak negara bagian Amerika digunakan, otoritas yang dikenal dunia, baik Anglo-Saxon maupun Latin: Droit des Gens karya Emmerich de Vattel. Sekitar pertengahan abad kedelapan belas, cara yang cukup jelas untuk mendefinisikan aturan hukum, termasuk negara konstitusional, ditemukan. Namun di sini kita menemukan rumusan restriktif yang mengarah pada pengucilan kolonial terhadap penduduk asli, terhadap manusia yang hadir di wilayah Amerika sebelum orang Eropa.

Kita harus menganalisis terutama kategori Nation ou État, negara yang diidentikkan dengan Nation, lembaga politik yang diciptakan oleh manusia untuk melindungi diri mereka sendiri dan memperoleh manfaat serta keamanan dengan menyatukan kekuatan mereka, dan diberkahi untuk memenuhi tujuan ini dengan kekuatan kedaulatan atau pemerintahan sendiri, sebagai negara berdaulat sejati. Bentuk yang mewujudkan semua ini adalah konstitusi, yang membentuk konstitusi negara.

Semua kategori ini didefinisikan dalam istilah umum sehingga tampaknya seluruh umat manusia dapat menggunakan rumus nasional, negara, dan konstitusi, untuk memperoleh perlindungan yang baik bagi diri mereka sendiri. Namun, ketergantungan pada negara asing merupakan tanda peringatan. Terlepas dari penerapan lainnya, tema yang dibahas sudah muncul dalam beberapa cara dalam konteks yang tidak persis seperti kemungkinan adanya bangsa dan kemungkinan adanya negara dan konstitusi.

Kita berbicara tentang Amerika. Kita melihatnya dikutip dalam sebuah bab tentang "kewajiban alami untuk mengolah tanah" atau di bab lain yang membahas masalah "apakah diperbolehkan untuk menduduki sebagian wilayah negara yang hanya dihuni oleh masyarakat nomaden dan dalam jumlah kecil", di mana prasangka terhadap penduduk asli menandakan bahwa jawaban atas pertanyaan itu akan berupa afirmatif. Ini adalah "pertanyaan yang terkenal, yang sebagian besar diangkat oleh 'penemuan' Dunia Baru": gagasan penemuan itu sendiri memperkuat skenario yang penuh prasangka.

Dari konteks inilah jawabannya muncul: "masyarakat Eropa, yang terlalu dibatasi di negara mereka sendiri, menemukan wilayah yang tidak dibutuhkan oleh orang-orang biadab dan tidak digunakan saat ini dan terus menerus, dapat secara sah mendudukinya dan mendirikan Koloni". Jika ada keberatan, itu karena kolonialisme Spanyol, bukan Anglo-Saxon, sejauh yang pertama bertindak terlalu jauh dalam dominasi langsungnya terhadap penduduk asli. Dalam kasus ini tidak disebutkan tentang perwalian, yang sudah ada bagi sebagian orang dan akan berlaku bagi sebagian lainnya, karena kita sudah berada dalam posisi konstitusional

awal yang mengecualikan, yang merupakan dasar konstitusionalisme Amerika Serikat di masa awal.

Eropa, yang diperluas ke "Dunia Baru", adalah subjek hukum Bangsa-Bangsa, hukum masyarakat ini. Les peuples de l'Europe, masyarakat Eropa, adalah mereka yang diperhitungkan, dan yang dapat diperhitungkan, dengan memanfaatkan hak-hak mereka sebagai bangsa, lembaga negara, dan sistem konstitusional. Sisanya adalah les sauvages, orang-orang biadab, orang-orang yang dianggap tidak memiliki budaya, populasi dengan kredensial yang lebih rendah, kehilangan hukum mereka sendiri dalam arti sempit, berakar di wilayah mereka sendiri, dan berhadapan dengan kehadiran Eropa.

Ini adalah kerangka normatif yang didasarkan pada anggapan budaya tertentu, dengan konsekuensi bahwa aspek-aspek yang sangat penting bagi keberadaan dan perlindungan semua orang, seperti bangsa, negara, dan konstitusi, tidak dapat diakses oleh semua orang. Orang-orang yang tetap merdeka di Amerika dan memiliki kebudayaan nonEropa tidak dapat mengklaim kedudukan yang setara secara hukum dan politik dengan penduduk yang berasal dari dan berbudaya Eropa; hanya dari Eropalah bangsa, negara bagian, dan Konstitusi dapat bangkit.

Mari kita melompat kembali ke masa lalu, yang tidak diragukan lagi tepat waktu, mengingat ada kesinambungan tertentu. Skenario internasional, antarnegara, atau antarkonstitusional yang telah digambarkan berlanjut secara substansial setidaknya hingga tahun 1960, hingga tanggal Deklarasi tentang Pemberian Kemerdekaan kepada Negara-negara dan Masyarakat Kolonial dari Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa, meskipun Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia sendiri, yang pada tahun 1948 pada kenyataannya mempertahankan diskriminasi kolonial ini di antara masyarakat, seolah-olah tidak peduli dengan kebebasan individu (Pasal 2.2). Pada tahun 1960 Deklarasi ini menegaskan bahwa "penaklukan masyarakat terhadap penaklukan, dominasi, dan eksploitasi asing merupakan penyangkalan terhadap hak asasi manusia yang fundamental", untuk kemudian melangkah lebih jauh dengan mengakui bahwa tidak hanya negara yang didirikan, tetapi juga "semua orang memiliki hak untuk menentukan nasib sendiri" (Pasal 1 dan 2). Itu adalah langkah maju yang, pada saat itu, tidaklah memadai tetapi yang pada akhirnya akan menyangkut penduduk asli benua Amerika.

Menurut Perserikatan Bangsa-Bangsa, kualifikasi asing yang dikaitkan dengan dekolonisasi sejak awal mengecualikan, untuk benua Amerika, hipotesis adanya hubungan kolonial di dalam Negara-negara di benua itu. Kriteria yang digunakan untuk mengidentifikasi masyarakat baru yang mampu menegaskan diri mereka sebagai bangsa dan membentuk diri mereka sebagai negara adalah dari jenis kolonial: populasi di luar batas negara penjajah dan sesuai dengan batas yang membagi koloni itu sendiri. Masyarakat dapat dipahami sebagai populasi yang membentuk negara tetapi, dengan cara ini, asimilasi antara kedua bagian dianggap sudah pasti, mengabaikan masalah entitas lain di dalam negara. Istilah Bangsa, seperti dalam nama Perserikatan Bangsa-Bangsa, yang anggotanya sebenarnya adalah negara, melanggengkan masalah ini.

Dengan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia tahun 1948, dan kompromi dekolonisasi

tahun 1960 yang dilakukan atas namanya, di bawah dorongan Perserikatan Bangsa-Bangsa sendiri, Negara-negara Amerika didorong jauh melampaui titik yang mereka maksudkan (seperti yang telah terlihat) untuk dicapai. Telah disebutkan Konferensi Organisasi Perburuhan Internasional tahun 1989, sebuah badan khusus Perserikatan Bangsa-Bangsa. Sejak tahun 1958, hak asasi manusia telah dikembangkan; sementara itu, kontroversi telah muncul yang telah menghasilkan yurisprudensi dalam hal ini di dalam Perserikatan Bangsa-Bangsa sendiri. Baik Deklarasi maupun yurisprudensi relevan.

Dua instrumen hukum mengatur pengembangan hak asasi manusia, Kovenan tentang Hak Sipil dan Politik tahun 1966, dan Deklarasi tentang Hak-hak Orang yang Termasuk dalam Minoritas Nasional atau Etnis, Agama, atau Bahasa tahun 1992, yang telah ditambahkan Deklarasi tentang Hak-hak Penduduk Asli, yang meskipun hanya sebuah proyek, telah diformalkan. Kovenan 1966 lebih relevan dalam hal ini daripada Kovenan tentang Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya yang bersifat paralel dan simultan, meskipun ada kata sifat "budaya", karena yang pertama lebih mengakui hak atas budaya tertentu, dan bukan budaya yang bersifat universal.

Selain itu, Kovenan tersebut menambahkan protokol yang membentuk Komite Hak Asasi Manusia, badan peradilan yang lebih independen daripada sistem pemeriksaan umum yang diwujudkan melalui pertukaran dan pertemuan antara Negara-negara dan Perserikatan Bangsa-Bangsa. Kedua Konvensi memasukkan deklarasi hak semua orang untuk menentukan nasib sendiri sebagai pasal pertama. Dengan cara ini, mereka mensyaratkan (seperti halnya lampiran pada badan peradilan) agar mereka mulai berlaku, bertentangan dengan Deklarasi, ratifikasi khusus dan karenanya lebih mengikat dari pihak Negara-negara.

Kovenan Hak Sipil dan Politik, selain pasal pertama tentang hak kolektif untuk menentukan nasib sendiri yang telah disebutkan, terdiri dari daftar hak individu, termasuk hak atas budaya sendiri: "Di Negara-negara yang memiliki minoritas etnis, agama, atau bahasa, orang-orang yang termasuk dalam minoritas tersebut tidak boleh ditolak haknya, dalam komunitas dengan anggota kelompok lainnya, untuk menikmati budaya mereka sendiri, untuk menjalankan dan menjalankan agama mereka sendiri, atau untuk menggunakan bahasa mereka sendiri" (Pasal 27). Karena ini bukan hak kolektif, hak ini melekat pada individu dan bukan pada minoritas itu sendiri.

Kita harus menjadi suatu bangsa agar dapat mengandalkan hak-hak yang diakui oleh kovenan ini, hak-hak yang terdapat dalam pasal pertama. Komite Hak Asasi Manusia, tempat warga negara yang menerima yurisdiksinya dapat mengajukan permohonan dan mengadili masalah-masalah yang timbul. Komite ini telah menerima klaim atas hak untuk menentukan nasib sendiri, yang dinyatakan dalam pasal pertama Kovenan tentang Hak Sipil dan Politik, oleh sejumlah orang yang tidak dibentuk sebagai negara, seperti yang terjadi dengan inisiatif penduduk asli Kanada. Kanada segera meratifikasi hak-hak ini.

Komite Hak Asasi Manusia tidak dapat menanggapi permintaan ini karena alasan prosedural. Perserikatan Bangsa-Bangsa yang membentuknya, Protokol Kovenan yang memberdayakannya, Kovenan itu sendiri yang menyusunnya, dan Negara-negara yang menerimanya tanpa syarat mengakui legitimasi hanya hak-hak individu dan bukan hak-hak

kolektif. Dengan kata lain, Komite tidak dapat memberikan penilaian atas hak-hak masyarakat yang dinyatakan dalam pasal pertama, tetapi hanya pada kasus-kasus individual sebagaimana diatur dalam pasal-pasal yang tersisa.

Namun, ini bukan penyangkalan atas keberadaan hak kolektif utama ini, tetapi hanya kemungkinan untuk memanfaatkannya melalui jalur peradilan ini. Yurisprudensi secara tegas menyatakan bahwa pengakuan dan pelaksanaan hak untuk menentukan nasib sendiri tidak terpenuhi dan tidak terpenuhi dengan dekolonisasi, kriteria yang jelas-jelas dihindari untuk dijadikan jalan keluar.

Komite Hak Asasi Manusia tidak berpendapat bahwa persyaratan tersebut hanya terpenuhi dalam kasus "penaklukan, dominasi, dan eksploitasi oleh orang asing", sebagaimana ditegaskan, dengan segala konsekuensinya, oleh pasal pertama Deklarasi 1960. Sekarang dipahami bahwa pertanyaan tersebut ada, karena perbedaan di antara masyarakat, bahkan dalam konteks kedekatan yang lebih besar atau dalam kasus penyertaan dalam negara yang sama. Kriteria dekolonisasi telah diatasi dengan tepat. Bagi badan peradilan Perserikatan Bangsa-Bangsa ini, masalahnya tetap terbuka.

Komite Hak Asasi Manusia juga menyusun yurisprudensi tentang Pasal 27, yang terkait dengan hak atas budaya tertentu, hak yang haknya bersifat individual dan pelaksanaannya bersifat sosial. Hingga saat ini belum ada cukup banyak kasus untuk menggambarkan garis penafsiran. Mengingat adanya ketegangan, yang menjadi ciri khas pasal ini, antara hak individu dan konteks kolektif, dalam hal apa pun tidak mungkin untuk melangkah lebih jauh dengan mempertimbangkan hak kolektif, yang berbeda dari hak negara, yang memberikan kekuatan pada tuntutan individu, tetapi tetap saja ada arahan yang ditunjukkan.

Hak atas budaya tidak lagi muncul hanya sebagai hak atas bahasa sendiri atau bentuk-bentuk komunikasi dan koeksistensi lainnya, tetapi juga mencakup, misalnya, hak atas wilayah sendiri dan cara-cara memanfaatkan sumber daya sendiri. Itu juga dianggap sebagai budaya dan karenanya dilindungi oleh Pasal 27, yang mendekati ranah hak kolektif yang tidak diakui, seperti yang telah kami katakan, karena alasan yang lebih bersifat prosedural daripada substansial.

Ada inovasi lain dalam Perserikatan Bangsa-Bangsa: misalnya pertanyaan tentang minoritas itu sendiri, dari kategori ini yang berfungsi untuk menentukan ruang lingkup Pasal 27 Kovenan tentang Hak Sipil dan Politik. Ini bukanlah konsep baru untuk indikasi kelompok manusia. Ini telah digunakan oleh badan sebelumnya, Liga Bangsa-Bangsa. Perserikatan Bangsa-Bangsa telah menggunakan istilah ini sejak awal, bahkan memberi nama pada salah satu lembaganya yang paling aktif, SubKomisi Pencegahan Diskriminasi dan Perlindungan Minoritas. Ini adalah istilah yang berfungsi untuk mengidentifikasi keberadaan kelompok yang diberkahi dengan konstitusi dan budaya mereka sendiri yang tepat, tetapi tanpa negara mereka sendiri.

Oleh karena itu, kriterianya sejak awal bersifat kualitatif, bukan kuantitatif. Ini dapat dan memang diterapkan tanpa raguragu, oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa, bahkan untuk populasi yang merupakan mayoritas di dalam negara yang bersangkutan, yang bagaimanapun juga merupakan negara yang mengidentifikasi dengan budaya yang berbeda. Bahwa minoritas

dari sudut pandang hukum mungkin merupakan mayoritas de facto menurut standar evaluasi negara terjadi kadang-kadang di Amerika Latin, terlepas dari semua kebijakan imigrasi. Meskipun bahasa semacam perwalian tidak ada, ada kesinambungan tertentu dengan bahasa yang lebih jelas bersifat kolonial dari anak di bawah umur yang permanen.

Mengingat bahwa konsep minoritas kualitatif, terlebih lagi, diperluas ke seluruh populasi, terlepas dari apakah itu kuantitatif atau tidak, adalah mungkin untuk memahami aktivitas SubKomisi yang disebutkan di atas untuk tujuan perlindungan. Ada banyak kasus di mana negara tidak mendapatkan perlindungan apa pun dan karenanya minoritas secara definisi kehilangan kemungkinan untuk membantu dirinya sendiri. Tetapi dekolonisasi tidak berhenti memengaruhi masalah kita. Ada minoritas yang, setelah diakui sebagai masyarakat, menghilang ketika negara terbentuk; dan ada yang lain yang, tanpa mendapatkan pengakuan, tetap lebih terlihat justru karena mereka telah dikecualikan dari transformasi tersebut.

Faktanya adalah bahwa selama beberapa dekade terakhir SubKomisi Pencegahan Diskriminasi dan Perlindungan Minoritas tidak hanya melihat peningkatan pekerjaannya, tetapi juga harus dengan tegas mengajukan masalah objek dan tujuannya, dengan urgensi yang tidak terpikirkan di masa kolonialis yang lebih terbuka. Pertanyaan kuncinya adalah keberadaan masyarakat, bukan hanya kelompok minoritas, yang tidak mendapatkan jaminan dari perspektif hak asasi manusia, perspektif yang tidak ditetapkan pada tahun 1948, tetapi pada tahun 1966. Bentuk yang digunakan dalam Konvensi, dengan pasal pertama tentang hak kolektif, hak masyarakat untuk menentukan nasib sendiri, dan perluasan hak individu, menggambarkan tema yang mendasarinya. Sehubungan dengan deklarasi tahun 1960 tentang dekolonisasi, titik tolaknya bukanlah pengulangan, tetapi integrasi.

Hak asasi manusia individu ditetapkan dengan asumsi hak asasi manusia kolektif sebagai premis. Hak setiap masyarakat atas kebebasan mereka sendiri merupakan syarat kebebasan individu. Acuan dibuat, yaitu, kepada individu yang keberadaannya ditetapkan, kehidupan berkembang, identitas terbentuk bukan dalam kemanusiaan yang tidak berdiferensiasi, tetapi dalam budaya tertentu, nasional atau yang diadopsi. Jika tidak, negara itu sendiri sudah cukup. Mungkin bahkan satu negara saja sudah cukup. Selain dekolonisasi, masalah utama yang dihadapi Perserikatan Bangsa-Bangsa adalah masalah penduduk asli, penduduk yang dijajah dan diintegrasikan tanpa adanya keputusan dari pihak mereka sendiri di Negara-negara konstitusional yang masih asing bagi mereka.

Perlu diingat bahwa, menurut statistik yang dikeluarkan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa sendiri, kondisi ini, yang dapat disebut penduduk asli, menyangkut sekitar 400 juta orang, 40 juta di antaranya berada di benua Amerika. Namun, masalah hak bukanlah kuantitatif; melainkan terutama kualitatif. Salah satu karakteristik, meskipun tidak eksklusif, dari benua Amerika adalah bahwa tatanan konstitusional, yang awalnya dan masih demikian di beberapa negara bagian, telah mengabaikan keberadaan tidak hanya sebagian tertentu dari populasi tersebut tetapi juga seluruh populasi. Ada banyak orang tanpa pengakuan apa pun yang bahkan saat ini dirampas hak asasi manusia untuk menentukan nasib sendiri, hak yang merupakan premis sosial kebebasan individu.

Perserikatan Bangsa-Bangsa telah menangani masalah tersebut, dengan merumuskan

sebuah proyek untuk Deklarasi Hak-hak Masyarakat Adat, yang memiliki kepentingan ganda karena tidak membatasi dirinya pada usulan untuk mengakui mereka sebagai masyarakat. Pengakuan masyarakat sebagai subjek kolektif yang diberkahi dengan hak menentukan nasib sendiri merupakan inovasi pertama. Namun, ada inovasi lain yang tidak kalah penting, yaitu perhatian yang diberikan pada masalah tentang apa yang terjadi ketika masyarakat dan negara tidak sejalan. Perbedaan harus dibuat antara kedua konsep ini dan perlu untuk mengeksplorasi kemungkinan bagaimana keduanya dapat dibuat selaras, tanpa membatalkan hak masyarakat untuk menentukan nasib sendiri.

Dengan kata lain, proses yang terbuka, yang memungkinkan munculnya subjek-subjek ini secara formal, masyarakat, adalah proses penyebaran bukan kedaulatan tetapi otonomi, otonomi yang bagaimanapun diakui dan dijamin secara internasional di hadapan Negara-negara masing-masing. Masyarakat dan bukan negara bertanggung jawab tidak hanya atas hak-hak mereka sendiri tetapi juga atas tingkat dan bentuk komunikasi dan partisipasi. Otonomi internal itu sendiri menjadi ekspresi penentuan nasib sendiri, baik dengan tetap melibatkan rakyat dalam negara atau dengan menjalankan kebebasan kolektif ini, jika memungkinkan.

Untuk saat ini, ini adalah sebuah proyek. Dalam lingkup hukum internasional tentang hak asasi manusia, Komite Hak Asasi Manusia dan dalam yurisprudensinyalah yang paling penting dan relevan secara topikal. Akan tetapi, ada inovasi lain. Segala sesuatu yang telah diusulkan dan dibahas mengenai hak-hak masyarakat adat, kolektifitas yang tidak dapat dijelaskan secara memadai dengan kategori minoritas, tentu saja telah memengaruhi instrumen baru (bukan sekadar proyek) dalam pengembangan hak asasi manusia: Deklarasi tentang Hak-hak Orang yang Termasuk dalam Minoritas Nasional atau Etnis, Agama, atau Bahasa, yang dikeluarkan pada tahun 1992.

Instrumen baru ini secara tegas disajikan sebagai evolusi dari Pasal 27 Kovenan tentang Hak Sipil dan Politik yang disebutkan sebelumnya. Judulnya tampaknya tidak menjanjikan banyak inovasi ketika menentukan bagaimana hak-hak individu dan juga hak-hak "orang-orang yang termasuk dalam kelompok minoritas" harus diperlakukan. Salah satu inovasi yang tidak diragukan lagi adalah kualifikasi nasional untuk kata minoritas, sedangkan bangsa sampai saat itu hanya sesuai dengan negara, seperti yang terus terjadi dalam nama Perserikatan Bangsa-Bangsa, ditempatkan sebelum kelompok etnis, agama, dan bahasa, yang telah muncul dalam artikel yang disebutkan sebelumnya tahun 1966.

Dan ada inovasi substansial, meskipun tidak di awal. Hak-hak yang dideklarasikan sebenarnya adalah hak individu dan penggunaan kolektif, dengan kontradiksi yang telah kita lihat terjadi ketika tidak ada, seperti dalam kasus ini, hak yang dikaitkan dengan kolektivitas itu sendiri. Minoritas terus menjadi lingkup kebebasan individu yang budayanya tidak dapat mengandalkan perlindungan negara mereka sendiri. Ada orang-orang yang beruntung memiliki perlindungan ini dan mereka yang tidak dapat memanfaatkannya secara kolektif dan karena itu harus sangat bergantung pada negara dengan budaya yang berbeda.

Akan tetapi, inovasi ini berlaku bagi penduduk asli yang, karena belum ada Deklarasi yang mengaturnya, tetap menjadi minoritas, yang terus memanfaatkan perlakuan yang

ditetapkan dalam tatanan internasional. Kini, melalui Deklarasi tentang Hak-hak Orang yang Termasuk Minoritas Nasional atau Etnis, Agama, atau Bahasa, ada komitmen bahwa "tindakan yang diambil oleh negara untuk menjamin" hak-hak tersebut tidak boleh bertentangan dengan prinsip kesetaraan (Pasal 8.3), yaitu kanon yang bukan hanya merupakan bagian dari konstitusi tetapi juga hak asasi manusia dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia.

Di dalam negara, prinsip dasar ini didefinisikan berkenaan dengan kelompok. Jelas apa yang dapat tersirat dari hal itu: ada perubahan dalam pengukuran. Kesetaraan hak-hak individu, yang konon bersifat universal, harus dievaluasi bukan oleh negara, seperti dalam praktik konstitusional, tetapi oleh minoritas itu sendiri. Mustahil bagi masyarakat yang secara hukum otonom untuk tidak memperoleh tempat di dalam Negara-negara konstitusional, karena hal itu akan menjadi serangan terhadap kesetaraan warga negara, menurut argumen umum yang digunakan oleh masyarakat asli di seluruh benua Amerika. Kesetaraan diukur berdasarkan minoritas, jadi berdasarkan masyarakat yang jelas-jelas berbeda dari negara.

Dengan demikian, minoritas adalah ukuran dirinya sendiri, yang memodifikasi kategori itu sendiri. Bagaimana ia dapat terus menyebut dirinya minoritas jika, pada pertanyaan hak-hak hakiki, ia tidak berurusan dengan sesuatu yang asing tetapi dengan dirinya sendiri? Kesetaraan individu adalah kolektif, kesetaraan semua individu dalam ruang budaya mereka sendiri dalam ukuran yang sama, tanpa diskriminasi atau pengecualian apa pun. Tidak ada orang-orang yang lebih berbudaya dengan hak-hak yang lebih besar dan orang lain yang membutuhkan akulturasi, sebagaimana yang pada hakikatnya diasumsikan oleh Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Ini telah menjadi anggapan kolonialisme sejak zaman ius gentium di Eropa Abad Pertengahan.

Aturan hukum seperti apa yang telah menjadi hasilnya dan apa yang mungkin terjadi? Mengenai masa lalu (masa lalu yang bagaimanapun juga telah berlanjut hingga zaman kita), kita punya jawabannya. Masa depan adalah sesuatu yang lebih tidak diketahui tetapi saransaran yang datang dari evolusi konstitusionalisme di seluruh benua Amerika tidaklah kurang, juga yang datang dari pengembangan sistem hak asasi manusia atas inisiatif dan dorongan Perserikatan Bangsa-Bangsa. Jika kita mengingat dan menyatukan kedua fenomena tersebut, jika kita berhenti melihat persoalan konstitusional di cermin Eropa, dan jika kita memahami bahwa konstitusionalisme yang melampaui Eropa saat ini berlaku melalui hukum internasional, maka ada jawabannya. Hipotesis lain tidak diperlukan.

Di antara hukum negara dan hukum internasional, antara hak konstitusional dan hak asasi manusia, saat ini muncul kebutuhan bagi beberapa negara yang telah menginternalisasi kolonialisme secara konstitusional untuk menata kembali diri mereka sendiri, tidak hanya mengakui sebuah “kehadiran” yang dapat dikaitkan dengan beberapa hak, tetapi memunculkan konstitusionalisme baru yang, dalam bidang kebebasan individu, tidak akan membatasi dirinya untuk mengutamakan hak kolektif (Negara-negara telah melakukannya dengan tatanan mereka sendiri), tetapi sebaliknya memanfaatkan sebaikbaiknya keberadaan nyata masyarakat yang membedakan diri mereka dengan budaya mereka sendiri.

Perlindungan hak-hak individu bergantung semata-mata pada supremasi hukum di setiap negara bangsa dan berakhir dengan merugikan individu itu sendiri, karena, seperti yang

terjadi di benua Amerika, orang-orang yang membentuk negara bangsa dan mengidentifikasi diri dengan budayanya bukanlah seluruh penduduk di dalam perbatasannya maupun penduduk asli. Ekspresi otonomi kolektif, hanya hak-hak rakyat (di mana tidak hanya istilah pertama tetapi juga yang kedua dalam bentuk jamak dan bukan tunggal), yang diasumsikan sebagai dasar dan tujuan hak-hak individu, dapat membangun aturan hak yang tidak memiliki klaimklaim kolonial lama yang darinya supremasi hukum Eropa tidak dapat membebaskan dirinya sendiri.

BAB 14
MODEL KOLONIAL ATURAN HUKUM DI AFRIKA

14.1 SALUS REGUM ET SALUS REI PUBLIKAE

“Yang Mulia Raja Don Alfonso XIII (semoga Tuhan melindunginya), Yang Mulia Ratu Doña Victoria Eugenia, dan Yang Mulia Pangeran Asturias serta bayi Don Jaime dan Doña Beatriz, masih dalam keadaan sehat”. Namun, penduduk kulit putih Santa Isabel jauh lebih tertarik pada keputusan gubernur, yang dipublikasikan di halaman tengah Boletín Oficial de los Territorios Españoles del Golfo de Guinea pada 1 September 1911, daripada pada pengumuman "resmi" Perdana Menteri mengenai Keluarga Kerajaan, yang merupakan artikel pembuka majalah tersebut.

"Karena panen kakao akan segera dimulai, dan terjadi kekurangan tenaga kerja, yang dapat menyebabkan hilangnya sebagian besar panen dan sangat memengaruhi kepentingan pemilik tanah dan Koloni secara umum, jika tidak ada tindakan yang memadai diambil untuk menghindarinya"; dan mempertimbangkan, mengingat pemberontakan barubaru ini di Balachá, bahwa “tidaklah tepat bagi suku bubi, ras Bantu yang mendiami pulau utama koloni, untuk tidak berupaya menggarap lahan, karena kelesuan seperti itu dapat ditafsirkan sebagai ketakutan bahwa apa yang terjadi di masa lalu dapat terjadi lagi dan sebagai rangsangan bagi keyakinan bahwa seseorang telah terbebas dari semua batasan yang ditetapkan oleh Kedaulatan kita”; dan mengingat, lebih jauh lagi, bahwa “membuat penduduk asli bekerja membuat mereka beradab dan membuat mereka meninggalkan kebiasaan malas mereka, dan bahwa atas nama peradaban mereka harus dipaksa untuk bekerja”, Yang Terhormat Tuan D. Angel Barrera y Luyando, letnan angkatan laut, Gubernur Jenderal Wilayah Spanyol di Teluk Guinea, menekankan bahwa dekrit lain yang dikeluarkan di masa lalu mengenai masalah ini masih berlaku (30 Agustus 1907 dan 9 September 1909) dan memaksa para bubi hitam Fernando Póo untuk menyusun perjanjian kerja (“perjanjian yang akan ditandatangani dengan tuan mereka”) untuk memanen kakao.

Sebulan kemudian, Yang Mulia "masih dalam kondisi sehat" tetapi kakao dibiarkan tumbuh di pohon. Yang Mulia Gubernur Barrera memberi tahu publik tentang beberapa ketentuan yang melaksanakan dekrit yang dikeluarkan pada tanggal 9 Agustus oleh Gubernur Jenderal, tentang pekerjaan bubis (11 September 1911, Boletín tanggal 1 Oktober). Informasi tersebut terperinci, menyediakan informasi baru yang penting yang menuntut analisis. Masalahnya adalah tentang hubungan kerja antara majikan dan buruh tani; namun, tidak adanya aturan kontrak sama sekali menjadikan Otoritas Militer sebagai penerima langsung ketentuan tersebut. Karena jelas, seperti dari dekrit yang dikeluarkan pada bulan Agustus, bahwa Garda Kolonial adalah sumber daya terakhir untuk memastikan penerapannya dan secara efektif mewujudkan mobilisasi para moreno, Instruksi tersebut pertamatama membahas “Delegasi” Gubernur dan “Komandan Pos” (instruksi A dan berikutnya), yang dibagi di antara distrikdistrik untuk melaksanakan “operasi standar” (instruksi F), dan dipaksa untuk

saling membantu dan “untuk membuat laporan harian tentang peluang dan perkembangan baru yang mereka ketahui” (instruksi G).

Dalam konteks konflik dan perlawanan, pembaca ketentuan-ketentuan kejam tersebut dipaksa untuk bertanyatanya apa yang telah terjadi “di antara penduduk Balachá pada bulan Juli tahun lalu”, seperti yang dilaporkan dalam dekrit tanggal 9 Agustus. Karena berhatihati dalam meramalkan “perilaku subversif para naturales”, yang akan segera dikomunikasikan kepada Pemerintah dan akan menyebabkan penahanan “siapa pun yang tampaknya menjadi penghasut utama” (instr. I), dan dengan tegas ingin mencegah (“dengan energi”) setiap potensi agresi yang tidak boleh “diprovokasi dengan cara apa pun” oleh komandan Garda (instr. J), Instruksi Gubernur Barrera tidak membahas masalah pemanenan, kontrak, dan pertanian dan hanya berubah menjadi ketentuan pemerintah yang keras untuk menjamin ketertiban umum.

Kurangnya kebebasan untuk bekerja pada akhirnya mengubah masalah sosial yang tidak jelas yang menyebabkan kekurangan tenaga kerja di Guinea menjadi masalah militer semata. Menurut Instruksi tersebut, otoritas militer dipercayakan dengan tugas mendistribusikan buruh tani di antara banyak pemilik tanah di wilayah tersebut sesuai dengan kebutuhan mereka, dan secara berurutan memeriksa kinerja mereka (instr. C), dengan mengendalikan daftar orang-orang negro yang ditugaskan pada setiap properti, perjanjian mereka dengan tuan mereka dan memastikan bahwa beberapa kondisi kerja yang saat ini mungkin tampak cukup memberatkan dihormati: bubis (penduduk pulau Fernando Póo) harus bekerja 5 hari seminggu, 10 jam sehari (instr. L), "sehingga mereka dapat bebas pada hari Sabtu dan Minggu dan dapat bekerja di besés mereka", dengan upah minimum satu peseta sehari "termasuk makan siang" (instr. D). Daftar perjanjian kerja (instr. D) dan setiap pelanggaran norma dan perilaku lalai (instr. K), khususnya kegagalan untuk menghormati tugas seseorang untuk bekerja, yang menyerukan "sanksi yang diterapkan kepada siapa pun yang mengabaikan ketentuan Gubernur Jenderal" (instr. Q), harus dikomunikasikan oleh Komandan penempatan kepada sosok pelindung, kurator kolonial, yang akan kita bahas nanti.

Para pengawal Gubernur bukanlah Satu-satunya orang yang diharapkan untuk mematuhi perintahnya. Dengan cara yang lebih terbatas tetapi tidak kalah tegas, Instruksi tersebut juga memaksa “batukos atau kepala suku bubis” untuk bekerja sama, dengan instruksi mengenai perlunya mematuhi dekrit bulan Agustus dan memberikan perhatian khusus pada keuntungan dibayar dengan sistem borongan, dengan upah harian yang diperkirakan sebesar 1 peseta dan 50 sen per orang.

“Dengan cara ini, seluruh keluarga dapat pergi memanen dan mendapatkan upah yang sangat baik, sehingga menyatukan semua anggota keluarga” (instr. B): “preferensi” untuk dibayar dengan kerja borongan, jika diteliti dengan saksama, menggambarkan bagaimana pers resmi dibentuk untuk melayani kebutuhan kepentingan tertentu. Bagaimanapun, “Panglima penempatan akan sangat berhatihati, akan mengambil semua tindakan damai dan akan bergantung pada tokohtokoh terkemuka negara” referensi tidak diragukan lagi dibuat untuk para misionaris, umat Katolik, dan Protestan, yang, “dengan tujuan membantu Pemerintah dalam pengelolaannya, harus mendesak masing-masing penganut agama mereka untuk berkontribusi pada pemanenan kakao” (instr. R) “untuk membujuk para naturalis agar tunduk

pada perintah Gubernur Jenderal" (instr. H). Kegagalan untuk bekerja sama oleh para kepala suku akan "dihukum dengan sangat berat sebelah", sedemikian rupa sehingga akan ditentukan, berdasarkan preseden dan keadaan, oleh Gubernur "yang secara paternal mengawasi para naturalis" (instr. N). Instruksi tersebut berlaku sejak 1 Oktober 1911.

14.2 DE REGIMINE COLONIAE AB HISPANIS DEDUKTAE

Inilah yang dibaca oleh 200 penduduk kulit putih Santa Isabel pada tanggal 1 Oktober 1911, saat pembukaan Boletín Oficial de los Territorios españoles del Golfo de Guinea, sebuah majalah administratif yang baru saja diterbitkan (tepatnya pada tanggal 1 Maret 1907) atas inisiatif Gubernur Luis RamosIzquierdo. Majalah di atas bukanlah Satu-satunya yang tersedia di koloni tersebut: selain pelopor El Eco de Fernando Póo (24 November 1901 hingga 10 Maret 1902), yang didirikan oleh Enrique López Perea, penyewa kapal, mantan wakil gubernur Elobey dan penulis ahli tentang masalah-masalah koloni, La Guinea Española juga diterbitkan di pulau tersebut pada awal pemerintahan Angel Barrera y Luyando (1911–1924): majalah dua mingguan seperti itu sebagaimana aturan untuk jurnalisme HispanikAfrika yang aneh didirikan pada tahun 1903 oleh claretianos (Misionaris PutraPutra Hati Tak Bernoda Perawan Maria), jemaat Katolik Catalan yang secara resmi dipercayakan dengan penginjilan penduduk kulit hitam. Selain itu, ada juga La Voz de Fernando Póo, majalah grafis yang hidup yang diproduksi di Barcelona, yang merupakan bacaan utama para pemilik tanah Guinea.

Pertama kali diterbitkan (pada 15 Juni 1910) dengan judul yang terlalu ekspresif (Boletín del Comité de Defensa Agrícola de Fernando Póo), majalah ini segera harus mengubahnya: "tidak mampu menarik perhatian publik sebagai akibat dari banyaknya majalah profesional dan propaganda yang saat ini beredar di mana-mana, judulnya telah diubah sehingga memungkinkan penerbitan kami yang sederhana untuk ditempatkan berdampingan dengan pers yang sangat populer dan untuk menawarkan berbagai kesempatan untuk menyebarluaskan pekerjaan kami dan dengan demikian menciptakan opini publik tentang Guinea". Majalah-majalah di atas, yang beredar di koloni tersebut pada periode yang dimaksud, saat ini disimpan dalam koleksi yang lebih atau kurang lengkap di perpustakaan surat kabar Spanyol, sehingga menyediakan banyak informasi yang darinya kami dapat memperoleh teks hukum yang paling kami minati.

Situasi yang kita hadapi tidak terjadi jauh sebelum awal abad kedua puluh. Karena termasuk dalam wilayah kekuasaan Spanyol sebagai hasil penugasannya oleh Portugal berdasarkan Perjanjian Pardo (1778), dan hampir dijual ke Inggris pada abad kesembilan belas, "Wilayah Spanyol di Teluk Guinea" (gelar resmi yang digunakan oleh hukum metropolitan) yang hingga saat itu tidak terlalu penting atau terkenal pertama kali mulai menarik setelah hilangnya Kepulauan Antilles, Filipina, dan Kepulauan Caroline oleh Spanyol atau, dengan kata lain, setelah penyelesaian kontroversi internasional Spanyol dengan Prancis (Perjanjian Paris, 27 Juni 1900) yang secara radikal mengurangi klaim Spanyol atas benua Afrika. Tampaknya, sebelum kediktatoran Primo de Rivera, tidak ada kehadiran orang Spanyol yang menonjol atau setidaknya kendali Spanyol yang efektif di bagian nonkepulauan dari koloni kecil tersebut.

Sampai saat itu, tujuan resmi untuk mengeksploitasi Guinea dan mengatur

pemerintahannya hanya menghasilkan eksperimen belaka dengan dampak yang berbeda. Di antara semuanya, dekrit organik dan undang-undang tentang properti, yang ditetapkan pada tahun 1904 oleh Menteri Negara Faustino Rodríguez Sampedro, menonjol. Mengingat masa berlakunya yang panjang (dekrit tersebut diubah hanya pada masa Republik Kedua), norma-norma pemerintahan sebelumnya tampak hanya sebagai tanda-tanda sekilas dari masa percobaan.

Faktanya, Keputusan Kerajaan tahun 1904, "piagam kolonial yang sebenarnya, meskipun tidak sesuai dengan Undang-undang Kolonial Portugis atau Konstitusi kolonial Mahkota Inggris di kolonikoloni otonomnya", membentuk organisasi yang bertahan lama dan memuat undang-undang yang memungkinkan Gubernur Barrera untuk menggunakan kekuasaannya yang besar terhadap bubis Fernando Póo. Karena kita ingin membahas perkembangan ini, kita harus memperhatikannya sebentar.

Perang tahun 1898 yang membawa bencana dan Perjanjian tahun 1900 merupakan alasan di balik peraturan yang tampaknya merumuskan kembali ketentuan-ketentuan sebelumnya: peristiwa pertama bencana nasional mengakibatkan pembubaran, karena tidak ada tujuan, Kementerian Luar Negeri dan pemindahan masalah-masalah kolonial ke portofolio Kementerian Dalam Negeri, setelah upaya awal untuk mendelegasikan masalah-masalah tersebut kepada Perdana Menteri; peristiwa kedua penyelesaian yang tidak menguntungkan dari konflik ekspansionis yang khas menyebabkan penetapan batas-batas Spanyol di Afrika; penyelesaian seperti itu, “dengan secara definitif meninggalkan wilayah benua di bawah kedaulatan kita, memaksa kita untuk memperhitungkan kondisi khusus sukusuku yang mendiami wilayah tersebut dan sumber daya yang ditawarkan olehnya”.

Di dalam lingkungan kolonial seperti itu, yang ditempatkan (tidak hanya secara metaforis) di tepi negara Spanyol, keterbatasan politik negara liberal yang dicirikan oleh supremasi hukum diatasi. Jika tidak ada parlemen, baik lokal maupun metropolitan, yang kompeten dalam pembuatan undang-undang, Administrasi Pusat pembuat undang-undang merujuk pada proposal yang disarankan oleh “Komite Penasihat” belaka, yang hanya dilegitimasi untuk memeriksa tindakan hukum oleh kompetensi teknis anggotanya.

Proposal seperti itu umumnya diikuti, dengan pengecualian masalah rumit representasi populer: “untuk mendirikan di samping Pemerintah umum Fernando Póo, Dewan Kolonial yang, mewakili kepentingan yang sejauh ini dibuat, menjamin rasa hormat dan kepuasan yang lebih besar” adalah sesuatu yang terbukti tidak dapat dicapai oleh data statistik; agar partisipasi rakyat menjadi efektif “tidak ada jumlah kepala keluarga Spanyol yang cukup untuk dipilih dan ini menuntut pembatasan terhadap kecenderungan pembentukan Dewan lokal untuk mengelola masalah-masalah lokal”.

Karena keadaan setempat yang mengakibatkan kurangnya pemerintahan sendiri (yang menyebabkan munculnya kelompok kepentingan dan pers berkala yang militan), kehidupan koloni bergantung pada Gubernur Jenderal, yang ditunjuk oleh Raja dan dicalonkan secara bebas oleh Kabinet atas usulan Kementerian Negara (Pasal 2). Sebagai Satu-satunya "perwakilan Pemerintah Nasional", "yang dipercayakan dengan pemerintahan dan administrasi koloni, ia dapat mengatur angkatan laut dan darat di wilayah tersebut, semua

Otoritas dan karyawan tunduk pada Gubernur, yang bertanggung jawab atas keselamatan dan pemeliharaan ketertiban di wilayah yang dipercayakan kepadanya dan, sebagai 'Wakil Pelindung Sejati', diberkahi dengan semua kekuatan yang melekat pada posisi tersebut". Pasal 4 Dekrit Kerajaan tahun 1904, yang memuat ungkapan yang dikutip di atas, dengan hatihati mencantumkan sejumlah besar fungsi yang dipercayakan kepada Gubernur.

Beberapa di antaranya terkait dengan superioritas hierarkis statusnya (melaksanakan inspeksi di wilayah, menjaga hubungan dengan otoritas lain, mengirim laporan kepada Pemerintah, memberhentikan sementara pejabat dengan alasan yang dapat dibenarkan, memberikan cuti, dan mempekerjakan personel sementara), sedangkan fungsi-fungsi yang sangat tinggi lainnya (menerbitkan dan melaksanakan ketentuan apa pun, termasuk perjanjian internasional, menangguhkan hukuman mati, dan mengusulkan pengampunan) didasarkan pada kewenangan yang didelegasikan Gubernur, yang termasuk dalam tingkat yurisdiksi tertinggi Negara. Kedamaian internal kolonial dan keamanan eksternal tidak diragukan lagi merupakan nilai-nilai tertinggi dari sistem kolonial yang direncanakan pada tahun 1904 dan, karena alasan ini, Keputusan Kerajaan yang dimaksud memberi wewenang kepada Gubernur Jenderal yang, dalam praktiknya, adalah seorang prajurit profesional untuk mengambil “semua tindakan yang dianggapnya perlu” untuk menjaga ketertiban dengan “memberi tahu Kementerian Negara dengan sepatutnya”.

Tidak ada aturan hukum dalam masalah pidana (Gubernur dapat “mengeluarkan keputusan untuk memperbaiki kesalahan, menjaga perdamaian sosial, mengendalikan dan mempertahankan pemerintahan yang baik; ini dalam batasan, sejauh menyangkut hukuman, yang ditetapkan oleh Kementerian Negara”); sebaliknya, penilaian Gubernur terhadap kondisi lokal ditegakkan. Terserah kepada Gubernur Jenderal, setelah mendengar pendapat yang hanya bersifat nasihat dari Dewan Otoritas (Pasal 12, 1), keputusan untuk "menangguhkan (melalui tindakan) pemberlakuan dan pelaksanaan ketentuan yang dikomunikasikan oleh Kementerian Negara ketika, menurut pendapat Gubernur, mereka mungkin secara merugikan mempengaruhi kepentingan umum Bangsa atau kepentingan khusus dari wilayah yang menjadi tanggung jawabnya; yang akan segera ia pertanggungjawabkan kepada Kementerian di atas". Kekuasaan pemerintahan di wilayah metropolitan tidak akan pernah seluas di Guinea, bahkan di tahun-tahun Moderatisme yang paling keras. Kita sekarang berada dalam masa Restorasi penuh, meskipun tampaknya kita berurusan dengan Hukum Hindia yang lama.

14.3 IUS PUBLICUM EUROPAEUM DI ORBE AFRICANO

Bukanlah suatu kebetulan bahwa hukum-hukum yang sangat dipuji ini dicetak dan diedarkan di Spanyol pada akhir abad tersebut. Dalam pengaturan kekuasaan pemerintah yang murah hati yang dibuat oleh Faustino Rodríguez Sampedro pada tahun 1904, tidak diragukan lagi masih ada beberapa prinsip (dan beberapa solusi) dari norma-norma sebelumnya yang diberlakukan di Guinea; terutama, kasus penting Antilles berdampak padanya. Dapat dengan mudah dikatakan tentang peraturan Antilles, tepatnya ketika Leopoldo O'Donnell mulai memberlakukan hukum kolonial Afrika (R.D. 13 Desember 1858), bahwa hingga saat ini, ciri utama administrasi kolonial Spanyol adalah dan terus menjadi bahwa semua otoritasnya

menjalankan fungsi peradilan dan administratif bersama-sama, apakah mereka Kapten Jenderal atau Inspektur yang didelegasikan, gubernur atau kepala wali kota. Sidang teritorial memberikan suara penasehat pada masalah yang paling serius dan pada masalah pemerintahan yang baik; karena alasan ini, ada beberapa pengadilan campuran Kewenangan Kapten Jenderal, yang mewakili Mahkota di provinsiprovinsi seberang laut, tidak terbatas dalam semua bidang administrasi publik, peradilan, atau perang.

Hal ini tak pelak lagi menyiratkan, sejauh menyangkut kebebasan individu, “bahwa ada orang-orang yang kehidupan normalnya hampir bersamaan dengan penangguhan jaminan individu”. Beberapa perubahan terjadi di pertengahan abad dan bahkan rezim otonomi sementara untuk Antilles pun dibentuk; namun, sisi yang lebih toleran dari pengalaman Spanyol di Amerika Serikat ini tidak pernah mencapai Afrika.

Yang membuat Guinea menonjol dalam periode ini adalah uraian terperinci tentang hak prerogatif otoritas kolonial. Ini bukan sekadar masalah logorea administratif. Kompetensi Gubernur diatur secara khusus dan pembentukan kekuasaan luar biasanya tampak begitu alami, seolah-olah itu adalah hukum umum Guinea, karena Dekrit Kerajaan tahun 1904, yaitu "Piagam Kolonial" yang menandai zaman baru, muncul sebagai ketentuan nyata dari pemerintah, yaitu dibuat oleh pemerintah tanpa persetujuan dari kekuatan legislatif dan dimaksudkan untuk mendukung kekuasaan yang sangat luas dari otoritas kolonial Spanyol.

Partisipasi politik dari yang dijajah hanya dimungkinkan melalui "Dewan Otoritas", yang terdiri dari badan-badan administratif yang hanya diberkahi dengan kekuatan penasihat (pasal 912); tidak ada kehidupan kota yang dijamin selain melalui "Dewan lokal", yang bergantung (dalam definisi fungsi mereka) pada kebijaksanaan penuh Gubernur Jenderal (Pasal 1422); tidak ada ketentuan untuk kehadiran kelembagaan yang dijajah selain dari apa yang dianggap Gubernur relevan secara hukum. Keadilan biasa tidak atau kurang mendapat perhatian (Pasal 23): karena berada di tangan personel sementara yang ditunjuk oleh Gubernur dan (hingga tahun 1904) sesuai dengan kekuasaan kehakiman yang didelegasikan oleh Gubernur, hal ini juga dipengaruhi oleh kurangnya hakim profesional sebagai akibat dari upah yang rendah dan kerasnya kehidupan di daerah setempat.

Dari sini dapat disimpulkan bahwa landasan kelembagaan untuk kebebasan individu agak lemah. “Di wilayah Teluk Guinea, hak-hak yang diberikan kepada orang Spanyol oleh Konstitusi Kerajaan berlaku”: dokumen semacam itu, yang berasal dari tahun 1876, adalah teks doktriner yang, seperti diketahui, secara sistematis menundukkan hak-hak individu pada hukum perundang-undangan, misalnya ketika ada keadaan darurat, yang dapat diputuskan oleh Pemerintah secara independen dari parlemen.

Tidak mengherankan bahwa, di koloni “eksploitasi”, rujukan umum ke Piagam 1876 diselesaikan pada tahun 1904 dengan proklamasi eksplisit inisiatif profesional bebas individu, bersama dengan hak umum petisi yang, meskipun tidak mengimbangi kurangnya kebebasan, memberikan suara kepada pers yang mewujudkan kepentingan pemilik tanah: “semua orang Spanyol, baik yang asli maupun tidak, yang tinggal di wilayah Teluk Guinea, berhak untuk (1) memulai profesi mereka dan menjalankannya sebagaimana yang mereka anggap terbaik, sesuai dengan hukum dan (2) mengajukan petisi, individu atau kolektif, kepada Pihak

Berwenang. Hak semacam itu tidak dapat dilaksanakan oleh Angkatan Bersenjata" (Pasal 29).

Singkatnya, kerangka normatif kebebasan konstitusional di koloni kecil Guinea semakin jauh dari hukum metropolitan dan bertepatan dengan Statuta organik 1904 dan dengan perkembangan peraturan daerah di masa mendatang. Situasi aktual dari bagianbagian kedaulatan nasional yang terpencil tersebut memengaruhi kebebasan sejak awal dan mengukuhkan campur tangan Otoritas Pemerintah, baik secara langsung melalui Gubernur maupun secara tidak langsung, meskipun tidak kalah efektifnya, melalui Kementerian Negara.

Kebebasan individu, bersama dengan kerangka peraturan dan kondisi material yang memungkinkan kenikmatannya yang efektif, dengan demikian berada di tangan kekuasaan pemerintah Kekuasaan tout court. Kerangka normatifnya adalah ius publicum europaeum yang diberlakukan oleh kekuatankekuatan Eropa yang bertemu di Berlin pada tahun 1885 dan secara umum diterima sebagai dasar untuk membagi benua Afrika. Mengenai situasi di Guinea, kita dapat membatasi analisis kita pada konstitusi kolonial yang diberlakukan oleh Eropa di Afrika.

Pertama, konstitusi tersebut secara terangterangan tidak menggunakan retorika perwakilan yang secara tradisional telah digunakan dalam hukum politik metropolitan. Setelah pengalaman demokrasi Spanyol yang singkat (1868–1874), muncullah sistem pemerintahan kolonial liberal "di mana kekuasaan eksekutif di koloni tidak mengklaim atau menjalankan fungsi yang lebih besar daripada kekuasaan pemerintah perwakilan Eropa", tetapi sistem yang serupa yang tersebar luas, meskipun tidak berlaku, di koloni Inggris dianggap berbahaya bahkan di tanah asalnya. Di tempat lain (di Spanyol dan Prancis), sistem administrasi berlaku, yang dicirikan oleh kurangnya lembaga yang berpartisipasi: "sistem di mana kewenangan pemerintah hanya dibatasi oleh Dewan atau badan penasihat atau oleh intervensi peradilan, contohnya diwakili oleh Real Acuerdo dari hukum Spanyol di Hindia".

Meskipun partisipasi koloni dalam majelis metropolitan diinginkan dan tercapai untuk Antillen Spanyol tampaknya "prinsip representasi virtual untuk provinsi eksternal yang dihuni oleh ras semiberadab yang berbeda dari ras Eropa dan di mana pemukim yang datang dari tanah air hanya mewakili minoritas kecil" harus ditegakkan. Segalanya tidak bisa lebih jelas lagi. Meskipun terjadi asimilasi retoris antara sistem Spanyol dan Guinea, konstitusi Afrika hanya menyisakan sedikit ruang untuk kebebasan positif. Dengan pamer koherensi yang besar, literatur kolonial Spanyol antara abad kesembilan belas dan kedua puluh hanya mengungkapkan panggilan administratif belaka.

"Eksploitasi" metropolitan terhadap koloni bergeser ke arah "administrasi" semata, meskipun diklaim ditujukan untuk "mengharmonisasikan" sistem hukum masing-masing negara; Asimilasi semacam itu disajikan sebagai karakteristik populasi Latin meskipun, sebenarnya, itu ditandai oleh kontradiksi yang dalam: apa yang disebut asimilasi seperti itu, pada kenyataannya, akan menyangkal realitas kolonial itu sendiri. Sementara prinsip itu secara umum ditegakkan di Spanyol, itu selalu digagalkan sehubungan dengan hukum khusus Guinea: undang-undang Semenanjung tidak berlaku di koloni, kecuali diputuskan lain oleh Kekuasaan Eksekutif. Situasinya serupa sehubungan dengan kecenderungan Spanyol yang konon untuk fusi rasial.

Terlebih lagi, menurut Perjanjian Kongo (1885), untuk "mengelola" tanah Afrika, orang Latin dan Anglo-Saxon bahkan tidak diharuskan untuk secara efektif menduduki wilayah tersebut. Jika kemungkinan seperti itu secara umum menarik dan menyerukan pengeluaran geografis baru, ini berarti bahwa kekuasaan Eksekutif polivalen campur tangan dengan merencanakan, dengan kedok geografi, apa yang tidak ingin diwujudkannya dalam politik. Hukum kolonial, bersembunyi di balik geografis dan ilmiah legitimasi, sehingga terhindar dari majelis legislatif: para ahli hukum mengakui bahwa “bahkan ketika kekuasaan legislatif biasa menegaskan kompetensinya dalam hal-hal ini, dalam praktiknya ketentuan-ketentuan mengenai koloni yang ditetapkan oleh eksekutif jumlahnya lebih banyak daripada yang ditetapkan oleh kekuasaan legislatif”.

Eksplorasi geografis memerlukan unit komando, operasi cepat, dan efektivitas tinggi. Oleh karena itu, elemen kedua dari konstitusi kolonial yang, seperti telah kita lihat, kebebasannya sangat terbatas, adalah pengabaian pemisahan kekuasaan, yaitu gagasan revolusioner lama yang didukung kurang lebih secara meyakinkan oleh konstitusi Eropa yang menegakkan supremasi hukum.

Para ahli hukum sangat menyadari situasi seperti itu: “peradaban yang jelas-jelas inferior dari yang dijajah” adalah asas hukum publik universal dan “hampir tentu saja menyerukan kekuasaan yang agak despotik, meskipun garis harus ditarik antara despotisme yang sah dan bermanfaat di satu sisi dan despotisme yang tidak adil di sisi lain”. Tidak banyak perbedaan yang dapat ditemukan di antara kolonikoloni, karena banyak koloni Mahkota Inggris sesuai dengan deskripsi seperti itu (dari Gibraltar hingga Hong Kong, dari Labuan hingga Gambia, dari Sierra Leone hingga TrinidadTobago).

Ketika norma-norma harus disesuaikan dengan fakta, situasi Afrika memerlukan pendekatan yang lebih praktis, di mana jalan diambil ke Kekuasaan Eksekutif: “Gubernur memiliki kompetensi umum, karena dirinya sendiri adalah wakil dari kepentingan metropolitan dan kolonial; ia memiliki kompetensi legislatif serta kompetensi yang berkaitan dengan administrasi peradilan; ia memiliki kekuatan militer; ia diberkahi dengan semua hak yang harus dimiliki oleh agen pemerintah pertama untuk tujuan menjaga ketertiban kolonial dan keselamatan publik”. Oleh karena itu, kedudukan Gubernur kolonial yang kokoh selalu mencakup “hak untuk memberlakukan ketentuan-ketentuan yang mengatur yang memiliki nilai legislatif yang substansial”.

Mengingat bahwa hukum (dalam pengertian formal) direduksi menjadi peraturan administratif, kesempatan bagi parlemen untuk mengambil keputusan yang mempengaruhi koloni secara koheren dan sesuai dengan itu terbatas: bahkan di Kongo (di mana Piagam kolonial tanggal 18 Oktober 1908 sebuah hukum formal telah mengubah perseteruan Leopold menjadi wilayah kekuasaan nasional Belgia), intervensi Kamar Brussel merupakan kejadian yang luar biasa. Belum lagi Negara-negara yang baru saja diterima dalam “pesta kolonial”, seperti Jerman yang tidak fleksibel atau Italia yang suka berpetualang. Itu adalah zaman pemerintahan perwakilan dan opini publik; namun, konstitusi kolonial tampaknya menunjukkan semacam "ketidakterlukisan" politik, yang tentu saja merupakan karakteristik ketiganya:

secara luas diakui oleh semua masyarakat kolonial dan oleh sebagian besar doktrin hukum publik yang berkaitan dengan administrasi kolonial, bahwa parlemen metropolitan tidak kompeten dalam pembuatan hukum kolonial di Negara-negara seperti Inggris, di mana kekuasaan terluas untuk desentralisasi telah diberikan dan di mana pemerintahan sendiri paling baik dilaksanakan, parlemen tidak dilarang untuk membuat hukum kolonial; memang, ia berhak untuk melakukannya, meskipun jarang menggunakan hak tersebut, karena tidak terbiasa melakukannya dan juga menyadari ketidakmampuannya dalam hal ini.

Di Spanyol, Cortes menangani Guinea hanya secara episodik dan tidak langsung; di bawah rezim Keputusan Kerajaan 1888, perdebatan tentang bagian tertentu dari hukum keuangan mengenai wilayah seberang laut, yang tidak secara khusus merujuk ke koloni Afrika, memungkinkan perwakilan Rafael María de Labra untuk menyampaikan sarannya untuk pengembangan koloni pertama, perluasan otonomi Dewan; Kedua, perluasan jumlah anggota dewan, sehingga mencakup juga anggota ras kulit hitam dan secara umum semua golongan manusia; ketiga, penggantian bertahap anggota dewan yang ditunjuk pemerintah dengan anggota dewan yang dipilih oleh rakyat; keempat dan terakhir, proklamasi penuh dan nyata di Fernando Póo, dan di semua koloni Guinea, tentang kebebasan publik, hak asasi individu dan kekebalan konstitusional yang diberikan kepada warga negara Spanyol.

Mari kita telaah saransaran tersebut. Rujukan ke kolonikoloni di dalam parlemen pasti menimbulkan masalah kekuasaan dan kebebasan. Oleh karena itu, ketika parlemen tidak membicarakan masalah-masalah kolonial, apa yang diabaikan bukanlah hal sepele. Usulan Labra yang masuk akal kepada Cortes Spanyol cukup luar biasa, jika hanya karena komitmen konstitusionalnya, dan tidak kurang masuk akal daripada hukum keuangan yang sedang dibahas untuk wilayahwilayah seberang laut; namun, keduanya tidak banyak menarik perhatian.

Karena terpisah dari logika parlementer dan tidak memiliki kebebasan dan kekuasaan otonom, konstitusi kolonial tampaknya mencerminkan konstitusi metropolitan: tidak boleh dilupakan bahwa hukum kolonial, pada dasarnya, tidak dapat dibuat atas dasar yang sama dan dengan kriteria yang sama seperti hukum metropolitan. Hukum ini merujuk pada populasi yang kurang beradab daripada populasi Eropa, dan bagi mereka jenis pemerintahan yang mirip dengan yang kita miliki di zaman kuno lebih cocok; sebaliknya, ia tidak dapat mengadopsi prinsip-prinsip konstitusionalisme modern.

Pandangan bahwa hukum Barat, kebanggaan peradaban kita dan musuh despotisme lama, terbukti menjadi cara yang paling efektif untuk menundukkan budaya non Eropa demi kepentingan Eropa, telah didukung oleh historiografi paling otoritatif yang peduli dengan pengalaman Amerika, tetapi penilaiannya yang keras dapat dengan mudah diperluas juga ke wilayahwilayah Afrika. Rezim kebebasan metropolitan tampaknya tidak sesuai dengan dominasi kolonial yang lebih kaku dan, karena alasan ini, solusisolusi lama yang oleh para ahli hukum modern kita, seperti Santi Romano, dengan yakin dikaitkan dengan Rezim Kuno diadopsi.

Tidak diragukan lagi ada beberapa pengecualian. Adolfo González Posada, berbicara dalam bahasa Prancis kepada audiens internasional, berkata:

> *Tidak mungkin mengabaikan masalah yang jelas-jelas telah diabaikan oleh penjajah, penakluk, dan petualang, yang bagaimanapun juga harus diperhitungkan oleh moralis setiap sejarawan, seperti halnya setiap kritikus, adalah atau seharusnya juga menjadi moralis, seperti halnya sosiolog, meskipun dalam perspektif yang berbeda. Intinya adalah untuk mengetahui hak apa yang memberi hak kepada suatu bangsa tertentu (yang menganggap dirinya lebih beradab) untuk menyerbu, melalui imigrasi atau tindakan kolektif politik, wilayah bangsa atau Bangsa-Bangsa yang ingin dijajahnya.*

"Dapatkah seseorang dan, yang terpenting, dapatkah suatu negara memusnahkan suatu bangsa atas kebijakannya sendiri?" Akhirnya, kita menemukan pertanyaan mendasar yang tidak seorang pun cukup berani untuk menanyakannya; masalah yang menentukan yang rumusannya yang sederhana sudah cukup untuk mempertanyakan pembagian tanah dan bangsa Afrika, yang telah dengan mudah disepakati di bawah perjanjian Linden. Berbeda dengan rekan-rekannya di Eropa, yang lebih terlibat dalam petualangan kolonial modern, kebebasan berpikir Adolfo Posada yang jernih merupakan hasil dari kapasitasnya yang unik sebagai krausista dan orang Spanyol:

> *Saya percaya bahwa sebuah koloni, bahkan ketika awalnya tidak lebih dari sekadar perusahaan komersial atau ekspresi jiwa petualang, pada akhirnya akan menjadi tindakan pemusnahan atau regenerasi, atau peningkatan moral dan hukum penduduk asli; Saya juga percaya bahwa, tidak hanya untuk alasan kemanusiaan tetapi juga alasan sosiologis dan politis, kolonisasi harus memenuhi kebutuhan etika yang tidak dapat diabaikan manusia dengan benar-benar memperhatikan nasib penduduk asli, menarik mereka ke sana dan mengangkat derajat mereka, sehingga menyatukan elemen penjajah dan elemen penguasa dalam satu formasi etnografis.*

Posada dixit. Pemikirannya (yang diungkapkan dalam seminar yang diadakan di Oviedo untuk mahasiswa hukum dan segera setelah itu diterbitkan, dalam sebuah majalah yang sangat tertarik untuk meneliti situasi koloni ketika Spanyol kehilangan Antilles dan Filipina), mewakili penalaran hukum yang paling masuk akal tentang masalah kolonial yang dapat dihasilkan oleh Spanyol akhir abad kesembilan belas yang sakit hati.

Penggabungan ras, yang dipaksakan oleh Eropa dan secara serius mengancam untuk memusnahkan budaya yang berbeda, tidak diragukan lagi saat ini muncul sebagai saran yang tercela, meskipun tidak adil untuk menerapkan kriteria politik yang benar kepada Posada. Posada, setidaknya, cukup berani untuk mengubah masalah dominasi kolonial yang dianggap biasa saja, dan umumnya tidak dibahas, menjadi masalah nyata. Lebih jauh, Posada dengan tepat menggunakan hukum untuk memahami hubungan antara yang "beradab" dan yang "tidak beradab": pada tataran hukum, jelas bahwa "antara manusia ini dan itu tidak akan

pernah ada perbedaan yang begitu besar sehingga menyiratkan bahwa yang satu hanyalah sarana bagi yang lain (itulah sebabnya perbudakan begitu absurd)".

Mari kita terus menelaah pemikiran Adolfo Posada. Dengan mengakui martabat orang-orang yang berbeda secara budaya, saransarannya (yang dikumpulkan dalam sebuah esai yang diabaikan yang menanggapi pamflet antikolonialis kontemporer yang menggunakan sarana hukum), juga mengakui "bakat Eropa". "Ciri-ciri konstitutif peradaban harus dideteksi. Mereka adalah orang-orang yang bekerja dalam kondisi material yang terbelakang; tidak diragukan lagi mereka lemah lembut, sederhana, ramah, tulus, dan ramah. Peradaban biasanya menimbulkan kejahatan yang paling memalukan". Pernyataan yang tidak perlu diragukan lagi.

Namun, hukum yang menjadi dasar pemikiran Posada termasuk dalam tradisi Eropa kita; Ini adalah hukum yang ditandai oleh makna budaya dan berfungsi untuk proyek politik yang menghasilkan pemenang dan pecundang. "Bukankah orang-orang yang tidak beradab dan liar adalah negara yang sah secara hukum yang layak dihormati? Bukankah orang biadab yang terisolasi adalah subjek hukum, bukankah dia manusia? Apakah deklarasi hak asasi manusia, bahkan tanpa nilai abstrak yang dikaitkan dengannya oleh majelis konstituante Prancis (menurut Rousseau), secara tegas mengecualikan ras yang kita anggap lebih rendah?"

Oleh karena itu, berkenaan dengan orang-orang biadab, hukum politik tertentu yaitu hukum yang dibuat oleh Eropa untuk Afrika melalui Perjanjian Kongo yang melindungi, menjaga, tetapi pada akhirnya menundukkan individu, dipertanyakan:

> *manusia yang dikaruniai akal budi harus, pertamatama, menghormati tujuan-tujuan rasional sesama makhluknya. Ia tidak dapat, atau lebih tepatnya, ia tidak boleh menghancurkan mereka, mereka harus dianggap sebagaimana adanya, sebagai manusia yang pantas dihormati; kedua, dalam hubungannya dengan orang-orang biadab, makhluk yang lebih beradab juga lebih berkewajiban secara hukum, karena kewajiban hukum berbanding lurus dengan kapasitas rasional subjek. Berdasarkan hal ini, hak-hak orang biadab terpelihara, dan manusia beradab berada dalam posisi untuk berinteraksi dengan mereka bahkan ketika orang-orang biadab berkonflik dengannya.*

14.4 LOCATIOCONDUCTIO ET IURA AETHIOPUM

Bahkan ketika orang-orang biadab berkonflik (cetak miring oleh Posada). Kata-katanya mengandung rujukan yang hatihati, meskipun jelas baru, terhadap hukum-hukum Hindia terhadap penalaran lama, oleh Vitoria, Suárez, dan sejenisnya, yang membenarkan penaklukan Amerika atas nama semacam sosialisasi yang diilhami Aristoteles yang mengubah perlindungan perdagangan di antara manusia menjadi alasan yang lebih dari cukup untuk mendominasi orang-orang biadab. Pembaca tentu akan mengingat penalaran tersebut: setiap orang berhak pergi ke mana saja dan tidak dapat mengecualikan dari tanah (yang merupakan milik semua orang) setiap orang asing yang damai yang tidak mengganggu siapa pun dan tidak menimbulkan kecurigaan (perigrinari cuivis quocumque fas est, nefas vero hospitem pacatum

neque laedentem, neque suspectum communi solo excludere).

Segalanya berubah ketika pelaksanaan interaksi sosial seperti itu, yang merupakan ciri khas manusia, menjadi sulit: maka diperbolehkan untuk menyerang wilayah orang-orang liar (licet ergo, licet sine ulla dubitatione barbarorum fines penetrare, idque si renuant nulla vel Accepta vel merito Expectata iniuria, iniqui sunt). Bukanlah suatu kebetulan bahwa, ketika ius publicum europaeum mulai beredar di sepanjang jalan raya Berlin, Francisco de Vitoria, seorang Dominikan Spanyol, memulai kariernya yang cemerlang sebagai bapak pendiri hukum internasional.

Berangkat dari Berlin ke Vitoria (dan selalu berdasarkan analisis kita terhadap Guinea), kita telah memasuki dunia realitas virtual, yaitu dunia pikiran yang terkontaminasi oleh filter budaya. Melewati semua rasa keterbatasan, sebuah bentuk baru antropologi, yang bahkan menarik bagi gagasan bersama tentang keunggulan ras kulit putih, ditetapkan sebagai disiplin ilmu. Sejumlah penulis, musisi, dan pelukis Eropa membahas hal-hal eksotis dalam tulisan, karya, atau lukisan mereka yang terkenal, sehingga menyebarkan gambarangambaran remeh dan meredakan ketegangan yang endemik pada hati nurani metropolitan melalui "praktik-praktik budaya yang menjauhkan dan 'mengestetika' objeknya". Dan ini bukanlah bentuk-bentuk pengetahuan yang asing bagi hukum maupun hasrat artistik yang tidak memengaruhi para ahli hukum.

Oleh karena itu, doktrin hukum perbandingan baru, bersama dengan disiplin hukum Romawi modern yang menolak yurisprudensi tanpa mencari interpolasi, kini dengan mudah dicampur dengan ilmu sosial lainnya, termasuk antropologi. Semua disiplin ilmu tersebut memiliki keyakinan dan prasangka tersembunyi yang sama. Bahkan serikat sejarawan hukum memberikan kontribusi yang memalukan bagi kolonialisme: mengingat kompetensinya yang diakui dalam adat istiadat primitif dan keakrabannya dengan deskripsi rezim politik terbelakang, "studi sejarah perbandingan hukum menawarkan layanan yang paling penting bagi kolonialisme".

Lebih jauh lagi, terdapat sejumlah teks Latin yang sudah lapuk yang kemudian mulai diperiksa ulang melalui edisi dan kajian baru setelah lama diabaikan selama Pencerahan. Cara “pengakuan” dalam mempertimbangkan teks-teks tersebut tidak meninggalkan sedikit pun keraguan mengenai legitimasi ekspansi Eropa, dan ribuan halaman yang terhormat menciptakan dan mereproduksi gambarangambaran barbarisme yang khususnya jelas juga pada masa kolonial. Suku Indian yang ditundukkan oleh Hernán Cortés dan yang berusaha diselamatkan oleh Bartolomé de las Casas, suku kulit hitam Albert Schweizer atau Gubernur Barrera semuanya memiliki model yang sama, yaitu klise yang tanpa ampun menggambarkan penduduk nonEropa sebagai, antara lain, orang yang malas, kekanakkanakan, pemabuk, pengecut, tidak percaya, percaya takhayul, emosional, dan sebagainya. Para ahli hukum sangat menyadari faktorfaktor tersebut: ras kulit hitam Afrika memperlihatkan Ciri-ciri khasnya di Afrika Tengah dan Timur, di Sudan, di Senegambia, dan di Guinea: tengkorak yang memanjang dan padat, sempit di pelipis; lubang hidung datar, gigi yang tidak vertikal meskipun miring, sehingga mengangkat bibir atas; leher pendek, dada lebar dan silindris; kaki sedikit melengkung; rambut hitam, pendek, dan seperti wol. Ciri-ciri anatomi tersebut disertai dengan

karakteristik moral yang diberikan: pikiran yang kurang berkembang dan kerentanan yang besar. Makhluk hitam, jika dibiarkan sendiri, hampir tidak mampu meninggalkan gaya hidup kesukuan melalui peradaban.

Dalam perspektif seperti itu, tidak menjadi masalah apakah Barat tertarik menjelajahi sisi Atlantik ini atau itu dan apakah dominasinya barubaru ini atau sudah ada sejak berabad-abad lalu: para ahli selalu dapat mengandalkan catatan sejarah tentang kolonisasi yang merupakan bab mendasar dari semua tulisan tentang hukum kolonial yang menghubungkan Stanley, Gallieni, atau Cecil Rhodes dengan Columbus dan bahkan dengan orang Romawi kuno.

Pernyataan seperti itu tidak boleh disalahpahami. Menekankan kesinambungan dari alur pemikiran tertentu superioritas ras dan budaya Eropa tidak berarti menyangkal berbagai perbedaan antara penaklukan Amerika Serikat dan eksploitasi Afrika. Cukuplah untuk mengingat satu perbedaan penting: menjelang akhir abad kesembilan belas, gagasan mistis Barat tentang kemajuan struktur politik yang unggul, ilmu pengetahuan dan pengobatan modern, ekonomi produktif, inovasi teknologi telah (hampir) sepenuhnya menggantikan panggilan misionaris di masa lalu. Kemajuan kini bergerak bersama dengan hukum publik universal baru yang menguduskan "peradaban" sebagai "gagasan politik modern", yang sama mendasarnya dengan kata kunci revolusioner lama tentang kesetaraan dan kebebasan, dan mampu, jika perlu, menumbangkannya:

kemajuan tidak boleh ditolak bagi siapa pun, baik dia berkulit putih maupun hitam. Semua individu harus diizinkan untuk bersaing dengan yang paling mulia dan cerdas, dan harus diizinkan untuk bersaing dalam upaya mereka demi kebaikan publik dan kemanusiaan. Namun, batas dari apa yang rasional tidak boleh dilampaui. Para politisi, yang dibutakan oleh kesetaraan palsu, telah lupa bahwa perbedaan nyata tetap sangat penting. Pejabat negara tidak dapat menyangkal faktorfaktor psikologis yang terkait dengan pewarisan sifatsifat tertentu, baik atau buruk, ia juga tidak dapat mengabaikan dampak ras pada bakatbakat individu.

Ideide di atas memang sangat berbeda; namun, sejarah tekstual kita juga mendeteksi beberapa ciri umum: dimulai dengan Acosta, muncul etnografi empiris dan perbandingan – dengan kata lain, modern yang menghubungkan akhir abad keenam belas dengan akhir abad kesembilan belas. Konsepsi Barat tentang tenaga kerja kutukan alkitabiah dan hak yang sah untuk perampasan, tetapi juga persetujuan kekuatan yang diperlukan untuk eksploitasi sumber daya Afrika juga mencakup kepercayaan tak terbatas pada fungsi peradabannya, yang tampaknya tetap tidak berubah selama berabad-abad, dan yang membuat para misionaris Jesuit di masa lalu tampak tidak jauh berbeda dari gubernur kolonial modern.

Dan apa yang mungkin dikatakan (pada tahun 1588) untuk suku Indian Amerika ("Bangsa-Bangsa biadab ini, terutama masyarakat Ethiopia dan Hindia Barat harus dididik seperti orang Yahudi mereka akan menahan diri dari segala kemalasan dan hawa nafsu yang berlebihan melalui sejumlah pekerjaan yang wajar dan harus dipaksa untuk mematuhi tugas mereka dengan membuat mereka takut") mungkin berlaku juga untuk Guinea pada tahun 1907: "banyak yang harus dilakukan di pulau Fernando Póo untuk menaklukkan para bubi, dan salah satu syarat yang dibutuhkan untuk menguasai mereka, membuat mereka bekerja dan

mengetahui jumlah orang yang tinggal di pulau itu adalah mendirikan pos polisi".

Hanya 10 tahun telah berlalu sejak Perjanjian Berlin; Namun, masalah sosial kolonial sudah menjadi perhatian utama pusat utama studi kolonial Eropa.80 Jelas sekali, filter budaya petualangan antropologis mulai berperan: dihadapkan dengan kemalasan tak terkendali yang dikaitkan dengan orang kulit hitam dan sudah ditunjukkan oleh orang India, strategi Eropa terlepas dari apakah itu dirancang oleh José de Acosta atau Angel Barrera terdiri dari penerapan rezim kerja yang menjinakkan satu kelompok orang untuk memperkaya kelompok lain, dan tidak ragu untuk menggunakan hukum pidana praPencerahan, sebuah sarana untuk memastikan produktivitas dan disiplin.

Budaya kolonialisme membangun hubungan khusus antara Eropa dan Afrika di mana orang kulit putih membawa kemajuan dan orang kulit hitam membayarnya dengan menawarkan tenaga kerja mereka: "budaya yang beradab dan terpelajar memiliki tugas untuk membawa kehidupan sipil kepada manusia yang hidup dalam kondisi primitif dan liar, dan mengubah mereka menjadi manusia yang berguna dan produktif; mereka juga memiliki tugas untuk menemukan dan mengeksploitasi kekayaan wilayah perawan yang dihuni oleh yang terakhir, dengan demikian memberikan layanan kepada Kemanusiaan dan Kemajuan dan menganugerahkan sebagian besar kekayaan tersebut kepada bangsa yang beradab".82 Kurangnya persetujuan orang Afrika terhadap kemajuan dan pekerjaan mereka tampaknya tidak menjadi masalah.

Dalam konteks yang sama, pembelaan kaku terhadap kerja wajib, yang sering ditentukan oleh hukum dan selalu digunakan dalam rezim kolonial, berakhir dengan klaim untuk menunjukkan penghargaan Eropa terhadap budaya tradisional: "penjajah hanya menggunakan formula adat setempat yang sesuai dengan konsepsi kerja setempat". Namun, yang diabaikan adalah bahwa keengganan untuk bekerja atau kinerja yang buruk merupakan mekanisme perlawanan alami penduduk asli terhadap penjajah asing.

Saat itu awal abad kedua puluh di Teluk Guinea; namun, prinsip-prinsip yang disusun untuk Hindia pada akhir abad keenam belas tampaknya masih berlaku. Pada saat dulu ada hukum "umum" Eropa dengan panggilan universal, orang Indian Amerika dipandang, jika tidak secara langsung sebagai binatang, dalam hal apa pun sebagai orang yang menyedihkan, kasar, dan rendah diri; mereka memiliki status tertentu di dunia yang penuh hak istimewa dan diklasifikasikan dalam jajaran terendah dan paling tidak berdaya dalam sistem sosial.

Menjadi korban dari kondisi kekanakkanakan mereka, mereka bahkan tidak menikmati otonomi yang biasa diberikan kepada orang-orang termiskin atau yang "kasar". Tiga abad kemudian, hukum "umum" lainnya, yaitu hukum kolonial Berlin, diterapkan di benua Afrika. Kategori kuno "kekasaran" dan kesengsaraan tidak lagi digunakan, dan tidak seorang pun memandang Gereja sebagai lembaga yang beradab dan melindungi.

Namun, gagasan tentang status "di bawah umur" orang Afrika ditegakkan oleh hukum perdata dan digunakan oleh legislator kolonial untuk menundukkan orang kulit hitam atas nama kebiadaban mereka: "orang-orang liar dapat dengan mudah disamakan dengan anak di bawah umur atau dengan individu yang tidak dapat membuat penilaian yang benar"; mereka semua cacat dan berada di bawah perwalian. Atas nama perlindungan, yang tidak pernah

diminta oleh orang Afrika, Eropa merampas surat wasiat individu: hal itu mengkompensasi lebih banyak ketidak mampuan yang dinyatakan orang Afrika dengan memaksa mereka untuk bekerja.

Dalam perspektif seperti itu, yang melihat penduduk asli sebagai anak-anak metropolitan atau orang gila, hukum publik internasional mendaur ulang konsep hukum privat dan memperluas langkah-langkah perlindungan yang terakhir protektorat, mandat atau kepercayaan ke semua populasi eksotis yang tidak memiliki aparat publik yang jelas: dengan demikian masyarakat membayar masa muda politik mereka melalui ketergantungan mereka pada tanah air terpencil di Barat. Subjek kolonial dipaksa masuk ke dalam klasifikasi yang tepat: “kemampuan intelektual orang Afrika hitam kita ratarata terbatas, hal ini membuat otonomi mereka sulit tidak hanya di dunia politik tetapi juga di ranah pribadi”; ekspresi dari keinginan mereka yang diduga terganggu harus dipercayakan kepada pejabat khusus dan patronase.

Mekanisme apa yang dapat menjamin kepatuhan yang lebih besar? Orang kulit hitam seperti anak-anak, dengan perbedaan yang mengerikan bahwa waktu tidak berlalu bagi mereka: begitu orang Afrika ditempatkan di bawah perwalian tanpa batas waktu, pengobatan tropis, yang didasarkan pada penalaran statistik, dan antropologi fisik, yang menganggap perkembangan seksual itu sendiri sebagai batas akhir kematangan intelektual, mampu menentukan usia mental bubis Guinea seperti usia anak berusia 12 tahun.

Masalah "pekerjaan" terletak di "inti dari masalah kolonial".

Tentu saja ada pekerja Eropa di benua Afrika yang tunduk pada norma-norma khusus untuk orang kulit putih; namun, setelah konferensi Berlin, muncul pertentangan yang meluas terhadap kehadiran mereka di Afrika, baik karena alasan higienis yang terkait dengan kerasnya cuaca tropis maupun karena alasan yang lebih kuat yang terkait dengan martabat ras kulit putih: "Guinea bukanlah koloni untuk imigrasi tenaga kerja. Pekerja kulit putih tidak dapat hidup dengan upah harian yang diberikan kepada orang kulit hitam, tingkat kerjanya tidak sama dengan yang terakhir, martabat rasnya tidak memungkinkannya untuk tunduk kepada orang kulit hitam, dan dia tidak dapat melakukan pekerjaan berat tanpa kesehatannya terganggu”.

Ketahanan biologis pekerja kulit putih yang buruk terhadap cuaca tropis bahkan disambut sebagai perlindungan potensial bagi ras yang dianggap lebih rendah; namun, dominasi virtuallah yang sebenarnya terjadi: faktanya, undang-undang imigrasi saat itu bahkan tidak mempertimbangkan kemungkinan beremigrasi ke Afrika untuk bekerja.

Sekali lagi, bukan hanya Spanyol yang khawatir dengan masalah di atas. Ketika Institut Internasional Brussels menyadari perubahan yang terjadi di wilayah kekuasaan eksotis dari kekuatankekuatan Eropa lama (yaitu ketika Negara-negara yang pernah menjadi objek dominasi kolonial mulai memasuki Liga Bangsa-Bangsa), ia mulai mengabdikan upaya kolektifnya untuk Régime et l’Organisation du Travail des Indigènes dans les Colonies Tropicales. Guinea, sekali lagi, memungkinkan kita untuk memeriksa prinsip umum perburuhan di bawah hukum “umum” kolonial, yang pemberlakuannya bervariasi menurut keadaan masing-masing negara.

Di Afrika khatulistiwa yang didominasi Spanyol, “masalah perburuhan” yang terus

menerus, yaitu kekurangan pekerja di perkebunan Fernando Póo, secara serius membahayakan nasib wilayah yang begitu kecil, yang memiliki sedikit modal, penetrasi asing yang cukup, dan sangat sedikit sumber daya; Namun, sejarah ekonomi koloni tersebut pemberian tanah yang tidak berkesinambungan, risiko monokultur kakao, hambatan bea masuk di Semenanjung, “impor” pekerja yang sulit dari pesisir Kru, dari Sierra Leone atau Biafra tidak boleh menyembunyikan fakta bahwa kesulitankesulitan tersebut merupakan manifestasi lokal dari fenomena yang jauh lebih luas yang endemik pada budaya imperialisme itu sendiri.

14.5 DE THEOBROMATE COLLIGENDO MORE GUINEANO

Sekarang kita telah sampai pada tahun 1906, Spanyol masih kekurangan undang-undang khusus tentang perjanjian perburuhan, meskipun “Peraturan Sementara tentang Tenaga Kerja Pribumi di wilayah Spanyol di Teluk Guinea” kemudian diterapkan di wilayah tropis Spanyol. Menjadi elemen kunci dari rencana eksploitasi yang dilaksanakan sesuai dengan pemerintah kolonial melalui undang-undang organik tahun 1904, Peraturan tersebut merupakan hukum metropolitan yang tidak menonjol dengan jejak lokal yang kuat, isinya sepenuhnya berasal dari Komisaris Kerajaan Diego Saavedra, seorang Gubernur yang sangat peka terhadap kebutuhan pemilik tanah. Peraturan Spanyol tersebut terinspirasi dari undang-undang Portugis yang mengikuti Perjanjian Berlin dan bertujuan untuk menjamin tenaga kerja yang cukup di pulau tersebut; meskipun tidak mencapai tujuan langsungnya, undang-undang ini membuka jalan bagi sejumlah undang-undang kecil, yang dibuat dari "dekrit, perintah, larangan, dan instruksi, yang niat baiknya digagalkan oleh kelambanan bawaan orang-orang yang menjadi sasarannya".

Dekrit yang dikeluarkan oleh Barrera pada tahun 1911 adalah contoh, antara lain, dari ketentuan pemerintah yang terperinci tersebut yang didorong oleh "niat baik". Sejak saat itu, konstitusi Afrika ditandai oleh bentuk undang-undang yang serupa, "karena pembuat undang-undang lebih memahami subjek hukum dan sepenuhnya memahami masalah sosiologi kolonial"; namun, justru melalui cara yang sederhana dalam memperkenalkan ketentuan lokal tersebut, prinsip umum kerja keras diperkenalkan di Guinea. Prinsip seperti itu tidak berlaku bagi para bubi; menurut Peraturan Perburuhan 1906, “semua penduduk pulau Fernando Póo yang tidak memiliki properti, pekerjaan, pekerjaan yang sah dan diakui, atau tidak berdomisili di Daftar Sosial yang disimpan oleh Dewan lokal untuk tujuan ini, akan tunduk pada perwalian Curaduría dan akan diwajibkan untuk bekerja, baik berdasarkan kontrak dengan orang-orang swasta maupun untuk negara. Aturan ini tidak berlaku untuk bubi, meskipun perjanjian dengannya tidak dilarang selama disetujui oleh yang pertama” (Pasal 24).

Untuk menjelaskan pengecualian tersebut, mari kita kembali ke prinsip umum dan lugas: Orang Afrika “akan tunduk pada perwalian dan akan diwajibkan untuk bekerja”. Aturan tersebut mencakup lebih dari dua proposisi belaka yang dihubungkan oleh konjungsi kopulatif. Sifat biadab orang kulit hitam, ditambah dengan kewajiban orang kulit putih untuk menjinakkan orang-orang biadab, melegitimasi ketundukan orang kulit hitam kepada yang terakhir. Jadi, dalam istilah hukum Eropa, penundukan penduduk kolonial bergantung pada

ikatan perwalian, yang melindungi orang-orang biadab dengan cara membudayakan mereka dan membudayakan mereka dengan menanamkan budaya produktif berbasis kerja pada mereka: dengan kata lain, kewajiban bekerja yang dibebankan kepada orang Guinea adalah akibat dari mereka yang masih di bawah perwalian.

Berdasarkan hal di atas, logika di balik Peraturan tersebut jelas. Keadaan bahwa norma tersebut merujuk pada tenaga kerja pribumi, dan bahwa tenaga kerja merupakan tema utama ketentuannya (Pasal 24–76), disebabkan oleh fakta bahwa Peraturan 1906 bergantung pada lembaga perlindungan, yang disebut curaduría kolonial (Pasal 1–23; lihat juga Pasal 77–79), yang mewakili Spanyol sendiri dalam kapasitasnya sebagai penjaga orang-orang biadab yang cacat. Preseden-preseden India sebuah contoh terhadap Negara-negara yang curiga terhadap moralitas Spanyol tidak dilupakan, namun terminologi dan mekanisme yang digunakan kini berasal dari hukum kolonial yang “umum”.

Hal ini menyebabkan tujuan ganda dari “perlindungan” dan “pekerjaan” “untuk melindungi” penduduk asli agar dapat menundukkan mereka untuk bekerja yang merupakan ciri khas para wali Spanyol: “tugas para pejabat tersebut adalah untuk menghindari dan, jika perlu, untuk menghukum kekerasan yang dilakukan oleh orang Eropa terhadap penduduk asli, untuk mengendalikan perjanjian-perjanjian antara yang pertama dan yang terakhir, khususnya perjanjian kerja bergaji, yang paling rentan terhadap penyalahgunaan, serta perjanjian-perjanjian serupa lainnya”. Sebagaimana aturan dalam konstitusi Eropa untuk Afrika, garis pemisah antara surat wasiat kontraktual yang dibantu dan penerapan perjanjian kerja yang disertai kekerasan sama sekali tidak ada: angkatan bersenjata dari lembaga perlindungan tersebut mampu memastikan perilaku yang wajar dari para individu yang dilindungi yang paling membangkang.

Apakah para bubi masih dapat dibebaskan dari pekerjaan secara hukum, meskipun dalam praktiknya mereka berada di bawah perwalian? Bukankah dekrit-dekrit terperinci dari Pemerintah Spanyol menegakkan kembali logika konstitusi yang tak terelakkan, yang untuk sementara waktu telah digulingkan oleh norma yang tidak menyusul? Kehadiran tenaga kerja asing di Fernando Póo, yang sangat menentukan pada awal abad ini dan yang terkait dengan konsepsi penduduk pulau sebagai makhluk yang lemah secara fisik dan moral dan dengan demikian tidak terlalu berguna bagi pemilik tanah, tentu saja memainkan peran penting dalam pengecualian awal: "ras yang reyot dan terdegradasi kelompok yang sangat menjijikkan dengan konstitusi fisik yang kurang berkembang", "para bubi yang memalukan di pesisir adalah ras yang lebih rendah, ras yang terdegradasi oleh penyalahgunaan alkohol, mendukung orang kulit putih dengan Satu-satunya tujuan mendapatkan beberapa keuntungan" dan mendekati kepunahan yang cepat. Pernyataan seperti itu tidak diragukan lagi mengerikan dalam dirinya sendiri tetapi diperlukan pemeriksaan yang lebih cermat. Selain kondisi yang menindas dan evaluasi etnografis yang kasar, isu-isu tentang "perlindungan" dan "pekerjaan" merupakan hal mendasar dalam memahami kurangnya hak-hak yang ditetapkan secara hukum di Benua Hitam.

Sekarang mari kita tinggalkan sejenak profil hukum dari hak-hak yang tidak ada tersebut. Mari kita telaah majalah-majalah yang telah kita sebutkan secara singkat di atas

untuk memahami undang-undang kolonial. Masalahnya begitu jelas, dan jaringan representasi yang berputar di sekitar pemanenan kakao Guinea begitu jelas, sehingga contoh apa pun, seperti yang berikut ini, dapat digunakan dalam hal ini.

Pada tahun 1921, di hadapan Delegasi Distrik yang baru, D. Emilio G. Laygorri, kota San Carlos dengan gembira merayakan hari nama Raja. “Cukup baik, selama perayaan, hampir semua bubi distrik datang untuk memberi penghormatan kepada Raja mereka yang tercinta melalui wakilnya yang ramah. Semua dipersatukan oleh cita-cita yang sama, orang-orang kolonial yang bersaing dalam mengekspresikan patriotisme mereka kemudian, seperti yang terjadi dalam keluarga yang memiliki perasaan yang sama, minat mereka membangkitkan kehormatan mereka”.

Kita akan membahas beberapa aspek indah dari perayaan patriotik tersebut nanti, tetapi, untuk saat ini, kami ingin menekankan kata yang biasa digunakan oleh reporter acara ramah tersebut. Sebagai orang kulit putih dan kulit hitam yang bersatu dalam cinta mereka yang hidup untuk monarki Spanyol, penduduk San Carlos, di mata kolonial, adalah keluarga dekat, bahkan, sebuah keluarga. Retorika keluarga dengan demikian menyediakan kerangka kerja di mana norma-norma kolonial dapat ditetapkan. Sekarang mari kita periksa situasi pada tahun 1921.

Pada tanggal 31 Desember, Gubernur Barrera berlabuh di Santa Isabel. Ia baru saja kembali dari Spanyol dan disambut hangat oleh penduduk setempat. “Dewan Lokal telah mendirikan gapura arabesque yang indah di gerbang kota dengan tulisan bertuliskan: ‘Yang Terhormat Bapak D. Angel Barrera: kepada Putra angkatnya, rakyat yang bersyukur’. Tulisan itu menggarisbawahi kontribusi cerdas dari Petugas Pekerjaan Umum D. Francisco Bermejo. Pada gapura yang didirikan oleh Perusahaan Putriputri Afrika, kesederhanaan dan gaya khas negara itu menonjol, bersama dengan tulisan penuh kasih berikut: ‘Untuk ayah Barrera, putriputri Afrika’: warnawarna nasional adalah ciri utama dari karya yang hidup itu”.

Haruskah kita membenci penggunaan metafora di atas yang berulangulang? Ibu dari semua individu adalah tanah air Spanyol yang jauh, yang baru saja dikunjungi Gubernur. Ia lahir di sana pada tahun 1863, tepatnya di Burgos, caput Castellae, meskipun ia kini telah diadopsi oleh Santa Isabel, ibu kota kolonial yang masih muda. Gubernur, yang merupakan putra sah Fernando Póo, sendiri adalah seorang leluhur. Yang disebut PutriPutri Afrika, yang memberi hormat atas kedatangan Gubernur, juga adalah putriputri Barrera: mereka menggunakan sebutan yang sama seperti untuk ayah mereka, yaitu papá (ayah). Ini adalah penggunaan yang umum: selama perayaan yang sama, beberapa batukos, kepala suku bubis, dengan patuh mencium tangan Gubernur dan membungkuk di "kaki idola mereka, Papá Barrera". Beritaberita semacam itu datang dari koloni, tetapi dengan cepat sampai ke tanah air.

Sejarawan harus menanggapi anekdotanekdot yang menjijikkan ini dengan serius dan memahami makna hukumnya. Metafora keluarga, yang begitu sering muncul dalam bahasa kolonial, bukan sekadar rekayasa retorika yang digunakan oleh hati nurani Eropa untuk menggarisbawahi superioritas ras Barat dan komitmennya terhadap dominasi politik di Asia atau Afrika. Karena wacana yang menyublimkan segala bentuk ketidaksetaraan, tidak hanya

perdebatan potensial tentang hak dan kebebasan ras nonEropa dihindari; gambaran keluarga juga menghilangkan inkoherensi konseptual para ahli hukum yang terpaksa menggunakan prinsip-prinsip untuk Afrika yang sepenuhnya berlawanan dengan yang digunakan untuk Negara-negara Eropa.

Proklamasi prinsip-prinsip politik universal yang terus menerus digagalkan atas dasar ras, organisasi sosial, atau pembangunan, secara efektif melengkapi, dengan menggunakan citra "keluarga", sarana dominasi negara, yaitu protektoratnya terhadap penduduk asli atau perlindungan terhadap anggotaanggotanya yang tunggal. "*Tidak boleh dilupakan*" kata Santi Romano *"bahwa hukum kolonial pada hakikatnya tidak dapat disusun atas dasar dan kriteria yang sama dengan hukum metropolitan*".

Hukum ini merujuk kepada masyarakat yang kurang beradab dibandingkan masyarakat Eropa, yang lebih cocok untuk jenis pemerintahan yang mirip dengan yang kita miliki di zaman dahulu; sebaliknya, hukum ini tidak dapat mengadopsi prinsip-prinsip konstitusionalisme modern". Isi yang tepat dari pertimbangan umum ahli hukum Italia di atas sekarang dapat dikaitkan. Pada zaman yang lebih kuno, bahkan di Eropa, keluarga merupakan struktur utama kehidupan sosial. Dalam lingkungan domestik, yang menjadi model bagi republik, terdapat kekuasaan paternal (tepatnya ekonomi) dengan disiplinnya sendiri, yang sama tertutupnya terhadap keadilan seperti halnya terbuka terhadap agama. Karena dikecualikan dari kendali hukum apa pun, keputusan kepala keluarga tidak dapat dipertanyakan. Tugas ayah adalah mendidik, mengoreksi, dan melengkapi kapasitas yang terbatas dari anak-anak dan istrinya.

Hubungan biologis tidak menentukan dalam melegitimasi kepatuhan terhadap otoritas paternal: ikatan kekeluargaan memaksa pria dan wanita nonEropa, seperti pembantu rumah tangga, budak, atau anak laki-laki yang ditahan, untuk mematuhi otoritas tuan kulit putih mereka. Keluarga itu sendiri merupakan lembaga kebijakan kriminal yang paling penting dan bertanggung jawab jika rangkaian hukuman pertama ini gagal. Melalui disiplin, ekonomi, dan agama, keluarga mewujudkan paradigma pemerintahan yang lalim, yang telah dikritik keras oleh para intelektual yang tercerahkan dengan tujuan menciptakan dunia yang berbeda. Mari kita kutip kata-kata Marquis Beccaria berikut ini:

Ketidakadilan yang merusak dan sah seperti itu disetujui bahkan oleh orang-orang yang paling terpelajar dan dilakukan oleh republikrepublik yang paling bebas, yang menganggap masyarakat sebagai persatuan keluarga dan bukan persatuan manusia. Mari kita bayangkan seratus ribu orang, (atau) yaitu dua puluh ribu keluarga, yang masing-masing terdiri dari lima anggota, termasuk kepala suku yang mewakilinya: jika asosiasi itu dibuat untuk keluarga, akan ada dua puluh ribu orang dan delapan puluh ribu budak; jika asosiasi itu terdiri dari manusia, akan ada seratus ribu warga negara dan tidak ada budak.

Konflik antara aturan keluarga dan aturan dasar republik semacam itu menimbulkan serangkaian kontradiksi lain antara moral domestik dan publik dan juga menimbulkan konflik abadi dalam jiwa setiap individu. Yang pertama mengilhami kepatuhan dan ketakutan, yang terakhir keberanian dan kebebasan; yang satu membatasi tindakan amal untuk sejumlah kecil orang tanpa pilihan spontan, yang lain memperluasnya ke semua kelas manusia.

"Ini menunjukkan betapa terbatasnya sudut pandang sebagian besar legislator". Kata-

kata seperti itu tidak perlu dianalisis lebih lanjut, karena kutipannya saja sudah memungkinkan kita untuk memahami semangat politik (atau antipolitik, jika Anda suka) yang tertanam dalam tatanan domestik lama. Pertimbangan seperti itu tidak mengalihkan kita dari perhatian utama kita, yaitu pekerjaan kolonial. Keluarga memerlukan pekerjaan di bawah kepatuhan dan kekuatan disiplin yang tidak tunduk pada hukum: karenanya, dengan memeriksa makna dogmatis dari metafora keluarga, kita dapat benar-benar menghargai peran sentral pekerjaan dalam konstitusi kolonial.

Pada waktu dan tempat yang menjadi objek Perjanjian Kongo, ideologi di atas melegitimasi pengerahan kekuatan patriarki yang sangat tua, dan ikatan keluarga digunakan untuk menundukkan secara setara (tidak peduli apakah pekerjaan itu swasta atau publik) pembantu rumah tangga yang bijaksana, pejabat yang efisien, dan pekerja yang dieksploitasi. Kita tidak akan membahas perubahan konseptual yang memengaruhi perjanjian perburuhan ketika Eropa menguasai Afrika, atau hubungan perburuhan yang berlaku di Negara-negara penjajah. Yang penting, dan dengan demikian khususnya bersifat ilustratif pada pekerjaan kolonial, adalah bahwa para leluhur kita percaya bahwa pekerjaan harus dipahami secara teknis bukan sebagai kewajiban hukum perdata, melainkan sebagai kesempatan untuk berkolaborasi dengan modal, yang karenanya menemukan maknanya dalam lembaga hukum keluarga.

Oleh karena itu, kita dapat memahami makna dari kiasan "cinta" yang muncul dari waktu ke waktu dalam teks-teks kita. Cukuplah untuk berpikir tentang penggunaan jamak, dalam bahasa Eropa mana pun pada akhir abad kesembilan belas, dari kata colonia yang polos: kata Latin ini, melalui makna tersiratnya tentang pengabaian dan ketergantungan, dapat juga diterapkan pada pabrikpabrik industri, murid-murid yang terlantar, atau tahanan, semua ini berpotensi ditebus melalui ukuran kerja yang baik.

Dipandang baik sebagai anak di hadapan hukum, sebagai makhluk yang harus beradab, dan sebagai pekerja, orang Afrika memiliki kondisi kekanakkanakan sekaligus status pekerja, yang akhirnya mengarah pada kepatuhan gandanya: bahkan orang kulit putih yang paling rendah hati, yang dibebaskan dari segala jenis perlindungan, selalu lebih baik daripada buruh bantu yang paling sombong. Gubernur Eropa adalah ayah dan tuan bagi penduduk asli. Kebijakan kolonial berubah menjadi masalah perburuhan dan hukum kolonial hanyalah seperangkat instrumen yang digunakan untuk memaksa orang kulit hitam untuk berproduksi demi keuntungan orang kulit putih.

14.6 SI VIS PACEM, PARA BELLUM

Di belakang punggung makhluk-makhluk “cacat” itu, orang-orang kulit putih Guinea merancang sejumlah strategi yang membangkitkan persaingan di antara sukusuku devide ut regnes, seperti yang dikatakan dan bertujuan untuk menanamkan kebutuhan akan uang dalam benak orang-orang kulit hitam melalui kebiasaankebiasaan konsumsi buatan: tanda-tanda peradaban, yang bertepatan dengan adopsi pakaian, lebih berkaitan dengan uang dan upah daripada dengan perkembangan perasaan-perasaan yang halus, bermoral, atau pantas.

Barubaru ini, untungnya, berkat Departemen Kolonial (Kementerian Negara), yang

telah melawan saransaran yang datang dari jiwa-jiwa yang teliti dan hatihati perempuan, arah baru telah diberikan kepada politik kolonial, yang disebut 'daya tarik'; sejak Gubernur yang paling termasyhur, Don Luis Ramos Izquierdo, menerapkan rencana aksi militer untuk pendudukan efektif pulau Fernando, dengan demikian mendirikan pospos militer, memanggil para botuco untuk memperhatikannya dan mewajibkan mereka melalui kekerasan untuk mempertanggung jawabkan kegagalan mereka mematuhi perintah, menetapkan kewajiban untuk bekerja, mengekang penggunaan alkohol dan menggunakan cara-cara lain yang menjadi ciri khas pemerintah sejak saat itu, dampak kedaulatan kita terhadap koloni telah meningkat secara masuk akal, dan situasi pedesaan telah membaik secara signifikan sejak jumlah buruh telah disesuaikan dengan jumlah perkebunan.

Ini adalah jenis cerita yang diceritakan (dengan ketenangan yang paling besar) tentang Guinea. Jadi: "si vis pacem, para bellum". Ungkapan seperti itu pertama kali digunakan oleh E. d'Almonte ketika berbicara kepada audiens ahli geografi tentang "penduduk Guinea Spanyol, dilihat dari status mereka sebagai subjek Spanyol" menyatukan pendekatan Spanyol baru terhadap penduduk asli dengan ekspresi publik kepentingan kolonial dan organisasi militer kolonial: terlepas dari perbedaan mereka, semua sikap ini terhubung – tidak hanya dalam hal simultanitas dalam tujuan akhir untuk memaksa "subjek Spanyol" tersebut untuk bekerja keras. Namun, di pers Guinea, suara Labra yang tua tetapi masih kuat, seorang Anggota Parlemen, kadang-kadang bergema; berbicara kepada Cortes, kepada siapa pun yang masih tertarik mendengarkannya, ia berpendapat bahwa Koloni bukanlah tanah milik, garnisun, tempat penyimpanan senjata, misi keagamaan, atau biara Koloni adalah masyarakat sipil, yang diatur oleh hukum normal, identik dengan Metropolis dalam fitur dasarnya, dalam kesatuan hukum dan kebebasan sipil, yang kemajuannya harus dijamin oleh perluasan dan keamanan individu, oleh kesiapan dan kompetensi Administrasi, oleh pengudusan progresif prinsip otonomi sehubungan dengan budaya dan sarana lokal, dan oleh perhatian Kekuatan Publik metropolitan terhadap kebutuhan dan persyaratan Koloni dan kemajuan universal Ekonomi Politik dan Hukum Internasional.

Namun, model ideal seperti itu tidak mencegah Spanyol kehilangan Kuba yang dicintainya dan ditentang, seperti yang belum pernah terjadi sebelumnya, oleh lembaga dan fakta Guinea. Terlebih lagi, tanpa secara tegas menyebut Negara-negara jajahan dan secara implisit merujuk pada situasi yang berbeda dari Antilles yang hilang, rujukan Labra "terhadap kebutuhan Koloni" menyiratkan, ketika dirujuk ke Guinea dan terlepas dari kemungkinan niatnya, prinsip hukum publik universal yang berbahaya yang menyatakan bahwa semua tindakan luar biasa oleh negara adalah sah: negara dengan demikian dilihat sebagai "subjek tertentu yang, jika pelestarian dan keberadaannya memerlukan hak-hak individu dan hukum yang berlaku untuk dilanggar, tindakan luar biasa tersebut dibenarkan berdasarkan kebutuhan negara '*Salus populi suprema lex esto'*.

"Hukum yang luar biasa hanya diterapkan ketika ada situasi yang luar biasa, dan tidak akan pernah dapat membentuk jenis hukum biasa yang baru." Namun, di Afrika, di mana setiap pengecualian adalah aturan, peringatan yang tidak tegas seperti itu tidak diikuti. Boletìn Guinea memberikan contoh dalam hal ini. Tanpa terlalu memperhatikan peran wali amanat,

yang merupakan mediator dalam lingkup kontrak, ketentuan baru tentang tenaga kerja individu (1907) diselesaikan pada tahun 1908 dengan mendirikan Garda Kolonial, yang diatur oleh Gubernur yang bertanggung jawab atas mobilisasi bubi, yaitu Sir Don Luis RamosIzquierdo.

Berkat Garda, dominasi Spanyol dapat diperluas ke masyarakat dan wilayah tropis, dan kerja dapat dipaksakan melalui kekerasan: sejak awal, pemujaan terhadap kerja dan cinta kepada Raja dan Tanah Air Spanyol satu bersama yang lain merupakan perhatian utama Garda. Tepat ketika Barrera hendak memulai pengalaman pemerintahannya yang panjang, pertikaian berdarah, yaitu pemberontakan Balachá (sering disebutkan dalam dekrit dan ketentuan) menjadi alasan diberlakukannya tindakan militer yang keras untuk diterapkan pada perekrutan buruh.

Peristiwa kekerasan tersebut dipicu oleh dekrit tahun 1910 tentang kerja individu, yang ketentuannya (“untuk menarik penduduk bubi ke dalam kesulitan kerja dan dengan demikian membudayakan mereka dalam tatanan sosial”) sangat mirip dengan yang telah kita lihat. Selama “peristiwa San Carlos”, yang terjadi di daerah tempat kehadiran claretianos sangat kuat, para bubi berjuang melawan kerja keras; pers lebih suka menyamarkan kejadiankejadian seperti itu sebagai perkelahian di antara penduduk asli untuk merebut kekuasaan di sukusuku lokal, yang konon berujung pada terbunuhnya seorang kepala Garda (kulit putih) yang tidak bersalah; kematian kepala suku yang memberontak, yang konon terjadi akibat tembakan senjata api yang tidak disengaja, dan penghancuran rumahrumahnya digambarkan sebagai "kelemahan Spanyol terhadap mereka (kulit hitam)". Beruntung sekali, pasukan gabungan Garda dan penjajah (namanama Anglo-Saxon dan Catalan banyak terdapat dalam ekspedisi itu, misalnya "Dn. Maximiliano C. Jones, Dn. Juan Bravo, Dn. José Bronn y los Srs. Faura, Baide, Roig, Macmen, Ramón, Vila, Clark y Lues") mampu menjinakkan pemberontakan sederhana itu, setelah beberapa hari penuh kekacauan.

"Gunung telah melahirkan seekor tikus", seperti yang akan dikatakan; perang bubis ditangani secara ekstensif oleh Boletìn dalam bulanbulan berikutnya. “Masalah buruh dapat diselesaikan melalui kemauan, kesabaran, dan energi yang kuat, dengan memastikan dengan segala cara yang memungkinkan bahwa para bubi bekerja; saya rasa perlu, untuk tujuan tersebut, untuk mendirikan pos polisi”. Mengingat intervensi ekstensif Gubernur Barrera terhadap kondisi wilayah, tekadnya dalam menerapkan konstitusi kolonial cukup dapat diramalkan, sedemikian rupa sehingga dekrit tahun 1911 tentang bubi, alihalih menjadi kelanjutan dari rencana yang dimulai oleh Luis RamosIzquierdo, menjadi ekspresi hukum dari keyakinan pribadi Gubernur: koloni hanya dapat diperintah melalui patriotisme, melalui tangan besi, dan dengan mewajibkan penduduk asli untuk bekerja.

Dengan tidak adanya hak-hak politik dan partisipasi sipil, hanya sejumlah nilai spiritual yang berlaku di Guinea, yaitu yang diwujudkan oleh Raja Spanyol. Dalam hal ini, mari kita telaah apa yang dilaporkan tentang Santa Isabel pada tahun 1921.

Gema Perayaan untuk Raja. Pada edisi sebelumnya, karena keterbatasan ruang, kami tidak sempat menggambarkan Parade SipilMiliter yang fantastis yang diadakan pada perayaan hari nama Penguasa Agung kita; sekarang kami akan melengkapi deskripsi tersebut dengan

memberikan gambaran umum kepada para pembaca yang taat akan simbolisme dan alegori keretakereta artistik yang, melalui dua barisan penduduk asli yang tak berujung membawa lentera Venesia, berparade melalui jalanjalan utama kota. Kereta pertama yang indah ini, ditarik oleh tujuh vampir dan dipandu oleh Cupid, mewakili Tanah Air kita, merangkul erat Angkatan Darat kita yang bergengsi dan Angkatan Laut Perang kita yang heroik, dan melipatgandakan kerja keras manusia, yang merupakan sumber kejujuran dan kesejahteraan, di tangannya. Sosok Penguasa Agung kita yang mulia dan cantik yang berdiri dengan indah di atas sebuah drum besar, dihiasi dengan embelembel bendera nasional, ditempatkan di antara gambar sebuah kastil dan seekor singa, melengkapi dan melengkapi seluruh kereta, yang fantastis sekaligus artistik.

Gerbong kedua tidak terlalu alegoris, meskipun sama-samama artistik, dan menggambarkan Komando Garda Kolonial dengan cara yang artistik dan akurat sehingga tampak seperti kerawang. Pada hari ke-25, pukul setengah empat sore, pertandingan sepak bola yang meriah, kompetitif, dan menarik berlangsung di lapangan dekat telegraf. Ada tim pria Eropa dan tim pria pribumi lainnya; yang pertama, yang memang sangat pintar, memenangkan pertandingan. Ucapan selamat kami yang paling tulus.

Permainan patriotik semacam itu di antara anak muda (yaitu di antara penduduk asli Afrika yang dijajah), diilustrasikan oleh bukti grafis yang tak terlukiskan, membawa kembali perhatian kita pada konsepsi yang telah kita bahas di atas dan yang mungkin berlaku juga sehubungan dengan penempatan Garda dan kewajiban bubi untuk bekerja. Sukusuku Guinea yang bahagia (tentu saja subjek pribumi, seperti yang dituntut oleh konstitusi kolonial) memberikan kemeriahan pada perayaan tersebut sekaligus menjamin keselamatan bagi penyelenggara Eropa.

Namun, ada alasan lain di balik pengawalan pengawal berkulit hitam terhadap parade kereta kerajaan: sebuah kereta yang ditarik oleh para vampir yang menyatukan, di bawah gambar kasar Alfonso XIII, yang dilukis dengan minyak di atas sebuah drum, gambargambar Tanah Air, Angkatan Darat dan Angkatan Laut, yang tidak diragukan lagi adalah gambargambar Spanyol, yang dirangkul dengan gambar kaum Buruh (sebenarnya hanya kaum buruh Afrika). "*Anggota Garda Kolonial*".

Misalnya, "para kepala suku asli yang berwenang" Cayetano Cien Duros, Antonio Asombra Cánovas dan Manuel Mochila Morral, yang menerima medali (meskipun bukan pensiun) berkat "jasa mereka dalam operasi militer yang dilakukan antara tanggal 5 dan 12 Agustus untuk menghukum suku Ysen (Distrik Bata) atas perilaku pemberontakannya terhadap Penguasa Kolonial", dan semua pengawal kolonial "dipercayakan dengan tugas untuk mempertahankan perasaan cinta terhadap Tanah Air, kemauan untuk bekerja dan kepatuhan di antara penduduk asli yang mendiami wilayah yang menjadi tanggung jawab mereka".

Cinta terhadap Spanyol dan bekerja di Afrika. Bahkan tanpa dukungan tekstual yang eksplisit seperti itu, tidak sulit untuk memahami makna dari ikonografi HispanoGuinea yang kasar. Kerja keras yang dipaksakan oleh angkatan bersenjata dari tanah air yang jauh adalah hasil dari budaya Eropa yang sama, yang seharusnya menjadi "sumber kejujuran dan kesejahteraan", yang diterima begitu saja oleh para bubi Fernando Póo. Karena tidak memiliki

hak dan kapasitas hukum, terikat untuk bekerja hanya dengan alasan menjadi "subjek Spanyol", semua penduduk asli adalah putra Raja (diwakili dalam perjalanannya di sekitar Guinea), dan juga merupakan putra perwakilan dari perwakilan yang sebenarnya, Laksamana Muda dan Gubernur. Cinta, rasa hormat, dan layanan diberikan kepada ayah kerajaan mereka Alfonso XIII. Proksinya yang termasyhur, papá Barrera, menanamkan ajaranajaran tersebut melalui sejumlah perayaan, yang dibiayai olehnya sendiri,136 dan pada saat yang sama menuntut kepatuhan terhadap ajaranajaran tersebut melalui perintah dan dekrit, sehingga memperkaya pemilik tanah kolonial.

Karena kekuatan korektif Barrera diberikan sehubungan dengan "putraputra" yang dianggap di bawah umur, kekuatan tersebut tidak terbatas: melalui dukungan hukum kanon lokal, penggunaan seperti itu menguntungkan ("Saya dengan singkat memberikan keadilan kepada mereka, mengesampingkan hukuman dan alokasi Saya menghukum mereka sehubungan dengan dua hal yang paling mereka hargai: uang dan tubuh mereka") pemilik tanah lokal. Alasan di balik kehadiran Spanyol di Guinea adalah kewajiban patriotik untuk bekerja. Berdasarkan perspektif ekonomi dan bukan sekadar etimologis, ketentuan pemerintah tentang buruh jauh melampaui pemanenan kakao dan dengan demikian membentuk konstitusi Afrika itu sendiri.

14.7 PRAESTANTIA LINGUAE LATINAE

Konstitusi kolonial merupakan kejadian kolonial itu sendiri. “Setelah dimulainya panen kakao, Gubernur biasanya menerbitkan ketentuan yang mengharuskan semua penduduk asli yang bukan pemilik tanah atau tidak memiliki sarana untuk hidup atau pekerjaan yang diakui, untuk mendaftar untuk bekerja sebagai buruh tani.

Keputusan tersebut merupakan peraturan ketenagakerjaan yang efektif, yang menetapkan hak dan kewajiban majikan dan buruh; orang tua dan anak di bawah umur dibebaskan dari kewajiban tersebut, seperti halnya wanita, meskipun kontrak dapat dibuat dengan mereka selama mereka secara sukarela menawarkan jasanya”. Mengingat bahwa, menurut Peraturan sementara tahun 1906, kerja keras bubis dilarang, keadaan setempat mengharuskan undang-undang ketenagakerjaan memaksa mereka untuk membuat perjanjian dengan pemilik tanah.

Meskipun Peraturan organik tahun 1904 menyediakan instrumen yang dibutuhkan Gubernur untuk menyesuaikan hukum dengan kebutuhan lokal koloni, langkah-langkah yang ditetapkan oleh Barrera dan pendahulunya (seperti Real Orden yang meratifikasinya) bahkan tidak perlu mengajukan banding ke rezim tersebut untuk secara hukum membenarkan penolakan keinginan kontraktual orang kulit hitam.

Beberapa konsepsi antiliberal yang khas dari aturan hukum bergema dalam ketentuan-ketentuan kolonial dan mudah diterapkan di Afrika: Peraturan tahun 1906 dan undang-undang organik tahun 1904 menguduskan kebebasan, yang, bagaimanapun, menghilang (berkat intervensi providensial dari "otoritas Pemerintah") ketika warga negara yang cinta damai berubah menjadi "elemen-elemen yang mengganggu". Argumen antiliberal tersebut mendapat inspirasi dari "dekrit legendaris Senat Romawi: Videant Cónsules, ut ne quid

detrimenti Respublica capiat".

Pepatah Latin membawa kita pada pernyataan akhir kita. Saat itu tahun 1912. Perintah Kerajaan untuk Teluk Guinea ditetapkan di Madrid dan ditandatangani di San Sebastián. Pada kesempatan bersejarah seperti itu, di garis lintang geografis seperti itu, dapat dikatakan bahwa Senat dan Rakyat Romawi hanyalah kenangan samar dalam buku sekolah yang kusut. Penalaran hukum para legislator Spanyol, yang dipercayakan dengan tugas memalukan untuk menekan hak-hak sipil yang baru saja mereka berikan, menggunakan kata-kata misterius dari bahasa yang sudah mati untuk menyapa para bubi.

Namun, bahasa seperti itu sebenarnya tidak begitu "mati" dalam kasus ini. Mari kita ingat kembali apa yang terjadi selanjutnya. “Senat telah menetapkan bahwa Konsul Lucio Opimio akan mengambil semua tindakan yang diperlukan untuk memastikan republik tidak mengalami kerusakan apa pun”. “Senatus Consultum telah memutuskan bahwa Konsul C. Marius dan L. Valerius akan memanggil tribun rakyat dan praetor, yang mereka anggap perlu, untuk mempertahankan kekuasaan”. Contoh lain tidak diperlukan.

Videant consules. Kedua kata tersebut pertama kali diucapkan pada saat yang tepat, diulang-ulang sepanjang tradisi sastra yang panjang, dan akhirnya disimpan di perpustakaan yang berisi teks-teks hebat oleh orang-orang terpelajar terkemuka. Dua puluh abad setelah pertama kali diucapkan dan ditulis, kata-kata kuno ini pada pembelaan ekstra ordinem Republik Romawi digali untuk memaksa penduduk asli Guinea Ekuatorial Spanyol untuk bekerja.

Ungkapan-ungkapan kuno digunakan untuk mendukung kekuatan luar biasa; ungkapan-ungkapan Latin klasik dimasukkan dalam “Perintah Kerajaan” yang ditetapkan untuk Guinea dan membenarkan tindakan antiyudisial yang ditetapkan oleh Gubernur. Dari Spanyol hingga Afrika, tampaknya beberapa prinsip konstitusi kolonial hanya dapat diungkapkan dalam bahasa Latin. Bahasa Latin adalah sesuatu yang lebih dari sekadar elemen konstitutif dari budaya terdalam kita dan lebih dari sekadar dukungan hukum yang kuat. Bahasa Latin adalah hipostasis budaya dan ekspresi dominasi. Selama berabad-abad, pendidikan Latin telah menarik garis antara kehidupan keluarga anak laki-laki Eropa, di bawah dominasi ibu dan bahasa ibu, dan kehidupan sosial orang dewasa kulit putih yang, bersama dengan individu lain di dunia yang secara eksklusif didominasi laki-laki, menyatukan kategori sosial pria yang sukses secara ekonomi dengan bahasa Latin.

Berbagai praktik pendidikan hukuman tubuh bergantung pada pengajaran beberapa teks, yang dipelajari melalui darah: rasa sakit fisik diinginkan, bukan sekadar ancaman, yang merangsang ingatan dan menjinakkan keinginan individu; sekolah perilaku yang kuat dan doktrin kejantanan dijunjung tinggi. Selain itu, bukankah para tokoh utama Latin dalam pertempuran yang penuh kekerasan penghancuran Kartago, pertarungan berdarah antara Opimio dan Caio Gracco, serangan Cicero terhadap pengkhianat Catilina – (yang diceritakan berulang kali dalam teks-teks yang mengajarkan bahasa Latin), adalah pahlawan sejati, dewa setengah dewa, atau manusia super? Karena bersifat agonistik dan maskulin, serta menjadi instrumen inisiasi terhadap rahasia tradisi panjang yang hanya diperuntukkan bagi perwakilan negara, bahasa Latin mewakili ritus transisi yang dipraktikkan oleh budaya-budaya Eropa.

Ideologi ini tidak dipahami oleh para korbannya; meskipun demikian, prajurit kulit putih yang meninggalkan Berlin untuk menaklukkan Afrika mengandalkan bahasa Latin selama dua puluh abad seolah-olah ini adalah senjata yang sangat berguna. Faktanya, sebelum dimulainya petualangan di Afrika, berbicara bahasa Latin sama saja dengan memiliki pengetahuan: bahasa Latin diperlukan untuk liturgi yang dengannya Tuhan disembah, untuk mendapatkan akses ke budaya yang dominan, dan untuk memulai aktivitas profesional apa pun.

Ketika petualangan di Afrika dimulai, bahasa kuno itu hanyalah subjek filologi, dunia Barat didominasi oleh idiomidiom vulgar. Namun, perkembangan baru ini membuat orang Eropa mengklaim bahwa "di negara dengan ras Latin seperti Spanyol, yang memiliki bahasa yang kaya dan harmonis, dengan jumlah kata dan ungkapan yang luar biasa yang berasal dari bahasa Latin, di negara yang bangga dengan tradisi klasiknya minat yang melemah terhadap studi bahasa Latin tidak dapat dianggap enteng; studi semacam itu bukan hanya merupakan dasar dan prinsip yang dibutuhkan untuk mengetahui dan menggunakan bahasa Kastilia dengan benar tetapi juga merupakan Satu-satunya cara untuk mengakses khazanah masa lalu".

Namun, terlepas dari pemikiran seperti itu, budaya baru, yang tidak didasarkan pada pemujaan terhadap kebajikan militer tetapi lebih pada proklamasi hak asasi, mulai memandang bahasa Latin sebagai bahasa gaul belaka yang digunakan oleh kelas pendeta yang dekaden: "sudah saatnya pengajaran umum memenuhi kebutuhan kehidupan modern dan memiliki tujuan utama untuk mendidik warga negara yang Tercerahkan daripada rektor bahasa Latin".

Dengan Restorasi, bahasa Latin di Spanyol sekali lagi mulai memengaruhi pendidikan. Perhatian diberikan kepada Cicero dan Catilinaria pertamanya, pada pepatah khidmat yang menempatkan pelestarian Respublica di atas semua pertimbangan lainnya: pepatah seperti itu diajarkan, antara lain, kepada warga negara muda Burgos, Gubernur Guinea di masa depan, dan kepada remaja lainnya, yang kemudian menjadi anggota dewan Kementerian Negara. Namun, tidak mengherankan, bahasa neoLatin dan neoJermanik lainnya diajarkan di Afrika.

Di Guinea, pejabat negara yang mengatur mobilisasi tenaga kerja juga bertanggung jawab untuk mengatur program pengajaran yang akan diterapkan di sekolahsekolah umum kolonial: “Prinsip Tata Bahasa dan Ejaan Kastilia” diajarkan, perhatian diberikan kepada “Gagasan tentang pemanenan kopi, kakao, kapas, vanili, dan produkproduk lain yang khas dari Negara-negara intertropis tersebut”; Bahasa Latin sama sekali tidak disebutkan. Sekali lagi, keinginan kaum terjajah diabaikan begitu saja: “kami ingin memiliki lebih dari apa yang kami miliki saat ini. Artinya, anak-anak kami ingin diajari membaca dan menulis, untuk mengerjakan suatu pekerjaan.

Dengan cara ini, anak-anak kami akan mampu mencari nafkah di bawah bendera Spanyol. Saat ini, alihalih mempelajari apa yang dibutuhkan, anak-anak diajari memanjat bambu, memancing, dan melakukan hal-hal lain yang tidak kami miliki”. Setiap pembentukan teori atau bentuk akses yang lebih tinggi ke budaya Barat tetap berada di pinggiran konstitusi kolonial: “mengajar kepada penduduk asli harus menghindari hal-hal yang terlalu berbasis

buku, terlalu 'intelektualistis' Pengajaran ditujukan untuk mendidik dan mengajar penduduk asli. Untuk tujuan ini, program dan jadwal sekolah harus menyediakan ruang yang cukup untuk leçons des choses dan pelatihan manual dan profesional bagi para murid".

Leçons de choses, ketika peradaban dipertaruhkan. Tujuan seperti itu telah dicapai, selama beberapa generasi, oleh Tanah Air Spanyol di Guinea. "Apakah kita orang Spanyol?" sang guru biasa bertanya "Kita orang Spanyol karena anugerah Tuhan". "Mengapa kita orang Spanyol?" ia bersikeras "Kita orang Spanyol" jawab anak-anak laki-laki "karena kita beruntung dilahirkan di negara bernama Spanyol". "Masa depan yang makmur dan damai" dibayangkan di tanah tropis, yang kekayaan dan kesejahteraannya dijamin oleh Spanyol dan bahasa Latin.

Kesimpulan

Mari kita simpulkan kajian kita sekarang. Pembacaan beberapa teks eksotis, yang begitu fasih tentang nasib aturan hukum liberal di benua Afrika, alihalih menggambarkan fondasi yang sangat lemah dari lembaga-lembaga yang ditimbulkan oleh dekolonisasi tahun 1960an dan 1970an, memberi kita gambaran yang sangat jelas tanpa ampun dalam kejelasannya tentang bentuk politik yang persis seperti itu sebagaimana yang ada di Eropa. Bagaimanapun, hanya analisis Barat dari luar Eropa, setelah orientalisme yang indahnya terlihat, yang dapat mempelajari budaya lokal kita secara menyeluruh.

Elemen pertama dari analisis semacam itu membawa kita ke "zaman" modernitas. Sejarah negara hukum sebagai bentuk negara, yakni sejarah budaya hukum dan politik modern secara umum, menyajikan agregat fakta, gagasan, dan proyek lama maupun baru, yang ditandai oleh penghapusan maupun kesinambungan: majelis rendah yang dihasilkan dari badan elektoral yang terus membesar dan hidup berdampingan dengan majelis tinggi tempat kaum bangsawan mempertahankan (hampir tidak disamarkan) hak istimewa sekuler; monarki yang berusaha untuk berbagi kedaulatan dengan rakyat; kemenangan transparansi publik yang dipamerkan di dunia politik dan hukum bersama dengan pelestarian khusus arcana imperii: dengan kata lain, kegigihan ancien régime, seperti dalam judul karya Arno J. Mayer yang terkenal.

Kegigihan ini menjadi luar biasa (seperti yang diungkapkan, misalnya, oleh kontribusi jujur Santi Romano) setiap kali negara Eropa berubah menjadi kota metropolitan kolonial. Petualangan dramatis para kepala suku yang dimahkotai di benua Afrik seperti keingintahuan geografis dan kepentingan ekonomi Leopold, Raja Belgia bukan hanya contoh mengerikan dari "kegigihan" tetapi juga metafora dari politik yang sangat tua yang tidak sesuai dengan aturan hukum murni.

Pikiran kedua yang mengejutkan pengamat refleksi Afrika tentang negara Eropa mengacu pada ruang, yang dimaksudkan hanya sebagai elemen yang memengaruhi dan membatasi dalam istilah hukum sistem hukum apa pun. Mari kita katakan lebih sederhana: paradoks yang barubaru ini digarisbawahi antara tradisi dan modernitas tercermin dalam ketegangan dalam hukum Eropa antara universalisme dan lokalisme. Di bawah perspektif ini, zaman imperialisme juga muncul sebagai zaman ilmu hukum, yaitu makna dogma dan kategori yang seharusnya universal yang tidak diragukan lagi kontras (memerintah, hidup berdampingan, berjuang) dengan definisi hukum nasional.

Dalam beberapa kasus, kekhususan undang-undang sejalan dengan universalitas hukum (dan dengan demikian aspirasi yang mendukung hukum perbandingan modern muncul); dalam hal apa pun, menurut saya hukum kolonial menyediakan subjek yang sangat menarik untuk analisis sirkulasi berbagai model dan pengalaman dalam area kelembagaan yang, secara tegas, diciptakan oleh suksesi perjanjian internasional.

Ketiga, kata sifat terakhir memungkinkan kita untuk menggarisbawahi keberadaan ruang lingkup tindakan yang sangat luas dari aturan hukum bahkan ketika referensi hukumnya, yang secara konseptual tidak dapat dihindari, tidak muncul sama sekali. Kita berutang kepada ahli hukum publik Allegretti atas jasa historiografisnya dalam menekankan bagaimana politik luar negeri liberal tetap terikat pada logika mengerikan dari "akal sehat negara"; sementara peralihan dari rezim lama ke tatanan modern baru sangat memengaruhi distribusi kompetensi politik di antara badan-badan konstitusional, ia tidak mengubah tujuan dan semangat tindakan internasional negara. Pintu ini (terserah pembaca untuk mengatakan apakah terbuka atau tertutup), yang merupakan Satu-satunya jalan menuju pengalaman Afrika, menyembunyikan institusi-institusi yang sangat kuno (seperti perbudakan atau kerja paksa di koloni) atau logika “keluarga” yang sangat kuat (seperti protektorat masyarakat dan “kondisi minoritas” rasras nonEropa).

Sejarah yang mengikutinya sudah diketahui banyak orang. Kekuatan kolonial lama, setelah Perang Dunia Pertama (konflik kolosal yang menyaksikan jatuhnya banyak pemimpin yang bermahkota), membayangkan sebuah negara jenis baru, di mana lembaga-lembaga baru demokrasi dan hak asasi manusia menyelesaikan (sebaik mungkin) dilema kekuasaan. Negara seperti itu menang di Eropa, untuk sementara waktu, tepat ketika kolonialisme di Afrika berakhir: namun, mungkin mengherankan, apakah ini meletakkan fondasi terbaik bagi otonomi politik di benua Afrika, yang terakhir terbungkus dalam jaring hukum kuas ilegal (atau tidak legal sama sekali) dari aturan hukum lama (seperti yang ditunjukkan oleh contoh Guinea, putri dari tanah air Spanyol yang iri dengan kekuasaan "orang tuanya").

Bagian V
Pengadilan Hukum Dalam Islam

BAB 15
APAKAH KONSTITUSIONALISME SESUAI DENGAN ISLAM?

15.1 PENDAHULUAN

Tujuan bab ini adalah untuk membahas makna yang dimiliki (atau mungkin dimiliki) oleh “konstitusionalisme” dalam konteks pemikiran politik Arab-Islam. Istilah-istilah lain yang terkadang digunakan sebagai padanan dari “konstitusionalisme” dalam Bahasa-bahasa Barat termasuk “pengadilan hukum”, Rechtsstaat, dan état de droit.

Beberapa istilah ini memiliki padanan yang terdengar alami dalam bahasa Arab: misalnya dawlat alqanun akan sangat cocok untuk Rechtsstaat, dan hukm alqanun untuk pengadilan hukum. Namun, “konstitusionalisme” tidak memiliki padanan dalam bahasa Arab yang mudah dikenali. Dalam pemikiran politik Barat, istilah-istilah seperti "konstitusionalisme" dan "aturan hukum" telah mengungkapkan makna yang lebih kaya dan lebih kompleks daripada yang tersirat oleh etimologi atau sekadar penjajaran kata-kata. Ini biasanya merupakan ciri istilah dan konsep yang telah memainkan peran penting dalam teori pokok bahasan di mana istilah tersebut digunakan. Istilah-istilah tersebut selalu membawa beban semantik yang lebih besar daripada yang tersirat oleh derivasi linguistiknya atau oleh jumlah bagianbagiannya.

Hal yang sama tidak dapat dikatakan untuk istilah-istilah setara yang digunakan dalam tulisan-tulisan politik Arab Islam. Namun, ini tidak berarti bahwa pemikiran politik Arab Islam tidak mengetahui apa arti konstitusionalisme, atau bahwa pemikiran tersebut secara konseptual tidak diperlengkapi untuk menangani isu-isu yang dibahas oleh konstitusionalisme.

Sebaliknya, perhatian terhadap putusan sesuai dengan hukum, hak rakyat untuk menentang pemerintahan yang tidak adil, kebebasan yang tidak boleh dilanggar oleh para penguasa, telah ada dalam pemikiran politik Arab Islam sejak awal. Ada banyak hal yang perlu dibahas mengenai makna dan peran konstitusionalisme dalam pemikiran politik Arab Islam. Pertama, diskusi jenis ini dapat membantu kita memahami (atau setidaknya merumuskan tema) beberapa masalah yang diungkapkan oleh para pemikir politik Arab dan Islam. Kedua, konsep "konstitusionalisme" telah dianggap sangat penting, sejauh menyangkut pemikiran politik Barat.

Hal ini mengundang kita untuk bertanyatanya tentang universalitasnya, karena konsep-konsep yang benar-benar mendasar seharusnya tidak (biasanya tidak) hanya relevan secara lokal. Dengan demikian, membahas makna dan kemungkinan "konstitusionalisme" dalam pemikiran Arab Islam dapat berfungsi sebagai uji parsial untuk universalitas konsep ini.

Pada Bagian 15.2, pertama-tama saya akan membahas makna "konstitusionalisme",

sebagaimana istilah tersebut digunakan dalam pemikiran politik Barat kontemporer. Kemudian saya akan mengajukan pertanyaan apakah kita memiliki alasan untuk berpikir bahwa konsep "konstitusionalisme" (sebagaimana istilah tersebut digunakan dalam tulisan-tulisan politik Barat) memiliki makna sejauh menyangkut pemikiran politik Arab-Islam.

Pada Bagian 15.3 saya akan melanjutkan untuk membahas dasar-dasar konstitusionalisme dalam pemikiran politik Arab Islam. Seperti yang akan kita temukan, konstitusionalisme ini dapat dikatakan bertumpu pada dasar-dasar "teistik" karena dasar-dasar tersebut terutama merujuk pada hukum dan wahyu ilahi. Namun, teisme yang diwujudkan oleh pemikiran Islam tidaklah homogen. Ada dua jenis teisme yang dapat dibedakan. Aliran Ash'ariyah memiliki pandangan voluntaris, yang hampir tidak memiliki unsur-unsur rasional. Sebaliknya, aliran Mu'tazilah mengikuti garis pemikiran objektif, dan terkenal karena rasionalismenya. Kedua pandangan tersebut dapat digunakan untuk membangun fondasi konstitusionalisme dalam pemikiran Islam.

Pada Bagian 15.4 dan 15.5, saya membahas ruang lingkup konstitusionalisme Islam dengan melihat topik dan tema yang relevan dengannya, dan yang telah disinggung oleh para penulis Islam. Bagian 15.4 akan membahas berbagai hak individu dan perlindungan yang diharapkan dapat diberikan oleh hukum Islam (menurut pembacaan hukum Islam oleh aliran Ash'ariyah atau Mu'tazilah). Hak-hak ini akan dibandingkan dengan skema hak asasi manusia internasional. Bagian 15.5 akan mengkaji makna dan kemungkinan doktrin "pemisahan kekuasaan" berdasarkan premispremis Islam, dengan berhenti sejenak untuk mempertimbangkan pandangan beberapa "demokrat Islam" tentang topik ini, yang barubaru ini menjadi objek perhatian dalam pemikiran politik Islam.

Pada bagian penutup, saya akan mencoba menutup beberapa celah yang tersisa dalam pembahasan Islam tentang konstitusionalisme. Kritikus konsep Islam tentang demokrasi dan konstitusionalisme sering kali mendasarkan kritik mereka pada asumsi bahwa keyakinan pada sekularisme diperlukan untuk kemungkinan adanya lembaga-lembaga ini. Asumsi ini dapat dipertanyakan, dan faktanya telah dipertanyakan oleh beberapa penulis Islam. Oleh karena itu, saya akan menyimpulkan bahwa konsep Islam saat ini tentang demokrasi dan konstitusionalisme perlu dipertimbangkan kembali.

15.2 MAKNA KONSTITUSIONALISME

Tidak seperti beberapa konsep lain yang memainkan peran penting dalam pemikiran politik Barat kontemporer (misalnya demokrasi), konsep konstitusionalisme tidak "pada dasarnya diperdebatkan". Namun, pertanyaan-pertanyaan sulit terus diajukan tentang konsekuensi konstitusionalisme bagi berfungsinya demokrasi, dan sejauh mana konstitusionalisme dapat dilihat sebagai pembatasan terhadap kebebasan warga negara biasa, pejabat pemerintah, bahkan generasi mendatang. Namun, perdebatan ini terjadi dalam kerangka kesepakatan luas tentang apa arti konstitusionalisme pada dasarnya. Menurut Jon Elster, "konstitusionalisme merujuk pada batasanbatasan yang diberlakukan pada keputusan mayoritas; lebih khususnya, pada batasanbatasan yang dalam beberapa hal diberlakukan sendiri". Di sisi lain, Dario Castiglione mendefinisikan konstitusionalisme dengan menyatakan

bahwa "konstitusionalisme mencakup teori-teori yang menawarkan serangkaian argumen berprinsip untuk pembatasan kekuasaan politik secara umum, dan pengaruh pemerintah atas warga negara secara khusus".

Beberapa penulis lebih suka memahami konstitusionalisme dengan merujuk pada hakikat konstitusi, sebagaimana istilah tersebut mengundang kita untuk melakukannya. Maka C.R. Sunstein memperkenalkan makna konstitusionalisme dengan merujuk pada konstitusi, yang "berfungsi sebagai pembatas kemampuan pemerintahan mayoritas". Senada dengan itu, Elster mengaitkan konstitusi dengan dua fungsi: "melindungi hak individu, dan menjadi penghalang bagi perubahan politik tertentu yang akan terlaksana jika mayoritas berhasil".

Di mana pun seseorang memilih untuk memulai, gagasan dasar yang tampaknya mendasari konstitusionalisme adalah bahwa harus ada pemeriksaan dan pembatasan – dan sarana untuk memeriksa kekuasaan politik mereka yang berada dalam posisi untuk menyalahgunakannya, jika mereka berhasil. Tentu saja, untuk memengaruhi cara kekuasaan politik dikelola, pemeriksaan dan pembatasan harus dicanangkan, atau dengan cara lain ditekankan kepada masyarakat.

Di zaman modern, hal ini semakin banyak dilakukan melalui konstitusi tertulis, yang tidak hanya berupaya untuk "melindungi" rakyat dari negara, tetapi juga mengatur operasi negara sehingga kekuasaan negara "dikendalikan secara internal". Atas dasar alasan-alasan tersebut, saya akan membahas pandangan Islam tentang konstitusionalisme berdasarkan karakterisasi yang dikemukakan oleh JanErik Lane sebagai berikut:

Ada dua gagasan yang menjadi dasar konstitusionalisme: 1) pembatasan negara terhadap masyarakat dalam bentuk penghormatan terhadap seperangkat hak asasi manusia yang tidak hanya mencakup hak-hak sipil tetapi juga hak-hak politik dan ekonomi; 2) penerapan pemisahan kekuasaan dalam negara.

Kedua gagasan ini tidak saling terkait. Menurut Lane, gagasan pertama berfungsi sebagai "prinsip eksternal" yang membatasi kekuasaan negara berkenaan dengan masyarakat sipil, sedangkan gagasan kedua berfungsi sebagai "prinsip internal" yang memastikan bahwa tidak seorang pun (baik sebagai organ maupun sebagai pribadi) dalam negara sepenuhnya menang atas yang lain.

Seperti yang telah kita lihat, tidak ada padanan yang tepat dalam sejarah intelektual Islam untuk konsep-konsep seperti pemisahan kekuasaan, hak asasi manusia, dan masyarakat sipil. Hal ini memudahkan untuk memahami mengapa beberapa mahasiswa pemikiran Islam mungkin merasa tidak simpatik dalam mencari dasar-dasar konstitusionalisme dalam Islam. Mereka melihatnya sebagai upaya lain untuk menundukkan pemikiran Islam pada kategori dan konsep pemikiran Barat.

Tentu saja, tuduhan "wacana Barat yang hegemonik" harus dipenuhi dan dibantah (jika memungkinkan) dengan alasannya sendiri. Namun, secara umum, tidak ada alasan apriori untuk mengharapkan gagasan politik Islam sama sekali berbeda dengan gagasan yang telah diungkapkan dalam pemikiran politik Barat. Sebaliknya, ada alasan untuk mengharapkan kesamaan dan titiktitik korespondensi antara kedua tradisi intelektual ini. Alasan-alasan ini bergantung pada dua pertimbangan yang kuat.

Pertama, kedua tradisi budaya tersebut telah dibentuk oleh pengoperasian kepercayaan monoteistik yang dapat dianggap sebagai "saudara" dalam lebih dari satu pengertian. Yudaisme, Kristen, dan Islam termasuk dalam tradisi spiritual Timur Dekat yang sama. Mereka berbicara dalam bahasa agama yang sama, bahkan ketika mereka tidak setuju pada poinpoin doktrin. Kedua, kedua tradisi budaya tersebut telah menyerap banyak pemikiran Yunani, yang telah bertahan (dalam berbagai bentuk dan tingkat yang berbeda) hingga saat ini. Kedua alasan ini seharusnya menjadi dasar yang cukup kuat untuk mencari kesamaan dan bidangbidang korespondensi. Pemikiran Islam selalu lebih dekat dengan pemikiran Barat daripada dengan tradisi intelektual Timur.

Hal ini dapat ditegaskan berdasarkan kekuatan pengaruh historis dan konten intelektual, terlepas dari posisi seseorang dalam perdebatan "wacana hegemonik Barat", sebagaimana dipahami secara abstrak. Namun, faktorfaktor ini saja tidak dapat menghilangkan keraguan kita tentang makna konsep konstitusionalisme dalam konteks pemikiran politik Arab Islam. Akan tetapi, tinjauan singkat tentang diskusi yang telah terjadi di antara para pemikir Islam (dan lainnya) tentang gagasan "kedaulatan ilahi", serta sebabsebab yang mendasari tuntutan penerapan Syariah (hukum Islam), seharusnya membuktikan kelayakan gagasan untuk memahami konstitusionalisme dalam istilah Islam.

Pertimbangkan gagasan "kedaulatan ilahi", yang populer di kalangan banyak pemikir Islam dan intelektual muda. Bagaimana kita harus memahami pernyataan mereka alhakimiyyatu liAllah, yang secara kasar dapat diartikan sebagai "*kedaulatan (kekuasaan) adalah milik Tuhan"?* Bernard Lewis berpendapat bahwa *"negara Islam pada prinsipnya adalah sebuah teokrasi, bukan dalam pengertian Barat sebagai negara yang diperintah oleh Gereja dan ulama tetapi dalam pengertian yang lebih harfiah sebagai sebuah pemerintahan yang diperintah oleh Tuhan"*.

Penjelasan Lewis membuka jalan untuk memandang sistem pemerintahan Islam sebagai negara yang lalim, karena Tuhan bukanlah tipe penguasa yang dapat dimintai pertanggungjawaban atas Tindakan-tindakanNya, atau yang perlu berkonsultasi dengan rakyatNya. Akan tetapi, pemikir Islam Tunisia Rachid alGhannouchi menawarkan penjelasan yang lebih masuk akal tentang "kedaulatan ilahi", dengan tambahan keutamaan untuk menghubungkan gagasan ini dengan perhatian kita saat ini terhadap konstitusionalisme. Menurut Ghannouchi,

Mereka yang menyatakan bahwa kedaulatan adalah milik Tuhan tidak bermaksud untuk menyatakan bahwa Tuhan mengatur urusanurusan komunitas Muslim secara langsung, atau melalui para ulama. Karena tidak ada ulama dalam Islam, dan Tuhan tidak dapat dirasakan secara langsung, juga tidak bersemayam dalam diri manusia atau lembaga yang dapat berbicara atas namaNya. Yang dimaksud dengan slogan *"kedaulatan adalah milik Tuhan"* adalah supremasi hukum (hukm alqanun), pemerintahan oleh rakyat.

Gagasan bahwa Islam menyerukan "kedaulatan ilahi" dan penerapan Syariah harus dipahami sebagai anggukan terhadap konstitusionalisme (atau versi Islamnya) bukanlah contoh anganangan dari pihak yang cenderung memandang Islam secara simpatik. Gagasan tersebut tidak luput dari perhatian kaum sekuler Arab yang lebih cerdik, seperti Amzi Bisharah,

yang mengklaim bahwa di masa ketika kesadaran sosial mengambil bentuk keagamaan, seruan untuk penerapan Syariah dapat mengekspresikan kecenderungan demokratis, atau setidaknya penentangan terhadap despotisme, semata-mata karena aturan Syariah menyiratkan pembatasan terhadap pelaksanaan kekuasaan politik di atas dan di luar kemauan penguasa semata.

Pernyataan oleh Ghannouchi, Bisharah, dan lainlain menunjukkan bahwa mungkin saja ditemukan unsur-unsur konstitusionalisme dalam Islam. Unsur-unsur ini dapat diungkapkan melalui istilah-istilah modern, seperti "aturan hukum" (berbeda dengan "aturan manusia").

Tentu saja, konstitusionalisme tidak terbatas pada gagasan legalitas yang sederhana, atau sekadar penerapan pembatasan terhadap kekuasaan penguasa duniawi. Sebab gagasan-gagasan ini, betapapun mulianya, dapat dirusak oleh unsur-unsur lain yang tersirat dalam tradisi, yang dapat membuat klaim konstitusionalisme menjadi tidak ada gunanya. Hal ini akan dibahas pada waktunya. Titik awal yang paling tepat adalah menyelidiki tempat hukum dalam Islam. Penyelidikan semacam itu diharapkan akan memberi kita beberapa wawasan tentang konstitusi Islam, dan konstitusionalisme yang disiratkannya.

15.3 LANDASAN KONSTITUSIONALISME ISLAM

Konstitusionalisme mengacu pada konsep hukum, karena ia mengharuskan agar perilaku berbagai badan negara terhadap warga negara, serta antara satu sama lain, diatur oleh undang-undang atau aturan (yang mungkin tertulis atau tidak). Oleh karena itu, penting untuk memulai penyelidikan kita tentang kemungkinan dasar konstitusionalisme dalam pemikiran Islam dengan mencari tahu apa sebenarnya hukum Islam itu, dan dengan menentukan tempatnya dalam masyarakat. Di sinilah kita berharap untuk menemukan dasar-dasar konstitusionalisme, atau versi tertentu darinya, dalam Islam.

Sebuah pernyataan oleh Maududi, seorang ahli teori Islam yang berpengaruh di zaman modern, menunjukkan bahwa pemikiran Islam tidak menarik garis antara hukum yang mengatur sistem alam (dianggap sebagai realitas fisik belaka) dan hukum yang mengatur (atau seharusnya mengatur) urusan manusia dalam masyarakat. Bagi pemikir Muslim, semua hukum, pada akhirnya dianggap sebagai hukum Tuhan. Dalam pernyataan yang mengingatkan kita pada pembedaan Thomas Aquinas antara hukum abadi dan hukum ilahi yang diwahyukan, Maududi berkata:

> *Sejak saat pembuahan hingga hari terakhir hidup mereka, manusia sepenuhnya tunduk pada hukum alam Tuhan, tidak dapat melanggarnya, atau menentangnya. Mereka yang percaya pada wahyu ilahi juga harus percaya bahwa Tuhan mengatur bagian sukarela dari hidup kita serta bagian yang tidak sukarela, dan alam semesta secara keseluruhan.*

Jika kita mengesampingkan hukum yang mengatur gerakan planet dan bagian lain dari realitas fisik sebagai hal yang tidak relevan dengan tujuan kita, kita hanya akan memiliki bagian bagian hukum Tuhan yang secara kolektif disebut sebagai Syariah. Syariah, sebagaimana dipahami

oleh banyak pemikir Islam, bersifat menyeluruh, mencakup semua tindakan yang dapat dilakukan manusia dalam masyarakat. Dalam kata-kata Maududi:

> *Syariah penghakiman baik dan buruk meluas ke semua bagian kehidupan kita. Hukum-hukum tersebut meliputi tindakan dan kewajiban keagamaan, serta tindakan yang dilakukan oleh individu yang mencerminkan cara hidup, moral, adat istiadat, tata krama makan, minum, berpakaian, berbicara, dan urusan keluarga. Hukum-hukum tersebut meliputi hubungan sosial, keuangan, ekonomi, dan administrasi, hak dan kewajiban warga negara, badan-badan pemerintahan, perang dan damai, dan hubungan dengan kekuatan asing. Tidak ada bagian dari kehidupan kita di mana Syariah tidak membedakan antara yang baik dan yang jahat.*

Agaknya, dalam bidang Syariah yang kaya dan beragam inilah kita berharap menemukan unsur-unsur konstitusi Islam, serta konstitusionalisme yang didefinisikan berdasarkan padanya. Ini adalah harapan yang sah, yang didukung oleh fakta bahwa para pemikir Islam sering memandang Syariah sebagai semacam konstitusi. Hasan Turabi, misalnya, berpendapat bahwa "Syariah adalah hukum yang lebih tinggi, seperti halnya konstitusi, kecuali bahwa ia merupakan konstitusi yang terperinci". Maududi sendiri berpendapat bahwa "konstitusi Islam yang tidak tertulis" sudah ada, dan hanya tinggal menunggu upaya untuk mengkodifikasikannya berdasarkan sumber aslinya, yang identik dengan sumbersumbernya sebagai Syariah.

Dalam dua bagian berikutnya dari bab ini saya akan membahas berbagai tema konstitusionalisme yang dapat ditemukan dalam pemikiran Islam, tetapi pertamatama kita harus memeriksa dasar karakter wajib yang dimiliki hukum dalam pandangan hukum Islam. Jika kita ingin sampai pada pandangan Islam tentang konstitusionalisme, kita tidak hanya harus menentukan jenis dan jumlah hukum yang dianggap relevan dengan konstitusionalisme seperti yang dipahami di Barat, tetapi kita juga harus menyelidiki alasan yang mendasari hukum-hukum ini. Sebab, ini akan memberi kita wawasan tentang karakter normatif hukum, atribut yang dibutuhkan untuk memberikan situasi kewajiban terhadap hukum, sebagai lawan dari paksaan.

Pada dasarnya ada dua mazhab pemikiran Islam yang membahas pertanyaan tentang sumber kewajiban moral. Di sini kita tidak berbicara tentang kewajiban moral secara umum, tetapi tentang kewajiban moral untuk menaati hukum, dan untuk terlibat dalam praktik yang menyentuh berbagai aspek kehidupan kita, baik pribadi maupun publik. Ini dapat berkisar dari tugas untuk membantu seorang musafir yang membutuhkan hingga kewajiban untuk menaati mereka yang berwenang atas kita. Yang pertama dan sejauh ini yang paling abadi dan berpengaruh dari kedua mazhab pemikiran ini adalah mazhab Ash'ariyah. Ini telah ada (setidaknya sebagai kecenderungan) sejak masa-masa awal teologi Islam, untuk menilai dari surat yang ditulis alHasan alBasri (w. 728) dalam sanggahan terhadap konsepsi tertentu tentang keadilan ilahi dan tanggung jawab manusia yang cenderung sejalan dengan

pandangan ini.

Mungkin tidak ada yang lebih menunjukkan semangat yang menggerakkan pandangan Ash'ariyah tentang moralitas daripada definisi yang ditawarkannya tentang gagasan moral dasar seperti baik, jahat, dan keadilan. Pertimbangkan apa yang dikatakan Ash'ari (w. 935) tentang tindakan-tindakan yang dapat dilakukan Tuhan. Menurut tradisi Islam (dan juga tradisi YahudiKristen), Tuhan itu mahakuasa. Apakah ini berarti bahwa tidak ada hal yang tidak dapat dilakukan Tuhan, dalam pengertian moral? Menurut Ash'ari:

Tuhan berhak melakukan segala sesuatu yang Dia lakukan. Ini dibuktikan oleh fakta bahwa Dia adalah Penguasa yang Mahakuasa; tidak ada hal yang memiliki kekuasaan atasNya, tidak ada yang melarang, tidak ada yang memerintah, tidak ada yang membatasi kekuasaanNya, atau menarik batasan di sekitar Tindakan-tindakanNya. Karena itu, maka tidak ada hal yang dapat dilakukan Tuhan yang dapat dianggap jahat. Karena melakukan kejahatan berarti melampaui apa yang telah ditetapkan bagi seseorang sebagai batasan, melakukan hal-hal yang tidak berhak dilakukan seseorang.

Yang membuat bagian ini sangat penting adalah kemungkinan relevansinya dengan pertanyaan apakah Tuhan harus dipahami sebagai berperilaku seperti "raja konstitusional", atau sebagai seorang lalim yang tidak tunduk pada apa pun kecuali perintah kehendaknya. Ada alasan untuk percaya bahwa hal ini akan berdampak negatif pada pandangan konstitusionalisme yang dihasilkan, bahkan jika "konstitusionalisme", dalam penerapan utamanya, bukanlah atribut agen individu seperti Tuhan atau raja.

Secara keseluruhan, kaum Asy'ari tampaknya tidak memandang Tuhan sebagai makhluk "konstitusional". Di antara hukum-hukum yang harus dipatuhi Tuhan, jika memang ada, yang terpenting adalah hukum-hukum seperti: orang yang tidak bersalah tidak akan dihukum, atau, mungkin, orang yang berbuat baik akan diberi pahala. Namun, ini tidak terjadi, menurut teolog terkenal AlGhazali (w. 1111), yang mengikuti jejak Asy'ari.

Menurut AlGhazali: Tuhan dapat menyakiti dan menyiksa makhluk, meskipun mereka tidak pernah melakukan kesalahan sebelumnya. Dia juga dapat menahan diri untuk tidak memberi pahala kepada mereka di Akhirat. Karena Tuhan berhak melakukan apa pun yang Dia inginkan di wilayah kekuasaanNya (mulk). Melakukan ketidakadilan berarti melakukan tindakan di wilayah kekuasaan yang dikuasai oleh pihak lain, tanpa terlebih dahulu memperoleh izin dari penguasa. Hal ini tentu saja tidak mungkin dilakukan oleh Tuhan, karena tidak ada wilayah kekuasaan yang bukan milikNya. Oleh karena itu, tidak ada wilayah kekuasaan di mana Dia dapat bertindak tidak adil.

Bagian ini mungkin terdengar sangat tidak masuk akal, tetapi untuk memahaminya, kita harus mempertimbangkan alasan-alasan yang mungkin telah membawa para teolog Islam awal pada kesimpulan ini. Sulit bagi para teolog yang menganggap serius kemahakuasaan ilahi untuk menerima gagasan bahwa Tuhan tunduk pada apa pun, bahkan jika itu adalah sesuatu yang tidak berwujud, seperti hukum.

Kita harus mempertimbangkan posisi para teolog Muslim awal yang mulai merenungkan masalah-masalah filosofis ini pada abadabad setelah penaklukan Islam atas pusatpusat peradaban kuno. Dipenuhi dengan rasa kesalehan dan keheranan akan kekuatan

ilahi, banyak dari mereka pasti merasa sangat sulit untuk menerima gagasan tentang Tuhan yang terbatas, Tuhan yang ruang lingkup kehendak dan perbuatannya dibatasi dengan cara apa pun.

Dalam beberapa hal, pandangan Ash'aris menyerupai positivisme hukum, meskipun sebagai varian teistiknya. Seperti hukum positif, hukum Tuhan harus dipahami dengan mengacu pada agen yang memberlakukannya sebagai hukum. Lebih jauh lagi (menurut kaum Asy'ari), sifat wajib hukum Tuhan tidak dapat dijelaskan dengan mengacu pada isi hukum tersebut. Sifat wajib hukum Tuhan juga tidak bergantung pada pemahaman kita sebagai makhluk rasional tentang apa sebenarnya arti hukum tersebut. Sebaliknya, sifat wajib hukum Tuhan harus dijelaskan dalam konteks hubungan antara mereka yang menjadi subjek hukum dan pelaku yang diakui sebagai sumber hukum yang sah.

Dalam kasus positivisme teistik Asy'ari, pelaku yang memberlakukan hukum dan menyatakannya sebagai hukum tidak lain adalah Tuhan sendiri. Hubungan antara pembuat hukum dan mereka yang tunduk pada hukum adalah hubungan kekuasaan. Tuhan adalah penguasa alam semesta, dan kita adalah bagian dari kekuasaanNya, yang tunduk pada sanksisanksiNya. Kita tidak berada dalam posisi untuk mempertanyakan perintahperintahNya atau laranganNya. Baik dan buruk, wajib dan terlarang, serta semua atribut moral tindakan lainnya harus didefinisikan dengan mengacu pada perintahperintah Tuhan.

Positivisme, baik yang bersifat alamiah yang lebih dikenal, maupun yang bersifat supraduniawi yang telah kita kaitkan dengan mazhab Asy'ariyah, menemui banyak kesulitan. Mengenai kedua jenis tersebut, kita harus bertanya: "Mengapa pilihan yang dibuat oleh pembuat hukum bersifat normatif, yang berarti mengikat dan karenanya harus diterima?" Sulit untuk membayangkan bahwa jawaban atas pertanyaan ini akan muncul tanpa merujuk pada makna hukum, dan posisi yang kita ambil terhadapnya sebagai makhluk rasional dan berkepentingan.

Tentu saja, teolog Asy'ariyah mungkin keberatan bahwa kita mengajukan pertanyaan yang tidak beriman, yang seharusnya tidak diajukan sejak awal. Namun, ini bukanlah jawaban yang meyakinkan, bahkan bagi mereka yang berdiri teguh pada dasar-dasar Islam. Karena Tuhan tidak hanya menjelaskan perintah dan laranganNya di banyak tempat dalam AlQur'an, tetapi penafsiran Asy'ariyah tentang makna istilah-istilah moral dasar sebenarnya tidak masuk akal bagi banyak ayat dalam AlQur'an. Sebagaimana dikatakan Hourani:

Perintahperintah Tuhan yang berulangulang untuk melakukan apa yang benar akan hampa dan hambar, jika yang dimaksudkan hanyalah "perintah untuk melakukan apa yang Dia perintahkan". Bahkan lebih sulit lagi untuk memahami pernyataan bahwa Tuhan selalu adil kepada hambahambaNya jika yang dimaksud dengan "adil" hanyalah "diperintahkan oleh Tuhan". Satu-satunya langkah yang mungkin pada titik ini adalah beralih ke transendensi makna dalam kaitannya dengan Tuhan yang selalu menjadi tempat berlindung bagi teolog yang bingung.

Apa pun kesulitan filosofis yang dihadapi oleh Ash'arisme, ini tidak berarti bahwa mustahil untuk mengajukan kasus konstitusionalisme atas dasar Ash'arite. Artinya adalah bahwa konstitusionalisme yang dimaksud cenderung bersifat literal (demi menghormati

hurufhuruf kitab suci, yang bagaimanapun juga adalah firman Tuhan), kaku (agar tidak mengambil risiko membuat undang-undang yang menentang perintah Tuhan) dan non-rasionalistik. Dalam hal ini Ash'arisme berbeda dari Mu'tazilisme. Yang terakhir dapat dikatakan mendukung jenis konstitusionalisme yang lebih rasionalistis, kurang konservatif, dan lebih tercerahkan, seperti yang dapat dilihat dari filsafat moralnya.

Kaum Mu'tazilah, sebagaimana R.M. Frank mencirikan pandangan mereka, berpendapat bahwa "semua orang yang berakal sehat tahu dalam intuisi yang langsung dan tak terbantahkan bahwa tindakan tertentu secara moral wajib dan bahwa tindakan tertentu secara moral buruk". Predikat etika seperti "baik" dan "jahat" dapat dikaitkan dengan tindakan secara objektif, yaitu, dengan cara yang ditentukan oleh kualitas tindakan itu sendiri, dan bukan oleh sikap pengamat tindakan tersebut, baik itu manusia atau Tuhan sendiri.

Bagian berikut dari pemikir Mu'tazilah terdahulu, alQadi 'Abd alJabbar (w. 1025?), menggambarkan pendekatan terhadap moralitas ini. 'Abd alJabbar berpendapat bahwa pengetahuan tentang kebaikan (ketika pengetahuan ini benar-benar ada) cukup untuk menentukan kewajiban moral. Ia secara tegas menolak bahwa kebaikan dan kejahatan harus didefinisikan berdasarkan apa yang diperintahkan atau dilarang oleh wahyu. Poinpoin ini dibuat dengan bantuan contoh tugastugas yang murni bersifat ibadah (seperti tugas untuk melakukan shalat dengan cara tertentu, pada waktuwaktu tertentu dalam sehari) yang hanya diketahui melalui wahyu.

Wahyu hanya memberi tahu kita tentang karakter aspek-aspek tindakan yang jahat atau baiknya seharusnya kita kenali jika saja kita dapat mengetahuinya melalui akal; karena jika kita telah mengetahui melalui akal bahwa shalat sangat bermanfaat bagi kita kita seharusnya mengetahui karakter wajibnya juga melalui akal. Oleh karena itu kita katakan bahwa wahyu tidak mensyaratkan (la yujib) kejahatan atau kebaikan sesuatu. Ia hanya menyingkap karakter tindakan melalui petunjuk, sebagaimana yang dilakukan akal, dan membedakan antara perintah Yang Maha Tinggi dan perintah makhluk lain melalui kebijaksanaanNya, Yang tidak pernah memerintahkan apa yang jahat untuk diperintahkan.

Orientasi intelektual pendekatan Mu'tazilah terhadap moralitas menjanjikan untuk memberikan jenis konstitusionalisme yang berbeda dengan tipe Asy'ariyah. Pertamatama, pandangan Mu'tazilah tentang hukum jauh lebih tidak heteronim daripada pandangan Asy'ariyah. Menurut Asy'ariyah, hukum terdiri dari sejumlah perintah ilahi yang tidak berasal dari akal manusia, dan tidak dapat dipertanyakan oleh akal manusia. Selain itu, Tuhan berperan sebagai penguasa absolut yang kekuasaannya sama sekali tidak terbatas, tetapi penghakimannya menentukan apa yang baik dan buruk, apa yang sah dan apa yang ilegal. Sebaliknya, Tuhan Mu'tazilah tampak sangat berbeda. Sejauh Ia mematuhi hukum moral yang berlaku terlepas dari sikap orang yang melihatnya (atau yang mengetahui), Ia dapat dipandang sebagai "raja konstitusional", seseorang yang tidak berada di atas hukum dalam segala hal.

Mu'tazilah tidak hanya percaya pada rasionalitas dan objektivitas moralitas dan hukum yang harus dibenarkan sesuai dengan itu, mereka juga secara khas menganut doktrin penciptaan AlQur'an, yang merupakan firman Tuhan. Doktrin ini, yang kedengarannya aneh di telinga modern, menimbulkan banyak perdebatan selama periode Mu'tazilah dalam sejarah

intelektual Islam. Karena perdebatan ini, setidaknya sebagian, dapat dilihat sebagai perdebatan tentang konstitusionalisme dan batas-batas kewenangan, mungkin bermanfaat untuk meninjau secara singkat posisi yang dianut oleh kaum Mu'tazilah.

Pada saat isu penciptaan AlQur'an mencuat di panggung intelektual Islam selama abad kedua pemerintahan Abbasiyah (750–1258), pandangan politik terpolarisasi antara apa yang disebut W. Montgomery Watt sebagai "blok konstitusionalis" dan "blok otokratis". Blok konstitusionalis tersebut terdiri dari, antara lain, kelompok ulama yang baru lahir, dan kelompok lain yang bersatu dalam keyakinan bahwa "cara hidup masyarakat Islam dibentuk oleh wahyu supranatural yang terkandung dalam AlQur'an dan Tradisi (Nabi)".

Mengatakan bahwa AlQur'an diciptakan tidak hanya berarti bahwa AlQur'an mungkin kurang suci, tetapi juga berarti bahwa khalifah (yang memimpin "blok otokratis") memiliki kebebasan dalam menafsirkan kitab suci dan memberlakukan hukum. Itu juga berarti mencabut otoritas golongan ulama, yang memiliki banyak pengikut di antara orang-orang biasa, dan yang status dan otoritasnya di masyarakat sebagian berasal dari hubungan khusus mereka dengan kitab suci sebagai pelajar dan penafsir. Dengan kata lain, penentangan terhadap doktrin penciptaan AlQur'an berarti penentangan terhadap despotisme, atau kekuasaan yang tidak terkendali. Menurut perkiraan Watt:

Konsep umum kekhalifahan dipertaruhkan bukan keluarga atau orang tertentu yang akan memerintah, tetapi penguasa seperti apa yang harus dicari. Haruskah khalifah menjadi orang dengan 'hak ilahi' untuk memerintah, dan dengan demikian menjadi sumber utama semua hukum di negara tersebut? Atau apakah ia hanya seorang manusia yang tunduk pada hukum ilahi yang terkandung dalam AlQur'an dan Sunnah Nabi?

Kaum Mu'tazilah berpihak pada partai yang otokratis, dan nasib mereka ditentukan ketika dukungan resmi terhadap doktrin penciptaan AlQur'an berhenti selama pemerintahan alMutawakil (w. 861). Ini tidak perlu menjadi refleksi atas doktrin moral mereka. Karena tidak dapat diragukan lagi bahwa aliansi Mu'tazilah dengan para penguasa bukanlah konsekuensi logis dari doktrin mereka.

Sebaliknya, hal itu merupakan godaan yang selalu dialami oleh para elit yang tercerahkan sepanjang sejarah Islam: tidak mampu menaruh kepercayaan mereka pada kemampuan rakyat untuk memerintah diri mereka sendiri dengan hukum yang baik, mereka cenderung menaruh kepercayaan mereka pada penguasa yang bijaksana dan tercerahkan yang memiliki kekuasaan total. Pemerintahan penguasa seperti itu tidak akan terbukti lebih melanggar hukum atau tidak konstitusional daripada pemerintahan rajafilsuf Plato.

Namun, itu juga tidak akan "demokratis". Bahkan, mungkin akan membantu (jika ini tidak sepenuhnya anakronistis) untuk melihat perbedaan antara pandangan Ash'ariyah dan Mu'tazilah dalam terang pembedaan yang dibuat Elster antara dua "sisi" konstitusionalisme. Menurut Elster, satu sisi konstitusionalisme dapat disimpulkan sebagai "peraturan vs. kebijaksanaan". Makna dari hal ini diperjelas dengan merujuk pada "perang" yang dilancarkan konstitusionalisme terhadap kekuasaan eksekutif untuk mencegah para penguasa memperoleh terlalu banyak kekuasaan diskresioner dalam menjalankan pemerintahan mereka.

Dengan memaksakan hukum dan peraturan, konstitusionalisme mengambil keputusan dari ranah penilaian pribadi dan individu, bahkan ketika yang terakhir ini tidak bertujuan apa pun kecuali kebaikan bersama. Landasan Ash'ariyah untuk konstitusionalisme Islam dapat dilihat sebagai upaya untuk mengarahkan pada kekuasaan diskresioner yang mungkin cenderung dijalankan oleh para penguasa. Dengan memegang Syariah di atas kepala mereka sebagai konstitusi ilahi yang tidak dapat dibatalkan, para penguasa akan tetap terkendali. Sisi lain dari konstitusionalisme, menurut Elster, dapat disimpulkan sebagai "aturan vs. nafsu".

Dalam aspek ini, konstitusionalisme dipandang sebagai perang yang bukan melawan eksekutif, tetapi melawan kekuasaan legislatif. Idenya di sini adalah untuk memastikan pemerintahan yang baik dengan sedikit melindungi proses politik dari "keinginan" dan "nafsu" mayoritas yang sementara dan mungkin tidak bertanggung jawab yang dapat mengancam untuk mengganggu cabang legislatif pemerintah.

Dilihat dari sudut pandang ini, konstitusionalisme berdiam di ruangruang Mahkamah Konstitusi (Mahkamah Agung Amerika Serikat), yang berwenang untuk meninjau undang-undang dan memeriksa konstitusionalitasnya. Tentu saja, tidak dapat dikatakan bahwa kaum Asy'ariyah mewakili partai demokratik, juga tidak dapat dikatakan bahwa kaum Mu'tazilah mengantisipasi gagasan tentang kekuasaan kehakiman yang terpisah. Pemikiran seperti itu akan menjadi anakronistis, dan, lebih dari itu, tidak ada fakta yang mendukungnya. Namun, sejauh kaum Asy'ariyah memiliki pengikut yang populer dan mewakili oposisi terhadap pemerintahan yang lalim, seseorang dapat dimaafkan karena mengaburkan perbedaan antara populisme dan demokrasi untuk sementara waktu.

Di sisi lain, tidak dapat disangkal bahwa kaum Mu'tazilah, dalam banyak hal, mewakili "suara akal sehat", pencerahan, dan progresivisme, yang terkadang dicari oleh para penganut konstitusi modern di Mahkamah Konstitusi. Kaum Mu'tazilah menentang jenis konservatisme tertentu (tradisionalisme), yang dapat menyebabkan stagnasi, jika hal itu berhasil. Memang, seseorang tidak dapat menganggap kaum Mu'tazilah mewakili sisi konstitusionalisme yang melindungi dari "nafsu" massa. Akan tetapi, masuk akal untuk melihat konstitusionalisme mereka sebagai upaya untuk melindungi diri dari kelesuan, tradisionalisme, dan lemahnya rasionalitas massa.

Untuk meringkas pembahasan kita sejauh ini, kita telah melihat bagaimana gagasan tentang pemerintahan yang sesuai dengan "hukum" merupakan bagian penting dari pemikiran politik Islam. Syariah hanyalah hukum Tuhan dan tidak dapat disangkal lagi merupakan inti dari keyakinan Islam. Namun, Syariah dapat didekati baik secara konservatifharfiah (yang merupakan metode yang digunakan oleh kaum Asy'ariyah), maupun secara liberalrasional (yang merupakan pilihan kaum Mu'tazilah). Kedua pendekatan terhadap Syariah dapat menghasilkan konstitusionalisme.

Sekarang kita harus mengeksplorasi tema, elemen, dan konsep yang dapat disatukan di bawah tajuk konstitusionalisme dalam pengertian Islam. Yang perlu kita tanyakan adalah: apa yang konstitusional dalam Syariah Islam? Potensi apa yang dimilikinya untuk pengembangan lebih lanjut dari gagasan konstitusionalisme?

15.4 RUANG LINGKUP KONSTITUSIONALISME ISLAM; TENTANG HAK

Pada bagian berikut ini kita akan tetap berpegang pada gagasan Lane tentang konstitusionalisme, sebagaimana dijelaskan pada Bagian 15.2. Gagasan yang sama diungkapkan secara ringkas dalam Pasal 16 Deklarasi Hak Asasi Manusia dan Warga Negara (1789): "Masyarakat yang hak-haknya tidak dijamin atau pemisahan kekuasaan tidak ditetapkan adalah masyarakat tanpa konstitusi". Pertamatama kita akan membahas pertanyaan tentang hak, yang lebih mudah daripada pertanyaan tentang berbagai cabang pemerintahan, dan hubungan di antara mereka. Hak apa yang dimiliki individu dalam Islam? Bagaimana skema Islam tentang hak individu (dan manusia) dibandingkan dengan skema lainnya?

Sudah menjadi hal yang lumrah untuk mengatakan bahwa Islam bukanlah hal yang sama bagi semua orang yang mengaku mempercayainya, atau mempraktikkannya. Hal ini benar dalam banyak hal, tetapi pertanyaan tentang hak menonjol sebagai subjek yang penafsirannya sangat berbeda. Ada baiknya untuk memikirkan berbagai kemungkinan penafsiran dalam konteks persaingan lama antara kaum Asy'ariyah dan Mu'tazilah. Memang benar bahwa para musuh kontemporer tidak melihat diri mereka sebagai kelanjutan historis dari persaingan lama itu, tetapi tidak diragukan lagi bahwa banyak dari perhatian, alasan, bahkan kepentingan yang saling bertentangan yang menyebabkan perpecahan kuno itu masih berlaku sekarang, dan kemungkinan akan terus berlanjut di masa depan.

Seperti yang mungkin diharapkan, para pemikir yang berpikiran Asy'ariyah cenderung literal dan tradisional, dan mengambil sikap yang lebih defensif terhadap modernitas, termasuk pertanyaan tentang hak asasi manusia. Di sisi lain, para pemikir yang berpikiran Mu'tazilah cenderung lebih progresif dan berani dalam penafsiran dan inovasi yang mereka usulkan.

Untuk melihat bagaimana hak-hak ditangani menurut model Asy'ariyah, pertimbangkan tulisan-tulisan Maududi, seorang pemikir Islam yang sangat terkenal dan berpengaruh. Dalam karyanya alKhilafah wa alMulk (Kekhalifahan dan Kerajaan), ia menyebutkan tidak kurang dari 13 hak yang dimiliki warga negara terhadap pemerintah mereka. Hak-hak tersebut meliputi hak untuk hidup, martabat, privasi, hak milik, proses hukum, persamaan di hadapan hukum, kebebasan berkeyakinan, kebebasan berkumpul, dan kebebasan dari penganiayaan agama. Sebagian besar hak yang ia sebutkan didukung oleh referensi ayatayat AlQur'an.

Bila dilihat secara abstrak, beberapa hak individu yang dibahas Maududi sangat mirip dengan hak-hak yang disebutkan dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Namun, berdasarkan tulisan-tulisan Maududi lainnya, kita menemukan alasan untuk mempertimbangkannya kembali, khususnya sejauh menyangkut perempuan dan nonMuslim. Dalam karyanya Tadwin alDustoor alIslami (Kodifikasi Konstitusi Islam), hak-hak perempuan sangat dibatasi. Misalnya, mereka tidak diperbolehkan menjadi anggota "Majelis Permusyawaratan" (majlis alsyura), berdasarkan hadis Nabi yang mengatakan: "Tidak akan pernah makmur suatu kaum yang dipimpin oleh seorang wanita".

Demikian pula, dalam alQanun alIslami wa Turuq Tanfithih (Hukum Islam dan Metode

Penerapannya), nonMuslim tidak menikmati hak politik yang sama dengan Muslim, meskipun penolakan tersebut diungkapkan dalam bentuk gagasan bahwa sistem politik Islam, menurut definisinya, bersifat nonsekuler, sehingga tidak dapat mengabaikan agama dalam pembagian hak politik tanpa kontradiksi dengan dirinya sendiri. Semangat konservatif yang sama tampaknya juga berlaku dalam banyak skema hak asasi manusia Islam yang telah dipublikasikan. Dokumendokumen yang dimaksud cenderung dijaga, karena ditujukan juga kepada khalayak nonMuslim.

Namun, masih banyak inkonsistensi, pengaburan, dan kesamaran yang ditemukan di beberapa tempat, khususnya di bidang kebebasan berpikir, perlakuan terhadap nonMuslim, dan hak-hak perempuan. Misalnya, sementara versi bahasa Inggris dari Pasal XXa Deklarasi Universal Islam tentang Hak Asasi Manusia mengatakan bahwa seorang suami berutang kepada istrinya sarana untuk menafkahi "jika terjadi perceraian", versi bahasa Arab dari pasal yang sama menggunakan frasa "jika ia menceraikannya". Apa yang diabaikan versi bahasa Inggris, tentu saja, adalah masalah yang meresahkan tentang "hak tanpa syarat untuk bercerai", yang selalu diberikan Syariah kepada laki-laki secara eksklusif. Selain itu, versi bahasa Arab menggunakan gagasan qiwamah (otoritas yang dimiliki laki-laki atas perempuan), sesuatu yang sama sekali tidak disebutkan dalam versi bahasa Inggris.

Ini bukan tempat untuk membahas skema hak asasi manusia Islam, maupun keadaan, tekanan, dan kompromi yang memunculkannya. Cukuplah untuk mengatakan bahwa banyak konsep tidak dipahami dengan cara yang sama oleh kaum Islamis konservatif dan pendukung hak asasi manusia sekuler. Bagi pemikir beraliran Ash'ariyah, "hukum" hanya berarti (atau seharusnya berarti) Hukum Syariah. Jadi, ketika ia menyambut gagasan yang terdengar modern tentang "kesetaraan di hadapan hukum", ia sebenarnya menyambut gagasan yang tidak begitu modern tentang "kesetaraan di hadapan Syariah". Seperti yang dikatakan Ann Mayer:

Mereka mengambil posisi bahwa kesetaraan di hadapan hukum berarti bahwa semua Muslim harus diperlakukan sama di bawah Syariah dan bahwa semua nonMuslim juga harus diperlakukan sama di bawah Syariah bukan bahwa Muslim dan nonMuslim harus diperlakukan sama, atau diberi hak yang sama di bawah hukum.

Namun, hal ini tidak boleh membuat kita buta terhadap berbagai macam hak dan instrumen perlindungan yang diberikan Syariah bahkan ketika hal itu dipahami secara konservatif. Selain hak-hak yang disebutkan di atas, hak-hak sosial dan ekonomi harus disebutkan. Individu dapat menekan negara dan masyarakat secara keseluruhan berdasarkan ayatayat yang cukup tegas dalam AlQur'an ("(semoga mereka diselamatkan) yang kekayaannya adalah hak yang diketahui oleh orang-orang miskin dan terbuang", Q. LXX, 25).

Individu memiliki hak tidak hanya selama masa damai, tetapi juga selama masa perang dan ketidakstabilan seperti hak suaka, yang diberikan Syariah kepada orang-orang kafir ("Dan jika salah seorang dari orang-orang musyrik itu meminta perlindungan kepadamu, berikanlah perlindungan kepadanya hingga dia mendengar kalimatkalimat Allah, kemudian bawalah dia ke tempat yang aman", Q. IX, 6). Yang penting, individu juga memiliki hak politik, seperti hak untuk menentang penguasa yang tidak adil, berdasarkan hadis Nabi yang mengatakan: "Tidak ada ketaatan kepada makhluk yang berdosa terhadap Sang Pencipta". Deklarasi Universal

Islam tentang Hak Asasi Manusia bahkan menjadikan demokrasi (setidaknya secara teori) sebagai hak asasi manusia. Menurut Pasal XI Deklarasi tersebut, "Proses musyawarah bebas (syura) adalah dasar hubungan administratif antara pemerintah dan rakyat. Rakyat juga memiliki hak untuk memilih dan menyingkirkan penguasa mereka sesuai dengan prinsip ini".

Terlepas dari semua ketentuan positif ini, skema hak dan perlindungan individu yang ditawarkan oleh para pemikir beraliran Asy'ari masih menyisakan banyak hal yang diinginkan, setidaknya dari perspektif mereka yang menginginkan hak asasi manusia Islam agar sepenuhnya sesuai dengan standar internasional. Begitulah sikap pemikir Islam kontemporer Abdullahi anNa'im, yang pendekatannya terhadap etika, dan pandangannya yang berani tentang cara menafsirkan Syariah mengingatkan kita pada Mu'tazilisme. Tentu saja, anNa'im menerima semua ketentuan Syariah yang tidak kontroversial, tetapi ia mendorong reformasi lebih jauh, dengan tujuan untuk membawa legislasi Islam hingga mencapai titik yang sepenuhnya sesuai dengan ketentuan hak asasi manusia internasional.

Abdullahi anNa'im bukan hanya seorang pemikir rasionalis dalam hal teori etika, tetapi ia juga seorang pemikir yang berpikiran historis. Mengikuti gurunya Mahmoud Taha, ia membedakan antara dua tahap Islam. Selama tahap Mekkah pertama, ketika Islam masih merupakan agama yang lemah dan teraniaya, Islam menampilkan dirinya sebagai pesan spiritual sederhana yang mengakui martabat dan kemanusiaan semua orang, tanpa merujuk pada jenis kelamin atau keyakinan agama. Namun, selama tahap Madinah kedua, Islam yang menang membentuk pemerintahan yang perlu diatur dengan cara-cara tertentu, sesuai dengan kondisi historis yang berlaku. Menurut anNa'im:

Bahasa Indonesia: Kecuali jika dasar hukum Islam modern dialihkan dari teks-teks AlQur'an dan Sunnah tahap Madinah, yang merupakan fondasi konstruksi Syariah, tidak ada cara untuk menghindari pelanggaran hak asasi manusia yang drastis dan serius. Tidak ada cara untuk menghapus perbudakan sebagai lembaga hukum dan tidak ada cara untuk menghilangkan semua bentuk dan corak diskriminasi terhadap perempuan dan nonMuslim selama kita tetap terikat oleh kerangka Syariah.

AnNa'im, pada dasarnya, mengusulkan Syariah baru, berdasarkan pesan Islam sebelumnya, yang di tempat lain ia gambarkan sebagai "pesan Islam yang abadi dan mendasar". Untuk memberi kesan tentang isi pesannya yang pada dasarnya etishumanistik, pertimbangkan ayatayat berikut dari surah Mekkah awal (VI, 150–151):

Katakanlah: Marilah, aku akan membacakan apa yang dilarang Tuhanmu kepadamu: agar kamu tidak mempersekutukanNya dengan sesuatu pun, dan agar kamu berbuat baik kepada kedua orang tuamu, dan janganlah kamu membunuh anak-anakmu karena kemiskinan; Kami akan memberi rezeki kepadamu dan kepada mereka, dan janganlah kamu mendekati kekejian lahir dan batin, dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah, kecuali dengan yang benar. Maka Allah telah memerintahkan kamu, mudahmudahan kamu mengerti. Dan janganlah kamu mendekati harta anak yatim, kecuali dengan cara yang lebih baik, sampai ia dewasa. Dan penuhilah takaran dan timbangan dengan adil. Kami tidak memerintahkan seseorang, kecuali sesuai dengan kesanggupannya. Dan jika kamu berbicara, hendaklah kamu berlaku adil, meskipun dengan kerabat dekat. Dan penuhilah perjanjian Allah. Itulah yang telah

diperintahkanNya kepadamu, mudahmudahan kamu ingat.

AnNa'im bersandar pada "asas timbal balik", yang dengannya kita diperintahkan untuk tidak menolak hak orang lain yang kita yakini berhak kita miliki. Prinsip ini mendasari universalitas hak asasi manusia, dan dapat ditemukan dalam semua tradisi agama besar, termasuk Islam:

Ada prinsip normatif umum yang dianut oleh semua tradisi budaya besar yang, jika ditafsirkan dengan cara yang tercerahkan, mampu mempertahankan standar hak asasi manusia yang universal. Yaitu prinsip bahwa seseorang harus memperlakukan orang lain sebagaimana ia ingin diperlakukan oleh mereka. Aturan emas ini, yang disebut sebagai prinsip timbal balik, dianut oleh semua tradisi agama besar di dunia. Selain itu, kekuatan moral dan logika dari proposisi sederhana ini dapat dengan mudah diapresiasi oleh semua manusia dari tradisi budaya atau keyakinan filosofis apa pun.

Dengan berargumen dengan cara ini, anNa'im mengacu pada teks-teks Mekkah yang etishumanistik, dan mencari penjelasan kontekstual dari teks-teks Madinah yang memungkinkannya untuk mengesampingkannya karena tidak sesuai dengan kondisi modern. Dengan cara ini anNa'im sampai pada Syariah yang "direformasi" yang melarang perbudakan, mengakui kesetaraan antara pria dan wanita, dan memberikan hak kewarganegaraan penuh kepada semua warga negara, terlepas dari afiliasi agama.

Singkatnya, kita dapat mengatakan bahwa Syariah menawarkan bidang yang kaya dan beragam untuk dijadikan landasan hak asasi manusia. Bergantung pada bagaimana Syariah ditafsirkan, mungkin ada batasan, kelalaian serius, dan kekurangan yang tidak dapat diterima oleh kepekaan etika modern kita.

Namun, baik Syariah Islam maupun tradisi agama lainnya tidak boleh dinilai terlalu keras. Bagaimanapun, kita tidak akan pernah mampu mewujudkan visi satu umat manusia, yang anggotanya memiliki nilai dan martabat yang sama, diberkahi dengan hak asasi manusia yang tidak dapat dicabut, terlepas dari jenis kelamin, ras, atau posisi sosial, jika kita tidak "berdiri di atas bahu" para nabi yang merupakan orang pertama yang mengumumkan kesetaraan semua manusia di hadapan Tuhan, Sang Pencipta.

15.5 RUANG LINGKUP KONSTITUSIONALISME ISLAM: PEMISAHAN KEKUASAAN

Sekarang kita beralih ke pertanyaan tentang cara kerja internal pemerintahan dari sudut pandang Syariah. Hal pertama yang perlu diperhatikan di sini adalah bahwa Syariah (sebagaimana dipahami dan dipraktikkan hingga barubaru ini) tidak menawarkan doktrin tentang "pemisahan kekuasaan". Ini seharusnya tidak mengejutkan, karena doktrin Barat tentang pemisahan kekuasaan itu sendiri barubaru ini muncul. Selain itu, Syariah tradisional Islam tidak menganggap kekuasaan pemerintahan yang berbeda harus dipisahkan satu sama lain.

Tentu saja, tidak ada alasan mengapa para pemikir Syariah kontemporer tidak dapat menerima tantangan untuk menguraikan posisi sehubungan dengan pemisahan berbagai cabang pemerintahan. Namun, sebelum melihat prospek untuk menyelesaikan tugas ini, dan kemungkinan gambaran yang dapat muncul darinya, mungkin berguna untuk

mempertimbangkan teori politik Mawardi (w. 1031). Dalam beberapa hal, teorinya mewakili "ranah politik", sebagaimana dipahami oleh Syariah tradisional. Mawardi menganggap (atau, setidaknya, tampaknya menganggap) kekhalifahan sebagai jabatan yang dipilih. Mawardi mencatat bahwa ada beberapa ketidaksepakatan tentang jumlah "para pemilih", dengan beberapa mengatakan para pemilih adalah "umum" di seluruh negeri, beberapa mengatakan lima, dan yang lain mengatakan "sedikitnya satu".

Selain itu, "penanaman modal dengan penunjukan pendahulu diperbolehkan dan benar". Ini didasarkan pada preseden Abu Bakar (khalifah pertama) yang mencalonkan 'Umar untuk kekhalifahan. Selain menyebutkan kualifikasi yang harus dimiliki para pemilih, seperti kejujuran, pengetahuan, dan kehatihatian, Mawardi tidak mengatakan bagaimana para pemilih harus dipilih. Mengingat peran penting yang dapat dimainkan oleh para pemilih, ini bukanlah kelalaian kecil. Kesetiaan kepada khalifah bukanlah tugas mutlak dan tanpa syarat dari rakyat. Sebenarnya ada dua keadaan yang dapat menyebabkan khalifah didiskualifikasi secara sah: tidak adanya keadilan, dan cacat fisik.

“Pejabat yang didiskualifikasi tersebut harus mengundurkan diri dan tidak boleh diangkat kembali setelah memperoleh kembali kejujurannya tanpa pengangkatan baru”. Namun, Mawardi tidak membahas pertanyaan tentang siapa yang menyatakan, dan dengan prosedur apa, bahwa penguasa tersebut telah menjadi tidak sah (dalam hal ia tidak adil atau sebaliknya). Menurut Bernard Lewis, ini adalah “pertanyaan krusial yang akan diajukan oleh seorang ahli hukum tata negara modern”.

Pernyataan Lewis menarik perhatian pada pertanyaan lain: konstitusi macam apa, jika ada, yang seharusnya dimiliki oleh rezim berbasis Syariah? Dalam beberapa dekade terakhir, para pemikir Islam modern mulai membahas pertanyaan ini, setelah mereka menyerap pelajaran bahwa negara Islam modern, seperti negara modern lainnya, memerlukan cabangcabang pemerintahan yang terpisah (eksekutif, legislatif, dan yudikatif), serta berbagai jenis hukum (konstitusional, pidana, administratif, publik, dll.)

Kepedulian terhadap struktur dan cara kerja internal pemerintahan telah mencapai tingkat kematangan yang cukup besar dalam teori dan usulan para pemikir Islam yang telah secara serius bergulat dengan pertanyaan tentang demokrasi atau pemerintahan rakyat. Di antara para pemikir tersebut, Ghannouchi, Turabi, Maududi, dan M. Khatami mungkin yang paling terkenal.

Meskipun konservatif, Maududi menawarkan pembahasan yang jelas tentang pertanyaan-pertanyaan yang ada. Dalam Tadwin alDustoor alIslami (Kodifikasi Konstitusi Islam) ia mengakui konstitusi Islam yang ada tetapi “tidak tertulis”, dan dalam alQanun alIslami (Hukum Islam) ia menjelaskan berbagai jenis hukum (konstitusional dan lainnya) yang perlu dirancang oleh para pembuat undang-undang Islam. Bersama dengan para pemikir Islam lainnya, Maududi membuka jalan bagi diskusi tentang makna dan peran parlemen (“majelis legislatif”) dalam rezim Islam, karena ia mengambil langkah tegas dengan mendukung pemerintahan rakyat, di mana orang-orang dapat dengan bebas memilih wakil mereka.

Beberapa pernyataan saleh yang berfungsi sebagai pengantar untuk bagianbagian ini tidak perlu menahan kita di sini; mereka termasuk pengingat bahwa “kedaulatan”

dipertahankan oleh "*hanya Tuhan*" sementara orang-orang secara keseluruhan bertindak sebagai "wakil bupati": AlQur'an telah menetapkan bahwa kekhalifahan bukanlah hak yang melekat pada individu, keluarga, atau kelas tertentu.

Ini adalah hak yang dimiliki oleh semua orang yang mengakui kedaulatan Tuhan, dan yang percaya pada supremasi hukum Tuhan. Ciri ini menjadikan kekhalifahan Islam demokratis, berbeda dengan kaisarisme, kepausan, atau teokrasi, sebagaimana dikenal di Barat. Harus diakui pula bahwa sistem yang disebut demokrasi di Barat bukanlah sistem yang memungkinkan rakyat untuk berdaulat. Sistem demokrasi Islam kita, yang kita sebut 'kekhalifahan', memungkinkan rakyat untuk menjadi wakil Tuhan, sementara kedaulatan hanya milik Tuhan.

Maududi tidak sendirian dalam mendukung metode pemerintahan yang demokratis. Turabi dan Ghannouchi juga mengambil posisi yang sama. Setelah mengakui hak rakyat untuk memilih khalifah, tidak perlu lagi mengakui hak rakyat untuk memilih "wakil" yang bertugas menyuarakan aspirasi rakyat dan mengawasi kekuasaan eksekutif yang diwakili oleh khalifah dan para pejabatnya. Dengan adanya dua lembaga pemerintahan, pertanyaan tentang hubungan di antara keduanya langsung muncul. Dengan mengadaptasi istilah kuno ke dalam penggunaan modern, Maududi sering menyebut anggota parlemen sebagai "orang-orang yang kalah dan mengikat" (ahl alhal wa al'aqd). Ia mengajukan pertanyaan tentang posisi apa yang mereka miliki, apakah mereka hanya bertindak sebagai konsultan bagi khalifah atau apakah khalifah "terikat" oleh keputusan mereka. Jawabannya adalah bahwa "kita tidak punya pilihan lain selain menjadikan kekuasaan eksekutif tunduk pada keputusan mayoritas dewan legislatif".

Pertanyaan apakah kekuasaan eksekutif harus tunduk pada kewenangan parlemen (atau dewan legislatif) bukanlah pertanyaan paling menarik yang muncul dalam perdebatan Islam tentang konstitusionalisme. Kebanyakan "kaum demokrat Islam", jika mereka boleh disebut dengan cara ini, menjawab pertanyaan itu dengan jawaban ya, dan kemudian mereka melanjutkan untuk membahas masalah lain yang lebih serius dan (menurut kami) menarik: pertanyaan tentang batas-batas kekuasaan legislatif.

Dengan pertanyaan ini kita akhirnya mencapai titik di mana para konstitusionalis Barat modern dan konstitusionalis Islam sepakat. Dalam kedua kasus tersebut, ada kekhawatiran tentang kemungkinan bahwa kekuasaan legislatif dapat mengeluarkan undang-undang yang salah atau tidak adil. Kita telah mengutip presentasi Elster tentang konstitusionalisme yang memerangi "perang dua front": melawan cabang eksekutif pemerintah, yang cenderung meminta banyak kebijaksanaan demi kepentingan efisiensi, dan melawan cabang legislatif, yang dapat menimbulkan mayoritas yang menindas atau bodoh. Ketakutan terbesar kaum konstitusionalis Islam (dan demokrat) adalah bahwa cabang legislatif dapat membuat undang-undang yang tidak sesuai dengan Syariah. Karena alasan ini banyak dari mereka menolak gagasan tentang "kedaulatan rakyat yang tidak terbatas" begitu saja. Hal ini dapat diilustrasikan dengan merujuk pada tulisan-tulisan Ghannouchi dan Turabi. Menurut yang pertama:

Dalam AlQur'an disebutkan: *'Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah, dan taatilah Rasul dan ulil amri atasmu'*. (Q. IV, 59). (Ayat ini) dengan jelas menunjukkan pusat otoritas tertinggi dalam kehidupan umat Islam. Setelah ini muncul kekuasaan yang dijalankan oleh rakyat. Ruang lingkup yang sah bagi kekuasaan ini tidak melanggar hukum ilahi yang ditemukan dalam AlQur'an dan Tradisi Rasulullah.

Turabi, di sisi lain, mengatakan:

> *Tentu saja, tidak ada tempat dalam Islam bagi pemerintahan rakyat yang terpisah dari Iman. Demokrasi dalam Islam tidak berarti kekuasaan rakyat yang absolut, melainkan kekuasaan rakyat yang sesuai dengan Syariah.*

Sering kali, kaum sekuler Arab yang menganggap diri mereka sebagai pendukung demokrasi tidak menyadari perlunya pembatasan konstitusional terhadap kekuasaan majelis legislatif. Mereka gagal membedakan antara demokrasi, murni dan sederhana (yang dapat merosot menjadi populisme atau anarki), dan demokrasi konstitusional, yang (mungkin) memiliki perlindungan inheren terhadap deformasi semacam itu. Bagi mereka, kualifikasi yang akan dikenakan Ghannouchi dan Turabi pada kekuasaan cabang legislatif merupakan pelanggaran demokrasi dan mereka mengutip hal ini sebagai bukti kepalsuan klaim Islam terhadap demokrasi.

Kita tidak akan membahas di sini berbagai konsep demokrasi dalam kaitannya dengan sekularisme (lebih lanjut tentang masalah ini akan ditemukan di bagian akhir bab ini). Kita akan lebih fokus pada signifikansi pembatasan yang ingin diberlakukan oleh kaum demokrat Islam terhadap kekuasaan cabang legislatif pemerintah.

Cukup jelas bahwa sebuah badan diperlukan untuk meninjau undang-undang yang dapat diusulkan dan disetujui oleh Parlemen. Cara paling alami untuk mengonseptualisasikan fungsi ini adalah dalam hal cabang ketiga pemerintah, cabang yudikatif, termasuk Mahkamah Konstitusi yang bertugas meninjau undang-undang. Di sinilah para kritikus mulai melihat ancaman terhadap konsep demokrasi itu sendiri. Di sinilah pula konstitusionalisme Islam harus melangkah hatihati, jika ingin berhasil menghindari tuduhan ini.

Adalah instruktif untuk melihat cara masalah-masalah ini ditangani dalam konstitusi Republik Islam Iran. Konstitusi ini mungkin merupakan upaya pertama yang pernah dilakukan untuk menulis konstitusi terperinci dari sudut pandang Islam. Berikut ini adalah beberapa pasal yang relevan:

> *Semua hukum dan peraturan sipil, pidana, keuangan, administratif, budaya, militer, politik, serta hukum atau peraturan lainnya, harus didasarkan pada prinsip-prinsip Islam. Prinsip ini secara umum akan berlaku atas semua prinsip konstitusi, dan juga hukum serta peraturan lainnya. Setiap keputusan terkait hal ini akan dibuat oleh para anggota ulama Dewan Wali (Pasal 4).*

Majelis Permusyawaratan Islam tidak dapat memberlakukan hukum yang bertentangan dengan usul (dasar-dasar) dan hukum-hukum (keputusan) agama resmi negara atau Konstitusi. Merupakan tugas Dewan Wali untuk menentukan apakah telah terjadi pelanggaran sesuai dengan Pasal 96 (Pasal 72).

Penetapan kesesuaian undang-undang yang disahkan oleh Majelis Permusyawaratan Islam dengan hukum Islam berada di tangan suara mayoritas fuqaha' Dewan Wali; dan penetapan kesesuaiannya dengan Konstitusi berada di tangan mayoritas semua anggota Dewan Wali (Pasal 96).

Dewan Wali bukanlah badan yang dipilih secara populer. Anggota ulama, yang berjumlah enam orang, ditunjuk oleh pemimpin agama, sedangkan enam orang lainnya dicalonkan oleh kepala Kekuasaan Kehakiman, yang ditunjuk oleh pemimpin agama. Hal ini mendorong Mayer untuk mengatakan: "Akibatnya, jaminan hak konstitusional pun tidak akan berlaku, jika para ulama memutuskan bahwa jaminan tersebut tidak didasarkan pada prinsip-prinsip Islam".

Pada tahap ini, para penganut konstitusi Islam menghadapi masalah yang, sejujurnya, tidak jauh berbeda dari masalah yang sedang dibahas oleh para pemikir Barat kontemporer. Sebab, jika para pemikir Islam menjadikan Mahkamah Konstitusi atau "dewan perwali", atau lembaga apa pun yang dipercayakan dengan tugas untuk memutuskan masalah konstitusional sepenuhnya tunduk pada kehendak cabang legislatif, ini akan memiringkan keseimbangan kekuasaan ke arah legislatif, dengan risiko pemerintahan mayoritas yang menindas, tidak tercerahkan, atau tidak patuh. Di sisi lain, jika "dewan perwali" dibuat sepenuhnya independen dari kehendak rakyat, ini berisiko merampas demokrasi, yang merupakan "pemerintahan oleh rakyat", dari maknanya yang sebenarnya.

Tidak ada solusi yang mudah, jelas, atau sempurna untuk masalah-masalah ini, yang dibahas panjang lebar oleh Maududi dalam Tadwin alDustoor alIslami. Layak untuk mengikuti alur pemikirannya tentang masalah ini, karena ini merupakan gambaran dari cita-cita yang menggerakkan banyak pemikir Islam. Ia memulai dengan merenungkan "zaman keemasan" Islam, yaitu periode "khalifah yang mendapat petunjuk dengan benar" (alkhulafa'u alrashidun). Pada masa itu, khalifah dapat menjadi kepala tiga jabatan yang berbeda: khalifah, hakim, dan ahl alhal wa al'aqd.

Maududi tampaknya menganggap ketiga jabatan ini sebagai prototipe Islam dari cabangcabang pemerintahan modern. Penegasan tentang "zaman keemasan" ini didasarkan pada asumsi bahwa orang-orang yang hidup saat itu adalah orang-orang yang bertipe khusus: para khalifah "dibimbing dengan benar" (tentu saja oleh Tuhan), dan "mereka yang mengikat dan melepaskan" bukanlah politisi biasa sejauh mereka bijaksana, jujur, dapat dipercaya, berkualifikasi baik, dan dibedakan melalui kerja keras mereka untuk Islam.

Maududi tidak menemukan preseden, selama periode khalifah yang dibimbing dengan benar, di mana para hakim membatalkan keputusan yang dibuat oleh ahl alhal wa al'aqd. Alasannya, menurut Maududi, adalah bahwa anggota kelompok terakhir (yang dipimpin oleh khalifah) adalah orang-orang yang memiliki wawasan yang luas. Mereka tidak mampu

membuat undang-undang yang bertentangan dengan AlQur'an atau praktik Nabi. Selama periode ini, nasihat ahl alhal wa al'aqd kepada khalifah tidak selalu mengikat. Khalifah pertama melancarkan perang terhadap orang-orang murtad (almurtaddin) meskipun ada nasihat yang menentangnya. Khalifah cukup tanggap, dan para sahabatnya percaya pada penilaiannya yang baik, sehingga semua hal berjalan dengan baik.

Maududi mengakui bahwa zaman keemasan "kebajikan sipil" Islam telah berlalu selamanya, dan bahwa zaman yang berbeda membutuhkan metode yang berbeda. Namun, ini jelas tetap menjadi cita-citanya. Jika tidak dapat mencapainya, ia menyarankan untuk menggunakan plebisit dalam kasus-kasus konflik yang tidak dapat diselesaikan antara cabang legislatif dan eksekutif pemerintahan. "Opini publik", yang dipimpin dan diartikulasikan oleh ahl alhal wa al'aqd, memiliki bobot yang cukup besar bagi Maududi. Ahl alhal wa al'aqd, yang memainkan peran penting dalam urusan publik pemerintahan, dibedakan terutama oleh kedudukan mereka di hadapan masyarakat. Mereka dihormati bukan karena kekayaan atau posisi yang diwariskan, tetapi karena keberanian, kebijaksanaan, dedikasi mereka terhadap Islam, dan pelayanan publik kepada masyarakat.

Posisi Maududi menawarkan wawasan berharga tentang masalah-masalah dasar yang coba diatasi oleh konstitusionalisme Islam. Di satu sisi, konstitusionalisme Islam prihatin bahwa baik cabang eksekutif maupun legislatif pemerintah tidak bertindak dengan cara yang bertentangan dengan Syariah. Namun, ada keengganan untuk menempatkan semua wewenang di tangan satu orang, atau badan, sebagaimana keinginan untuk "menyerahkan" kekuasaan yang menentukan kepada masyarakat (dipimpin oleh ahl alhal wa al'aqd, yang memiliki "kebajikan sipil" Islam) yang ditunjukkan dengan jelas.

Kata Penutup: Tidak Ada Tempat Untuk Sekularisme

Tujuan dari pernyataan akhir ini adalah untuk menyelesaikan beberapa hal yang belum terselesaikan, dan menangani beberapa pertanyaan yang belum terjawab. Konstitusionalisme, demokrasi, dan pemisahan kekuasaan saling terkait erat, baik secara konseptual maupun dalam praktik. Di Barat, keduanya muncul dalam konteks sekularisme, yang (seperti yang dikatakan beberapa orang) merupakan kondisi yang diandaikan oleh ketiganya. Karena sebagian besar pemikir Islam dengan tegas menolak sekularisme, pertanyaan yang sering muncul adalah bagaimana seseorang dapat berbicara tentang Islam, konstitusionalisme, dan demokrasi dalam satu tarikan napas yang sama.

Bagaimana mungkin sebuah rezim Islam bisa demokratis, jika tidak sekuler? Demokrasi mengharuskan warga negaranya diberikan hak politik yang sama, tetapi untuk berpikir tentang kemungkinan seorang kepala negara Islam beragama Kristen, Yahudi, atau ateis, itu terlalu sulit dipercaya. Karena itu, Islam tidak sesuai dengan demokrasi. Sebaliknya, konstitusionalisme mengharuskan demokrasi, karena sulit untuk berpikir bagaimana hak-hak individu dapat dilindungi, dan pemerintahan dapat dikendalikan, jika rezim politiknya tidak demokratis. Jadi, jika konstitusionalisme mengandaikan demokrasi dan demokrasi mengandaikan sekularisme, konstitusionalisme juga mengandaikan sekularisme. Namun, Islam menolak sekularisme. Oleh karena itu, Islam tidak sesuai dengan demokrasi dan konstitusionalisme.

Jelas, sekularisme merupakan inti masalah di sini. Kecuali jika ditemukan cara untuk

mengesampingkan sekularisme karena hanya terkait secara kebetulan dengan demokrasi dan konstitusionalisme, mungkin tidak ada cara untuk menggabungkan Islam dengan salah satu dari kedua bentuk ini. Mari kita lihat bagaimana beberapa demokrat Islam kontemporer mengusulkan untuk menangani masalah-masalah ini. Secara sederhana, langkah logis mendasar yang diusulkan oleh beberapa demokrat Islam kontemporer adalah memandang demokrasi sebagai “doktrin prosedur”, sekadar metode untuk menyalurkan, membagi, dan mengelola kekuasaan politik. Pandangan ini secara klasik diungkapkan oleh Joseph Schumpeter dalam kata-kata berikut:

Demokrasi adalah metode politik, yaitu, jenis pengaturan kelembagaan tertentu untuk mencapai keputusan politik legislatif dan administratif dan karenanya tidak mampu menjadi tujuan itu sendiri, terlepas dari keputusan apa yang akan dihasilkannya dalam kondisi historis tertentu.

Menurut definisi Schumpeter, demokrasi bersifat netral antara tujuan dan nilai yang mungkin berlaku dalam masyarakat tertentu. Menurut Ghannouchi, yang juga menganggap demokrasi sebagai "doktrin prosedur":

Mekanisme demokrasi mungkin beroperasi dalam lingkungan budaya yang berbeda. Sekularisme, nasionalisme, dan pendewaan manusia bukanlah konsekuensi demokrasi yang tak terelakkan, karena yang terakhir ini menyelesaikan dirinya sendiri menjadi kedaulatan rakyat, kesetaraan antara warga negara, dan pengakuan hak mayoritas untuk memerintah. Tidak ada satu pun dalam prosedur ini yang secara niscaya bertentangan dengan nilai-nilai Islam.

Langkah inovatif secara konseptual yang diambil Ghannouchi dan yang lainnya, seperti Khatami, terletak pada klaim mereka bahwa demokrasi itu sendiri hanya terkait secara kebetulan dengan doktrin sekularisme yang dibenci. Demokrasi berarti kedaulatan rakyat, kesetaraan politik, pemerintahan perwakilan, dan pemerintahan mayoritas. Tidak satu pun dari hal-hal ini yang berarti sekularisme. Oleh karena itu, tidak ada seruan (dari sudut pandang Islam) untuk menolak demokrasi.

Ghannouchi menyambut baik pemilihan umum yang bebas, karena meyakini bahwa masyarakat Islam akan ingin hidup dengan cara Islam. Sikapnya juga sama-samama menyambut baik pluralisme politik, persaingan partai, debat parlementer, dan aspek-aspek lain dari praktik demokrasi. Ini karena ia membayangkan bahwa semua persaingan, pertentangan, dan debat akan terjadi dalam batasan yang ditetapkan oleh konsensus nasional tentang konstitusi Islam.

Jika dan ketika konsensus ini terwujud, beberapa kelompok orang mungkin akan berada di luarnya, tidak dapat menyetujui asumsi dan nilai dasar yang akan mengatur struktur sosial. Ghannouchi tidak menyerukan untuk menekan kelompok-kelompok ini. Taruhannya adalah bahwa “masyarakat sipil akan memastikan bahwa kelompok-kelompok seperti itu akan tetap terpinggirkan, (jadi) tidak perlu menggunakan kekuasaan negara (untuk ‘menahan’ mereka)”.

Bahwa pluralisme dan oposisi (yang menjadi ciri khas praktik demokrasi, sebagaimana yang lazim dipahami) terjadi dalam kerangka konsensus konstitusional dasar bukanlah wawasan asli dari para penulis Islam yang meneliti praanggapan demokrasi. Banyak penulis

politik Barat mengakui hal ini. Menurut Esposito dan Voll:

Dalam pemikiran politik Barat modern yang standar, oposisi yang dapat diterima dalam sistem demokrasi terkait erat dengan konsep pemerintahan konstitusional, yang di dalamnya terdapat konsensus mendasar dan mendasar tentang 'aturan main' politik. Oposisi adalah ketidaksetujuan yang sah dengan kebijakan tertentu dari para pemimpin tertentu dalam kerangka prinsip-prinsip konstitusi dasar yang diterima bersama yang tertulis atau berdasarkan praktik yang telah lama ada.

Para pemikir Islam sangat setuju dengan hal ini. Akan tetapi, dalam kasus mereka, konstitusi berasal dari prinsip-prinsip dasar keimanan. Hal ini sangat jelas terlihat dalam kasus Turabi, yang memahami logika "pemerintahan dan oposisi yang loyal", sebagaimana dipraktikkan dalam demokrasi Barat:

Konsensus tentang dasar-dasar tersebut, yang dalam terangnya kebijakan-kebijakan khusus dapat diperdebatkan, merupakan syarat bagi stabilitas semua sistem demokrasi. Beginilah demokrasi Barat mencapai stabilitasnya: rakyat, melalui proses perkembangan budaya dan politik, akhirnya mencapai konsensus tentang dasar-dasar, dan berhasil mengisolasi masalah-masalah yang menjadi subjek konsultasi dan perdebatan parlemen. (Jadi) ketika kita melihat perdebatan partisan di Negara-negara demokrasi Barat, kita menemukan bahwa perdebatan tersebut terjadi dalam kerangka [konstitusional] yang mapan. Misalnya, perbedaan antara Partai Buruh dan Partai Konservatif di Inggris sangat terbatas, demikian pula perbedaan antara Partai Republik dan Partai Demokrat di Amerika.

Oleh karena itu, inilah "pandangan" Islam tentang demokrasi. Kaum demokrat Islam mengusulkan untuk membebaskan demokrasi dari sekularisme, mengadopsi yang pertama, dan meninggalkan yang lainnya. Usulan ini juga sangat membantu dalam menyelesaikan (atau mengurangi) konflik yang dirasakan antara Islam dan konstitusionalisme. Dengan berlandaskan Islam, seorang demokrat Islam dapat mengikuti jalan yang ditempuh AnNa'im, yaitu menerima semua instrumen hukum internasional yang berkaitan dengan hak asasi manusia. Seorang demokrat Islam seperti itu dapat menghadapi banyak kritik dari banyak kalangan Islam, yang menyatakan bahwa kesesuaian dengan semua undang-undang hak asasi manusia internasional pasti akan mengencerkan Islam hingga tidak dapat dikenali lagi, dan bahwa penerimaan terhadap rancangan undang-undang ini hanyalah cara yang sopan untuk menolak Islam sama sekali.

Kaum demokrat Islam juga mungkin bersikeras pada konsepsi hak yang lebih spesifik, sambil menolak sekularisme atas dasar argumen filosofis yang independen. Banyak filsuf berpendapat, dan terus berpendapat, bahwa universalitas hak asasi manusia adalah fiksi. Menurut Rorty, misalnya, tidak ada "landasan" universal untuk hak asasi manusia – tidak ada aturan timbal balik AnNa'im, tidak ada keharusan kategoris Kant, atau rasionalitas Plato. Semuanya adalah masalah fakta sosial: "tidak ada yang relevan dengan pilihan moral yang memisahkan manusia dari hewan, kecuali Fakta-fakta dunia yang terjadi secara historis, Fakta-fakta budaya". Pandangan moralitas ini dianut oleh Michael Walzer, yang mengklaim bahwa:

Kita tidak dapat mengatakan apa yang menjadi hak orang ini atau orang itu sampai kita mengetahui bagaimana orang-orang ini berhubungan satu sama lain melalui hal-hal yang

mereka buat dan distribusikan. Suatu masyarakat tertentu adil jika kehidupan substantifnya dijalani dengan cara tertentu yaitu, dengan cara yang sesuai dengan pemahaman bersama para anggotanya. Setiap penjelasan substantif tentang keadilan distributif adalah penjelasan lokal.

Sejauh menyangkut beberapa pemikir Islam, sekularisme (dan nilai-nilai modern lainnya seperti rasionalisme, utilitarianisme, kepercayaan pada sains) adalah sebuah filsafat, satu di antara banyak lainnya. Ini adalah filsafat yang mengatakan bahwa agama bukanlah cara yang tepat untuk digunakan dalam mengatur masyarakat. Islam adalah jenis filsafat lainnya. Masing-masing memiliki pandangannya sendiri tentang kehidupan, hak, dan kewajiban manusia.

Jika hak dan kewajiban (setidaknya sampai taraf tertentu) bersifat khusus secara sosial dan budaya, jika kita tidak memiliki argumen yang dapat diterima secara universal untuk semua hak dan perlindungan yang menjadi hak manusia, maka masuk akal untuk berpikir bahwa konstitusionalisme (atau dapat) diwujudkan secara berbeda di berbagai masyarakat, masing-masing sesuai dengan konsepsinya tentang hak dan kewajiban. Ini seharusnya memberi ruang bagi bentuk konstitusionalisme tertentu sebut saja “konstitusionalisme Islam” yang dalam beberapa hal berbeda dari, dan dalam hal lain menyerupai konstitusionalisme dalam bentuk Baratnya.

BAB 16
ATURAN HUKUM YANG DIBATASI SECARA MORAL

16.1 PENDAHULUAN

Bab ini akan membahas batasanbatasan yang mungkin dikenakan oleh konteks peradilan Mesir saat ini terhadap hukum dengan menggunakan moralitas.

Keyakinan hukumfilosofis tradisional Barat terhadap sifat sosial dan nonmetafisik norma telah memungkinkan pemahamannya sebagai data positif. Atas dasar tersebut, norma moral dan norma hukum telah dibedakan; hukum modern telah dibangun di atas, antara lain, prinsip dasar tersebut. Austin, misalnya, menganggap hukum berbeda dari norma-norma lain karena yang pertama adalah perintah yang diungkapkan oleh otoritas yang sah secara de facto dengan kekuatan menghukum. Teori semacam itu bertujuan untuk menegaskan prediktabilitas hukum dan menggantikan cengkeraman transendensi.

Herbert Hart, tokoh utama "positivisme lunak", mengklaim bahwa aturan hukum dapat, meskipun tidak selalu, mencerminkan atau menanggapi persyaratan moral. Ia menentang hubungan yang diperlukan antara hukum dan moralitas. Konsepsi Hart dikritik keras oleh Ronald Dworkin, karena dianggap gagal menghargai bahwa hukum lebih dari sekadar sistem aturan; melainkan, hukum merupakan kombinasi aturan dan prinsip. Ia percaya bahwa ada prinsip-prinsip peradilan yang umum dan mendasar, bukan aturan resmi, yang tetap memandu hakim dalam keputusan mereka. Prinsip-prinsip tersebut tidak univokal dan terbuka untuk interpretasi yang berbeda, sehingga bobot dan kesesuaiannya perlu dinilai dalam setiap situasi individu.

Dworkin memperbolehkan moralitas untuk diperkenalkan ke dalam sistem hukum sebagai salah satu komponen utamanya. Namun, perspektif seperti itu tidak lengkap. Bahkan, ia percaya bahwa hakim bertindak seolah-olah setiap kasus memiliki solusi yang benar sendiri di mana prinsip-prinsip tersebut membingkai aturan; namun, tidak ada saran yang diajukan tentang bagaimana prinsip-prinsip tersebut dibentuk, dimobilisasi, dan dikarakterisasi. Oleh karena itu, diperlukan pendekatan yang lebih pragmatis.

Saran sosiologis bahwa individu mengasimilasi dan mengekspresikan norma melalui perilaku otomatis dan tidak sadar mereka tidak memperhitungkan cara orang menafsirkan dunia dan mengenali apa yang familier dan dapat diterima. Sebaliknya, teori pragmatik berasumsi bahwa norma, khususnya norma moral, adalah fenomena publik yang maknanya dibangun secara sosial. Maknanya secara sosial dikaitkan dengan tempatnya sehingga objeknya diberi dimensi yang khas, seragam, dan dapat dipertukarkan.

Oleh karena itu, tatanan moral adalah apa yang dianggap benar dan adil dalam konteks tertentu. Praktik menciptakan norma, bukan sebaliknya. Norma moral tidak perlu dipertanyakan lagi karena diketahui dan dapat diramalkan secara sosial. Norma moral mengungkapkan apa yang dianggap diketahui orang dan mengandung kiasan saleh terhadap kesamaan moral yang sudah ada sebelumnya, yang mendalam, dan dianggap ada sebelumnya,

yang mencerminkan versi normatif realitas yang terbuka untuk penerimaan publik.

Hal ini dijamin melalui interaksi pengaturan kelembagaan dan bahasa seperti hukum. Hukum dan moralitas tidak sepenuhnya independen satu sama lain tetapi saling terkait erat. Hukum harus mengungkapkan apa, dalam istilah yang tidak dikodifikasi, yang dapat diterima secara moral. Dalam hal ini, sejumlah pengertian, seperti ketertiban umum atau kebijakan, adat istiadat, perilaku moral yang baik, hakikat batin segala sesuatu, bersama dengan standar hukum, dan interaksi dalam pelaksanaan tugas hakim. Akan dikemukakan dalam bab ini bahwa normativitas Islam (Syariah) adalah contoh dari pengertian dan standar moral tersebut.

Tatanan moral, yang didalilkan alihalih disimpulkan, memberikan peran yang menentukan pada norma tertentu yang karenanya tidak dapat dipertanyakan. Esai ini bertujuan untuk menunjukkan cara-cara di mana hukum Mesir dibatasi atas nama moralitas. Pertamatama saya akan menjelaskan bagaimana sistem hukum dan peradilan baru didirikan melalui kodifikasi dan transfer teknologi hukum, yang mengakibatkan Syariah terpecahpecah menjadi norma hukum positif dan prinsip moral yang tegas. Kedua, saya akan menunjukkan bagaimana prinsip moral diterapkan untuk menerapkan hukum secara terbatas dan mempersempit teksturnya yang terbuka. Saya akan menunjukkan bagaimana moralitas, termasuk Syariah, menjadi sarana utama untuk berbagi kekuasaan dan membentuk kembali ruang publik.

Sebagai kesimpulan, saya akan berpendapat bahwa meskipun moralitas memiliki sifat hukum heteronom dalam hal hukum menemukan cara untuk memecahkan kasus-kasus sulit di luar dirinya sendiri profesi hukumlah yang menafsirkan isi prinsip-prinsip moral; dengan kata lain, profesi hukum pada akhirnya mendefinisikan dan menerapkan moralitas. Bab ini tidak membahas hubungan antara hukum dan moralitas dalam dunia Islam secara umum karena beberapa alasan. Pertama, keberadaan dunia Islam seperti itu sangat diragukan. Pendekatan saya bersifat antikulturalis: kasus Mesir bukanlah pengecualian atau paradigma cara Islam dalam menangani aturan hukum dan hubungan antara hukum dan moralitas.

Ada kecenderungan yang terus menerus dalam merujuk studi masyarakat di mana Islam hadir sebagai agama ke area tertentu daripada ke sejumlah disiplin ilmu. Pendekatan semacam itu hanya menunjukkan prioritas tertentu dalam menangani masalah yang sedang dihadapi: jika seseorang ingin menghindari perangkap spesialisasi "geografis", sangat penting untuk menetapkan kembali prioritas sains atas kekhususan lokal, karena tidak ada (dan tidak mungkin ada) sains lokal. Aspek-aspek tertentu dari dinamika masyarakat ArabMuslim saat ini dapat dijelaskan tanpa harus menggunakan referensi khusus. Universalitas kerangka kognitif yang tersedia bagi peneliti sesuai dengan universalitas kerangka kognitif yang tersedia bagi para tokoh utamanya.

Kedua, karena Syariah adalah moralitas, masalah penerapan aturan hukum di Mesir sulit, bukan karena ia berada dalam konteks Arab atau Islam, melainkan karena konteks Mesir khususnya merasakan ketegangan antara hukum dan moralitas. Harus digarisbawahi bahwa ketegangan seperti itu tidak secara khusus terjadi di Mesir. Hukum Mesir, pada kenyataannya, pada umumnya didasarkan pada "hukum modern" dan khususnya pada keluarga hukum perdata, dan dengan demikian hanya mencerminkan beberapa ketegangan khusus yang

terakhir, di antaranya yang diakibatkan oleh hubungan (yang disangkal meskipun nyata) antara hukum dan moralitas, yang juga diteliti oleh para pemikir dan sosiolog Barat.

Situasi Mesir menggambarkan hubungan yang canggung antara hukum dan moralitas, yang sangat membatasi penerapan aturan hukum. Kasus Mesir dengan demikian layak diteliti, bukan karena mencerminkan konsepsi Islam tentang supremasi hukum, tetapi karena (secara kuasipatologis) menunjukkan bahwa supremasi hukum sebagian besar ditentukan oleh sekumpulan hubungan yang kompleks antara dimensi hukum dan moral norma.

Sebelum menjelaskan cara moralitas membatasi hukum di Mesir kontemporer, saya akan mengilustrasikan secara singkat beberapa perubahan besar yang dialami oleh sistem hukum dan peradilan negara tersebut selama dua abad terakhir. Ini akan membantu dalam menetapkan pemisahan formal antara hukum dan moralitas, dan evolusi Syariah (yaitu hukum Islam) dalam kerangka historisnya.

16.2 PENGALIHAN HUKUM DAN IMPLOSI SYARIAH DI MESIR

Jika benar, seperti yang dikemukakan, misalnya oleh Nathan Brown, bahwa hukum Mesir kontemporer tidak dapat dianggap sebagai instrumen dominasi imperialis belaka dan peran elit Mesir tidak boleh diabaikan ketika meneliti bagaimana sistem hukum diciptakan untuk mendirikan negara dan secara berturutturut membebaskannya dari dominasi kekaisaran, maka juga benar bahwa sistem hukum saat ini sebagian besar merupakan hasil dari suatu pengalihan. Konsekuensi dari proses semacam itu perlu dievaluasi. Perubahan hukum utama yang telah terjadi selama dua abad terakhir pertamatama perlu dijelaskan.

Kemudian, tiga pertanyaan harus diajukan: mengapa elit Mesir beralih ke hukum Prancis? Sejauh mana standar hukum dan postulat hukum Prancis yang diimpor dibawa ke dalam hukum Mesir? Apakah proses ini mengubah hukum Islam? Sistem hukum Prancis diimpor ke Mesir pada tahun 1876 (melalui pembentukan pengadilan campuran dengan kode mereka sendiri) dan kemudian pada tahun 1883 (melalui pembentukan pengadilan nasional dengan kode mereka sendiri). Lord Cromer, Residen Inggris di Mesir, berpendapat bahwa kodekode tersebut tidak cukup Mesir.

Ini adalah hasil dari proses panjang yang dimulai sejak akhir abad kedelapan belas. Sepanjang abad kesembilan belas, banyak gubernur Ottoman, raja muda, dan khedives berusaha untuk memberikan sistem hukum dan peradilan "modern", yaitu terutama jejak Barat.9 Dalam waktu kurang dari satu abad, yurisdiksi qadi yang dilengkapi dengan penegakan hukum koersif oleh eksekutif secara bertahap berubah "menjadi jenis peradilan yang jauh lebih kompleks dan canggih, yang dikelola oleh peradilan penuh".

Itu kemudian digantikan oleh sistem pengadilan model Prancis. Pada harihari awal proses, peradilan dan administrasi digabungkan. Karena fondasi pilar utama administrasi dipertaruhkan, muncullah badan-badan konsili. Secara bertahap, kebutuhan akan spesialisasi mulai dirasakan, sehingga badan-badan yang mengkhususkan diri dalam menegakkan hukum didirikan. Sementara itu, prosedur yang awalnya birokratis sebelum dewandewan baru berubah menjadi prosedur yang menyerupai pengadilan. Muncul banyak lembaga peradilan, seperti Pengadilan Tinggi (majlis alahkam), dan kemudian, karena kendala perdagangan

internasional dan imperialisme Barat, pengadilan khusus untuk pedagang (majalis altujjar), mengadopsi hukum Prancis dan menggunakan pengacara Prancis.

Sejak akhir tahun 1870an dan seterusnya, baik pengadilan campuran (mahakim mukhtalita) maupun pengadilan nasional (mahakim ahliyya) beroperasi, bersama dengan pengadilan agama (mahakim shar'iyya) untuk masalah-masalah yang berkaitan dengan status pribadi individu. Namun, pengadilan-pengadilan terakhir secara bertahap kehilangan yurisdiksinya dan pada tahun 1956 dimasukkan dalam sistem pengadilan nasional yang terpadu.

Sejalan dengan pemisahan hukum perdata dan hukum administrasi di Prancis, Dewan Negara (majlis aldawla) dibentuk pada tahun 1946. Pada tahun 1969, Mahkamah Agung (almahkama al'ulya) didirikan, yang berwenang untuk menangani masalah konstitusional. Mahkamah ini kemudian digantikan pada tahun 1979 oleh Mahkamah Konstitusi Tertinggi (SCC) (almahkama aldusturiyya al'ulya).

elain itu, selama abad kesembilan belas, Mesir mengalami proses kodifikasi yang sangat besar. Keputusan dan undang-undang telah mengatur masalah pidana sejak tahun 1829. Keputusan dan undang-undang tersebut membentuk suatu kumpulan, yang disebut Qanun alMuntakhabat, yang pasal-pasalnya terkadang merupakan terjemahan yang kikuk dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Prancis tahun 1810. Kitab Undang-undang Hukum Pidana baru (alQanunnameh alSultani) diberlakukan pada tahun 1852, yang tiga bab pertamanya sebagian besar identik dengan Kitab Undang-undang Hukum Pidana Ottoman tahun 1851. Kitab Undang-undang Hukum Pidana mendukung kewenangan diskresioner yang diberikan oleh Syariah kepada negara untuk menghukum perilaku berdosa dan tidak diinginkan, yang tidak termasuk ketentuan dan prosedur Islam yang ketat (ta'zir).

Bagaimanapun, hukum Prancis secara besarbesaran meresap ke dalam hukum pidana Ottoman dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana 1858 yang baru; hal ini juga terjadi di Mesir melalui pemberlakuan hukum campuran dan nasional tahun 1876 dan 1883. Kodifikasi lainnya mengikuti jejak undang-undang pidana. Di Kekaisaran Ottoman, lima kode utama yang dimodelkan Prancis diadopsi: Kode Komersial tahun 1850 (diamandemen pada tahun 1861), Kode Perdagangan Maritim tahun 1863, Kode Prosedur Komersial tahun 1863, dan Kode Prosedur Perdata dan Prosedur Pidana tahun 1879. Serupa dengan itu, kode Mesir baru tahun 1876 dan 1883, yang dirancang oleh pengacara Prancis dan Italia, sebagian besar mengacu pada model Prancis.

Dalam masalah perdata, kekaisaran Ottoman mengadopsi Kode Sipil, Mecelle, antara tahun 1869 dan 1882, yang berupaya menggabungkan hukum Islam dengan Kode Napoleon. Mesir, sebaliknya, secara langsung mengimpor kode Prancis, meskipun Qadri Pasha berupaya (dalam Murshid alHayrannya) untuk mengkodifikasikan semacam hukum Islam yang mirip dengan Mecelle. Baru melalui Kitab Undang-undang Hukum Perdata tahun 1948 yang disusun oleh pengacara terkemuka 'Abd alRazzaq alSanhuri, sebuah upaya dilakukan, mirip dengan upaya Mecelle, untuk menetapkan hukum perdata terkodifikasi yang didasarkan pada prinsip-prinsip hukum Islam.

Chibli Mallat berpendapat bahwa penerimaan sistem hukum perdata di atas difasilitasi oleh dua tren yang mendasarinya:

pertama, kemudahan komparatif yang dengannya standar abad kesembilan belas dan kedua puluh dapat dicapai dengan mengadopsi kode komprehensif seperti Prancis, terutama jika dibandingkan dengan lambatnya pembentukan hukum umum oleh pengadilan. Seperti Jepang di bawah Meiji, ada kebutuhan akan kode yang jelas, sederhana, dan komprehensif yang mengatur transaksi hukum yang paling umum, dan Kode Napoleon menawarkan solusi yang memadai dalam hal ini. Kedua, penerimaan sistem Prancis difasilitasi oleh kodifikasi hukum Islam abad kesembilan belas di bagianbagian penting Timur Tengah di bawah kekuasaan Ottoman.

Upaya itu sama persis (meskipun bentuk akhirnya sama sekali berbeda) dengan upaya Sanhuri tahun 1940an. Akan tetapi, penjelasan di atas tidaklah cukup. Selain manfaat hukum Prancis dalam menentang kolonialisme dan dalam memaksakan kontrol terpusat pada negara itu, proses itu didorong oleh hubungan asimetris antara Mesir dan kekuatan kolonial seperti Prancis, yang menuntut penerapan hukum Prancis sebagai kewajiban sepihak.

Lebih jauh, seperti dalam agama Kristen, seluruh proses tersebut difasilitasi oleh kesamaan antara hukum perdata dan hukum Islam, baik dalam hal struktur maupun bahasanya. Akhirnya, proses tersebut dimungkinkan hanya melalui transformasi besar – yang didefinisikan Armando Salvatore sebagai “ledakan” Syariah, yang dalam masalah hukum dibatasi pada peran sekadar postulat identitas hukum adat: postulat hukum yang memungkinkan suatu kelompok untuk melestarikan dalam hukum apa yang dianggapnya sebagai identitas budayanya.

Sebelum mengkaji lebih lanjut poin terakhir, kita perlu mengevaluasi apakah pemindahan sistem hukum Prancis ke sistem hukum Mesir memengaruhi postulat dan standar fundamental sistem tersebut. Tidak diragukan lagi, hukum kontemporer di Mesir memang milik Mesir. Pertanyaannya adalah apakah hukum Prancis telah sepenuhnya “dipribumikan”, dan apakah sistem hukum saat ini sesuai dengan sistem lokal sebelumnya yang disamarkan sebagai sistem Prancis. Jawabannya adalah bahwa hukum Mesir kontemporer memiliki struktur formal hukum perdata.

Dengan kata lain, hukum Mesir (perundang-undangan dan yurisprudensi) mengadopsi seperangkat postulat dan standar yang kompleks yang berlaku di negara hukum perdata mana pun, di antaranya adalah: pemujaan terhadap hukum undang-undang, kesatuan perundang-undangan, dan kemungkinan menyimpulkan maksud pembuat undang-undang dari teks dan karya pendahuluan; struktur piramida sistem; rasionalitas dan koherensi legislatif (yang “selalu berbicara untuk menyampaikan sesuatu yang bermakna”); kejelasan bahasa hukum; penerapan hukum secara silogistik terhadap fakta; nilai-nilai keamanan, stabilitas, dan ketertiban; prinsip-prinsip ketertiban umum atau kebijakan; karakter moral yang baik; kepala keluarga yang baik (bon père de famille), dll.

Kembali ke apa yang disebut Salvatore sebagai implosi Syariah, transformasi radikal yang dialami Syariah selama dua abad terakhir harus digarisbawahi. Syariah dapat diterjemahkan dengan tepat menjadi "normativitas Islam", dan mencakup norma moral dan

hukum. Menurut Salvatore, sifat ganda Syariah harus ditetapkan dalam ketegangan antara sistem hukum Mesir yang otonom dan terdiferensiasi dan inspirasi yang sepenuhnya berlawanan dari reformasi Islam (islah).

Pada akhir abad kesembilan belas, kebangkitan ruang publik Mesir disertai dengan kodifikasi hukum lebih lanjut dan munculnya gerakan hukum dan konstitusional. Dalam konteks inilah pengalaman paradoks Syariah dimulai, karena ia dibedakan dari hukum dan lembaga peradilan dan digunakan untuk melegitimasi sistem normatif dan, pada waktunya, sistem hukum. Oleh karena itu, kehancuran Syariah berarti transformasi dari efisiensi positif, sistemik, dan institusionalnya – yang merupakan ciri khas periode sebelum negara modern – menjadi sifatnya yang autentik, normatif, dan beradab.

Menurut Rudolph Peters, penerapan hukum Prancis menyebabkan marginalisasi dan kemudian pengabaian Syariah yang hampir menyeluruh; namun, selama paruh kedua abad kesembilan belas, setelah aparatur negara Mesir terorganisasi dengan lebih baik, keadilan Syariah lebih baik ditetapkan melalui undang-undang yang lebih jelas, pengaturan fungsi mufti, dan penciptaan prosedur yang mengendalikan keputusan qadi.

Meskipun demikian, dapat dikatakan bahwa transformasi atau kebangkitan ruang publik, yang memerlukan transformasi atau kebangkitan aparatur negara, dan cara-cara untuk mengatur hubungan dengan warga negara secara hukum, tidak menyebabkan pengabaian Syariah, melainkan kehancurannya. Dengan kata lain, Syariah mengalami perpecahan internal yang meminggirkan dimensi hukum positifnya dan menggelembungkan dimensi moral metanormatifnya. Dengan mempertimbangkan banyaknya postulat dan standar sistem hukum, dan runtuhnya Syariah, praktik hukum dan peradilan Mesir harus diteliti untuk memahami hubungan antara hukum dan moralitas, termasuk Syariah.

16.3 KERAJAAN HUKUM YANG DIBATASI SECARA MORAL

Yurisprudensi Mesir mengakui perbedaan antara hukum dan moralitas. Mengenai definisi hukum, sebagian besar mengikuti teori perintah Austin. Misalnya, Hassan Gemei mendefinisikan hukum sebagai seperangkat aturan yang mengatur perilaku individu dalam masyarakat, yang pelanggarannya mengakibatkan hukuman yang dijatuhkan oleh otoritas yang berwenang. Gemei berpendapat bahwa aturan hukum tidak sendirian dalam mengatur dan menstabilkan hubungan sosial, karena aturan tersebut dibantu oleh aturan kesopanan, adat istiadat, tradisi, moralitas, dan agama. Mengenai aturan moral, ini adalah prinsip dan ajaran yang dianggap oleh sebagian besar orang sebagai aturan perilaku yang mengikat yang bertujuan untuk mencapai cita-cita luhur. Beberapa ciri aturan tersebut juga dimiliki oleh aturan hukum: kedua perangkat aturan tersebut berubah seiring waktu dan di tempat yang berbeda, keduanya bertujuan untuk mengatur masyarakat, keduanya memiliki sifat yang mengikat dan terkait dengan hukuman.

Namun, keduanya berbeda dalam empat hal. Pertama, ruang lingkupnya: sedangkan moralitas mencakup adat istiadat pribadi dan sosial, hukum hanya mempertimbangkan aspek eksternal dari perilaku yang timbul dari hubungan manusia, bukan niat yang tidak terkait dengan tindakan fisik; kedua, jenis hukuman yang berlaku: sedangkan hukuman yang terkait

dengan pelanggaran aturan moral adalah penyesalan, kecaman sosial, dan penghinaan, hukuman untuk pelanggaran aturan hukum adalah perampasan kebebasan fisik, pemenjaraan, kerja paksa, dll., dan dijatuhkan oleh otoritas publik; ketiga, tujuannya: sedangkan aturan moral berusaha untuk mencapai kesempurnaan manusia, aturan hukum berusaha untuk mencapai stabilitas dan ketertiban sosial; keempat, bentuknya: aturan hukum paling sering muncul dalam bentuk yang jelas dan spesifik, sedangkan aturan moral tidak dinyatakan dengan begitu jelas, karena aturan tersebut berhubungan dengan perasaan internal, yang mungkin berbeda dari satu orang ke orang lain.

Beralih ke aturan agama, Gemei menggarisbawahi bahwa aturan tersebut memiliki banyak kesamaan dengan aturan hukum, meskipun lingkup aturan agama jauh lebih luas, dan hukuman yang terkait dengan pelanggarannya dijatuhkan di Alam Lain, yaitu dalam kehidupan setelah kematian. Jelas sekali, Garis yang ditarik Gemei antara aturan moral dan agama sangat halus. Akan tetapi, Gemei juga menambahkan bahwa pembedaan antara aturan hukum dan aturan agama tidak dapat diterapkan pada Syariat Islam, karena Islam adalah agama yang komprehensif yang juga mencakup hukum.

Oleh karena itu, cakupan Syariat lebih luas daripada hukum. Menurut Gemei, Syariat Islam adalah sumber perundang-undangan yang darinya aturan hukum harus ditarik dalam Negara-negara Islam lebih jauh lagi, Syariat Islam ditetapkan sebagai hukum ilahi untuk mengatur masyarakat Islam, untuk membentuk pemikiran umat Islam, dan untuk mengatur hubungan antarmanusia. Diwahyukan oleh Allah, Syariat membimbing masyarakat menuju cita-cita tertinggi dan berupaya mencapai kebijaksanaan yang untuknya Tuhan menciptakan manusia di bumi.

Meskipun menolak untuk membedakan antara hukum dan Syariat, argumen Gemei serupa dengan yang dibuat ketika mempertimbangkan aturan moral dan agama, meskipun cakupan, sifat, hukuman, dan tujuan hukum berbeda dari moralitas, namun hukum mengikuti (atau seharusnya mengikuti) prinsip-prinsip yang lebih tinggi dan ideal tersebut. Dengan kata lain, meskipun mengklaim status khusus untuk Syariah, Gemei seorang wakil yang sangat baik dari yurisprudensi Mesir mengajukan dua pendapat: Aturan-aturan Islam saat ini sangat mirip dengan aturan-aturan moral. Hukum, melalui perangkat teknisnya yang spesifik, mengejar tujuan-tujuan yang umumnya tidak bertentangan dengan moralitas dan agama.

Lebih jauh, perlu diperhatikan bahwa selama tiga dekade terakhir, telah terjadi peningkatan tren untuk menyerukan penerapan Syariah. Kita tidak perlu khawatir dengan alasan historis di balik tren tersebut, mulai dari arena politik hingga peradilan; meskipun kita perlu memeriksa maknanya dalam kaitannya dengan hubungan antara hukum dan moralitas. Dengan kata lain, kita perlu menilai bagaimana profesi hukum memahami hubungan antara hukum negara dan Syariah, dan bagaimana pengadilan mendasarkan keputusan mereka dengan mengacu pada Syariah. Keputusan tersebut mencerminkan efek pembatasan yang diberikan oleh moralitas, termasuk moralitas agama, terhadap teori dan praktik hukum.

Praktisi hukum memiliki konsepsi yang berbeda tentang Islam dan perannya dalam hukum Mesir. Secara umum, mereka menekankan dualitas sumber hukum Mesir, meskipun mereka juga menggarisbawahi sifat komprehensif Syariah: “Syariah adalah dasar yang menjadi

landasan hukum perundang-undangan". Sampai batas tertentu, ini berarti bahwa Syariah melampaui hukum: "Ada perbedaan besar antara dokumen legislatif dan Syariah. Syariah bukanlah dokumen legislatif, tetapi program kehidupan".

Ini mungkin juga berarti bahwa hukum positif dan Syariah tidak terkait: "Hukum positif tidak bertentangan dengan Islam, tidak lebih dari sekadar sejalan dengannya. Saya percaya bahwa Islam tidak dapat dan tidak akan pernah direduksi menjadi hukum". Jadi, secara umum, Satu-satunya masalah yang bermasalah adalah sumber, bukan isi, ketentuan yang kompatibilitasnya memang diakui secara luas oleh praktisi hukum: "Penafsiran teks dan penerapannya harus merujuk pada Islam. Jika kerangka referensial ini ditemukan saat ini, sembilan puluh persen masalah kita akan terpecahkan".

Gagasan tentang "kerangka referensial" mencerminkan bentuk kenormalan budaya, yaitu tradisi otentik yang dianggap oleh masyarakat sebagai Satu-satunya yang sah: "Jika orang merasa bahwa itu adalah hukum dan agama mereka, mereka akan mematuhinya". Jelas sekali, rujukan pada tradisi hanya dapat dianalisis dalam kerangka proses (re)konstruksi. Dalam proses ini, para pelaku memiliki harapan tentang apa yang mereka yakini dapat diterima dan diinginkan secara sosial. Persepsi diri mereka, yang secara sempit menentukan perilaku dan isi tindakan mereka, berasal dari persepsi dan evaluasi mereka terhadap ranah sosial: mereka mengaitkan serangkaian norma yang diidealkan kepada masyarakat.

Bagaimanapun, interaksi dengan ranah politik tetap krusial dalam menilai pendekatan para praktisi hukum yang diwawancarai. Gagasan solidaritas tanpa konsensus tentu dapat digunakan dalam kasus ini. Masih harus dilihat apa yang menyebabkan ketidaksepakatan mengenai implikasi dan isi kerangka acuan, yaitu repertoar hukum Islam, yang merupakan titik acuan bersama para praktisi hukum. Satu-satunya penjelasan yang masuk akal adalah yang bersifat politis: yang dipertaruhkan adalah kekuasaan dan penggunaan Syariah dalam konteks ini.

Cukuplah untuk membandingkan pernyataan berikut: "Saya pribadi yakin bahwa jenis konflik hukum ini [antara prinsip-prinsip Syariah dan hukum positif] mengakibatkan kejatuhan negara, yang tidak dapat dibiarkan oleh SCC maupun individu yang berakal sehat"; "Jika orang Mesir diberi kesempatan untuk memilih pemimpin mereka, mereka pasti akan memilih Syariah"; "Beberapa orang berpikir bahwa segala sesuatu bersifat membatasi, bahkan beberapa adat istiadat. Saya tidak berpikir tren ini, yang disebut 'salafite', dapat berfungsi sebagai dasar bagi masyarakat modern.

Namun, adopsi Syariah sebagai kerangka acuan hukum dapat mendukung pembaruan aturan yang berkaitan dengan transaksi sehari-hari"; "Di Mesir, Syariah dapat dengan mudah diterapkan". Salah satu elemen kunci dari masalah ini mungkin memang terletak di sini. Advokasi penerapan Syariah dapat mencerminkan keinginan untuk mengubah apa yang diterima dan diinginkan secara sosial (atau seharusnya demikian) menjadi serangkaian aturan preskriptif dan proskriptif.

Jika ini terjadi, maka akan terjadi pembalikan struktural: "tatanan budaya" yang disampaikan dan dimanipulasi oleh norma akan digantikan oleh "tatanan hukum" yang memengaruhi budaya dan menetapkan norma-norma yang sah. Proses transisi semacam itu

mungkin akan memperkuat norma itu sendiri. Akan tetapi, proses semacam itu hanya mungkin terjadi jika repertoar normatif awal dapat diberi sifat pengaturan. Lebih jauh, kondisi seperti itu tidak cukup, karena harus disertai dengan keadaan politik yang mendukung dimasukkannya fitur-fitur pengaturan tersebut ke dalam repertoar normatif.

Sekarang kita akan mempertimbangkan kasus-kasus di mana moralitas, termasuk (meskipun tidak secara eksklusif) moralitas agama, telah memainkan peran penting. Ada banyak kasus seperti itu di Mesir saat ini. Beberapa bahkan akan menganggapnya sebagai patologi peradilan. Kita akan berfokus pada peradilan dan merujuk pada tiga kasus yang menggambarkan dampak moralitas yang membatasi pada penerapan hukum. Setiap kasus menggambarkan aspek tertentu dari hubungan kontingen tersebut: kendala prosedural dan tipifikasi akal sehat yang memengaruhi pemahaman hukum tentang fakta; artikulasi moralitas, agama, dan politik; kekuatan argumen kenormalan. Lebih jauh, semua kasus tersebut menunjukkan dimensi politik dari kombinasi tersebut.

Kasus pertama dikenal sebagai kasus gadis Maadi. Pada bulan Januari 1985, lima pemuda menculik seorang gadis berusia 17 tahun bersama pacarnya dengan ancaman kekerasan, membawa mereka ke tempat terpencil, di mana dua orang pria memperkosanya. Mereka kemudian dipaksa pindah ke tempat lain. Pemuda keenam mengizinkan mereka tinggal di garasi tempat tinggalnya, di mana mereka semua kecuali pria keenam, memperkosanya. Mereka juga merampok jam tangan dan perhiasan pasangan itu.

Mereka melepaskan korban di lingkungan sekitar. Para korban mengajukan tuntutan terhadap penyerang mereka, yang segera ditangkap dan ditemukan saat masih memiliki pisau yang mereka gunakan untuk mengancam pasangan itu dan barang rampasan kecil mereka. Kasus ini banyak dibahas oleh media dan diikuti oleh persidangan singkat yang menjatuhkan hukuman mati kepada lima pelaku utama atas tuduhan penculikan, pemerkosaan, dan perampokan, serta menjatuhkan hukuman penjara 7 tahun kepada orang keenam karena keterlibatannya secara aktif dalam kejahatan tersebut. Mufti Republik mengukuhkan hukuman mati dan hukuman tersebut dilaksanakan.

Kasus ini menarik dalam banyak hal, dalam istilah yang benar-benar pragmatis, patut dicatat untuk konstruksi moralitas dalam pengaturan peradilan, dan secara umum, untuk efek politik dari kasus-kasus nonpolitik. Di bawah perspektif pragmatis, definisi yang diberikan oleh Pengadilan Kasasi Mesir (mahkamat alnaqd) terhadap bagian fisik seksual korban (mi'yar al'awra), yang pelanggarannya dikutuk, patut diingat: "pelaku meletakkan korban (perempuan) di tanah dan merobek selaput daranya dengan jarinya"; "pelaku mencubit pantat wanita itu"; "pelaku memegang payudara korban"; “pelaku mencubit paha korban (perempuan)”, dsb. Berdasarkan kriteria tersebut, pengadilan tidak memandang tindakan mencium pipi seorang gadis atau mencium leher seorang anak laki-laki, atau menggigit alihalih mencium, sebagai pelanggaran terhadap kesopanannya.

Selain itu, pendekatan yang diambil oleh para hakim dalam menangani kasus tersebut harus digarisbawahi. Pendekatan prosedural terhadap kasus tersebut, yaitu cara para hakim merumuskan aturan yang mereka rujuk, adalah yang membedakan orang profesional dari orang awam. Dengan kata lain, pembingkaian kasus mereka membuat Fakta-faktanya relevan

secara hukum, yaitu secara hukum memenuhi syarat dan memungkinkan adanya hukuman pidana yang relevan. Selain itu, cara jaksa penuntut umum "menceritakan kisahnya" adalah semacam "tuduhan berlebihan" yang mengantisipasi penggunaan tuduhan tersebut oleh pengadilan.

Akhirnya, orang dapat mengamati banyak strategi untuk menilai atau menghindari sifat tuduhan yang menstigmatisasi: jaksa penuntut umum berusaha untuk menunjukkan sifat kejahatan yang disengaja dari para pelanggar, sedangkan para pelanggar mencari deskripsi alternatif dari Fakta-fakta yang dapat memisahkan mereka dari implikasi yang berpotensi merusak dari kata-kata hakim; sebagai alternatif, mereka berusaha untuk mengecilkan keterlibatan mereka dalam Fakta-fakta tersebut untuk menghindari tanggung jawab. Dalam hal ini, para pelanggar menekankan sifat kolektif dari kejahatan tersebut, atau perilaku korban yang hampir konsensual, atau pentingnya keadaan. Para pelanggar tidak menantang moralitas yang dipertaruhkan; sebaliknya, mereka menyatakan kepatuhan mereka terhadap moralitas tersebut tetapi berusaha memberikan gambaran alternatif tentang keikutsertaan mereka dalam kejahatan tersebut dan implikasi moralnya terhadap moralitas mereka sendiri.

Di bawah perspektif lain kasus ini, meskipun tampaknya tidak politis, menjadi politis karena konsekuensinya. Kasus ini ditangani secara luas dan publik: konsepsi paradigmatik tentang kesopanan perempuan, seksualitas, kontrol seksual, dan penindasan pelanggaran sebagian besar terungkap (jauh lebih banyak daripada yang diperdebatkan). Ini dengan jelas menunjukkan bagaimana isu moral (dibuat) publik. Hubungan seksual benar-benar dikosongkan dari keintiman dan perasaannya, dan diubah menjadi pertanyaan hukum publik yang berputar di sekitar Satu-satunya definisi yang sah, yaitu pernikahan, dan definisi tandingannya, yaitu pemerkosaan dan hubungan nonpernikahan.

Sifat publik dari kasus-kasus yang terkait dengan moralitas dengan demikian mudah dibuat politis, dengan semua otoritas publik mengomentarinya. Misalnya, dalam kasus pemerkosaan lain yaitu kasus “gadis Ataba”, Presiden Mubarak menyetujui sebuah RUU yang mengubah undang-undang tentang pemerkosaan yang berlaku, dengan konsekuensi bahwa undang-undang tersebut benar-benar diubah dan hukumannya diperkuat. Sebuah terbitan tahunan Islam yang mengomentari kasus yang sama secara eksplisit mengaitkan penurunan jaminan sosial dengan meningkatnya fokus pada keamanan politik. Dengan mendukung tren yang diungkapkan oleh Ikhwanul Muslimin, terbitan tersebut juga menyatakan bahwa undang-undang baru tersebut bertentangan dengan Syariah Islam, karena gagal menangani masalah kehormatan dan menjatuhkan hukuman atas hubungan seksual yang dilakukan atas dasar suka sama suka.

Kasus kedua adalah tentang sunat perempuan. Pada bulan Juli 1996, Menteri Kesehatan Mesir memberlakukan Keputusan 261/1996, yang melarang sunat perempuan, baik di rumah sakit atau klinik umum dan swasta (kecuali dalam kasus sakit); juga menetapkan hukuman bagi nondokter yang melakukan operasi. Keputusan tersebut ditentang di hadapan Pengadilan Tata Usaha Kairo oleh sekelompok orang yang dipimpin oleh seorang tokoh Islam terkemuka, Syaikh Yusif alBadri, yang berpendapat bahwa Keputusan tersebut batal karena melanggar prinsip-prinsip hukum Islam yang, menurut Pasal 2 Konstitusi, adalah "sumber

utama perundang-undangan". Menurut pendapat mereka, sunat perempuan adalah praktik yang sah, dan gubernur tidak dapat memaksakan pembatasan yang membatasi apa yang diizinkan, diwajibkan, atau direkomendasikan oleh Syariah.

Pengadilan Tata Usaha menerima klaim penggugat; namun, Menteri Kesehatan mengajukan banding ke Mahkamah Tata Usaha Agung, yang pada gilirannya membatalkan putusan sebelumnya. Pertama, Mahkamah Agung Tata Usaha Negara menyatakan bahwa jika suatu keputusan tata usaha negara digugat di pengadilan tata usaha negara, siapa pun yang terlibat secara hukum dalam kasus tersebut berkepentingan untuk menempuh jalur hukum. Akibatnya, siapa pun yang beriman kepada Islam dan mengklaim bahwa pendapat yang benar tentang sunat perempuan ditentukan oleh keyakinannya, memiliki kepentingan pribadi untuk mengajukan gugatan.

Kedua, dan sejalan dengan Mahkamah Agung Tata Usaha Negara, Mahkamah memutuskan bahwa jika tidak ada ketentuan pasti dari Syariah yang mengatur masalah tertentu, badan legislatif berhak bertindak secara independen dan sesuai dengan konteks khusus kasus tersebut. Karena saat ini tidak ada konsensus di antara para ulama Islam tentang sunat perempuan, ketentuan yang jelas dan pasti tidak dapat disimpulkan darinya; oleh karena itu, badan legislatif harus menafsirkan prinsip-prinsip umum Islam berdasarkan kondisi sosial kontemporer. Ketiga, menurut Mahkamah Agung Tata Usaha Negara, setiap pelanggaran terhadap integritas pribadi dan fisik harus dilegitimasi, dan ini bukan kasus sunat perempuan, kecuali dalam beberapa kasus yang secara medis dibenarkan.

Kasus ini menimbulkan pertanyaan penting mengenai hubungan antara moralitas dan hukum, dan antara moralitas dan politik. Sunat perempuan adalah contoh dari apa yang, menurut Syariah Islam, berkaitan dengan ranah moralitas; moralitas mencakup apa yang tidak wajib, meskipun diizinkan (mubah) atau direkomendasikan (mandub) oleh beberapa tradisi. Namun, mengingat perbedaan antara hukum dan moralitas, masalahnya bukanlah apa yang Syariah anggap baik, netral, atau buruk, melainkan apa yang diputuskan negara untuk memperluas kendalinya atas orang-orang.

Faktanya, otoritas hukum telah mulai mencampuri masalah-masalah yang sebelumnya berada di luar lingkup intervensi mereka, misalnya seksualitas dan kendali seksual. Dengan kata lain, mereka telah mulai membuat undang-undang tentang keintiman. Badan legislatif dan peradilan Mesir telah memberlakukan undang-undang dan mengeluarkan keputusan yang melarang segala bentuk pelanggaran integritas fisik, kecuali untuk tujuan penyembuhan.

Dengan demikian, pembedaan antara hukum dan moralitas menyebabkan Syariah dibatasi pada lingkup moralitas, sehingga hanya menjadi satu di antara sekian banyak moralitas yang ada (meskipun, sangat mungkin, merupakan yang terpenting). Dengan menantang upaya pemerintah Mesir untuk melarang sunat perempuan, para penggugat berusaha untuk memperkenalkan kembali agama sebagai seperangkat prinsip moral yang menjadi dasar hukum. Tidak ada kepentingan pribadi yang dipertaruhkan dalam kasus ini, tetapi klaim untuk mendefinisikan prinsip-prinsip apa yang paling penting dalam definisi hukum.

Pengadilan memang mengakui bahwa hukum ditetapkan dalam kerangka prinsip-prinsip Islam, meskipun memberikan pemahaman yang berbeda tentang makna yang terakhir. Namun, ini tidak menyiratkan bahwa undang-undang dan hukum agama sekali lagi telah bergabung, tetapi agama adalah titik acuan moral. Melalui proses hukum dan peradilan, prinsip-prinsip Syariah telah diberi status sebagai sumber moral utama undang-undang.

Kasus di atas juga menjelaskan hubungan antara moralitas, hukum, dan politik. Menentang Dekrit yang melarang sunat perempuan di hadapan pengadilan administratif merupakan cara untuk mengajukan debat publik tentang isu tertentu, sehingga menghadirkan dan mempertahankan konsepsi khusus tentang tatanan umum masyarakat. Sunat perempuan diangkat ke "status" sebagai suatu tujuan yang di atasnya kepentingan umum dimobilisasi demi manfaat kebaikan publik (setidaknya suatu konsepsi tertentu tentang kebaikan publik), di luar kepentingan individu mana pun.

Isu sunat perempuan memungkinkan "pementasan publik" argumen yang menentangnya dan menjadi "tujuan" untuk mempromosikan kepentingan yang lebih umum. Kasus tersebut, yang dengan demikian menjadi urusan hukum publik, digunakan untuk mendukung klaim mengenai sifat Islam negara Mesir dan lembaga-lembaganya, dan definisi sifat Islam tersebut.

Sebagaimana dinyatakan oleh Claverie, ini adalah model “demonstrasi kritis”: aktor tertentu dengan menggunakan banyak sumber daya kelembagaan yang mereka miliki – dapat memutarbalikkan definisi substansial dari kerangka acuan yang diadopsi oleh otoritas, sementara secara formal masih tetap berada dalam kerangka tersebut. Dalam kasus sunat perempuan, kekuasaan dan orang-orang yang berkuasa tidak dipertaruhkan; sebaliknya, hukum dan arena peradilan digunakan untuk menikmati kekuasaan tersebut sambil tetap berada dalam kerangka kelembagaan, meskipun juga berupaya untuk mendefinisikan prinsip-prinsip utama yang menjadi dasar kekuasaan.

Kasus ketiga berkaitan dengan privatisasi sektor publik Mesir. Secara alamiah, ini adalah kasus politik, karena berhubungan langsung dengan sifat rezim. Selama periode reformasi ekonomi, pemerintah Mesir memberlakukan sejumlah undang-undang komersial dan ekonomi, tanpa mengubah prinsip-prinsip konstitusional yang menyatakan sifat sosialis negara tersebut. Dengan demikian, SCC Mesir diminta untuk menangani ketegangan antara ekonomi pasar dan Konstitusi “sosialis”. Dengan putusannya pada tanggal 1 Februari 1997, Mahkamah memutuskan bahwa Undang-undang 203/1991 tentang privatisasi badan usaha milik negara tidak bertentangan dengan Konstitusi.

Dalam kasus ini, penggugat, seorang mantan pegawai sektor publik, mengklaim bahwa privatisasi badan usaha milik negara melanggar asas-asas ekonomi Konstitusi. Akan tetapi, menurut Mahkamah, Konstitusi tidak mengatur sistem ekonomi tertentu; oleh karena itu, ketentuan konstitusional harus ditafsirkan berdasarkan tujuan umumnya, yaitu pembangunan dan pertumbuhan ekonomi, yang bergantung pada investasi swasta. Satu-satunya fungsi investasi publik adalah membuka jalan bagi investasi swasta, yang karenanya sejalan dengan privatisasi badan usaha milik negara. Atas dasar tersebut, gugatan penggugat ditolak.

Kasus ini jelas membahas prinsip-prinsip moral. Kasus ini menimbulkan pertanyaan-pertanyaan berikut: apakah privatisasi merupakan kebijakan ekonomi yang baik dan adil? Sejauh mana prinsip-prinsip liberal diinginkan? Apa "manfaat" yang akan diperoleh? Kasus ini diungkapkan dalam istilah hukum dan dapat dilihat sebagai ujian teori hukum Dworkin sebagai integritas. Namun, yang paling menarik adalah cara SCC menafsirkan prinsip dan ketentuan untuk membuat moral apa yang seharusnya tampak tidak adil. Ini menunjukkan seberapa jauh interpretasi dapat dilakukan untuk memutarbalikkan ketentuan normatif dan menyesuaikannya dengan tujuan moral dan politik baru.

Dengan kata lain, ini menekankan peran utama peradilan (dalam hal ini SCC) dalam memberikan keberadaan hukum pada prinsip-prinsip moral melalui interpretasi kriteria hukum. Dalam kasus ini, diputuskan bahwa prinsip-prinsip konstitusional harus ditafsirkan berdasarkan tujuan akhirnya, yaitu pembebasan politik dan ekonomi negara dan warganya. Oleh karena itu, negara harus memenuhi tugasnya dalam hal pertahanan, keamanan, keadilan, kesehatan, pendidikan, dan lingkungan negara, meskipun dikecualikan dari tugastugas lebih lanjut. Oleh karena itu, gagasan konstitusional tentang pembangunan sosialis tidak didefinisikan secara ketat: Konstitusi adalah dokumen progresif yang harus ditafsirkan secara evolusioner.

Menurut Pengadilan, teks-teks konstitusional tidak boleh ditafsirkan seolah-olah mereka memberikan solusi yang pasti dan abadi untuk masalah ekonomi yang terus berubah; makna Konstitusi harus sejalan dengan semangat waktu. Inilah yang dulunya disebut argumen normalitas: makna statistik dan etika dari norma digabungkan sehingga memberikan bobot normatif pada deskripsi fakta yang dianggap statistik. Dengan mengacu pada semangat waktu, hakim mengklaim Konstitusi sejalan dengan persepsi mereka tentang kenormalan ekonomi dan politik Mesir. Diasumsikan bahwa prinsip-prinsip tersebut (seperti tujuan-tujuan baru yang dikejar masyarakat) dianut secara luas karena prinsip-prinsip tersebut memiliki dasar yang objektif, peran pelengkap sektor swasta, efisiensinya, dan dinamismenya disajikan oleh para hakim SCC sebagai sesuatu yang tidak perlu dipertanyakan lagi. Prinsip-prinsip tersebut termasuk dalam ranah kenormalan, karena secara moral diinginkan dan dianut bersama, dan karenanya mengikat secara hukum.

Kesimpulan

Prinsip moral sangat memengaruhi hukum dan hal ini juga berlaku di Mesir. Masalahnya adalah memahami dasar-dasar prinsip tersebut beroperasi. Positivisme hukum dengan tegas menetapkan sifat otonom hukum, yaitu ditentukan oleh manusia. Oleh karena itu, sumber aslinya, baik yang bersifat ilahi maupun manusiawi, tidak menjadi masalah dalam praktik. Akan tetapi, teori tersebut salah karena membatasi hukum pada aturan primer (substansial) dan sekunder (prosedural) sistem hukum.

Teori tersebut gagal mempertimbangkan prinsip-prinsip penting yang dirujuk oleh badan legislatif dan yudikatif dan, dengan demikian, dicakup dalam kerangka hukum. Teori Dworkin juga dipertanyakan. Faktanya, ia percaya bahwa prinsip moral yang dirujuk oleh hakim tertanam, sejak awal, dalam sistem hukum yang koheren; namun, dapat dikatakan bahwa ahli hukum atau praktisi hukumlah yang menjadikan prinsip tersebut sah. Berdasarkan perspektif

ini, fokus harus diberikan pada kinerja profesi hukum dalam aktivitasnya.

Melalui kegiatankegiatan tersebut, prinsip-prinsip umum dan samarsamar dibuktikan. Dengan kata lain, pengamatan yang cermat terhadap hukum dalam tindakan memungkinkan kita untuk memahami bahwa pengacara menangani kendalakendala moral bukan dengan mengakui perbedaan hakikat moralitas, melainkan dengan mengubah beberapa prinsipnya menjadi aturan-aturan hukum. Misalnya, dalam kasus Maadi, konsepsi moral tentang bagianbagian tubuh seksual diberi definisi hukum oleh para hakim Pengadilan Kasasi.

Demikian pula, dalam kasus sunat perempuan, meskipun para hakim Dewan Negara tidak menyangkal relevansi hukum Syariah, mereka memerintahkan prinsip-prinsip yang terakhir dan memilih mana di antara prinsip-prinsip ini yang dapat dianggap sebagai hukum. Dalam kasus privatisasi, para hakim SCC mengubah konsepsi liberal tentang pembangunan dan pertumbuhan ekonomi menjadi aturan hukum yang mengikat, sehingga memungkinkan privatisasi sektor publik. "Legalisasi" prinsip-prinsip moral semacam itu paling baik dilakukan dengan menegaskan hakikat "normal" yang terakhir; pergeseran dari dimensi statistik yang diduga norma ke dimensi yang mengikat dan diberlakukan secara otoritatif dengan demikian menjadi memungkinkan.

Aturan hukum merupakan asas yang tercantum dalam konstitusi Mesir. Pasal 64 menyatakan bahwa “kedaulatan hukum (siyadat alqanun) merupakan akar dari kekuasaan negara”. Memang, kepatuhan negara terhadap aturan hukum merupakan salah satu tuntutan utama yang diajukan oleh oposisi politik Mesir. Pada saat yang sama, badan legislatif negara saat ini memberlakukan sejumlah besar teks legislatif, dan pengadilannya dibanjiri dengan sengketa perdata dan pidana, yang berarti bahwa rakyat Mesir entah bagaimana yakin bahwa pengadilan secara efektif menerapkan hukum Mesir.

Sangat mungkin, ini menunjukkan sifat paradoks dari aturan hukum: penghormatan terhadap aturan hukum dapat dianggap melindungi individu terhadap kesewenang-wenangan negara, meskipun dapat juga digunakan untuk membangun “negara yang lebih kuat, lebih efektif, lebih tersentralisasi, dan lebih intrusif”. Hal ini dicontohkan oleh hubungan antara hukum dan moralitas. Di satu sisi, menggunakan prinsip-prinsip moral memungkinkan individu untuk menantang otoritas negara; di sisi lain, bagaimanapun, hal itu juga memungkinkan peradilan untuk membangun interpretasi yang sah dan resmi atas prinsip-prinsip tersebut.

Dengan kata lain, moralitas membatasi hukum, meskipun para pengacaralah yang menjadikan moralitas legal. Dengan demikian, status moralitas yang diduga heteronom berubah menjadi status yang positif dan legal. Aturan hukum dengan demikian diperkuat, mengingat bahwa rakyat dan negara harus mematuhi aturan yang ditetapkan secara hukum dan peradilan. Namun, ini adalah "aturan hukum para pengacara"; karenanya, hal itu menimbulkan masalah mengenai kekuasaan para pengacara untuk menjalankan fungsi legislatif tanpa diberdayakan secara demokratis untuk melakukannya. Inilah yang disebut dan dikenal sebagai masalah pemerintahan oleh para hakim (gouvernement des juges).

Terlebih lagi, dalam konteks politik Mesir, masalahnya lebih luas, karena tidak ada lembaga yang benar-benar dapat mengklaim legitimasi demokratis. Berfokus pada pemerintahan peradilan berarti menghindari masalah perdebatan politik, hasil legislatifnya,

dan pelaksanaan kekuasaan. Dalam konteks Mesir, di mana isu-isu yang sensitif secara politis dimonopoli oleh eksekutif dengan menciptakan dikotomi yang mempertentangkan bukan hukum dengan moralitas melainkan hukum biasa dengan hukum luar biasa, masalahnya bukan lagi sekadar aturan hukum yang dibatasi secara moral. Sebaliknya, masalahnya juga tentang aturan hukum hierarkis, di mana kasus-kasus diperlakukan secara berbeda sesuai dengan sifat politiknya. Aturan hukum dengan demikian berubah menjadi aturan penguasa.

Bagian VI
Pengukuhan Hukum Dan Budaya Oriental

BAB 17
"NILAI-NILAI ASIA" DAN PENGUKUHAN HUKUM

17.1 NILAI-NILAI ASIA?

Pembentukan suatu bangsa dan pencarian identitas suatu negara bukanlah pengalaman yang hanya terjadi dalam sejarah modern. Pelajaran dari pengalaman tersebut jarang dipelajari; ilusi yang ditimbulkannya sering kali cepat hancur; mimpi yang ditimbulkannya memberi jalan bagi penderitaan baru. Beberapa syair satir terkenal dari Daniel Defoe mengingatkan kita tentang risiko yang dihadapi oleh para pembangun bangsa dan pencari identitas. Kata-kata yang kurang puitis dari sindiran abad kesembilan belas menyampaikan gagasan yang sama: suatu bangsa adalah sekelompok orang yang dipersatukan oleh kesalahan umum tentang leluhur mereka dan ketidaksukaan umum terhadap tetangga mereka.

Sejak berakhirnya Perang Dunia Kedua, beberapa negara baru dan merdeka telah muncul sebagai akibat dari dekolonisasi Asia. Meskipun awalnya berlaku untuk Eropa, kedua pengamatan di atas mungkin juga ditujukan kepada Negara-negara Asia yang, selama beberapa dekade terakhir, telah berupaya menemukan identitas nasional dan keunikan budaya mereka sendiri.

Jadi, apa yang "baru" tentang pencarian identitas Asia dan pembentukan Negara-negara Asia setelah kemerdekaan mereka? Konteks yang berbeda telah menyaksikan kebangkitan mereka dan telah membentuk perkembangan mereka. Konteks semacam itu harus diperiksa untuk memahami bagaimana "nilai-nilai Asia" menjadi ciri khusus masyarakat Asia kontemporer dan untuk menentukan konten dan hubungannya dengan aturan hukum.

Sebelum mengidentifikasi konteks semacam itu, penting untuk menekankan bahwa "Asia" dan "Asia" tidak merupakan konsep evaluatif tunggal; keduanya juga tidak menggambarkan satu ruang geografis, manifestasi spiritual historis tertentu, komunitas ras, kesatuan ekonomi, atau wilayah; sangat mirip, "Barat" bukanlah konsep yang dapat dipahami yang menggambarkan kesatuan budaya, politik, ekonomi, dan sejarah.

"Asia" membentang dari Jepang melalui Tiongkok hingga Indonesia, Filipina, anak benua Asia Selatan, dan mencapai Timur Tengah. "Asia" mencakup semua agama "asli" utama di dunia, dan juga mencakup sejumlah agama "adopsi". Jelas sekali, Asia tidak homogen secara budaya, ekonomi, dan politik; sebaliknya, Asia bersifat heterogen secara kompleks dan menarik.

Sepanjang zaman kuno dan modern, budaya Asia telah bersentuhan, saling bersilangan dan bercampur, ekonomi dan politik telah berubah dan beradaptasi, dan batas-batas negara telah ditarik dan digambar ulang di seluruh "Asia". Seperti yang dikatakan dengan jelas oleh

Yash Ghai dari Universitas Hong Kong:

Semua agama besar dunia terwakili di Asia dan, di satu tempat atau lainnya, merupakan agama negara (atau menikmati status yang setara: Kristen di Filipina, Islam di Malaysia, Hindu di Nepal, dan Buddha di Sri Lanka dan Thailand). Ideologi politik, seperti sosialisme, demokrasi atau feodalisme, menggerakkan masyarakat dan pemerintahan Asia. Selain perbedaan agama, faktorfaktor lain telah menghasilkan keragaman budaya yang kaya.

Budaya, terlebih lagi, tidak statis, sehingga banyak catatan yang membahas budaya Asia mungkin benar hanya jika dirujuk pada momenmomen tertentu dalam suatu waktu. Keadaan ekonomi semua negara Asia juga tidak sama. Jepang, Singapura dan Hong Kong termasuk di antara Negara-negara paling makmur di dunia, sementara ada kemiskinan yang parah di Bangladesh, India dan Filipina. Sistem ekonomi dan politik di Asia juga sangat beragam.

Justru karena “Asia” dan “orang Asia” merupakan konsep yang terlalu luas dan longgar, “nilai-nilai Asia” yang dibahas di bawah ini hanya akan menjadi contoh ilustrasi yang menggambarkan minat, cara berpikir, dan perhatian tertentu. Yang terpenting, nilai-nilai tersebut akan ditempatkan dalam konteks budaya Tiongkok yang luas yang mencontohkan “nilai-nilai Konfusianisme”.

17.2 KONTEKS SEJARAH DAN POLITIK

Sekarang mari kita beralih ke konteks di mana kita menemukan “nilai-nilai Asia” dan di mana aturan hukum diterapkan.

Peran historis lembaga hukum dan politik Barat di Asia

Sebagian besar teori tentang "nilai-nilai Asia" berasumsi bahwa lembaga dan ideologi politik, budaya, dan nilai-nilai "Barat" dan "Asia" terpisah dan tidak terkait secara historis. Asumsi semacam itu bukan hasil dari ketidaktahuan, melainkan keinginan untuk mengabaikan buktibukti yang tidak tepat.

Antara akhir abad kesembilan belas dan awal abad kedua puluh, semua negara Asia memiliki sistem hukum dan pemerintahan "Barat". Sistem-sistem ini telah dipaksakan oleh kolonial seperti di India dan bekas Hindia Timur (sekarang Indonesia), Filipina, Malaysia kontemporer, Singapura, Hong Kong, Vietnam, Kamboja, dan Laos; atau telah diadopsi secara sukarela Jepang, Korea, Formosa/Taiwan, dan Tiongkok Nasionalis; atau telah diadopsi secara osmosis, seperti di Thailand, oleh sejumlah raja Thailand abad kesembilan belas.

Budaya hukum dan politik Barat diperkenalkan dengan berbagai cara: hukum umum dan sistem parlementer Inggris diperkenalkan oleh Inggris; hukum dan administrasi sipil dan RomawiBelanda diperkenalkan oleh Belanda, Prancis, Portugis, dan Spanyol; dan, hingga paruh kedua abad kedua puluh, sistem sosialis Soviet dibawa oleh Marxismekomunisme. Berbagai lingkungan budaya dengan demikian muncul di "Asia", yang meliputi hukum dan administrasi politik di satu sisi, dan seni, budaya, dan proses pendidikan di sisi lain. Meskipun secara sadar menghadapi risiko menjadi stereotip atau "esensialis", saya berpendapat bahwa ciri budaya utama bekas koloni Inggris adalah "pragmatisme", sedangkan "elitisme budaya" merupakan ciri khas bekas koloni Prancis, "otoritarianisme administratif" koloni Belanda, dan "hierarki sosial" koloni Spanyol.

Ciri-ciri seperti itu, dengan cara yang halus namun tegas, menandai setiap masyarakat: nilai-nilai dan pendekatan Pejabat Distrik Inggris Lee Kuan Yew, mantan Perdana Menteri Singapura, tidak akan pernah dapat dipupuk di Kamboja yang birokratis Prancis; begitu pula Raja Sihanouk yang berpendidikan Prancis dan mendukung Prancis tidak akan dapat hidup melalui pemerintahan paternalistisnya yang panjang dalam militerisme feodal Indonesia; begitu pula dinasti Nehru-Gandhi tidak akan dapat memerintah dan bertahan dari penolakan elektoral dan pengembalian elektoral begitu pula demokrasi tidak akan dapat dipulihkan di Filipina di negara mana pun yang tidak menganut hukum umum.

Bagaimanapun juga, lembaga politik dan hukum "Barat" ditanam, berakar, dan terus berkembang di seluruh bagian Asia kecuali untuk periode terbatas di Tiongkok dan Vietnam setelah "pembebasan" mereka dengan demikian membentuk lembaga-lembaga negara baru. Mereka juga membatasi potensi perubahan radikal. Jadi, seperti yang ditunjukkan oleh John Hazard, dekan beasiswa hukum Soviet, di masa kejayaan ekspansi ideologis Soviet di Afrika dan Amerika Latin, hanya satu dari Negara-negara Soviet yang merupakan negara hukum umum: metode cobacoba yang merupakan ciri khas proses peradilan hukum umum telah menanamkan kebiasaan mendalam penyesuaian sepotong-sepotong daripada dorongan untuk perombakan revolusioner! Di antara Negara-negara hukum sipil atau umum yang mempertahankan lembaga-lembaga Barat setelah pembebasan atau kemerdekaan mereka, dua pengecualian menonjol, yaitu Vietnam dan Republik Rakyat Tiongkok, yang menjadi dan masih menjadi Negara-negara komunis.

Namun, di bawah perspektif sentral dan krusial, Negara-negara tersebut merupakan pengecualian yang membuktikan aturan: dengan mengadopsi ekonomi pasar (sosialis), baik Vietnam maupun Tiongkok telah kembali dalam kelompok negara hukum perdata, memberlakukan hukum perdata berdasarkan model Jerman Timur dan membangun proses pidana Eropabenua. Sejarah Tiongkok memang lebih kompleks: hingga saat ini, sistem hukum perdata, yang berusaha untuk ditanamkan antara tahun 1920an dan 1930an, tidak memiliki peluang untuk berakar di daratan atau, setelah 1949, di Taiwan. Saat ini, melalui Kebijakan Pintu Terbuka dan Reformasi Ekonomi, Tiongkok sekali lagi telah mengadopsi model hukum kodifikasi Eropa kontinental sambil mempertahankan berbagai fitur pendahulunya yang sosialissoviet, yang semuanya didasarkan pada hukum perdata.

Hal ini juga berlaku untuk struktur politik Asia. Sistem parlementer Inggris, pemerintahan bipartisan atau multipartai, pemilihan umum yang demokratis, supremasi hukum, pemisahan kekuasaan, semuanya dilestarikan, diadopsi atau diadaptasi oleh Negara-negara Asia yang baru merdeka dan terindustrialisasi, dengan tambahan sejumlah monarki konstitusional Thailand, Kamboja, Malaysia dan dua monarki absolut Brunei dan Bhutan.

Oleh karena itu, memperlakukan "demokrasi" dan supremasi hukum sebagai konsep yang tidak umum atau baru di Negara-negara Asia, tanpa memiliki akar di dalamnya sama saja dengan mengadopsi pendekatan yang berprasangka buruk atau bodoh. Hingga kemerdekaan, calon pemimpin politik "lokal" atau "asli" dengan mudah disingkirkan oleh para pemimpin kolonial atau tidak menemukan kesempatan untuk melaksanakan aspirasi demokratis mereka dan menggunakan bakat mereka dalam pemerintahan yang demokratis: mereka diturunkan

ke jabatan sipil publik tingkat rendah dan menengah atau, jika mereka terlalu memaksa, mereka dikirim ke pusat penahanan berdasarkan peraturan “darurat” atau keamanan publik.

Namun, sebagai administrator kecil dan pegawai negeri sipil rendahan, mereka menjalani beberapa magang dalam administrasi kolonial yang taat hukum, yang nilainya tidak boleh diremehkan. Kepemimpinan serikat pekerja di semua koloni Inggris sepenuhnya pribumi atau lokal, sebagian besar India. Di sekolahsekolah untuk murid pribumi, sebagian besar guru adalah guru lokal, terutama India, dilatih secara lokal atau di "tanah air" kolonial berdasarkan silabus kekaisaran, dan akhirnya diperiksa oleh otoritas universitas Inggris, Belanda, atau Prancis. Tuntutan untuk kebebasan, kesetaraan, demokrasi, dan kemerdekaan pertama kali diajukan dalam lingkungan serikat pekerja dan guru, jurnalis dan intelektual seperti itu; demikian pula, sebagian besar pemimpin politik radikal muncul dari sana.

Penolakan atau modifikasi infrastruktur warisan Barat

Titik awal bagi Negara-negara Asia yang baru merdeka yang mencari identitas nasional mereka sendiri memang "Barat". Tingkat penolakan atau modifikasi model semacam itu sangat bervariasi, sebagian bergantung pada lamanya dan sifat dominasi kolonial, pada keadaan yang mengarah pada kemerdekaan, dan pada latar belakang dan karakter kepemimpinan lokal saat itu: semakin lama periode dominasi kolonial, semakin mengakar model "Barat"; semakin sulit perjuangan untuk kemerdekaan dan semakin brutal dan egois pemerintahan kolonial, semakin tajam penolakan terhadap struktur kolonial; semakin tidak mengesankan mitos dan ingatan sejarah lokal, semakin mulus jalan bagi proses demokrasi.

Misalnya, terlepas dari perpecahan budaya, ras, agama, dan sosialnya yang sangat kompleks, India, yang telah mengalami sekitar 300 tahun pemerintahan dan hukum Inggris, mempertahankan semua prinsip dasar sistem parlementer Inggris setelah kemerdekaannya, yang tidak dapat dikikis baik oleh konstitusi tertulis maupun oleh lembaga kepresidenan. Karakter demokratisnya terbukti benar ketika pemerintahan yang semakin otokratis dan personal oleh Perdana Menteri Indira Gandhi secara mengejutkan dihentikan oleh suara rakyat, meskipun kemudian ditegakkan kembali oleh suara rakyat lainnya. Bagaimanapun, hakikat demokrasi adalah bahwa rakyatlah yang memutuskan pemerintahan mana yang mereka inginkan. Saya memang menyambut baik penolakan terhadap Ibu Gandhi dan Partai Kongres pada saat otoritarianisme Asia merupakan risiko nyata, dan rezim militer dan darurat militer berkembang biak di mana-mana.

Di Filipina, pencopotan Tn. Marcos dicapai melalui suara rakyat yang demokratis, yang didukung oleh “Kekuatan Rakyat”; demikian pula, melalui suara rakyat, rezim militer Dewan Revolusi Negara Hukum dan Ketertiban (SLORC) ditolak oleh rakyat Myanmar. Saat ini, India mengklaim, dengan tepat, sebagai negara demokrasi terbesar di dunia. Para pemimpin “asli” pertamanya adalah lulusan sekolah ekonomi dan politik London School of Economics and Politics serta Oxford dan Cambridge.

Para pemimpinnya di masa lalu dan sekarang termasuk pengacara, ilmuwan politik, dan ahli teori. Mahkamah Agungnya menonjol karena dukungannya terhadap hak-hak demokrasi liberal dan perlindungan terhadap mereka yang tertindas dan terpinggirkan, orang buangan dan kasta rendah, wanita dan anak-anak. Pertimbangan serupa harus dibuat untuk Singapura

dan Malaysia.

Karena hanya menjadi sasaran setengah dari 300 tahun kekuasaan Inggris di India dan telah "dianugerahi", yaitu tidak harus berjuang untuk kemerdekaan mereka, tidak ada negara bagian yang membuat banyak amandemen terhadap sistem multipartai dan parlementer Inggris dari para penguasa Inggris yang meninggalkan negara itu.

Tidak dapat diabaikan bahwa, sejak saat itu, Singapura telah mengalami sekitar 30 tahun pemerintahan satu partai secara de facto. Representasi kolektif (Daerah Pemilihan Perwakilan Kelompok) barubaru ini diperkenalkan untuk memberikan suara kepada "etnis minoritas" dan kelompok fungsional/kepentingan (Anggota Parlemen NonDaerah Pemilihan); hingga perubahan tersebut, karakter demokratis dari proses pemilihan dipertahankan dengan memastikan bahwa pada prinsipnya (meskipun tidak mungkin pada kenyataannya), Partai Aksi Rakyat yang telah menduduki hampir semua kursi parlemen selama 30 tahun, meskipun barubaru ini kehilangan dukungan dapat "dikeluarkan".

Semua manifestasi "yang terlihat" dari hukum umum kini dihormati: misalnya, jika lawan politik sangat merepotkan, Tn. Lee dan para menterinya tidak perlu melakukan penangkapan atau penahanan sewenang-wenang berdasarkan keadaan darurat atau kewenangan keamanan publik; cukup sederhana, sebaliknya, mereka mengajukan banding ke undang-undang tentang pencemaran nama baik atau peraturan perundang-undangan.

Memang benar bahwa Tn. Lee belum pernah kalah dalam satu pun dari tindakan pencemaran nama baik yang diajukan sejauh ini terhadap lawan yang merepotkan. Namun, meskipun Tn. Lee mungkin dituduh telah menciptakan definisi baru tentang litigasi yang mengganggu, ia tentu tidak dapat dituduh telah menghindari proses peradilan. Singapura, seperti kebanyakan yurisdiksi hukum umum, telah diambil alih oleh hukum perundang-undangan dan dengan demikian telah menjadi negara legislatif. Hukum umum praktis telah berhenti berkembang perkembangannya yang benar dan penuh akan membuka pemerintah terhadap ketidakpastian, yang sekarang dianggap tidak sesuai. Legislasi itu sendiri dapat mendistorsi fungsi sebenarnya dari hukum umum dan membahayakan supremasi hukum, meskipun demikian diberlakukan dalam kerangka kerja yang demokratis dan berdasarkan supremasi hukum.

Mengingat pentingnya sejarahnya di dunia Muslim dan peran para penguasa tradisionalnya sebagai kepala agama, Malaysia telah menambahkan struktur federal dan monarki konstitusional ke model parlementer Inggris; lebih tepatnya, ia memiliki sepuluh "raja" sembilan sultan dari sembilan negara bagiannya, bersama dengan seorang raja super yang dipilih dan dengan demikian mewakili monarki Federal yang fungsinya analog dengan yang dilakukan oleh Ratu Inggris. Monarki Malaysia juga dicirikan oleh Konferensi Penguasa yang menentukan semua hal yang berkaitan dengan agama Islam, serta hak istimewa dan kekebalan dari sembilan raja (Agong) dan raja super (Yang Di Pertuan Agong). Seperti Singapura dan India, peradilannya independen secara konstitusional.

Tidak seperti di India, meskipun seperti di Singapura, independensi peradilan Malaysia diserang oleh Perdana Menterinya pada tahun 1980an, dan kedudukan publiknya dikurangi; hal ini menimbulkan kemarahan di dunia demokrasi. Pengadilan Anwar Ibrahim tahun 1999

menegaskan penaklukan peradilan terhadap eksekutif yang menindas. Kisah komprehensif yang terakhir tidak dapat diceritakan di sini, meskipun sebagian besar telah didokumentasikan. Cukuplah untuk mengatakan bahwa peradilan Malaysia telah berhasil diintimidasi. Pengadilan tahun 1999 dan hukuman Anwar Ibrahim, mantan Wakil Perdana Menteri, telah membuktikan bahwa administrasi peradilan di Malaysia jauh dari kata tak kenal takut dan tidak berprasangka buruk.

Setelah kemerdekaan mereka, Vietnam, Tiongkok, dan Korea Utara memilih komunisme. Sebelum kejadian ini, ketiga negara tersebut telah dipengaruhi oleh budaya Tiongkok dan sistem hukum perdata. Negara-negara ini, termasuk Korea Utara dalam bentuk yang sangat primitif, barubaru ini kembali ke sistem hukum perdata, bersamaan dengan dukungan terhadap ekonomi pasar yang diatur dan supremasi hukum.

Namun, kedua negara sebelumnya juga telah memulai program reformasi ekonomi (Vietnam) dan ekonomi pasar multisektoral atau sosialis (Tiongkok) yang memerlukan penciptaan, reformasi, atau restrukturisasi sistem hukum. Selama proses tersebut, kedua negara telah mengakui bahwa sistem hukum modern mereka pada dasarnya didasarkan pada hukum perdata, meskipun sebagian besar undang-undang komersial/keuangan mengacu pada model AngloAmerika dan internasional.

Burma/Myanmar dan Indonesia karena berbagai alasan secara langsung atau tidak langsung tunduk pada kendali militer. Banyak studi ilmiah mengaitkan periode panjang pemerintahan militer setelah kemerdekaan Burma dengan sejarah Hindu awalnya, yang mencakup penolakan bawaan terhadap kesetaraan manusia, pemuliaan kultus prajurit yang digambarkan dalam epos Hindu, keutamaan pemimpin yang kuat dan kepasifan penduduk pedesaan berikutnya. Fitur budaya serupa juga telah dikaitkan dengan kebrutalan era Pol Pot.

Mengenai Indonesia, demokrasi yang tampak dibebani dengan bentuk paternalisme berprinsip yang menggantikan paternalisme administratif Belanda yang keras, sehingga memperkenalkan "Demokrasi Terpimpin" dalam tatanan baru (1959), meskipun sekarang sudah lama. Setelah memilih pemerintah dan Presiden, "Demokrasi Terpimpin" seharusnya "membebaskan" semangat rakyat sesuai dengan apa yang ditetapkan oleh pemimpin mereka. Maka, pada tanggal 1 Juni 1945, sebelum kemerdekaan nasional dideklarasikan secara resmi, mantan Presiden Sukarno berpendapat bahwa kemerdekaan itu penting jika individu ingin bebas:

Jika setiap orang Indonesia dari 70 juta penduduk negeri ini harus bebas secara mental sebelum kemerdekaan politik tercapai, kita tidak akan memperoleh kemerdekaan sampai Hari Kiamat. Sebaliknya, di dalam Indonesia yang merdekalah kita akan membebaskan rakyat dan hati mereka.

Bahkan setelah negara merdeka, seruan untuk pembebasan rakyat tersebut merupakan lambang pengakuan kedaulatan, hak asasi manusia, dan kewajiban rakyat. Dengan demikian, tatanan konstitusional harus dibangun, di mana negara akan membantu rakyat mencapai cita-cita mereka, dan kekuasaan pemerintahan akan melindungi hak asasi manusia. Dengan kata lain, supremasi hukum harus ditegakkan! Namun, Indonesia segera menjadi negara otoriter/militer Asia yang terbaik. Mengapa dan bagaimana ini terjadi?

Uraian di atas memberikan skenario tentang struktur dan nilai hukum dan politik yang dianut Negara-negara Asia setelah kemerdekaan mereka. Berdasarkan uraian di atas, tidak dapat dikatakan bahwa sejarah dan pengalaman terkini Negara-negara tersebut tidak mendukung demokrasi dan supremasi hukum. Oleh karena itu, alasan di balik penyimpangan mereka dari supremasi hukum dapat ditemukan di tempat lain.

Internasionalisasi dan ideologisasi prinsip-prinsip dasar martabat manusia dan hak asasi manusia

Era pembangunan bangsa Asia dan pencarian identitas pertama kali dimulai dengan pembentukan Perserikatan Bangsa-Bangsa dan berlanjut hingga runtuhnya komunisme di Eropa Timur dan Uni Soviet. Selama periode ini, politik dan ekonomi diinternasionalkan dan budaya diAmerikanisasi; lebih jauh, manusia diideologikan sebagai tujuan, bukan sarana, dari semua upaya sosial.

Bagi masyarakat Asia, seperti halnya bagi masyarakat Afrika, proses di atas mengarah pada dukungan internasional atas tuntutan mereka untuk kedaulatan terlebih dahulu, dan kemudian untuk kebangsaan. Setelah kemerdekaan tercapai, maka perlu untuk mulai "hidup kembali". Ada masalah besar dalam hal ini: kebutuhan untuk memberi makan orang-orang yang terus menerus miskin dan kelaparan, pertumbuhan penduduk, kebutuhan untuk memperbaiki kehancuran yang disebabkan oleh invasi dan pendudukan Jepang, pengembangan ekonomi mereka (yang telah dijalankan oleh para penguasa kolonial dan pengusaha untuk keuntungan mereka sendiri), pelaksanaan tanggung jawab yang pernah dikelola oleh para penguasa kolonial, membangun masyarakat yang kohesif yang menggabungkan berbagai komunitas migran yang tidak menganggap diri mereka sebagai bagian dari satu orang, tetapi lebih sebagai orang yang berbeda dan terpisah, yang tidak memiliki hak dan tanggung jawab bersama. Semua masalah tersebut harus ditangani oleh para radikal muda yang telah menuntut dan memperoleh kebebasan dan kemerdekaan.

"Hak untuk pembangunan" yang dicanangkan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa pada awalnya tidak lebih dari sekadar hak untuk menerima bantuan. Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa mendefinisikan pembangunan sebagai

Proses ekonomi, sosial, budaya, dan politik yang komprehensif yang bertujuan untuk peningkatan kesejahteraan seluruh penduduk dan semua individu secara terus menerus atas dasar partisipasi mereka yang aktif, bebas, dan bermakna dalam pembangunan dan dalam distribusi manfaat yang adil yang dihasilkan darinya (Sidang ke-41, November 1986). Ada yang berpendapat bahwa, bagi orang-orang yang berjuang untuk memenuhi kebutuhan hidup, bagi mereka yang terlibat dalam pembangunan industri dan pendirian sekolah, dalam penyediaan makanan dan pakaian, dalam penyediaan tempat tinggal dan dalam membela ratusan juta orang, hak atas pembangunan tidak memberikan ruang bagi hak-hak sipil dan politik. Sementara itu, para donor bantuan Bank Dunia, IMF, dll. menuntut perlindungan hak asasi manusia dan mengancam untuk tidak memberikan dukungan mereka jika Negara-negara gagal dalam perlindungan ini. Internasionalisasi ideologi hak asasi manusia, dikombinasikan dengan berakhirnya Perang Dingin, telah memungkinkan energi Barat untuk dilepaskan dan difokuskan pada dunia Asia.

Dalam hal ini, ada banyak bukti penangkapan sewenang-wenang, penahanan yang berkepanjangan, perlakuan buruk, kebrutalan, dan penyiksaan yang dilakukan terhadap orang Asia atau individu dengan kewarganegaraan lain karena alasan agama, intelektual, atau politik; ada juga banyak bukti penyensoran dan pengendalian media, manipulasi dan pembatasan terhadap peradilan, dll. Dengan kata lain, semakin banyak bukti yang membuktikan perlindungan hak asasi manusia yang tidak memuaskan di Asia. Negara-negara Asia diharuskan mengakui hak-hak sipil dan politik warga negaranya, serta hak-hak sosial, budaya, dan ekonomi mereka.

Menurut pemikiran Barat, universalitas hak asasi manusia berarti bahwa hak asasi manusia mencakup standarstandar universal yang harus dihormati oleh semua negara, yang berada di atas hukum lokal dan tidak terbuka terhadap pembatasan. Dimasukkannya hak asasi manusia dalam hukum kebiasaan internasional berarti bahwa tidak ada negara yang dapat menghindari kewajiban untuk melindungi hak-hak tersebut dan bahwa semua negara berpotensi dikenakan tuduhan pelanggaran. Dampak dari kritik dan kemarahan internasional, bersama dengan peran Perserikatan Bangsa-Bangsa, tidak dapat diremehkan. Dalam hal ini, kisah perjalanan Kamboja menuju demokrasi patut dicontoh

Mohamed Mahathir dengan jelas menggarisbawahi hubungan antara kedua faktor di atas pada tahun 1994:

Perang Dingin berakhir beberapa lama kemudian dan Uni Soviet runtuh meninggalkan dunia unipolar. Semua kepurapuraan untuk tidak mencampuri urusan Negara-negara merdeka disingkirkan. Tatanan internasional baru diumumkan di mana Negara-negara kuat mengklaim hak untuk memaksakan sistem pemerintahan mereka, pasar bebas mereka, dan konsep hak asasi manusia mereka pada setiap negara.

Keajaiban Asia dan kepemimpinan Asia

Tidak ada negara Asia yang tidak terpengaruh oleh Perang Dunia Kedua. Memang, semua negara mengalami kerusakan besar pada ekonomi dan lingkungan mereka. Namun, mereka semua memulai proses rekonstruksi mereka dalam 10–15 tahun berikutnya dan, dalam 20 tahun, mereka semua mengalami pertumbuhan ekonomi yang kuat. Negara-negara Asia dengan cepat berubah dari ekonomi agraris dan pemasok sumber daya yang sederhana menjadi Negara-negara industri atau yang sedang melakukan industrialisasi, dan kemudian menjadi Negara-negara yang memiliki keterampilan teknologi.

Apa yang disebut "keajaiban Asia" terjadi. "Macan Asia" atau "Naga" mulai muncul. Standar hidup saat ini di Hong Kong, Singapura, Jepang, dan Taiwan, berada dalam peringkat sepuluh besar dari semua ekonomi dunia. Di seluruh Asia, persentase orang miskin telah berkurang setengahnya dan bahkan berkurang seperempatnya. Abad ke-21 telah diumumkan sebagai abad Asia dan Pasifik.

Di Asia Timur sendiri, kampungkampung Melayu dan pasar-pasar Cina telah digantikan oleh supermarket dan pusat perbelanjaan; tokotoko kerajinan dan sudutsudut perajin, kedaikedai kopi dan anggur, telah digantikan oleh gedunggedung pencakar langit perumahan; pabrikpabrik dengan tenaga kerja intensif telah diubah menjadi kawasankawasan industri yang ramping dan bahkan menjadi pusatpusat teknologi berketerampilan tinggi. McDonalds

bersaing dengan pedagang dan kioskios sate dan mi. Jalanjalan Bangkok dipadati oleh mobilmobil bisnis dan pribadi, truktruk angkutan internasional, busbus wisata, dan ekspresiekspresi nyata lainnya dari ekonomi dan kemakmuran yang terglobalisasi.

Asia telah mencapai akhir abad ke-20 sebagai sebuah keberhasilan ekonomi. Keberhasilan ekonomi telah menghasilkan cara-cara hidup baru. Seperti yang diramalkan oleh Tn. Lee Kuan Yew pada tahun 1995:

Gaya hidup dan dunia politik Singapura sangat dipengaruhi oleh Barat. Saya yakin pengaruh Barat mencapai 60 persen, sedangkan pengaruh nilai-nilai Asia mencapai 40 persen. Dalam waktu 20 tahun, rasio ini akan bergeser, karena Asia Timur secara bertahap akan memproduksi produk massalnya sendiri dan menciptakan kosakata politiknya sendiri. Pengaruh Barat terhadap gaya hidup, makanan, mode, politik, dan media kita akan turun hingga 40 persen dan pengaruh Asia akan meningkat hingga 60 persen.

Prakiraan di atas didukung oleh bukti yang diberikan oleh Tommy Koh Tiong Bee, diplomat Singapura yang terkenal dan disegani dengan pengalaman 20 tahun di New York dan Washington:

Kecuali terjadi bencana besar, Bank Dunia dan Dana Moneter Internasional (IMF) optimis tentang masa depan Asia Timur. Mereka telah meramalkan bahwa PDB gabungan Asia Timur akan terus meningkat ratarata 5–6 persen per tahun selama beberapa dekade mendatang. Tingkat pertumbuhan akan lebih tinggi lagi, yakni 7 persen, jika Jepang tidak diperhitungkan. Peningkatan tersebut akan mencapai Rp.13 triliun (dengan harga tahun 1990) selama dua dekade berikutnya (pada tahun 2015) atau peningkatan yang kirakira dua kali lipat dari ukuran Amerika Utara saat ini. Bahkan jika Amerika Utara dan Eropa mengalami pertumbuhan berkelanjutan pada tingkat yang moderat, PDB Asia Timur seharusnya hampir sama besarnya dengan PDB gabungan Amerika Utara dan Eropa tiga dekade dari sekarang (2025).

Di bidang politik dan ideologi, klaim Asia atas status yang setara telah ditegaskan oleh Negara-negara Asia baru dengan menggunakan alat dan senjata yang dipelajari dari penjajah mereka. Cukuplah untuk mengingat bahwa, pada tahun 1950an, pemuda dan pemudi Asia berbondongbondong ke Inggris untuk menghadiri kuliah Fabian dan Buruh di London School of Economics (LSE) tentang hukum dan politik, untuk mempelajari Locke, Hobbes dan Hume, Burke, Marx dan Lenin. Mereka mempelajari apa pun yang mereka bisa, menyerapnya dan membawanya pulang bersama mereka. Mereka pun kembali ke negaranya dengan perasaan tidak puas dan ingin mengubah status mereka dari rakyat menjadi warga negara, dari pegawai negeri sipil rendahan menjadi pemimpin rakyat.

Di usia dua puluhan atau tiga puluhan, orang-orang muda dan tak berpengalaman itu memegang tampuk pemerintahan di tangan mereka dan menjanjikan kebebasan, kesetaraan, dan kemerdekaan. Dalam 2030 tahun, mereka mewujudkan kemakmuran dan keamanan rakyat, kebanggaan dan martabat manusia dalam politik, ilmu pengetahuan, dan perdagangan. Sungguh paradoks, mereka adalah para pemimpin, yang kini berusia enam puluhan dan tujuh puluhan, yang saat ini "Barat" mengkhotbahkan demokrasi dan hak asasi manusia serta menuntut pertanggungjawaban mereka! Seperti yang dikatakan Anwar Ibrahim: *"Di mana*

mereka ketika kita berjuang untuk kebebasan kita, ketika kita berjuang untuk kelangsungan hidup kita?"

Inilah kerangka historis dan politis dari munculnya dan berfungsinya "nilai-nilai Asia". Sekarang mari kita beralih ke klaimklaim yang terakhir.

17.3 KRITIK TERHADAP PENGERTIAN "NILAI-NILAI ASIA"

Istilah "nilai-nilai Asia" pertama kali dicetuskan oleh mantan Perdana Menteri (sekarang Menteri Senior) Singapura, Tn. Lee Kuan Yew. Selama bertahun-tahun, istilah tersebut telah diadopsi oleh Perdana Menteri Malaysia, Dr. Mahathir, dan oleh para pemimpin politik Asia lainnya, termasuk para pemimpin Jepang dan Korea dan, yang terbaru, oleh Kepala Eksekutif Daerah Administratif Khusus Hong Kong, Tn. Tung Chee Wah. Seperti yang digunakan oleh Tn. Lee dan oleh para pemimpin Jepang, Korea, dan Hong Kong, istilah tersebut sering kali disinonimkan dengan "nilai-nilai Konfusianisme".

Menurut para pemimpin tersebut, istilah tersebut merupakan singkatan dari suatu sistem nilai, yang utamanya adalah pembangunan ekonomi, yang harus diikuti oleh standar hidup yang lebih baik; oleh karena itu, hak-hak sipil dan politik dapat secara sah ditunda hingga pembangunan ekonomi tercapai; sesungguhnya, penolakan mereka diperlukan untuk memastikan kemajuan ekonomi dan manfaat-manfaatnya yang mengikutinya. Bersama dengan pembenaran ekonomi, model pemerintahan yang birokratisotoriter juga dikembangkan, yang diberi wewenang untuk mengatur dan mengendalikan warga negaranya secara mendalam dengan cara yang dianggap tepat untuk mencapai tujuan-tujuan sosial.

Fungsi lain yang dilakukan oleh argumen-argumen tentang "nilai-nilai Asia" adalah untuk mencegah pengawasan praktik-praktik hak asasi manusia di Tiongkok, Singapura, Malaysia, dan Vietnam dengan memandang kritikkritik sebagai "campur tangan terhadap urusanurusan internal" Negara-negara berdaulat. Para pendukung "nilai-nilai Asia" dengan demikian menolak, atas dasar relativitas budaya, universalitas hak asasi manusia, yaitu hak-hak yang dimiliki oleh semua manusia sebagai anggota spesies manusia.

Menurut teori-teori terkini tentang "nilai-nilai Asia", yang terakhir mencakup beberapa kebajikan yang diduga Konfusianisme: keutamaan kepentingan kolektif masyarakat di atas kepentingan individu untuk memastikan keharmonisan sosial; rasa hormat kepada orang tua; minat pada ketertiban dan stabilitas, dalam keluarga, bangsa, dan masyarakat; nilai berhemat, hemat, dan kerja keras; pengorbanan diri atas nama keluarga; penolakan terhadap kepuasan saat ini demi keuntungan jangka panjang; komitmen terhadap pendidikan.

Tommy Koh Tiong Bee memperbarui "nilai-nilai Asia Timur" tersebut dengan menambahkan sepuluh nilai lebih lanjut: penolakan terhadap individualisme "Barat"; pentingnya keluarga yang kuat; penekanan pada pendidikan; nilai-nilai menabung dan berhemat; nilai kerja keras dan kerja sama tim; pentingnya kontrak sosial antara rakyat dan negara; pentingnya lingkungan yang bermoral baik; dan keyakinan bahwa kebebasan bukanlah hak mutlak.

Menurut Tn. Lee, "nilai-nilai Asia" tersebut telah memungkinkan terjadinya keajaiban Asia. Nilai-nilai tersebut telah menciptakan hukum dan ketertiban di Singapura dan

memungkinkannya terhindar dari kekacauan, anarki, dan kekerasan perkotaan di masyarakat Barat. Asumsi tersebut didasarkan pada kepercayaan pada “demokrasi Asia”, yang telah melegitimasi regulasi kaku terhadap kehidupan sosial dan ekonomi dan yang telah menyebabkan otoritarianisme Singapura yang lunak atau birokratis. Kritik terhadap konsepsi Tn. Lee tentang “nilai-nilai Asia” menggarisbawahi masalah yang terkait dengan penerapannya di Asia melalui penjajarannya dengan nilai-nilai “Barat”. Keberatankeberatan berikut diajukan:

a. “Asia” bukanlah budaya monolitik, karena memiliki keragaman budaya dan geografis yang sangat besar. “Asia” bukanlah kesatuan budaya yang tunggal dan kohesif, meskipun mungkin juga memiliki nilai-nilai universalistik yang sama. “Konfusianisme” mungkin hanya mendukung beberapa budaya Asia. Dalam hal budaya, tidak ada titik acuan Cartesian yang masuk akal. Justru keragaman budaya Asia yang membuat Negara-negara Asia begitu kaya, berwarna, menarik, dan langgeng, begitu banyak akal, tangguh, dan cakap.
b. Semua yang disebut sebagai "nilai-nilai Asia", tidak peduli seberapa "Konfusianisme" nilai-nilai tersebut, dapat ditemukan dalam semua budaya dalam berbagai tingkatan dan pada semua masa sejarah.
c. Konfusianisme memang memberi ruang bagi individu. Dalam memfokuskan pada "kepentingan ekonomi nasional" yang harus dilayani oleh kolektivitas masyarakat "Asia", sejumlah doktrin Konfusianisme sekunder disorot, yang intinya adalah pertumbuhan moral individu; hal ini, pada gilirannya, mengarah pada peningkatan moral masyarakat yang membuka jalan bagi negara yang baik hati dan peduli. Konfusius mengungkapkan ajaran ini dalam sejumlah cara: warga negara, misalnya, dikatakan lebih penting daripada keluarga/masyarakat, dan keluarga/masyarakat pada gilirannya lebih penting daripada penguasa.
d. Tidaklah tepat untuk menyatakan bahwa Asia tidak pernah mendukung hak asasi manusia atau demokrasi; lebih jauh lagi, sama tidak tepat untuk menyatakan bahwa Asia tidak membutuhkan yang terakhir. Sebagaimana dinyatakan oleh Presiden Republik Korea, Tn. Kim DaeJung, pada saat ia masih menjadi jurnalis pembangkang, setiap argumen yang menganjurkan penghormatan terhadap perbedaan budaya sangatlah menyinggung ketika digunakan untuk membenarkan pemerintahan otoriter di Negara-negara Asia. Mengklaim bahwa orang Asia tidak memahami hak asasi manusia sangat menyinggung banyak orang yang telah berjuang untuk dan mencapai reformasi demokrasi, seringkali dalam keadaan yang sangat sulit dan berbahaya. Sebagaimana dikatakan dalam Takdir Asia karya Tn. Kim, Asia memiliki warisan yang kaya akan filosofi dan tradisi yang berorientasi pada demokrasi, dan telah membuat langkah besar menuju demokratisasi; kondisinya sedemikian rupa sehingga memungkinkan demokrasi berkembang bahkan melampaui tingkat Barat. Asia tidak boleh membuang waktu untuk menegakkan demokrasi dan memperkuat hak asasi manusia. Kendala terbesar bukanlah warisan budayanya, melainkan perlawanan terhadap aturan otoriter dan para pembelanya. Demokrasi, bukan budaya, adalah takdir Asia. Tn. Kim tidak sendirian dalam keyakinannya: Aung San Suu Kyi, dalam

bukunya Freedom from Fear berpendapat bahwa tidak ada yang baru dalam pemerintahan Dunia Ketiga yang berusaha membenarkan dan mengabadikan kekuasaan otoriter mereka dengan mencela prinsip-prinsip demokrasi liberal sebagai sesuatu yang asing. Mereka secara implisit mengklaim hak untuk memutuskan apa yang sesuai atau tidak dengan norma-norma budaya asli.

e. Keadaan bahwa demokrasi dan hak asasi manusia “didasarkan pada nilai-nilai Barat” tidak menyiratkan ketidaktepatan keduanya dalam membentuk sistem ketatanegaraan Asia. Ide dan konsep tidak berhenti menjadi universal hanya karena keduanya dikembangkan di bagian dunia tertentu. H.P. Lee, dari Universitas Monash, memperingatkan bahwa meneriakkan nilai-nilai Asia telah mengaburkan perdebatan mengenai nilai-nilai tersebut dan bahwa upaya untuk menyoroti dikotomi TimurBarat dalam analisis demokrasi dan hak asasi manusia mengabaikan poin penting, yaitu bahwa nilai-nilai tertentu tidak dicirikan oleh sifat atau asalusul TimurBarat tetapi oleh universalitasnya. Jadi, terlepas dari perbedaanperbedaan tersebut, sejumlah nilai universal yang menjadi dasar setiap demokrasi dapat diidentifikasi. Meskipun ada banyak model demokrasi, ada inti nilai atau garis dasar yang jelas yang harus diperhatikan dalam pencarian demokrasi dan kebebasan.

f. Dalam wawancara barubaru ini dengan Tn. Chris Patten, gubernur terakhir Hong Kong pada masa kolonial, Tn. Lee sedikit mundur dengan menyatakan bahwa "nilai-nilai Asia" tidak lebih dari sekadar label atau slogan. Tidak ada sistem nilai tunggal yang komprehensif yang berlaku di semua negara Asia; sebaliknya, ada prinsip-prinsip umum, seperti tanggung jawab keluarga dan kekerabatan. Meskipun prinsip-prinsip tersebut dapat dianggap universal, prinsip-prinsip tersebut telah berkembang dengan cara yang berbeda. Konfusianisme, yang umumnya diidentikkan dengan semua negara Asia, terdiri dari berbagai garis pemikiran; meskipun nilai-nilai inti, seperti pentingnya keluarga seseorang dan tanggung jawab terkaitnya, memang "bersifat Asia", nilai-nilai lain yang ditempatkan di bawah filosofi tersebut mungkin juga berlaku di tempat lain.

g. Jika "nilai-nilai Asia" menciptakan keajaiban Asia, nilai-nilai manakah yang akan dikaitkan oleh Tn. Lee dan para pengikutnya dengan krisis keuangan Asia? Argumen terbaik adalah bahwa "nilai-nilai Asia" yang baik mendukung keajaiban Asia, sedangkan "nilai-nilai Asia" yang buruk menyebabkan krisis Asia. Nilai-nilai Asia yang buruk diduga mencakup tradisi feodal yang menuntut hak, standar hidup yang tinggi dari para penguasa di tengahtengah kemiskinan absolut rakyat, kepatuhan yang tidak perlu dipertanyakan lagi, favoritisme dan nepotisme, kekuasaan otoritas untuk memberikan atau menahan bantuan, hak dan keistimewaan, korupsi, pemerasan, hadiah yang berlebihan, penyuapan. Mengingat kemerosotan ekonomi Timur dan kesenjangan yang besar antara orang kaya dan orang miskin, pendapat bahwa demokrasi diperlukan untuk pembangunan, dalam arti kata yang sebenarnya, adalah klaim yang lebih kuat daripada pendapat otoritarianisme. Bagaimanapun, seperti yang ditunjukkan oleh Amartya Sen, hanya ada sedikit bukti bahwa otoritarianisme dan penindasan hak-hak politik dan sipil benar-benar berguna dalam mendorong pembangunan ekonomi.

17.4 BEBERAPA KONSEP YANG BERHUBUNGAN

Sekarang saya akan membahas beberapa konsep yang terkait dengan "nilai-nilai Asia":

Konfusianisme

Mereka yang mengklaim keutamaan kepentingan kolektif atas kepentingan individu atas nama Konfusianisme harus memperhitungkan ketegangan yang selalu ada antara kepentingan keluarga dan negara sepanjang sejarah Tiongkok, serta tingkat kolektivisme dan pluralisme nilai yang nyata yang selalu ada dalam masyarakat "Konfusianisme". Masyarakat Jepang, Korea, Vietnam, Taiwan, dan Tiongkok, yang semuanya merupakan keturunan dari budaya Konfusianisme, telah mengikuti rute yang berbeda dalam pembentukan dan pertumbuhan budaya mereka.

Para pendukung otoritarianisme Asia harus diingatkan tentang kapasitas nyata dan potensial yang terakhir untuk memungkinkan eksploitasi rakyatnya demi kepentingan satu individu, yaitu pemimpin, serta demi kepentingan yang diduga sebagai "kolektivitas" atau komunitas. Perempuan Tionghoa tahu bahwa bunuh diri adalah Satu-satunya cara yang efektif dan diterima secara sosial untuk memprotes perlakuan tidak manusiawi yang mereka terima karena gagal memuaskan keluarga mereka misalnya dengan tidak melahirkan ahli waris atau karena menimbulkan kemarahan ibu mertua karena mendapatkan cinta putranya. Nasib para pengantin Hindu yang gagal memberikan mas kawin yang dijanjikan dan dengan demikian menjadi sasaran berbagai kebrutalan dan penghinaan tidak kalah kejamnya.

Konfusianisme tidak begitu banyak tentang penegasan kepentingan masyarakat melalui ketertiban dan disiplin seperti halnya tentang interkoneksi tindakan manusia melalui waktu dan ruang; karenanya, tindakan individu menanggung konsekuensi bagi individu itu sendiri dan bagi orang lain. Konsekuensi tidak langsung dan tidak langsung dari tindakan seseorang jatuh pada keluarga dan keturunannya. Kesadaran individu akan konsekuensi tindakan mereka mengarah pada prasyarat khusus untuk ketertiban dan tuntutan khusus disiplin pribadi dalam kehidupan sosial. Tidak diragukan lagi bahwa ini merupakan manfaat dalam dirinya sendiri dan memiliki konsekuensi positif.

Namun, menyamakan Konfusianisme dengan otoritarianisme yang bertujuan untuk menjaga keragaman yang mengganggu atau tidak nyaman atau untuk mempromosikan keseragaman untuk menghindari pluralisme yang berpotensi bertentangan berarti merusak filosofi semacam itu. Itu berarti mendistorsi etika sosialnya, yang menekankan pengembangan kapasitas manusia yang dihasilkan dari pilihan dan komitmen moral individu. Konfusianisme tidak menuntut keyakinan buta dan kesetiaan yang tidak perlu dipertanyakan lagi; sebaliknya, ia peduli tentang keputusan manusia dan kekuatannya untuk memengaruhi orang lain, sebagai individu yang dibimbing oleh kepentingan jangka panjang keluarga mereka.

Konfusianisme memang memperbolehkan pihak berwenang untuk dikritik. Namun, meskipun tugas para sarjana untuk memastikan perilaku gubernur yang tepat melalui kritik adalah mulia, hal itu juga sangat berbahaya. Sarjana pemarah Hai Rui dikatakan telah membeli peti matinya sendiri sebelum melanjutkan untuk mengkritik kaisar. Oleh karena itu, kontradiksi Konfusianisme paling terungkap: pendidikan dan layanan publik sangat dihargai, meskipun

pemerintah tidak dapat dipercaya. Oleh karena itu, keluarga memiliki kepentingan yang tak tertandingi, dan tuntutan serta kebutuhan yang terakhir lebih diutamakan daripada layanan seseorang kepada negara atau bahkan kepada kaisar.

Mengapa Konfusianisme disalahpahami? Bagaimana ajarannya telah dibatalkan? C.O. Khong menyandingkan "konsep abstrak Konfusianisme tingkat tinggi" dengan "Konfusianisme populer", yang merupakan "campuran samar dari sisasisa kepercayaan etika". Konfusianisme tingkat tinggi, yang mengemukakan etika nonmaterialis, tampaknya menghambat aktivitas kewirausahaan dan ideide baru, sedangkan Konfusianisme populer, yang didasarkan pada kebutuhan realistis untuk merawat dan memelihara keluarga seseorang, mendorong aktivitas semacam itu.

Khong mengidentifikasi dua aliran Konfusianisme. Yang pertama "mendukung tatanan sosial yang ada sebagai akibat dari ketakutannya terhadap kekacauan dan ketidakstabilan", sementara yang kedua "menekankan gagasan bahwa orang-orang memiliki nasib di tangan mereka sendiri dan mampu memperbaiki masa depan mereka". Gagasan yang terakhir tidak dapat dipaksakan dari atas tetapi harus muncul dari bawah. Oleh karena itu, tatanan dilestarikan oleh individu, yang tidak dapat tidak memperhitungkan hubungannya dengan orang lain (hubungan antara penguasa dan yang diperintah, ayah dan anak, kakak laki-laki dan adik laki-laki, suami dan istri, dan temanteman).

Hubungan seperti itu – yang, dengan satu pengecualian, tidak hierarkis tidak mengarah pada otoritarianisme. Tugas dan tanggung jawab yang dibebankan pada masing-masing pihak dalam hubungan tersebut tidak menciptakan atau bergantung pada hak. Kewajiban atasan untuk memastikan kesejahteraan bawahan mereka sendiri dapat mengarah pada demokrasi, karena bawahan dapat mengusulkan dan berpartisipasi dalam berbagai cara untuk melaksanakan kewajiban mereka. Namun, yang relevan adalah peran yang lemah, atau bahkan tidak adanya, prosedur yang mengatur akses dan kendali kekuasaan. Amartya Sen mengingatkan kita bahwa, ketika terjadi konflik antara keluarga dan negara, Konfusius mengklaim prioritas keluarga.

Retorika versus praktik

Dalam beberapa hal, Asia siap menerima retorika demokrasi dan hak-hak yang menyertainya. Deklarasi Bangkok menjadi contoh dalam hal ini. Namun, pada saat yang sama, banyak negara Asia memiliki konstitusi yang mendukung demokrasi tetapi tidak demokratis dalam praktiknya yang sebenarnya. Telah dikemukakan bahwa pemerintah Asia akan dengan mudah memilih kesewenang-wenangan. Namun, tuntutan akan supremasi hukum dan demokrasi merupakan tuntutan yang kuat yang, sepanjang sejarah (termasuk dalam pengalaman Asia barubaru ini), harus diperhitungkan oleh pemerintah.

Klaim bahwa orang-orang Asia Tenggara tidak menganggap penting untuk memiliki negara demokrasi liberal atau untuk melindungi berbagai hak dapat dengan mudah dibantah hanya dengan mengingat kembali demonstrasi yang berulang dan berkelanjutan yang bertentangan. Demikian pula, klaim bahwa banyak orang Asia percaya bahwa terlalu banyak kebebasan dan tidak cukupnya tanggung jawab individu akan mengakibatkan pemerintahan yang tidak efektif dan kemerosotan sosial harus ditolak. Seperti yang diamati oleh Aung San

Suu Kyi, tidak semua individu cukup berani untuk melawan; namun, kebungkaman mereka tidak boleh disalahartikan sebagai kepatuhan, dan massa biasanya mengikuti minoritas jika ini berhasil.

Hak sipil dan politik versus hak sosial, ekonomi, dan budaya

Kesejahteraan materiil yang dibawa oleh perkembangan teknologi dan ekonomi yang pesat dan, meskipun mengalami krisis keuangan, masih dibawa ke Negara-negara Asia Timur membuka jalan bagi pilihan individu dan komunal yang luas, baik secara budaya maupun politik. Mengklaim bahwa kemakmuran ekonomi hanya dapat diperoleh dengan melepaskan kebebasan manusia adalah menggelikan dan keterlaluan. Di era kemajuan teknologi dan ilmiah, di mana pengetahuan disebarkan dan keterampilan dibagikan, generasi saat ini tidak perlu dikorbankan demi kemajuan generasi mendatang dan demi kemakmuran masa depan Asia Timur. Asia Timur tidak perlu dan tidak seharusnya dibiarkanmengalami sosialisme dan fasisme Eropa, yang telah menjadikan banyak generasi sebagai sasaran kekejaman dan kebrutalan yang mengerikan demi kebaikan generasi mendatang.

Lebih jauh, pelanggaran hak asasi manusia tidak selalu berbentuk pembunuhan atau penyiksaan terhadap satu orang saja. Di Timor Timur, Irian Jaya, Burma, Tibet, Xinjiang, Zaire, Rwanda, Kosovo, dll., pelanggaran semacam itu berbentuk pembunuhan dan kebrutalan terhadap seluruh komunitas dan ras, penghancuran seluruh budaya, dan pencabutan agama. Dalam kasus seperti itu, kapan pengorbanan tunggal dilakukan untuk melindungi budaya kolektif? Demi tatanan, stabilitas, disiplin, dan kemakmuran masa depan apa individu dikorbankan? Lalu, untuk tujuan apa nilai-nilai Asia itu ditinggikan, atau lebih tepatnya dibenarkan? Demi masa depan apa yang akan datang?

Terkikisnya "keunikan" Asia

"Keunikan" Asia terletak, paling tidak, pada pemisahan geografisnya yang tak terbantahkan dari "Barat" dan pada luasnya benua di kawasan dan subkawasan, serta pada kekayaan sejarah, agama, ideologi, bentuk pemerintahan dan politik, budaya, masyarakat dan bahasa, ekonomi, dan gaya hidupnya. Gagasan tentang "keunikan" Asia terkadang digunakan untuk mengklaim adanya kohesi dan kesamaan yang, pada kenyataannya, tidak pernah ada. Demikian pula, Asia tidak "unik" dalam berbagai pengalaman kolonial, penindasan, dan ketidakstabilan terkini.

Faktanya, hal-hal tersebut juga dialami oleh Amerika Serikat, Inggris, Afrika, Eropa, Amerika Latin, dan bahkan oleh seluruh dunia. "Keunikan" "nilai-nilai Asia" (asalkan memang pernah ada), sedang terkikis dengan cepat oleh teknologi dan sains, yaitu tepatnya melalui sarana keberhasilan ekonomi Asia, melalui komunikasi dan peniruan (bukan hanya Barat oleh Timur, tetapi juga Timur oleh Barat), melalui ilmuilmu sosial dan konseptualisasi serta analisisnya, melalui penerimaan yang semakin meningkat terhadap kesamaan ras dan masyarakat manusia, melalui aspirasi, kepercayaan, dan kepekaan.

Oleh karena itu, sekarang diyakini bahwa pembunuhan adalah pembunuhan di mana-mana, bahwa rasa sakit dan penderitaan sama-samama dirasakan oleh semua individu, bahwa kelaparan dan kelangkaan membunuh dengan cara yang sama, bahwa ras atau masyarakat tertentu mungkin menderita lebih terus menerus sepanjang sejarahnya daripada masyarakat

lain meskipun tidak dapat mengklaim, baik secara positif maupun negatif, sebagai Satu-satunya masyarakat yang memiliki pengalaman seperti itu. Persepsi seperti itu telah dinyatakan oleh Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa tahun 1948, yang menggarisbawahi universalitas dan keutuhan hak asasi manusia. Mengakui hak asasi manusia berarti menyatakan bahwa tidak ada makhluk yang lebih rendah dari manusia.

"Nilai-nilai Asia" atau struktur kekuasaan Asia?

Tn. Wiryono, Duta Besar Indonesia di Australia, mengungkapkan rahasia yang tidak terpelihara dengan baik ketika menegaskan bahwa "perdebatan tentang konsep hak asasi manusia tidak terlalu banyak tentang timur atau barat tetapi tentang alternatif antara prinsip kebebasan individu dan prinsip hukum dan otoritas yang kuat", yang terakhir dianggap perlu untuk memastikan stabilitas. Argumen seperti itu didukung oleh Girling yang menyarankan alternatif terhadap perbedaan antara Timur dan Barat. Ia berpendapat bahwa, di Asia modern, peran struktur kekuasaan yang dilembagakan menggantikan peran nilai-nilai sebagai fondasi kohesi sosial. Di mana ada struktur kekuasaan yang otoriter dan terpusat yang kuat, di tangan satu orang atau kekuatan seperti militer, hak asasi manusia kurang diperhatikan: seperti yang dikatakan Girling, nilai-nilai dan kekuasaan saling terkait secara terbalik. Dapat dikatakan bahwa struktur kekuasaan seperti itu mewujudkan nilai-nilai Asia yang "buruk" kapitalisme nepotistik, korupsi, kerahasiaan atau nontransparansi, tidak akuntabilitas.

Rezim otoriter memang "lebih baik" sejauh mereka mencapai tujuan langsung mereka jauh lebih cepat dan efektif daripada rezim lain; namun, ada sedikit bukti yang secara pasti membuktikan bahwa pembangunan ekonomi dan keberhasilan lebih mudah dicapai oleh otoritarianisme melalui penindasan hak-hak politik dan sipil. Juga tidak ada bukti mengenai kapasitas rezim tersebut untuk mempertahankan pembangunan dan mempertahankan kekuasaan mereka dalam jangka panjang. Dapat dikatakan bahwa banyak orang Singapura dan orang Asia lainnya menerima beberapa nilai Asia di atas; namun, mungkin mengherankan apakah nilai-nilai tersebut diterapkan pada hubungan dengan negara sehingga memungkinkan negara tersebut untuk mengarahkan warga negara dengan cara yang sesuai dengan tujuannya.

Fakta bahwa aspek-aspek tertentu dari masyarakat berbasis Asia atau Cina memungkinkan manipulasi mereka dengan mudah menambah bahaya lebih lanjut. Francis Fukuyama, dengan meragukan dugaan kecenderungan masyarakat Konfusian untuk mendisiplinkan, mengatakan: "seseorang dituntun untuk menduga bahwa penekanan pada otoritarianisme politik kurang merupakan cerminan dari disiplin diri masyarakat tersebut seperti yang diyakini orang luar daripada tingkat kewarganegaraan spontan mereka yang agak rendah dan ketakutan yang sesuai untuk terpecah belah jika tidak ada otoritas politik yang bersifat memaksa".

Fukuyama mengklaim bahwa fakta bahwa masyarakat Konfusian didasarkan pada ikatan keluarga yang kuat menyebabkan ketidakpercayaan umum terhadap apa yang berada di luar lingkup keluarga, dan sedikit rasa kewarganegaraan atau komunitas. Tidak ada dasar budaya untuk penerimaan otoritas politik. Mengingat kelemahan seperti itu, maka ada kebutuhan yang lebih besar untuk kontrol politik yang kuat. Jadi Fukuyama membandingkan masyarakat Tiongkok dengan apa yang disebut masyarakat berorientasi kelompok, seperti

Jepang, di mana organisasi kelompok di luar lingkup keluarga dan norma serta nilai-nilai komunitas lebih mudah diterima.

Argumen relativitas budaya

Semua klaim mengenai tidak dapat diterapkannya hak asasi manusia universal di Asia sebagai akibat dari nilai-nilai nya yang "unik" mendukung argumen relativisme budaya. Menurut argumen yang terakhir, tindakan sosial dapat dipahami dan dievaluasi hanya menurut kriteria khusus yang diadopsi oleh suatu budaya tertentu yang berusaha memahami dan mengevaluasi tindakan tersebut. Oleh karena itu, mengingat tidak ada masyarakat yang identik, tidak ada kriteria masyarakat tertentu yang dapat berhasil ditransposisikan atau dapat melampaui batas-batas budaya.

Pandangan Tiongkok (Republik Rakyat) tentang relativisme budaya sudah dikenal luas, meskipun masih layak untuk diingat. Sebagaimana dinyatakan secara resmi oleh Wakil Menteri Luar Negeri, Tn. Liu Huaqiu, pada kesempatan Konferensi Dunia tentang Hak Asasi Manusia di Wina tahun 1993:

Konsep hak asasi manusia merupakan produk dari perkembangan sejarah. Konsep ini terkait erat dengan kondisi sosial, politik, dan ekonomi tertentu serta sejarah, budaya, dan nilai-nilai tertentu dari suatu negara tertentu. Tahaptahap perkembangan sejarah yang berbeda memiliki persyaratan hak asasi manusia yang berbeda. Dengan demikian, seseorang tidak boleh dan tidak dapat menganggap standar dan model hak asasi manusia dari Negara-negara tertentu sebagai Satu-satunya yang tepat dan menuntut semua negara lain untuk mematuhinya. Bagi sejumlah besar negara berkembang, menghormati dan melindungi hak asasi manusia pertamatama dan terutama adalah memastikan terwujudnya hak atas penghidupan dan pembangunan secara penuh.

Deklarasi Bangkok (yang dibuat pada kesempatan Pertemuan Regional Asia Konferensi Dunia tentang Hak Asasi Manusia), tidak mengambil sikap tegas dalam hal ini: meskipun menerima universalitas, ia juga menekankan keadaan budaya; ia mengakui bahwa "meskipun hak asasi manusia bersifat universal, hak asasi manusia harus dipertimbangkan dalam konteks proses penetapan norma internasional yang dinamis dan terus berkembang, dengan mempertimbangkan signifikansi kekhususan nasional dan regional serta berbagai latar belakang sejarah, budaya, dan agama".

Para penganut pluralisme dan universalisme budaya mengklaim bahwa relativisme budaya bersifat etnosentris: hak asasi manusia melampaui waktu, budaya, ideologi, dan sistem nilai. Hak asasi manusia tidak bergantung pada kepercayaan, waktu, lembaga, budaya; sebaliknya, hak asasi manusia merupakan hak yang tidak dapat dicabut yang dimiliki oleh semua manusia. Penekanan Barat pada otonomi pribadi tidak serta merta berarti mengingkari otonomi pribadi orang Asia.

Sebaliknya, yang bervariasi adalah sentralitas nilai tersebut dalam setiap masyarakat pada setiap saat tertentu. Rasa hormat, kesopanan, atau penghormatan yang biasanya diberikan kepada orang tua dan pemimpin juga bervariasi; perbedaan mungkin begitu luas dan menimbulkan efek konsekuensial sehingga seseorang dapat dimaafkan karena tidak menghargai dengan jelas hakikat nilai-nilai tersebut.

Namun, perbedaan tersebut memiliki implikasi yang relevan: jika dibandingkan dengan nilai dan ideologi lain, nilai tertentu dapat memperoleh efek tertentu yang tidak ditemukan dalam nilai yang sama di tempat lain: misalnya, tugas Konfusianisme untuk menghormati, bersama dengan lima hubungan dan pemujaan leluhur yang mengikutinya, tidak memungkinkan adanya hak yang sesuai dan timbal balik. Kewajiban yang berasal dari hubungan harus dipenuhi secara independen dari apakah kewajiban tersebut pantas atau tidak oleh mereka yang berhak menerimanya.

Tidak adanya hak yang sesuai atau timbal balik dari yang diperintah, anak laki-laki, istri atau adik laki-laki terhadap tugas penguasa, ayah, suami atau kakak laki-laki secara logis dan empiris dibenarkan oleh fakta bahwa tugas dianggap sebagai kewajiban bagi anggota masyarakat daripada manusia perorangan. Klaim utamanya adalah bahwa tugas tersebut – dengan atau tanpa hak timbal balik tidak pernah dianggap atau tidak pernah berfungsi sebagai kontrol terhadap otoritas, baik itu keluarga atau negara. 4.7 Hak asasi manusia sebagai ideologi Barat

Mengingat liberalisme abad ke19 yang melahirkan ideologi hak asasi manusia modern merupakan hasil pemikiran Barat, telah dikemukakan bahwa hal itu mencerminkan nilai-nilai Barat yang tidak sesuai dengan dunia Timur: ini memang argumen relativisme budaya. Namun, keadaan bahwa hak asasi manusia merupakan hasil Barat tidak menyiratkan bahwa hak asasi manusia hanya mencerminkan nilai-nilai Barat. Seperti yang dikemukakan oleh Ibu Margaret Ng, ideologi hak asasi manusia merupakan artikulasi dari cita-cita yang berlaku universal yang kemudian menjadi kenyataan. Asal usul cita-cita hak asasi manusia dari Barat dengan demikian tidak menyiratkan karakter intrinsik Barat yang terakhir.

Hak asasi manusia dan pembangunan ekonomi

Menurut sebagian besar pemimpin Asia Timur, masalah yang dihadapi lebih banyak berkaitan dengan prioritas ekonomi daripada perlakuan terhadap subjek, orang, dan bangsa. Dengan menempatkan keluarga, komunitas, masyarakat, dan bangsa di atas individu, “nilai-nilai Asia” mengutamakan pembangunan ekonomi daripada hak-hak sipil dan politik.

Diyakini bahwa pembangunan ekonomi akan menghasilkan kondisi kehidupan yang lebih baik; penolakan atau penundaan hak-hak sipil dan politik kebebasan bergerak, berbicara, berbeda pendapat, berasosiasi, dan sebagainya akan membantu menjaga tatanan sosial dan stabilitas politik yang diperlukan untuk kemajuan ekonomi dan manfaat-manfaatnya selanjutnya. Namun, “diperlukan untuk apa dan untuk siapa?”.

Mari kita tutup dengan komentar yang memberi harapan. Pada tahun 1992, Organisasi NonPemerintah AsiaPasifik, dalam persiapan untuk Konferensi Dunia tentang Hak Asasi Manusia, mengeluarkan pernyataan yang merujuk pada universalitas hak asasi manusia:

Standar hak asasi manusia universal berakar pada banyak budaya. Kami menegaskan dasar universalitas hak asasi manusia yang memberikan perlindungan bagi seluruh umat manusia, termasuk kelompok khusus seperti perempuan, anak-anak, kaum minoritas dan masyarakat adat, pekerja, pengungsi dan orang terlantar, penyandang cacat dan orang lanjut usia. Meskipun menganjurkan pluralisme budaya, praktik-praktik budaya yang menyimpang dari hak asasi manusia yang diterima secara universal, termasuk hak-hak perempuan, tidak

boleh ditoleransi. Karena hak asasi manusia merupakan perhatian universal dan memiliki nilai universal, maka advokasi hak asasi manusia tidak dapat dianggap sebagai pelanggaran terhadap kedaulatan nasional.

BAB 18
ATURAN HUKUM INDIA: DARI KOLONIAL KE PASCAKOLONIAL

Sistem hukum kontemporer Barat mencerminkan masyarakat yang egaliter dan individualistis. Sistem ini berpusat pada individu dan melambangkan pemahaman individu tentang tatanan sosial. Sistem hukum tradisional India menggantikan gagasan legalitas dengan otoritas. Aturan smruti adalah "otoritas" karena dianggap mengekspresikan hukum. Namun, aturan tersebut tidak memiliki kekuatan mengikat dalam dirinya sendiri. Dengan demikian, masyarakat diorganisasikan berdasarkan modelnya sendiri.

Robert Lingat

Apa pun yang menjadi penekanan budaya tradisional India, kesetaraan dan individu merupakan perhatian utama dalam sistem konstitusional dan hukum kontemporer India; mustahil untuk memahami apa yang terjadi di India saat ini tanpa mempertimbangkan Konstitusi, hukum, dan politik.

André Beteille

Dalam epos India, seperti di banyak negara pagan, diyakini bahwa tidak ada yang sepenuhnya sempurna, bahkan dewa sekalipun. Tidak ada yang sepenuhnya jahat; kita semua memiliki kekurangan meskipun kita juga memiliki kemampuan untuk menebus kesalahan. (Menurut Radhabinod Pal, Satu-satunya hakim yang tidak setuju di Pengadilan Internasional yang mengadili kejahatan perang Jepang) keadilan tidak boleh ditegakkan hanya untuk memperpanjang pembalasan dendam.

Ashis Nandy

18.1 DHARMA DAN ATURAN HUKUM DALAM TRADISI KLASIK INDIA

Jika dibandingkan dengan budaya Barat modern, tradisi klasik India menunjukkan konsepsi yang sangat berbeda tentang aturan dan hukum. Sementara kekuatan legalitas yang membatasi merupakan hal yang utama bagi budaya Barat, dalam tradisi klasik India, otoritas moral merupakan inti dari aturan hukum. Hukum tradisional India tidak dicirikan oleh hukum positif dan legalitas, melainkan oleh otoritas dan tugas moral, yaitu oleh apa yang disebut dharma. Dharma tidak hanya mencakup aturan-aturan abadi yang melestarikan dunia, tetapi juga memaksakan sejumlah tugas kepada individu.

Menurut tradisi India klasik, aturan hukum, yang tersirat dalam gagasan dharma, merupakan bagian dari pengaturan transendental. Tuhan, atau Sang Pencipta, adalah sumber hukum tertinggi. Dalam hal ini, dharma menghubungkan alam transendental dengan dunia duniawi dan dengan masyarakat. Dharma dimaksudkan untuk menciptakan dunia yang lebih baik di mana individu dan masyarakat dapat mencapai realisasi diri ilahi. Seperti yang

digarisbawahi oleh Robert Lingat, hukum yang diungkapkan oleh sastras (teks-teks suci) tidak muncul dari keinginan manusia. Aturan-aturan perilaku dan tugastugas yang diucapkannya merupakan prasyarat untuk realisasi tatanan sosial yang sejalan dengan apa yang dimaksudkan oleh Sang Pencipta.

Seperti yang dikemukakan oleh Lingat, aturan-aturan tersebut sudah ada jauh sebelum aturan-aturan tersebut pertama kali diungkapkan secara formal. Di India klasik, aturan-aturan dianggap memiliki asal usul yang ilahi, sedangkan hukum adat Barat dianggap berasal dari pertimbangan sadar individuindividu dalam masyarakat. Meskipun hukum di India klasik berasal dari asal usul yang ilahi, adat istiadat bersifat konkret dan merupakan bagian dari realitas.

Tidak seperti hukum, adat istiadat merupakan perkembangan manusiawi murni dalam artian bahwa adat istiadat berkembang pada tingkat kelompok-kelompok manusia yang terlibat. Namun, tidak seperti yurisprudensi Romawi, dalam tradisi India klasik, asal usul adat istiadat tidak semata-mata disebabkan oleh pertimbangan manusia dan sosial; asal usulnya luput dari ingatan manusia, yang menganugerahkan padanya karakter yang hampir sakral dan memberinya kekuatan yang tidak dimilikinya maupun yang tidak dimilikinya dalam peradaban Barat.

Di India klasik, lembaga hukum dan pemerintahan tunduk pada otoritas spiritual yang ideal. Dalam istilah empiris, pemahaman khusus tentang aturan hukum tersebut tidak memungkinkan semua individu diperlakukan dengan hormat dan setara, meskipun, dalam istilah ideasional, subordinasi kekuasaan politik kepada otoritas spiritual menyediakan kerangka kerja bagi partisipasi ideal semua individu. Penyimpangan dari konseptualisasi ideal tersebut mengarah pada kekacauan, anarki, atau yang disebut arajakata. Dengan kata lain, anarki disebabkan oleh orang-orang yang menyimpang dari dharma, yaitu perilaku yang benar. Dalam hal ini, anarki tidak berarti kekosongan kekuasaan eksternal dalam masyarakat, yaitu masa peralihan antara kematian dan suksesi raja, tetapi lebih merupakan situasi khusus ketika yang lemah ditindas dan dieksploitasi di tangan yang kuat.

Arajakata menunjukkan kondisi ketika apa yang disebut matsya nyaya, atau hukum ikan, berlaku, di mana yang kuat menelan yang lemah tanpa hati nurani mereka terpengaruh atau tanpa menjadi sasaran hukuman sosial. Tradisi klasik India secara normatif memahami keteraturan dan anarki, khususnya dalam tradisi dan praktik Weda dan Upanishad. Dalam karyanya yang baru dan menggugah, Beyond Ego's Domain: Being and Order in the Vedas, ahli teori politik terkemuka India Ramashroy Roy berpendapat bahwa penyimpangan dari dharma, yang menyebabkan anarki atau arajakata, dapat disebabkan oleh keserakahan dan kecenderungan yang mengakar dalam diri setiap individu untuk memperoleh sebanyak mungkin barang duniawi demi merugikan orang lain.

Dalam perspektif Weda, sejalan dengan pemikiran Platonis, pembentukan ketertiban umum harus berjalan seiring dengan pembentukan ketertiban dalam diri individu, yang pada gilirannya, mengharuskan individu untuk mengatasi keserakahan, nafsu, dan egoisme, serta memelihara perasaan altruisme dan minat pada kebaikan publik. Proses semacam itu melibatkan penyesuaian jiwa seseorang dengan landasan keilahian diri dengan melepaskan

nafsu. Pelepasan seperti itu diperlukan karena ketika nafsu menguasai kehidupan individu, jiwanya akan tersiksa oleh kekacauan.

Namun, untuk melampaui nafsu individu dan menahan diri dari mengendalikan kehidupan orang lain yang, seperti yang dinyatakan oleh ahli teori modern Teressa Brennan, merupakan inti dari kejahatan sosial tidak dapat dicapai hanya dengan berpartisipasi dalam polis. Kekurangan karakter pribadi seseorang tidak dapat diperbaiki oleh ranah publik. Individu perlu dikonseptualisasikan sebagai warga negara tidak hanya dari polis tetapi juga dari komunitas kebaikan dan "kerajaan tujuan" Kant; Hal ini, pada gilirannya, mengharuskan individu untuk mematuhi dharma, dan dengan rela menerima kehidupan yang didedikasikan untuk pengembangan dharma. Menurut Roy, tanpa disiplin dharma, matsya nyaya menjadi kenyataan pahit dan ketertiban umum terancam.

Ketertiban dijamin dengan mengikuti dharma baik dalam kehidupan pribadi maupun publik; penyimpangan darinya mengarah pada pelanggaran hukum, anarki (arajakata), dan kekacauan sosial. Mengingat bahwa, dalam masyarakat yang terhormat, ketertiban memerlukan koordinasi yang tepat antara kehidupan individu dan masyarakat, maka diperlukan persiapan diri yang tepat. Tradisi India klasik yang berkaitan dengan ketertiban dan aturan hukum menekankan baik sentralitas persiapan diri yang tepat maupun batasan perundang-undangan eksternal dalam membangun ketertiban.

Mengekang dan mengendalikan nafsu yang tidak terkendali tidak terlalu bergantung pada peraturan dan sanksi eksternal melainkan pada pembangkitan kekuatan psikis yang mendorong keselamatan individu dan kerukunan sosial; hal ini terjadi melalui pengembangan rasa sosialitas yang menopang komitmen individu terhadap dharma. Menurut tradisi India klasik, aturan hukum ditujukan kepada individu yang tidak mampu, dengan kekuatannya sendiri, mengembangkan ketertiban dalam jiwa mereka, dan membutuhkan bujukan nomos dan sanksi hukum yang konstan.

Oleh karena itu, aturan hukum dalam tradisi India berpusat pada dharma atau jalan tugas atau perilaku yang benar. Namun, aturan dharma tidak hanya terbatas pada alam psikis dan upaya yang dilakukan untuk mengatasi nafsu dan termotivasi secara tepat dan psikis. Bahkan, aturan dharma juga membutuhkan pengaturan sosial dan kelembagaan yang tepat. Interaksi antara tatanan sosial yang mewujudkan prinsip-prinsip yang membentuk aturan dharma dan para anggotanya dicirikan oleh “responsivitas timbal balik”.

Di satu sisi, ia mengharuskan individu secara sadar dan aktif untuk menegakkan integritasnya; di sisi lain, ia mengharuskan tatanan sosial untuk menjaga integritas dan martabat individu. Tujuan dari “responsivitas timbal balik” tersebut adalah untuk membuat individu dan masyarakat kompatibel tidak hanya pada tingkat eksternal, tetapi juga pada tingkat yang lebih dalam. Hal ini ditekankan oleh Sri Aurobindo dan Coomaraswamy, dua orang sarjana besar kontemporer dalam tradisi dan pemikiran India. Menurut Sri Aurobindo, karena hubungan yang tepat antara jiwa dan Yang Maha Kuasa (ketika berada di Alam Semesta) bukanlah untuk menegaskan secara egois keberadaannya yang terpisah atau untuk menghapuskan dirinya sendiri dalam Yang Tak Terdefinisikan, melainkan untuk mewujudkan kesatuannya dengan Yang Ilahi dan dunia dan menyatukan mereka dalam diri individu,

hubungan yang tepat antara individu dan kolektivitas bukanlah untuk mengejar secara egois kemajuan material atau mentalnya sendiri atau keselamatan spiritual tanpa memperhatikan sesamanya, atau untuk menekan atau melumpuhkan perkembangannya yang tepat demi komunitas; melainkan untuk merangkum dalam dirinya sendiri semua kemungkinan terbaik dan terlengkapnya dan menyebarkannya melalui pikiran, tindakan, dan semua cara lain, sehingga seluruh umat manusia dapat lebih dekat dengan pencapaian kepribadian tertingginya.

Menurut Coomaraswamy, dengan demikian individu tidak lagi diperbudak oleh keinginannya sendiri, dan menemukan pemandu dan mentor yang tidak pernah salah dalam dharma atau Roh yang Bersemayam. "Pemerintahan sendiri" atau swaraj, yang bergantung pada pengendalian diri (atmasamyama), dengan demikian menjadi pusat politik dan realisasi diri.

Dalam lingkup pemerintahan sendiri atau tata kelola sendiri, aturan dan kekuasaan secara kualitatif berbeda dari aturan hukum dalam ranah publik. Sementara yang terakhir hanya diperbolehkan untuk mengadopsi metode pengendalian, pengaturan, dan dominasi, pemerintahan sendiri tidak dapat semata-mata mengadopsi model kekuasaan, yang dimaksudkan sebagai pengendalian dan dominasi atau sebagai gagasan Nietzschean dan Weberian tentang melaksanakan keinginan seseorang melawan keinginan orang lain; pemerintahan sendiri, sebaliknya, memerlukan pemahaman yang baru diubah dan diubah tentang aturan dan kekuasaan. Dengan kata lain, kekuasaan dalam pemerintahan sendiri menyerukan hubungan baru dengan diri sendiri, yaitu hubungan persuasi dan dialog; pemerintahan sendiri yang dialogis seperti itu dapat berkontribusi pada realisasi demokrasi dialogis dalam ranah publik.

Dalam tradisi India klasik, diyakini bahwa raja, sebagai pelaksana kekuasaan politik, tunduk kepada pendeta, purohita, Brahman. Ananda Coomaraswamy menganggap prinsip ini sebagai lambang ketundukan kekuasaan duniawi kepada otoritas spiritual. Prinsip seperti itu bertentangan dengan pemahaman konvensional tentang penguasa India klasik sebagai penguasa lalim timur. Coomaraswamy berpendapat bahwa kerajaan yang dibayangkan oleh doktrin tradisional India dengan demikian sangat jauh dari pemahaman kita tentang monarki absolut atau individualisme. Bahkan Arthasastra yang konon beraliran Machiavellian percaya bahwa hanya seorang penguasa yang tunduk pada aturannya sendiri yang dapat memerintah orang lain untuk waktu yang lama.

Kebutuhan para penguasa untuk memerintah diri sendiri mirip dengan apa yang Plutarch rekomendasikan kepada para gubernur Barat kuno dalam bukunya To an Uneducated Ruler: "Seseorang tidak akan dapat memerintah jika dirinya sendiri tidak diperintah. Sekarang, siapa yang dapat memerintah penguasa? Hukum, tentu saja; namun, ini tidak boleh dipahami sebagai hukum tertulis, melainkan sebagai akal budi, logos, yang ada di dalam jiwa penguasa dan tidak boleh meninggalkannya".

Oleh karena itu, menurut pemikiran tradisional, inti dari aturan hukum adalah aturan hukum sendiri. Hal ini kini sangat penting ketika berhadapan dengan batasan hukum sebagai landasan kehidupan individu yang baik dan ketika menangani sikap apatis terhadap minimalis

hukum.

Akan tetapi, masalah utama dari konsepsi tradisional tentang hukum dan partisipasi ideal pembentukan diri dan ketertiban umum yang mengikuti jalan dharma adalah bahwa lembaga-lembaga dalam masyarakat tradisional India tidak mampu menyamai model ideal tersebut. Manusmriti, atau Hukum Manu, sumber hukum penting dalam masyarakat tradisional India, mendukung pembedaan kasta dan gender: di India kuno, kaum Brahmana dianggap sebagai kelas superior. Dengan demikian, mereka memiliki hak istimewa dan prerogatif baik secara hukum maupun dalam praktik yang tidak diberikan kepada bagian lain dari masyarakat Hindu.

Ada dua sumber hukum di India klasik: hukum tertulis, yang disebut smritis (seperti Manu Smriti), dan adat istiadat. Sastra, atau teks suci, adalah sumber hukum tertulis, sedangkan adat istiadat adalah hukum tidak tertulis. Meskipun demikian, sastra pasti memasukkan banyak adat istiadat karena sastra itu sendiri merupakan hasil dari adat istiadat yang tersistematisasi. Lebih jauh, karena sastra didasarkan pada penggunaan, terutama dalam babbab praktis (vyavaharic), penggunaan dapat dirujuk untuk menjelaskan hukum tertulis, dan sastra menawarkan payung yang di bawahnya berbagai bentuk peradilan dapat menemukan tempat berlindung.

Hubungan antara hukum tertulis sastric dan adat istiadat tidak tertulis itu rumit. Ada banyak contoh ketika adat istiadat bertentangan dengan hukum tertulis, dan penguasa serta hakim harus menerima adat istiadat sebagai dasar hukum yang sah. Baik sastra maupun adat istiadat disajikan sebagai sesuatu yang konstan dan abadi, meskipun pada kenyataannya keduanya terbuka untuk berubah.

Akan tetapi, keduanya tidak dikodifikasi dan ditafsirkan secara beragam. Di Barat, hukum saat ini umumnya dianggap sebagai hukum yang tetap, tidak dapat ditafsirkan secara berbeda; Oleh karena itu, Zygmunt Bauman menganggap hukum sebagai ciri khas modernitas dan interpretatifitas sebagai ciri khas postmodernitas. Namun dalam tradisi India klasik, interpretatifitas memang merupakan inti dari aturan hukum: hal ini khususnya dapat dijelaskan dalam terang kepekaan India terhadap konteks, yang sangat kontras dengan karakter hukum modern yang melampaui konteks.

Meskipun sastra dan adat istiadat merupakan sumber hukum, hukum yang sebenarnya adalah hukum yang diterapkan oleh pengadilan. Raja adalah pengadilan banding tertinggi, meskipun hakim dijamin memiliki otonomi tertentu. Hukum adat India, yang dimodifikasi dari waktu ke waktu, tetap berlaku selama berabad-abad dan struktur fundamentalnya tidak terpengaruh oleh periode pemerintahan Muslim di India.

Seperti yang ditunjukkan Lingat, sistem yang diimpor oleh penjajah pada dasarnya mirip dengan sistem yang dianut umat Hindu. Dalam kedua kasus tersebut, otoritas hukum tidak bergantung pada keinginan orang-orang yang diatur olehnya, melainkan pada wahyu ilahi: di satu sisi pada AlQur'an dan Sunnah, dan di sisi lain pada Weda dan smriti. Hukum Islam hanya diterapkan kepada orang-orang beriman, sementara umat Hindu terus diperintah oleh dharmasastra. Di bawah hukum Hindu dan Islam, interpretasi sama pentingnya dan adat istiadat memegang peranan yang signifikan (jika tidak sama), meskipun pada prinsipnya tidak

dapat bertentangan dengan teks yang diwahyukan.

Akan tetapi, hukum dan masyarakat India sangat dipengaruhi oleh kolonialisme Inggris. Meskipun periode awal merupakan periode pengamatan timbal balik, di mana penguasa Inggris menahan diri untuk tidak memaksakan aturan mereka di India, hukum adat segera digantikan oleh hukum modern. "Pertemuan kolonial" semacam itu sangat memengaruhi aturan hukum dan masyarakat India; pada kenyataannya, fondasi hukum modern yang diletakkan selama kolonialisme masih terus memengaruhi dan menentukan hubungan antara hukum dan masyarakat di India kontemporer.

18.2 ATURAN HUKUM DAN PERTEMUAN KOLONIAL

Permulaan kekuasaan Inggris di India merupakan titik balik utama dalam masyarakat dan sejarah India. Perusahaan Hindia Timur, yang telah menguasai sebagian wilayah India pada abad kedelapan belas, memperkenalkan bentuk-bentuk administrasi politik dan peradilan yang otonom di wilayahnya. Seperti yang dilaporkan antropolog sejarah Bernard Cohn, pada paruh kedua abad kedelapan belas, Perusahaan Hindia Timur harus menciptakan negara yang melaluinya ia dapat mengelola wilayahnya yang berkembang pesat yang diperoleh melalui penaklukan atau pencaplokan.

Pembentukan negara semacam itu belum pernah terjadi sebelumnya dalam sejarah ketatanegaraan Inggris. Faktanya, kolonikoloni Inggris di Amerika Utara dan Karibia, sejak awal, memiliki bentuk pemerintahan yang sebagian besar merupakan perluasan dari lembaga-lembaga politik dan hukum dasar Inggris. Di India, sebaliknya, Inggris harus menciptakan sistem administrasi politik dan peradilan yang terpisah. Pada awalnya, para penguasa Inggris awal tidak tertarik untuk memperkenalkan aturan-aturan Inggris di India karena mereka lebih suka tidak mencampuri fungsi masyarakat India. Pada saat yang sama, Inggris merasa perlu untuk membuat hukum instrumental baru yang selaras dengan etos India.

Dalam hal ini, India juga digunakan sebagai "tempat pengujian" untuk bereksperimen dengan modelmodel aturan dan pemerintahan baru yang muncul di Inggris Raya, seperti yang diusulkan oleh kaum utilitarian. Seperti yang dikemukakan Erik Stokes dalam studi sejarahnya yang instruktif, English Utilitarians and India, pikiran Inggris menganggap masyarakat yang didasarkan pada adat istiadat yang tidak tertulis dan pemerintahan berdasarkan kebijaksanaan pribadi tidak dapat dipahami; mereka hanya menerima satu metode yang pasti untuk membedakan hak publik dari hak pribadi pengenalan sistem legalitas di mana hak-hak didefinisikan oleh badan hukum formal yang mengikat negara dan rakyatnya.

Dua pertimbangan penting yang mendasari penerapan hukum di India pada masa-masa awal kolonialisme, yaitu kebutuhan untuk membuat undang-undang tentang properti dan membuat aturan prosedural. Dalam hal yang terakhir, ada dua aliran pemikiran yang berlaku: di satu sisi, diyakini bahwa aturan baru harus didasarkan pada aturan India yang ada; di sisi lain, dianggap bahwa aturan asli terlalu kacau, sehingga perlu diformalkan dan dikodifikasi.

Oleh karena itu, di satu sisi, Warren Hastings, yang diangkat sebagai Gubernur Jenderal pertama Benggala pada tahun 1772, bersama dengan para sarjana dari British Raj awal di India

yang dikenal sebagai Orientalis menghormati tradisi asli India dan dengan demikian menginginkan aturan baru tersebut selaras dengan dharmasastra; di sisi lain, orang-orang seperti Thomas Macaulay dan James Mill dipengaruhi oleh ideologi utilitarian yang berlaku dan dengan demikian menganjurkan aturan formal yang sejalan dengan hukum Inggris.

Setelah tindakan parlemen, Warren Hastings diinstruksikan oleh Dewan Direksi untuk menempatkan pemerintahan Benggala pada pijakan yang stabil. Hastings pernah memiliki pengalaman dengan pemerintahan Muslim di Bengal dan tidak percaya bahwa pemerintahan India bersifat despotik. Sebaliknya, Hastings berpendapat bahwa pengetahuan dan pengalaman India, yang terkandung dalam berbagai tradisi tekstual Hindu dan Muslim, relevan untuk mengembangkan lembaga administratif Inggris.

Ia mendorong sekelompok pegawai muda East India Company untuk mempelajari bahasa "klasik" India Sansekerta, Persia, dan Arab sebagai bagian dari proyek ilmiah dan pragmatis yang bertujuan untuk menciptakan kumpulan pengetahuan yang dapat digunakan dalam pengendalian India yang efektif. Tujuannya adalah untuk membantu Inggris mendefinisikan apa yang dimaksud dengan India, dan untuk menciptakan sistem aturan yang sesuai dengan apa yang seharusnya merupakan lembaga adat. Namun, sistem aturan ini harus dijalankan oleh orang Inggris dan harus memperhitungkan gagasan Inggris tentang keadilan dan disiplin yang tepat, bentuk penghormatan dan perilaku yang menandai hubungan antara penguasa dan yang diperintah.

Sir William Jones (1746–1794), seorang sarjana klasik yang telah mempelajari bahasa Persia dan Arab di Oxford, sangat membantu Hastings dalam tugas di atas. Jones dan rekan-rekannya percaya bahwa badan hukum India yang tetap dapat ditemukan dalam teks-teks Hindu dan Muslim. Sama seperti Hastings, William Jones menolak gagasan bahwa konstitusi sipil India bersifat despotik, dan percaya bahwa telah ada legislator dan pembuat undang-undang India di masa lalu di antaranya Manu (pencipta Manusmriti yang terkenal dan penting) bukan hanya yang tertua tetapi juga yang paling suci.

Setelah karya Jones yang berdedikasi pada dharmasastra, penggantinya H.T. Colebrook menerbitkan The Digest of Hindu Law on Contracts and Succession di Calcutta pada tahun 1798. Digest mengkodifikasikan hukum-hukum Hindu yang diberikan, yang dengan demikian dibuat tidak dapat diubah, tidak seperti hukum-hukum Hindu "fleksibel" lainnya. Dalam administrasi peradilan, pengadilan awalnya beralih ke kitab suci untuk norma-norma domestik dan sosial, dan sangat bergantung pada interpretasi para pakar (cendekiawan Hindu tradisional) untuk hukum Hindu. Interpretasi ini mencerminkan pandangan masyarakat Brahmana, yang memandang hukum Hindu dalam hal prinsip-prinsip agama yang tidak dapat diubah.

Selama tahun-tahun awal kolonialisme, hukum Hindu kanonik ini memperluas otoritasnya di seluruh wilayah masyarakat yang luas yang belum pernah dicakupnya sebelumnya atau yang, untuk waktu yang sangat lama, telah memiliki adat istiadat mereka sendiri yang lebih lokal dan nonkitab suci. Menurut David Washbrook, munculnya hukum Hindu adalah salah satu dari banyak perkembangan yang menjadikan abad kesembilan belas sebagai "abad Brahmana", berbeda dengan abad kedua puluh, yang merupakan "abad

antiBrahmana".

Selama kolonialisme awal, Inggris adalah "pelindung sastra" yang antusias dan percaya bahwa teks asli atau kuno adalah yang paling autentik. Namun, dalam pemahaman orientalis tentang India dan hukumnya, interaksi dinamis antara hukum tekstual dan adat istiadat nontekstual, yang secara bertahap berkembang di India praInggris, dihipotesiskan.31

Pencarian kode formal aturan prosedural mengikuti pengenalan aturan yang lebih aman tentang properti pribadi. Cornwalis, Gubernur Jenderal Bengal yang menggantikan Hastings, memperkenalkan sistem zamindari, yang disebut Permanent Settlement, pada tahun 1793. Permanent Settlement menawarkan kepemilikan tanah kepada zamindar atau tuan tanah dengan imbalan pembayaran tahunan tetap kepada pemerintah.

Biaya tetap seperti itu memastikan pendapatan tetap bagi penguasa kolonial. Pengenalan properti pribadi dianggap sebagai sarana mendasar untuk menata masyarakat agraris India dan untuk pembentukan dasar yang koheren secara ideologis dan sistematis secara fungsional untuk pengumpulan pendapatan. Jika zamindar gagal membayar pembayaran tahunan yang tetap, tanah milik mereka dijual melalui lelang.

Namun, Henry Munro, Gubernur Jenderal Kepresidenan Tenggara Madras, tidak setuju dengan sistem seperti itu, dan dengan demikian memperkenalkan sistem ryotwari, di mana kepemilikan tanah diberikan kepada penyewa tunggal atau ryot daripada kepada tuan tanah besar. Ini membangun hubungan langsung antara negara kolonial dan petani; menurut Munro, sistemnya jauh lebih sejalan dengan etos masyarakat tradisional India. Kritiknya terhadap Pemukiman Permanen bersifat instruktif: "Kami telah, dalam keinginan kami untuk membuat semuanya seInggris mungkin di negara yang tidak menyerupai Inggris dalam hal apa pun, berusaha untuk menciptakan sekaligus di seluruh provinsi yang luas semacam kepemilikan tanah yang tidak pernah ada di sana".

Munro mendasarkan sistem pendapatan tanah pada kriteria tradisional yang diadopsi oleh penguasa India yang baik, di mana bagian negara dari hasil bumi tidak boleh melebihi sepertiga.34 Seperti William Jones, Munro sangat tertarik pada lembaga-lembaga pribumi; Oleh karena itu, ia ingin memulihkan yurisdiksi panchayat, yaitu pengadilan adat yang terdiri dari para tetua desa, dan memberi kepala desa kekuasaan terbatas dalam kasus-kasus perdata dan pidana kecil, dengan demikian mengangkat golongan baru "hakim pribumi" India dengan yurisdiksi yang sangat luas, dan membatasi hak-hak rakyat dari pengadilan yang lebih rendah.

Di bawah pemerintahan kolonial Inggris, supremasi hukum dan hukum properti berkembang Bersama-sama, meskipun pemberian hak properti permanen kepada tuan tanah besar di bawah Perjanjian Tetap justru menghancurkan alihalih mengembangkan pedesaan India. Jauh dari mendefinisikan dan melindungi hak-hak yang ada, Cornwalis telah melemparkan sistem pertanahan ke dalam kebingungan dengan memberikan hak properti yang hampir absolut kepada para zamindar besar dan membiarkan semua kepentingan bawahan tidak terdefinisi. Banyaknya tuntutan hukum yang timbul dari Perjanjian Tetap ditangani oleh organisasi peradilan yang sama sekali tidak memadai, baik dalam cakupan maupun pengaturannya.

Lebih jauh lagi, lamanya dan biaya proses peradilan telah menjadi sangat besar

sehingga sama saja dengan penolakan terhadap keadilan dan “anarki yang merusak”. Seperti yang ditulis oleh antropolog sejarah Nicholas Dirks, pemukiman permanen memberikan salah satu contoh paling jelas tentang perwujudan konsep rezim lama oleh Inggris, dalam kerangka sistem “progresif” baru yang diatur oleh prinsip-prinsip utama ketertiban dan pendapatan. Batas-batas menjadi tetap, hubungan-hubungan menjadi terkodifikasi secara birokratis. Ketetapan tuntutan pendapatan merupakan metafora dari perubahan-perubahan tersebut dan landasan fundamental dari rezim baru. Untuk mempertahankan tuntutan pendapatan dan tatanan sosial lokal, Rajaraja dan Kerajaan-kerajaan ditundukkan kepada struktur kelembagaan sistem hukum kolonial yang baru.

Perlu diingat bahwa kepemilikan tanah prakolonial sangat jauh dari gagasan Inggris tentang kepemilikan tetap dan permanen. Di India prakolonial, terdapat berbagai jenis kepemilikan, termasuk kepemilikan komunal; lebih jauh lagi, pada abad kedelapan belas, di beberapa bagian India (seperti Tamil Nadu), antara 50% dan 60% dari semua tanah yang dapat ditanami dimasukkan ke dalam kategori tanah inam (bebas pajak).

Tidak seperti penguasa kolonial mereka, raja tidak memerintah dengan mengelola tanah yang nilai utamanya terkait dengan pendapatan yang dihasilkannya, melainkan dengan memberikan sumbangan. Orang Inggris, yang memiliki pandangan yang sangat berbeda tentang hak milik, tidak memahami pengaturan seperti itu dan, ketika mencoba menetapkan siapa yang memiliki tanah, mendasarkan asumsi mereka pada pertentangan, bukan komplementaritas; mereka mengira pemilik tanah adalah penggarap atau raja, dan dengan demikian menciptakan banyak masalah klasifikasi dalam hal ini.

Sehubungan dengan aturan hukum, hukum adat secara bertahap diubah selama kolonialisme dan, kemudian, selama India pascakemerdekaan. Kita harus ingat bahwa, ketika Sir William Jones dan rekan-rekannya menghasilkan Digest of Hindu laws, hukum-hukum yang dikodifikasikan itu sendiri sudah berbeda dari konseptualisasi dan elaborasi prakolonial mereka. Seperti yang dikemukakan oleh Archana Parashar, meskipun hakim menerapkan aturan-aturan hukum Hindu dan Islam, mereka menafsirkannya sesuai dengan pemahaman dan pelatihan mereka sendiri. Selain itu, aturan prosedural dan pembuktian asing bagi hukum Hindu atau Islam dan, ketika diterapkan pada yang terakhir, mereka secara radikal mengubahnya. Inggris berusaha untuk memformalkan dan mensistematisasi hukum dalam masyarakat India kolonial.

Faktanya, di India praInggris, ada banyak yurisdiksi lokal yang tumpang tindih dan banyak kelompok menikmati tingkat otonomi yang berbeda dalam menjalankan hukum. Hubungan antara tingkat tertinggi dan paling otoritatif dari sistem hukum dan tingkat "terendah" bukanlah hubungan subordinasi dalam hierarki birokrasi. Alihalih diberlakukan secara sistematis pada pengadilan yang lebih rendah, hukum yang "lebih tinggi" disaring ke bawah (dan kadang-kadang bahkan ke atas) melalui berbagai ide dan teknik. Sebaliknya, Inggris memformalkan hierarki peradilan dan berusaha membuatnya tersentralisasi dan sistematis.

Thomas Macaulay, anggota Komisi Hukum 1835, memainkan peran penting dalam kodifikasi dan formalisasi tersebut. Kontribusi Macaulay yang paling penting dan abadi bagi

hukum India adalah pembentukan Kitab Undang-undang Hukum Pidana India. Pada tahun 1835, Macaulay menginstruksikan Komisi Hukum untuk membuat kitab undang-undang pidana yang lengkap untuk seluruh Kekaisaran India; kitab undang-undang itu tidak boleh menjadi intisari dari undang-undang yang ada tetapi harus mencakup semua reformasi yang diinginkan. Macaulay menolak untuk mendasarkan kitab undang-undang pidana baru pada sistem hukum pidana India yang ada; dalam hal ini, ia memberikan bukti signifikan yang diduga membuktikan sifat despotik dan kacau dari kitab undang-undang pidana India yang ada.

Pada saat itu, umat Hindu dan Muslim tidak hanya diatur oleh kitab undang-undang perdata dan hukum perdata yang berbeda tetapi juga oleh kitab undang-undang pidana yang berbeda. Macaulay memang menyadari bahwa pembentukan hukum perdata yang seragam akan sulit karena akan menyentuh yurisdiksi agama Hindu dan Islam. Oleh karena itu, ia membatasi upayanya pada penciptaan hukum pidana yang seragam. Namun, pada tahun 1835, hukum pidana Islam yang diwarisi dan diklaim dijalankan oleh Inggris, telah dilapisi oleh Hukum Regulasi sehingga tidak dapat dikenali lagi. Tidak mengherankan, sejak tahun 1832, Inggris telah menghentikan praktik fatwa yang ditentukan oleh hukum pribadi Islam.

Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana tahun 1835 memakan waktu lebih dari 20 tahun dan disahkan pada tahun 1860 sebagai hukum pidana umum India. Dalam formulasi khususnya, Macaulay dipengaruhi oleh kaum utilitarian Inggris (terutama oleh Jeremy Bentham) yang pencariannya akan aturan tegas juga didorong oleh tujuan otoriter. James Mill, yang terlibat langsung dalam administrasi India, berpendapat bahwa India sangat membutuhkan hukum umum, dan bahwa ini hanya dapat dicapai oleh "pemerintahan absolut", dan bukan oleh pemerintahan rakyat.

Faktanya, justru konsepsi otoriter seperti itulah yang membuat Mills mendukung pembentukan Komisi Hukum dengan anggota konstitutif sesedikit mungkin. Dalam hal ini, pembuatan hukum menjadi proses elitis dan tidak dimaksudkan untuk menjadi bagian dari apa yang kemudian disebut Habermas sebagai pembentukan wacana publik tentang keinginan.44 Lebih dari 150 tahun setelah pembentukan Komisi Hukum India yang pertama, proses pembuatan hukum elitis seperti itu masih menjadi aturan: seperti yang diklaim oleh Upendra Baxi sehubungan dengan situasi kontemporer, pembuatan hukum kurang lebih tetap menjadi hak prerogatif eksklusif dari sebagian kecil elit. Hal ini tentu saja memengaruhi kualitas hukum yang diberlakukan dan komunikasi sosial, penyebaran, penerimaan, dan efektivitasnya.

Setelah Pemberontakan Sepoy tahun 1857 Perang Kemerdekaan India pertama, di mana umat Hindu dan Muslim berperang melawan kekuasaan kolonial Perusahaan Hindia Timur India berada di bawah kekuasaan langsung Mahkota Inggris pada tahun 1858. Pada tahun 1864, sistem peradilan direformasi secara radikal, dan petugas hukum Hindu dan Muslim disingkirkan dari berbagai pengadilan India. Kodifikasi hukum dan konsolidasi sistem prosedural semakin diintensifkan pada seperempat abad setelah pengambilalihan India oleh Kerajaan Inggris.

Sementara hukum yang diterapkan di pengadilan sebelum tahun 1860 sangat bervariasi, pada tahun 1882 terjadi kodifikasi yang hampir lengkap dari semua bidang hukum komersial, pidana, dan prosedural, dengan Satu-satunya pengecualian hukum pribadi Hindu

dan Muslim. Sementara hukum Hindu dan Muslim sebelumnya berlaku untuk berbagai masalah, sekarang hukum tersebut dibatasi pada masalah hukum pribadi (hukum keluarga, warisan, suksesi, kasta, wakaf keagamaan). Selain itu, kodekode baru tersebut tidak mewakili perpaduan dengan hukum adat; sebaliknya, mereka mengubahnya secara radikal. Administrasi hukum prosedural dialihkan dari pengadilan informal ke pengadilan pemerintah yang membatasi dan mengubah penerapan hukum adat.

Transformasi aturan hukum yang ditimbulkan oleh “pertemuan kolonial” seperti itu, dalam kata-kata Henry Maine, merupakan pergeseran historis yang berbeda “dari status ke kontrak”. Namun, menurut sejumlah mahasiswa kritis sejarah dan masyarakat India, aturan hukum pada masa kolonial secara ketat menetapkan batas-batas individu dan kolektif. Hal ini dicontohkan oleh perwujudan desa, kasta, dan suku yang terjadi selama kolonialisme Inggris. Richard Smith, misalnya, berpendapat bahwa ketika wilayah baru berada di bawah kekuasaan Inggris, komunitas desa sebagai unit administratif diidealkan sebagai “persemakmuran kecil” atau “republik kecil”. “Kasta”, di sisi lain, adalah konsep yang berbeda, dengan potensi penggunaan resmi yang berbeda. Menjadi sumber pengetahuan masyarakat India daripada unit administratif, keutamaannya yang besar adalah bahwa ia merangkul seluruh India dan semua bagian masyarakat India. Meskipun tidak dapat menjadi dasar ekstraksi pendapatan, hal itu penting untuk konstruksi masyarakat India yang terbatas.

Dalam perwujudan kasta, yang menandai "aturan berdasarkan laporan", individu kehilangan universalitas peran sosialnya dalam "komunitas desa" dan mengenakan pakaian India tertentu, yaitu "kasta". Jadi, meskipun Pemerintah telah menetapkan hubungan langsung dengan setiap individu, hak-hak yang terakhir bergantung pada statusnya dalam masyarakat. Dapat dikatakan bahwa, dalam aturan hukum, peralihan dari kontrak ke status telah menjadi lingkaran penuh.

Kode dan hukum yang baru dirumuskan di atas diterapkan dengan cara yang kompleks. Arjun Appadurai menyajikan deskripsi etnohistoris tentang fungsi aturan hukum yang kompleks tersebut sehubungan dengan administrasi kuil. Di India prakolonial, hanya raja, bukan legislator, yang menjadi administrator kuil, karena tidak ada hukum wakaf dalam hal ini. Ketika aturan hukum diformalkan oleh kolonialisme, kuilkuil mulai dikelola berdasarkan model “perwalian amal” Inggris. Akan tetapi, model perwalian Inggris, yang dengannya harta yang diwakafkan dialihkan kepada (dan dilimpahkan kepada) seorang wali amanat untuk kepentingan para penerima manfaat, jelas tidak berlaku untuk kuil Hindu, yang mana harta itu jelas dilimpahkan kepada berhala dan hanya dikelola atas nama berhala itu oleh wali amanat.

Sangat mungkin, karena ambiguitas seperti itu, wakaf keagamaan secara eksplisit dikecualikan dari ruang lingkup Undang-undang Perwalian India tahun 1882. Meskipun demikian, mengingat kurangnya alternatif yang sistematis, model perwalian Inggris terus diterapkan melalui analogi, sehingga memandu putusan pengadilan AngloIndia. Dalam hal ini, kontribusi Appadurai signifikan karena menggambarkan dampak aturan hukum kolonial terhadap pengelolaan kuilkuil India; Appadurai melaporkan bahwa aktivitas peradilan pengadilan Inggris di Madras antara tahun 1878 dan 1925 memiliki dua efek yang luas pada Kuil Sri Partasarati Svami (Triplicane, Madras): pertama, gagasan tentang komunitas Tenkalai

(komunitas penyembah kuil) dielaborasi, disempurnakan, dan dikodifikasi; pada saat yang sama, dan secara paradoks, berbagai subkelompok dan individu dalam komunitas Tenkalai didorong untuk menekankan heterogenitas kepentingan mereka dan merumuskan hak-hak khusus mereka dengan cara yang saling bertentangan, sehingga membuat otoritas di kuil menjadi lebih rapuh daripada sebelumnya.

Upaya peradilan untuk mengklasifikasikan, mendefinisikan, dan membatasi konsep komunitas "Tenkalai" menimbulkan lebih banyak ketegangan daripada yang diselesaikannya. "Skema" untuk tata kelola kuil, putusan dan preseden yang dibuat oleh pengadilan memberikan lebih banyak kesempatan bagi para pihak yang bersengketa untuk secara refleksif menyempurnakan konsep diri dan aspirasi politik mereka. Teks hukum mendorong penyebaran gagasan masa lalu dan model masa depan.

Perlu dicatat bahwa, selama kolonialisme Inggris, India tidak sepenuhnya berada di bawah kekuasaan langsung Inggris, karena ada dua jenis "wilayah India", yaitu India Britania dan India kerajaan. Yang terakhir, yang mencakup sepertiga dari anak benua India, diperintah oleh pangeran asli dan relatif otonom. Di Negara-negara kerajaan, undang-undang progresif kadang-kadang diperkenalkan, terutama di bidang hukum keluarga dan pribadi. Selama kolonialisme, pada kenyataannya, umat Hindu dan Muslim diatur oleh hukum pribadi masing-masing; meskipun hukum tersebut bias gender dan diskriminatif terhadap perempuan, penguasa Inggris lebih suka untuk tidak ikut campur. Penguasa Negara-negara kerajaan, sebaliknya, berusaha untuk memperbaiki hukum pribadi yang diskriminatif tersebut.

Misalnya, negara bagian kerajaan Baroda adalah negara bagian pertama yang memperkenalkan undang-undang tentang perceraian. Undang-undang progresif serupa diberlakukan di negara bagian kerajaan Mysore; sebagaimana ditetapkan oleh sejarawan sosial Janaki Nair, Mysore memperkenalkan dan mengambil beberapa langkah untuk menerapkan Undang-undang Pencegahan Pernikahan Bayi sejak awal tahun 1894, menghindari perdebatan sengit mengenai Undang-undang Usia Persetujuan yang terjadi di India Britania. Selain itu, sebuah RUU yang memberikan hak kepada perempuan berdasarkan Hukum Hindu, yang memperluas hak milik, memberikan pemeliharaan, adopsi, dan hak-hak terkait, menjadi undang-undang dengan relatif sedikit pertentangan pada tahun 1933, empat tahun sebelum RUU yang hanya bersifat parsial disahkan oleh Badan Legislatif Pusat.

Dalam pemeriksaan Bernard Cohn atas upaya Inggris untuk menetapkan aturan hukum formal di India dalam periode antara upaya Warren Hasting pada tahun 1772 dan kuartal terakhir abad kesembilan belas, dikemukakan bahwa penerbitan keputusan yang berwenang dalam bahasa Inggris sepenuhnya mengubah "hukum Hindu" menjadi bentuk hukum kasus Inggris. Saat memeriksa sebuah buku tentang hukum Hindu, kita sekarang dihadapkan dengan sejumlah besar kutipan yang merujuk pada preseden (seperti dalam semua sistem hukum Anglo-Saxon), pembuatan hukum diserahkan kepada keterampilan dan pengalaman peradilan. Oleh karena itu, upaya awal Warren Hastings dan Sir William Jones untuk mendeteksi “konstitusi India kuno” berubah menjadi apa yang mereka tentang dengan keras, yaitu hukum Inggris menjadi hukum India.

18.3 PERCOBAAN PASCA KOLONIAL

Sistem hukum yang dibentuk selama pemerintahan Inggris di India tetap dipertahankan setelah India merdeka. Dalam Majelis Konstituante, yang membahas konsep dan teks Konstitusi India yang baru selama 2 tahun (1947–1949), tidak ada upaya bersama yang dilakukan untuk menciptakan hukum adat berdasarkan dharmasastra atau untuk menghidupkan kembali hukum adat setempat. M.K. Gandhi, pemimpin perjuangan India untuk kebebasan, adalah seorang kritikus besar gaya hidup Barat, termasuk sistem hukum. Gandhi mendukung desa, bukan individu, sebagai administrator keadilan; namun, upaya Gandhi untuk membentuk pemerintahan berdasarkan otonomi desa dan kemandirian ditolak oleh Majelis, yang memilih republik federal dan parlementer dengan administrasi birokrasi terpusat. Seperti yang dicatat oleh Marc Galanter sehubungan dengan penciptaan hukum konstitusional di India pascakolonial yang merdeka, Satu-satunya konsesi kepada Gandhi adalah prinsip direktif yang mendukung panchayat desa sebagai unit pemerintahan mandiri lokal. Sistem hukum yang ada tidak diubah; kekuasaan baru diberikan kepada badan peradilan dan independensinya ditingkatkan dengan jaminan yang rumit.

Namun, sementara panchayat desa awalnya diakui sebagai unit administrasi lokal oleh prinsip arahan negara, sejak tahun 1992, sesuai dengan Amandemen ke72 dan ke73 Konstitusi, telah menjadi kewajiban konstitusional untuk mengadakan pemilihan panchayat secara teratur dan untuk berbagi kekuasaan dengan perwakilan mereka. Pengenalan Konstitusi India yang baru adalah momen yang menentukan dalam sejarah India. Konstitusi India memberikan alternatif bagi dharmasastra sebagai landasan aturan hukum. Disonansi normatif yang diperkenalkan oleh Konstitusi dalam masyarakat tradisional India dijelaskan dengan baik oleh André Beteille, sosiolog terkemuka India; Menurut Beteille, masyarakat Hindu tradisional adalah sistem yang harmonis di mana ketidaksetaraan ada dan dianggap sah, sedangkan Konstitusi memperkenalkan sistem diakronis di mana ketidaksetaraan ada meskipun tidak lagi sah.

Konstitusi menjamin sekularisme dan menjanjikan kesetaraan dan martabat sosialekonomi bagi semua warga negara. Sejak diberlakukan, Konstitusi telah dilihat sebagai dokumen yang berpotensi membawa demokrasi yang lebih besar. Aturan hukum yang diabadikan dalam Konstitusi India tidak hanya menegakkan otonomi sistem hukum tetapi juga mendukung hukum sebagai instrumen untuk transformasi sosial dan tatanan sosial yang adil. Jawaharlal Nehru, Perdana Menteri pertama India, secara khusus mendesak penggunaan hukum dan Konstitusi untuk reformasi sosialekonomi. Sebagian besar program untuk perubahan sosialekonomi dipercayakan kepada Prinsip Direktif Kebijakan Negara.

Seperti yang dikemukakan oleh Rajeev Dhavan, seorang komentator yang cermat tentang isu-isu ini, hal ini mengarah pada penciptaan negara kesejahteraan positivistik, yang membutuhkan kekuatan hukum yang sangat besar untuk melaksanakan transformasi sosial dan ekonomi India. Hukum harus secara fungsional diarahkan untuk mencapai perubahan sosial yang ditahbiskan secara politis. Selama proses menuju Konstitusi, ada konsensus sosial dan politik yang luas mengenai gagasan bahwa Satu-satunya cara India dapat memberikan keadilan sosialekonomi substantif adalah melalui tidak hanya pembangunan yang terencana

tetapi juga transformasi masyarakat India yang efektif; dan hukum harus menjadi instrumen transformasi semacam itu.

Penggunaan Konstitusi sebagai sarana untuk memastikan keadilan sosialekonomi masih menginspirasi perdebatan kontemporer. Barubaru ini, penciptaan litigasi kepentingan publik (PIL) memungkinkan Mahkamah Agung India untuk menghidupkan kembali peradilan sebagai instrumen pemerintahan. PIL memberi hak kepada penggugat yang bersangkutan warga negara dan organisasi sukarela lainnya untuk mengajukan masalah yang akan segera ditangani di hadapan Mahkamah Agung atau Pengadilan Tinggi atas nama pihakpihak terkait.

Sangeeta Ahuja, yang telah meneliti perkembangan ini secara menyeluruh, mengamati bahwa PIL pertama kali dibayangkan pada akhir tahun 1970an sebagai cara untuk memastikan keadilan dan menyelesaikan masalah publik yang penting, dan ditujukan kepada mereka yang tidak memiliki pengetahuan atau sumber daya yang dibutuhkan untuk mengajukan tindakan. Banyak kasus PIL awal menangani kondisi tahanan dan kejadian di mana hak-hak fundamental disalahgunakan.

Keadilan P.N. Bhagwati, mantan Ketua Mahkamah Agung India, yang memainkan peran penting dalam melembagakan PIL, berpendapat bahwa PIL diajukan ke Pengadilan bukan untuk tujuan menegakkan hak satu individu terhadap individu lain, seperti halnya kasus litigasi biasa; sebaliknya, PIL dimaksudkan untuk mempromosikan dan membela kepentingan publik, ini memerlukan perbaikan atas pelanggaran hak konstitusional dan hukum yang diderita oleh sejumlah besar orang miskin atau bodoh, atau oleh individu dalam kondisi sosial atau ekonomi terbelakang Dalam dua dekade terakhir, Mahkamah Agung India telah menangani PIL dalam berbagai konteks, seperti lingkungan dan pencemaran lingkungan, korupsi, dan pelanggaran hak asasi manusia.

Sekarang, ada baiknya untuk merenungkan Mahkamah Agung India, yang merupakan lembaga tertinggi dalam aturan hukum India. Sejak didirikan, Mahkamah Agung India telah mewujudkan dua pendekatan yang berbeda, yaitu pendekatan konservatif dan radikal. Pada tahun-tahun awal Konstitusi, Perdana Menteri Nehru menyatakan ketidakpuasannya dengan sikap sejumlah hakim Mahkamah Agung, karena mereka lebih mengutamakan hak milik daripada kesetaraan dalam menafsirkan Konstitusi secara hukum.

Nehru, pada kenyataannya, sangat ingin menghapuskan zamindari atau kepemilikan tanah, dan keunggulan Mahkamah Agung yang diberikan kepada properti menciptakan hambatan yang nyata dalam hal ini. Saat ini, Mahkamah Agung masih mewujudkan orientasi yang disebutkan di atas. Dalam beberapa kasus, Mahkamah Agung telah menyetujui langkah-langkah legislatif yang radikal, misalnya pemberitahuan Pemerintah tahun 1990 yang menerapkan rekomendasi Komisi Mandal tentang penyediaan pekerjaan bagi kelaskelas yang secara ekonomi dan sosial kurang mampu.

Hingga saat itu, tempat-tempat dalam pendidikan dan pekerjaan hanya diperuntukkan bagi kasta dan suku yang paling tidak mampu dan tertindas, yang dikenal sebagai Kasta dan Suku Terjadwal; undang-undang yang ditetapkan oleh Pemerintah baru memperluas reservasi tersebut ke kasta lain yang secara ekonomi dan sosial kurang mampu. Meskipun, selama tahun-tahun awal India pascakemerdekaan, peradilan dianggap sebagai lembaga pemerintah,

kemudian secara bertahap dianggap sebagai bagian dari polaritas konstitusional Pemerintah, dan sekarang dianggap sebagai lembaga pemerintahan dalam haknya sendiri.

Berfungsinya PIL dalam 20 tahun terakhir mencerminkan perkembangan peradilan sebagai entitas otonom. Mahkamah Agung kadang-kadang mengambil beberapa keputusan yang berani meskipun kontroversial, seperti penutupan industri yang mencemari di ibu kota, Delhi. Di India yang merdeka, peradilan telah bertanggung jawab baik dalam hal struktural maupun "berorientasi nilai". Sebagaimana telah dikemukakan, karena struktur demokrasi pada dasarnya merupakan struktur mayoritas, keputusan tidak hanya harus dipertanggungjawabkan secara demokratis dalam hal struktural tetapi juga harus “dipertanggungjawabkan berdasarkan nilai”, sehingga tujuan keadilan dapat terpenuhi secara adil.

Seperti yang terlihat di atas, sistem hukum berbasis undang-undang Inggris awalnya bertabrakan dengan sistem hukum tradisional berbasis nilai India. Namun, dalam lembaga hukum India kontemporer, sistem hukum berbasis nilai belum sepenuhnya digantikan oleh hukum berbasis undang-undang. Meskipun Konstitusi telah menggantikan dharmasastra, para hakim terus mengadopsi pendekatan dharmasastra terhadap Konstitusi sejauh mereka menekankan struktur dasar Konstitusi yang tidak dapat diganggu gugat, yang didasarkan pada demokrasi dan sekularisme.

Seperti yang ditunjukkan Rajeev Dhavan, bahkan jika hukum India sekarang berbasis undang-undang dan sepenuhnya “Barat”, para hakim India masih ingin mengadopsi pendekatan dharmasastra terhadap hukum Anglophone. Hal ini mungkin menjelaskan kedekatan mereka dengan doktrindoktrin peninjauan kembali yudisial yang dinyatakan secara luas, termasuk doktrin struktur dasar yang terkenal, yang secara kuat mendukung konstitusionalisme dengan cara-cara yang belum pernah terjadi sebelumnya. Menurut beberapa pengamat bidang hukum India, seperti Chris Fuller, cara kerja hakim India sebagian besar mirip dengan cara kerja para pakar tradisional, yaitu para penafsir teks-teks suci.

Menurut Fuller, kepastian hukum modern merupakan suatu cita-cita, karena preseden-preseden (seperti perundang-undangan) selalu tunduk pada penafsiran yudisial. Hal ini telah diketahui jauh sebelum Dworkin menekankan peran penafsiran dalam proses hukum. Setelah fleksibilitas hukum modern diakui, kontras antara hukum modern dan hukum tradisional hanya menjadi masalah derajat, seperti halnya perbedaan antara penalaran yudisial modern dan penafsiran agama Hindu klasik.

Pengenalan hukum perdata yang seragam merupakan bagian dari prinsip-prinsip arahan kebijakan negara yang ditetapkan oleh Konstitusi. Seperti yang telah kita lihat, selama kolonialisme, umat Hindu, Muslim, dan Kristen memiliki hukum pribadi mereka sendiri yang berbeda. Namun, dalam praktiknya, hukum pribadi umat Hindu dan Muslim tunduk pada proses Brahminisasi dan Islamisasi, di mana administrator kolonial memastikan dan menetapkan hukum pribadi tersebut berdasarkan teks-teks kitab suci mereka.

Setelah kemerdekaan India dan pemberlakuan Konstitusi, hukum pribadi Hindu sangat dimodifikasi. Pada tahun 1955–1956, Parlemen India mengeluarkan serangkaian undang-undang, yang secara kolektif dikenal sebagai Kode Hindu, yang mengakibatkan hukum Hindu

diubah secara radikal: pengaturan sosial Hindu, untuk pertama kalinya, ditempatkan sepenuhnya dalam lingkup peraturan legislatif; karenanya, tradisi sāstrik hampir sepenuhnya ditiadakan.65 Lebih jauh, kode tersebut menetapkan Parlemen sebagai badan legislatif pusat bagi umat Hindu dalam masalah keluarga dan sosial.

Akan tetapi, menurut para mahasiswa reformasi hukum keluarga kritis di India, seperti Archana Parashar, reformasi hukum pribadi Hindu tidak menghasilkan kesetaraan gender yang penuh dan substantif: meskipun reformasi yang dilakukan terhadap hukum Hindu pada awalnya dirancang untuk memberi perempuan lebih banyak hak hukum, kesetaraan hukum yang lengkap bagi perempuan tidak pernah benar-benar diupayakan. Lebih jauh, dengan memandang kesetaraan dan keseragaman jenis kelamin dalam hukum Hindu sebagai tujuan yang diinginkan, para pemimpin politik menggunakan reformasi hukum sebagai instrumen pembangunan politik daripada sebagai sarana untuk memastikan kesetaraan hukum itu sendiri.

Dewasa ini, umat Muslim dan Kristen tetap memiliki hukum pribadi kuno mereka sendiri, meskipun pemerintah barubaru ini berupaya untuk memperkenalkan hukum baru yang memudahkan perempuan Kristen untuk memperoleh perceraian. Dieter Conrad, yang telah lama mempelajari masalah konstitusional hukum pribadi di India, mengklaim bahwa terdapat area yang luas dalam sistem hukum India di mana aturan konstitusional tidak berlaku, atau lebih tepatnya tidak diterapkan oleh badan legislatif atau yudikatif.

Area tersebut bukan hanya salah satu dari sekian banyak percabangan hukum dan kehidupan sosial, tetapi lebih menyangkut inti posisi individu sebagai manusia dalam masyarakat. Isu krusialnya adalah kondisi perempuan yang, dalam semua hukum pribadi, meskipun dalam derajat yang berbeda-beda, menjadi sasaran perlakuan diskriminatif68 Misalnya, menurut hukum pribadi Muslim, poligami diizinkan untuk laki-laki tetapi tidak untuk perempuan, dan bahkan setelah Kitab Undang-undang Hindu tahun 1955, anak perempuan Hindu tetap dikecualikan dari hak milik bersama oleh hukum keluarga gabungan mitakhara.69

Adanya hukum perdata yang diskriminatif seperti itu mengharuskan hukum dan masyarakat India untuk lebih memperdalam dan menguniversalkan aturan hukum. Akan tetapi, penyusunan hukum perdata yang seragam, yang seharusnya dimaksudkan untuk memastikan universalisasi di atas, harus berhadapan dengan fakta bahwa kelompok besar warga negara menganggap hukum perdata mereka sebagai bagian penting dari agama mereka. Menurut Mahkamah Agung, faktor tersebut perlu diperhitungkan dalam menentukan ruang lingkup undang-undang yang diizinkan.

Kasus Shah Bano, seorang wanita Muslim yang ditolak, secara dramatis menggambarkan kesulitan yang terkait dengan perumusan hukum perdata yang seragam. Shah Bano, seorang wanita Muslim yang miskin, mengajukan permohonan kepada Pengadilan untuk mendapatkan tunjangan dari mantan suaminya; pada tahun 1985, Mahkamah Agung India menguatkan keputusan Pengadilan Tinggi, yang memerintahkan sang suami untuk membayar tunjangan kepada Shah Bano. Namun, Dewan Hukum Perdata Muslim menentang putusan Mahkamah Agung, dengan mengklaim bahwa keputusan tersebut sangat mengganggu hukum perdata Muslim; dengan sangat cepat, kekuatan politik dan agama

konservatif, yang diduga mewakili kepentingan agama kaum minoritas, memberikan tekanan politik kepada Pemerintah.

Di bawah kepemimpinan Perdana Menteri Rajiv Gandhi, Pemerintah, alihalih memanfaatkan kesempatan ini untuk mendorong perdebatan reformasi, memperkenalkan undang-undang baru yang membatalkan keputusan Mahkamah Agung, sehingga menolak keadilan bagi wanita Muslim. Kasus seperti itu menggambarkan kemenangan para pemimpin agama dan politik Muslim konservatif, yang berpurapura mewakili seluruh populasi Muslim. Para pemimpin tersebut menentang hukum perdata yang seragam dengan alasan bahwa hal itu akan mengganggu hukum pribadi agama mereka.

Namun, para pemimpin agama harus menafsirkan ulang hukum agama dalam terang tantangan kontemporer. Mungkin mengherankan apakah kebebasan beragama dapat digunakan untuk menekan hak yang dijamin secara konstitusional atas kesetaraan semua individu, terutama wanita. Isu utama berpusat di sekitar konflik antara hak-hak minoritas dan hak-hak wanita dari komunitas minoritas. Perwakilan dari minoritas agama tidak memberikan suara kepada kelompok-kelompok yang ditekan dalam komunitas mereka. Dalam konteks ini, berbagai solusi diajukan. Menurut kritikus radikal, seperti Parashar, hukum pribadi harus dihapuskan.

Namun, pemikir lain seperti Dieter Conrad, menyarankan untuk memperkenalkan "pilihan individu" dalam hal-hal yang diatur oleh hukum pribadi, seperti yang terjadi di bawah Undang-undang Perkawinan Khusus tahun 1954, atau melalui klausul opsional dalam Undang-undang Penerapan Hukum Pribadi Muslim (Syariat) tahun 1937. Menurut Conrad, pilihan individu akan memastikan bahwa hukum pribadi tidak ditegakkan sebagai status askriptif atas dasar afiliasi agama semata. Cukup paradoks, kekhasan hukum hierarkis dapat lebih mudah dibenarkan jika diterima melalui pilihan individu.

18.4 RULE OF LAW DAN TANTANGAN DI INDIA MODERN

Sosiolog André Beteille adalah komentator yang tajam dan kritis tentang aturan hukum dalam masyarakat India. Menurut Beteille, aktivis, cendekiawan, dan warga negara India belum cukup memperhatikan kebutuhan untuk secara cermat mengikuti aturan dan prosedur dalam apa yang disebutnya interpretasi populis dan mobilisasi demokrasi. Beteille, yang memiliki pemahaman konstitusionalis dan prosedural tentang demokrasi, percaya bahwa kecenderungan umum masyarakat India adalah untuk regulasi oleh orang daripada oleh aturan.

Dengan mengikuti pandangan Irawati Karve di mana peradaban India telah dibentuk oleh prinsip akresi, yang memungkinkan akumulasi aturan terus menerus tanpa penghapusan yang lama Beteille berpendapat bahwa ketika aturan baru diberlakukan di India, yang lama tidak serta merta dibuang; karenanya, aturan-aturan baru hidup berdampingan dengan aturan-aturan yang usang, tidak sesuai dengan zaman, dan tidak konsisten. Di India, administrasi melalui aturan-aturan yang impersonal menghambat sistematisasi, karena ini akan memerlukan penghapusan terus menerus aturan-aturan lama dan tidak sesuai dengan zaman.

Pendapat Beteille bahwa India hampir tidak dapat tunduk pada aturan hukum dikuatkan oleh komentatorkomentator kritis lainnya, seperti Satish Saberwal dan Upendra Baxi. Menurut yang pertama, masyarakat India secara historis tidak cenderung untuk mematuhi aturan-aturan umum: di bawah hukum Manu, misalnya, hukuman tergantung pada status kasta pelaku kejahatan.

Menurut Upendra Baxi, elitelit politik India dan kelas menengah ke atas belum menginternalisasi nilai legalisme. Pemikiran Baxi, yang muncul 20 tahun lalu, masih relevan hingga saat ini: banyak warga India merasa bahwa mematuhi peraturan tidak hanya tidak dapat dibenarkan, tetapi juga kontraproduktif. Korupsi dan pelanggaran hukum oleh pemerintah, pelanggaran hukum dan hak asasi manusia, serta kegagalan untuk melaksanakan kewajiban hukum semakin menantang penegakan hukum di India.

Beteille menggarisbawahi perbedaan antara Prinsip-prinsip Arahan Kebijakan Negara dan Hak-hak Fundamental konstitusional: semua Hak-hak Fundamental, termasuk kesetaraan, dapat ditegakkan oleh pengadilan.

Sebaliknya, Prinsip-prinsip Arahan Kebijakan Negara tidak dapat ditegakkan secara yudisial meskipun memiliki nilai sosial dan politik yang besar. Namun, selama bertahun-tahun, keutamaan Hak-hak Fundamental telah direlatifkan untuk memberi kepentingan pada keadilan sosial dan kebijakan egaliter. Segera setelah Konstitusi baru diberlakukan, dua instrumen utama kebijakan egaliter, yaitu reformasi agraria di satu sisi dan kuota jinak di sisi lain, dihadapkan dengan Hak-hak Fundamental. Oleh karena itu, yang terakhir disesuaikan oleh Amandemen Pertama Konstitusi untuk mengakomodasi kebijakan yang dirancang untuk mengurangi kesenjangan antar kelas dan kasta.

Konsep kesetaraan sebagai hak, dalam perkembangan wacana hukum dan kebijakan publik, telah bergeser menjadi kesetaraan sebagai kebijakan afirmatif. Dalam hal ini, Andre Beteille mengemukakan kritik tajam terhadap penerapan sistem reservasi dalam bidang pendidikan dan ketenagakerjaan yang ditujukan untuk kelompok kasta yang secara sosial dan ekonomi terpinggirkan. Ia menilai bahwa kebijakan tersebut mereduksi makna kesetaraan individual, khususnya dalam konteks kesetaraan kesempatan, dan justru berpotensi mengolok-olok prinsip tersebut.

Meskipun demikian, kritik Beteille terhadap apa yang ia pandang sebagai degradasi kesetaraan hukum menjadi sekadar kebijakan populis dipertentangkan oleh para pemikir lain seperti Upendra Baxi. Baxi justru memandang bahwa transformasi ketentuan konstitusional menjadi tindakan afirmatif yang konkret mencerminkan langkah progresif untuk mewujudkan hak-hak sosial dan ekonomi bagi individu.

Lebih jauh, Baxi menyoroti bagaimana lembaga-lembaga hukum yang ada sering kali menjadi hambatan dalam pelaksanaan nilai-nilai emansipatoris dan normatif yang terkandung dalam konstitusi. Ia berpendapat bahwa meskipun Konstitusi India, bersama dengan sistem hukumnya, mengandung semangat redistributif yang kuat, lembaga-lembaga hukum utama di India justru cenderung mempertahankan bahkan memperparah status quo sosial. Dalam pandangan Baxi, sistem hukum acap kali menghambat dinamika yang seharusnya menyertai cita-cita konstitusional menuju tatanan sosial yang lebih adil dan setara.

Menurut sejumlah mahasiswa hukum dan masyarakat yang kritis, seperti Rajeev Dhavan, janji konstitusional untuk tatanan sosial yang adil itu sendiri "setengah hati"; Dhavan berpendapat bahwa tidak pernah ada perbedaan besar antara rencana pembangunan Nehru untuk rakyat India dan teori hukum positivis Inggris yang diteruskan ke pengadilan India yang merdeka. Fakta bahwa Majelis Konstituante memasukkan Piagam Hak yang dapat ditegakkan secara hukum ke dalam Konstitusi tidak merugikan mandat positivis hukum India.

Hak-hak dasar yang dijamin bagi warga negara pada kenyataannya dianggap sebagai “hak hukum” yang diberikan oleh undang-undang khusus: setiap hak memiliki beberapa batasan dan ditafsirkan seperti ketentuan hukum lainnya. Baxi melangkah lebih jauh dengan menggarisbawahi kelanjutan model kolonial yang didasarkan pada mobilisasi hukum yang reaktif, bukan proaktif. Ia juga menekankan masalah akses terhadap supremasi hukum: sistem hukum Negara, yang sangat meresap di daerah perkotaan, hampir tidak ada di daerah pedesaan.

Rendahnya visibilitas sistem hukum Negara dan kehadirannya yang minim membuat hukum resmi, bersama dengan nilai-nilai dan prosesnya, tidak dapat diakses dan bahkan tidak relevan bagi masyarakat. Selain itu, biaya pengadilan yang selangit membuat orang enggan mengambil tindakan hukum. Sejumlah upaya telah dilakukan selama bertahun-tahun untuk membuat hukum lebih mudah diakses: 40 tahun yang lalu, Nyaya Panchayat didirikan untuk memperbaiki keseimbangan, namun upaya ini tidak membuat banyak kemajuan. Bahkan Sistem Panchayat Raj yang baru belum membawa perubahan signifikan dalam pencapaian keadilan lokal.

India saat ini diperintah oleh koalisi partaipartai yang membentuk apa yang disebut Aliansi Demokrasi Nasional, yang tokoh utamanya adalah Partai Bharatiya Janata, yang secara aktif mendukung agenda fundamentalis Hindu. Pergolakan sistem politik dan sosial India barubaru ini telah menyebabkan runtuhnya dominasi satu partai di dunia politik India, yang pada gilirannya telah menyebabkan ketidakstabilan politik di pusat.

Cukuplah untuk mengatakan bahwa, dalam 5 tahun terakhir saja, telah terjadi tiga pemilihan umum untuk Parlemen India pada tahun 1996, 1998, dan 1999. Setelah pemilihan umum terakhir, koalisi yang berkuasa membentuk Komite Peninjauan Konstitusi yang diberi tugas untuk meninjau Konstitusi. Tinjauan ini dimaksudkan untuk memeriksa isu-isu penting di bidang tata kelola, terutama reformasi federalis yang berkaitan dengan hubungan antara kekuasaan pusat dan Negara Bagian, yang masih dicirikan oleh pembagian sumber daya ekonomi dan kekuasaan politik yang tidak adil pencapaian stabilitas politik sekarang dan masa depan dan Persatuan Pemerintah di era koalisi yang terfragmentasi.

Sementara komisi peninjauan cenderung memeriksa konversi Prinsip-prinsip Arahan yang diberikan menjadi Hak-hak Fundamental (terutama hak untuk pendidikan dasar), ketakutan yang meluas dan kontemporer dari rakyat India adalah bahwa peninjauan Konstitusi adalah upaya diamdiam dari pihak partai yang berkuasa untuk membongkar struktur konstitusional dasar India, seperti sekularisme dan demokrasi parlementer.

Upendra Baxi berpendapat bahwa komisi peninjauan tidak diperlukan karena Konstitusi sendiri memungkinkan perubahan melalui amandemen konstitusional. Namun,

meskipun Konstitusi mengizinkan perubahan di dalamnya, ia tidak mengizinkan perubahan di dalamnya: perubahan Konstitusi tidak diizinkan oleh konstitusionalisme India saat ini, yang menyangkal legitimasi subversinya.

Kebutuhan untuk waspada terhadap subversi konstitusional apa pun juga dijunjung tinggi oleh Presiden Republik India, K.R. Narayanan. Ia lahir dalam keluarga miskin yang terisolasi di Kerala; bahkan akses ke sekolah dasarnya sulit. Ia sekarang adalah Presiden Republik India, dan "perjalanannya" dari sebuah dusun terpencil di Kerala ke kantor Presiden Republik melambangkan transformasi sosial yang telah terjadi di India pascakemerdekaan. Konstitusi India telah memainkan peran yang menginspirasi dalam transformasi semacam itu.

Narayanan sering mendorong partaipartai India yang mendukung perubahan Konstitusi untuk merenungkan apakah mereka telah gagal mematuhi Konstitusi atau apakah Konstitusi telah gagal kepada mereka. Dalam pidatonya kepada rakyat menjelang peringatan 100 tahun berlakunya Konstitusi India pada tanggal 25 Januari 2001, ia menyatakan bahwa komitmen sosial konstitusional tidak dapat diabaikan. Kata-katanya secara khusus ditujukan kepada partaipartai di India yang ingin menumbangkan janjijanji emansipatoris Konstitusi. Menurut Narayanan, demokrasi telah berkembang pesat selama 50 tahun terakhir di bawah ketentuan-ketentuan Konstitusi yang fleksibel dan luas. India saat ini diakui sebagai negara demokrasi yang hebat bahkan demokrasi terbesar di dunia dan Konstitusi India mewujudkan hak-hak politik, sosial, dan ekonomi rakyat.

18.5 ATURAN HUKUM DAN SERUAN UNTUK TRANSFORMASI DIRI

Dalam esai ini, kita telah membahas periode sejarah yang panjang, lebih dari 5.000 tahun, dan telah membahas cara masyarakat India memahami aturan hukum sepanjang sejarahnya. Kita telah meneliti aturan hukum dalam tradisi klasik India dan fungsinya di bawah Konstitusi India yang merdeka. Konstitusi India kontemporer berupaya menciptakan aturan hukum yang lebih setara dan adil daripada yang dijamin oleh otoritas tradisional, seperti Manusmriti. Konstitusi bertujuan untuk menghilangkan penghinaan yang melekat dalam kasta tradisional dan patriarki, sehingga menciptakan dasar baru untuk mewujudkan martabat manusia. Pencapaian kesetaraan formal dan substantif saat ini dapat menumbuhkan kehidupan dharma atau perilaku yang benar dalam diri individu dan dalam masyarakat.

Di bagian pertama esai ini, kita menggarisbawahi bagaimana pemerintahan sendiri merupakan pusat perwujudan tatanan individu dan kolektif. Namun, pemerintahan sendiri perlu difasilitasi oleh keberadaan tatanan sosial, kelembagaan, dan hukum yang tepat yang menjamin kesetaraan hukum bagi semua individu, terlepas dari kelas, kasta, agama, dan jenis kelamin mereka. Oleh karena itu, hukum modern dapat menciptakan kondisi sosiologis yang tepat untuk mewujudkan kehidupan dharma.

Namun, meskipun hukum modern diperlukan, hukum tersebut tidak cukup untuk mewujudkan pemerintahan sendiri dan tatanan sosial. Dalam hal ini, teori hukum modern, baik di India kontemporer maupun di Barat, dapat mengambil inspirasi dari tradisi India tentang pengembangan diri dan transformasi diri. Transformasi dirilah yang memungkinkan kita untuk "melampaui" wacana tentang aturan hukum, tentang diri sendiri dan masyarakat,

dan mencapai tingkat analisis baru; tradisi spiritual India merupakan tantangan yang terus menerus mendorong kita untuk memasukkan tingkat lebih jauh tersebut dalam rutinitas hukum kita.

Seperti yang dikemukakan oleh J.D.M. Derrett, tradisi doktrin hukum Hindu yang tak terputus menggarisbawahi bahwa hukum Hindu berkaitan dengan keabadian dan moralitas dalam arti terluasnya, sehingga tidak terbatas pada pertimbangan material dan kontingen. Sasheej Hegde berpendapat bahwa aturan dan hukum dalam tradisi India mendukung moralitas subjektivasi, yang melampaui ruang lingkup kekuasaan.

Memang ada dimensi imperatif/preskriptif dari aturan hukum dalam tradisi India, meskipun ini tidak dapat dipaksakan pada kelompok dan lembaga sebagai kendala ekstrinsik, dan tidak dapat dijadikan sekadar instrumen untuk pelaksanaannya; prinsip universalisasi yang dapat dicapai dengan bantuan dimensi semacam itu harus dipenuhi dengan klarifikasi dari sudut pandang moral. Julukan "hukum" dan "moral" dianggap hampir sama dan, dalam tradisi India, keduanya dipahami sebagai cara yang saling melengkapi untuk mengarahkan kekuasaan.

Dampak transformasional moralitas terhadap aturan hukum karena moralitas dimaksudkan lebih dari sekadar mematuhi norma-norma sosial memerlukan kemungkinan untuk bertindak benar sesuai dengan hati nurani seseorang, dan dengan demikian memiliki signifikansi yang sangat penting. Seperti yang diklaim oleh Veena Das, teks-teks suci (termasuk dharmasastra), alihalih menetapkan perilaku tertentu, menggambarkan kode etik yang dianggap patut dicontoh atau diinginkan. Jika konsepsi semacam itu dicirikan sebagai murni Brahmanic, kesempatan untuk memperlakukannya sebagai sumber konseptual yang penting akan hilang.

Dalam tradisi Barat modern, berbagai konseptualisasi tentang aturan hukum pertama kali dikemukakan dengan sikap emansipatoris; namun, sejak pertengahan abad kesembilan belas, hukum Barat sebagai emansipasi telah digantikan oleh gagasan hukum sebagai regulasi. Krisis aturan hukum kontemporer, baik di India maupun di Barat, menyaksikan runtuhnya emansipasi yang direduksi menjadi regulasi; karenanya, dimensi emansipatoris dari aturan hukum perlu dinilai ulang dan direvitalisasi.

Ini menyerukan untuk menggabungkan model emansipasi lama yang memerlukan perlawanan terhadap kekuatan penindas eksternal dan untuk memahami dan mewujudkan emansipasi dari penindasan sosial, bersama dengan pemberdayaan berikutnya; Hal ini harus disertai dengan pelepasan nafsu egois dan keinginan untuk mengendalikan orang lain, serta keinginan untuk berkontribusi pada penciptaan masyarakat yang partisipatif dan transformatif sebagai wilayah kebebasan spiritual dan intersubjektivitas bersama.

Untuk menyusun dimensi emansipasi baru tersebut, yang didasarkan pada pengembangan diri, transendensi diri, dan transformasi diri, diperlukan pemahaman baru tentang individu dan masyarakat. Santos mengklaim bahwa keruntuhan emansipasi menjadi regulasi merupakan gambaran habisnya paradigma modernitas: pandangan sempit terhadap diri kita sendiri cenderung mendorong pandangan yang lebih sempit terhadap orang lain. Santos percaya bahwa paradigma hukum yang baru muncul mensyaratkan transformasi rangkap tiga, yang dengannya kekuasaan menjadi kewenangan bersama, hukum despotik

menjadi hukum demokratis, dan pengetahuan sebagai regulasi menjadi pengetahuan sebagai emansipasi.

Untuk mencapai transformasi rangkap tiga tersebut, diperlukan subjektivitas baru, yaitu subjektivitas yang dibentuk oleh topos pengetahuan yang bijaksana untuk kehidupan yang layak. Menurut Santos, subjektivitas hukum yang sedang bangkit hidup "di garis depan"; hidup di garis depan berarti hidup dalam penangguhan, dalam ruang hampa, dalam waktu di antara waktu Hidup dalam ruang dan waktu yang hampa mengharuskan kita untuk menghargai dialektika antara waktu dan keabadian, tradisi dan modernitas; Dalam hal ini, keterbukaan sosialspiritual dan tradisional India terhadap kekosongan sebagai dimensi integral ruang, waktu, diri sendiri dan masyarakat dapat membantu kita dalam membawa emansipasi ke inti aturan hukum.

Subjektivitas hukum yang meningkat membutuhkan etika baru, di mana aturan dan regulasi apriori saja tidak cukup untuk memastikan penilaian yang bijaksana atas dilema dalam konteks hukum, etika, dan moral, atau dalam menjalani kehidupan yang adil dan bertanggung jawab. Tanggung jawab sebagai kewajiban tanpa syarat harus dibawa ke dalam ruang lingkup aturan hukum, sehingga dapat dikompensasi dan dihukum. Kehidupan yang bertanggung jawab membutuhkan penilaian yang bijaksana yang, pada gilirannya, menuntut bimbingan hati nurani kita yang berkelanjutan.

Namun, dalam tradisi hukum dan politik Barat modern, yang dicontohkan oleh karya Kant, Rawls, dan Habermas, hati nurani memiliki Ciri-ciri legalitas sosial yang diinternalisasi sebagai moralitas murni. Sebaliknya, untuk membawa hati nurani ke jantung hukum, kita perlu memahami bahwa hati nurani bukan hanya produk masyarakat. Sebaliknya, hati nuranilah yang membuat individu memahami bahwa kehidupan individu lain sama pentingnya dengan kehidupannya sendiri. Dengan demikian, interpretasi hati nurani yang responsif secara ontologis untuk aturan hukum yang adil sangat penting, dan pendekatan dharma India dapat membantu kita dalam hal ini.

Dalam refleksi kritisnya tentang hukum dan masyarakat India, André Beteille berpendapat bahwa hak-hak individu tidak memiliki kedalaman dan keteguhan yang sama di India dan jangkar yang sama dalam struktur sosialnya seperti yang mereka miliki di Amerika Serikat. Namun, relativisasi hak-hak individu India seperti itu dapat memungkinkan kita untuk merancang hubungan yang lebih seimbang antara hak-hak individu dan kolektif.

Budaya hukum Barat modern secara tradisional telah memberikan keutamaan yang tidak perlu dipertanyakan lagi kepada hak-hak individu; meskipun demikian, melalui revolusi sosial dan teoritis postmodernisme dan multikulturalisme, sistem hukum Barat perlahan-lahan telah mengakui dan melembagakan hak-hak kolektif. Namun, keseimbangan yang tepat antara hak-hak individu dan kolektif saat ini masih menjadi tantangan besar; Eksperimen Barat dalam hal ini dapat mengambil inspirasi dari upaya India, di mana kebijakan diskriminasi kompensasi telah berupaya untuk mencapai keseimbangan antara hak individu dan hak kolektif.

Upaya tradisional dan modern India untuk membangun hubungan kreatif antara individu dan masyarakat masih belum lengkap. Namun, upaya tersebut selalu berupaya untuk merelatifkan keutamaan egoisme hak kolektif atau individu, masyarakat atau individu, dengan

memperkenalkan dimensi transendental ke dalam rutinitas pemerintahan dan hukum. Tradisi spiritual India selalu menekankan bahwa masyarakat bukan sekadar kontrak. Wawasan seperti itu saat ini sangat membantu dalam memikirkan kembali dan menyusun kembali hukum dan masyarakat.

BAB 19
TRADISI HUKUM CINA DAN EROPA TENTANG ATURAN HUKUM

Perbedaan besar yang ada antara tradisi hukum di Tiongkok dan semangat aturan hukum sebagaimana dipahami di Eropa merupakan hasil dari dua tradisi yang sangat berbeda dalam kehidupan sosial dan budaya nasional. Meskipun demikian, tradisi hukum Tiongkok memiliki beberapa kemiripan yang jelas dengan semangat aturan hukum Eropa. Perbedaan dalam budaya manusia tidak dapat hanya dijelaskan dalam hal geografi dan sejarah. Baik secara sadar atau tidak, manusia cenderung mengambil jalan yang sama menuju pembangunan.

Tradisi hukum Tiongkok pertama kali memulai modernisasi pada tahun 1840, tanggal yang menandai dimulainya periode modern, menjauh dari arah yang menuju bencana. Abad kedua puluh terurai di antara dua tonggak hukum utama yang memungkinkan pengembangan kegiatan hukum. Yang pertama adalah Reformasi Konstitusi tahun 1898, tepat sebelum awal abad ini, sementara strategi "Menjalankan Negara Menurut Hukum" secara resmi ditetapkan tepat sebelum akhir abad ini, pada tahun 1997.

19.1 TENTANG TRADISI HUKUM CINA

Tradisi hukum Tiongkok tidak hanya menjadi objek studi bagi para ahli hukum dan sejarawan hukum. Bidang ini merupakan faktor budaya hidup yang memiliki dampak besar pada kehidupan hukum Tiongkok modern.

Apa itu tradisi hukum?

Pemahaman saya tentang tradisi hukum agak berbeda dengan pandangan para ahli hukum lainnya. Tradisi ini dapat dibagi lagi menjadi dua aspek. Pertama, ada basis nilai, yang mengatur praktik kegiatan hukum dan mengekspresikan teori hukum, serta filosofi dan etika yang menginformasikannya. Semua faktor ini tidak dapat dipisahkan dari pengalaman sejarah dan budaya suatu negara atau bangsa; semuanya muncul secara bertahap, sebagai hasil dari proses yang sangat panjang. Semuanya diwariskan dari generasi ke generasi, tanpa banyak perubahan, dalam stabilitas yang relatif.

Aspek kedua meliputi kegiatan hukum itu sendiri, yaitu metode kerja perundang-undangan dan administrasi peradilan seperti, misalnya, hukum formal, yurisprudensi, dan bidang hukum yang menggabungkan hukum formal dan yurisprudensi. Oleh karena itu, di satu sisi, kita harus mempertimbangkan serangkaian nilai (basis nilai) yang menginformasikan suatu negara atau bangsa, dengan demikian mendominasi praktik hukumnya. Di sisi lain, kita memiliki bentuk-bentuk kerja sosial yang memungkinkan basisbasis nilai ini diberlakukan melalui proses legislasi dan administrasi peradilan. Tradisi hukum suatu negara atau bangsa terdiri dari kombinasi kedua aspek fundamental ini.

Definisi saya tentang tradisi hukum dipengaruhi oleh teori silsilah hukum, meskipun saya tidak bermaksud menerima teori ini secara keseluruhan, dan akan menyarankan

beberapa revisi. Sebelum mencoba mengklasifikasikan tradisi hukum dunia pada tingkat makro, kriteria yang ketat harus ditetapkan untuk menghindari penggunaan standar ganda atau lebih sekaligus. Oleh karena itu, jika kita membagi tradisi hukum dunia berdasarkan basis nilai, kita akan mendapatkan dua kelompok utama: tradisi hukum Barat yang individualis dan tradisi hukum Timur yang kolektivisme.

Klasifikasi berdasarkan jenis hukum (perundang-undangan, administrasi peradilan, dan metode kerja dasar), di sisi lain, menghasilkan tiga kelompok berbeda: hukum tertulis (silsilah hukum di benua Eropa), hukum kasus (silsilah hukum AngloAmerika), dan hukum campuran (silsilah hukum Tiongkok). Dua silsilah hukum utama di barat memiliki basis nilai yang sama, tetapi berbeda dalam hal jenis.

Jika kita membandingkan, misalnya, tipologi hukum bekas Uni Soviet dengan hukum tertulis Benua Eropa, kita tidak menemukan perbedaan signifikan terkait jenis hukum, meskipun kedua sistem tersebut jelas berlandaskan pada perangkat dasar nilai yang berbeda. Hukum Soviet jelas berbeda dari dua silsilah utama Barat, meskipun jenisnya mirip. Secara umum, tradisi hukum suatu negara atau bangsa terdiri dari cara dasar nilai dan jenis hukumnya tercermin dalam praktik hukumnya.

Dua faktor penting tradisi hukum Tiongkok

Tradisi hukum Tiongkok muncul dari kegiatan hukum praktis yang telah berlangsung selama ribuan tahun. Tradisi ini masih memainkan peran penting dalam kehidupan sosial saat ini. Tradisi ini memiliki kolektivisme sebagai dasar nilai, dan memiliki metode campuran dalam hal jenis.

Kolektivisme sebagai dasar nilai.

Tradisi hukum Tiongkok didasarkan pada kolektivisme, yang terdiri dari sistem klan patriarki di satu sisi dan nasionalisme terpusat di sisi lain. Tradisi ini sangat berlawanan dengan individualisme Barat. Ritus merupakan inti dari sistem klan patriarki, yang bertumpu pada hak tetua laki-laki yang terhormat. Hak ini mewujudkan konsepsi dan prinsip moral klan patriarki; hak ini bergantung pada serangkaian hubungan seperti ayah yang baik anak yang berbakti dan laki-laki dengan kedudukan tinggi perempuan dengan kedudukan rendah. Nilai sosial dari ritus terletak pada pengaturan serangkaian kewajiban individu untuk menjaga perdamaian dalam klan. Selama ribuan tahun, aktivitas dan pemikiran orang dibatasi oleh ritus.

Di sisi lain, nasionalisme terpusat mewujudkan dan mencerminkan semangat dan cara kerja rezim negara birokratis dan monarki otokratisnya yang terpusat, serta hukum yang dibuat dan ditegakkan oleh rezim tersebut. Hukum menetapkan serangkaian kewajiban bagi rakyat dan membayangkan hukuman yang kejam bagi mereka yang berani melanggarnya; fungsi utamanya adalah menjaga stabilitas negara otokratis. Ritus (klan patriarki) dan hukum (negara otokratis) dengan demikian bersatu untuk membatasi kebebasan individu. Anda akan kesulitan menemukan istilah-istilah seperti hak individu dan kebebasan dalam kamus budaya Tiongkok kuno.

Hukum campuran sebagai jenis hukum.

Dalam masyarakat feodal Tiongkok, setiap generasi dinasti sangat mementingkan penyusunan kode tertulis untuk menentukan administrasi peradilan. Dalam keadaan historis

khusus, para hakim di berbagai tingkatan diizinkan untuk membuat hukum dan menerapkannya sesuai dengan praktik preseden peradilan. Kasus-kasus khusus ini sebagian besar terjadi setelah penggulingan dinasti lama, sebelum penguasa baru memiliki cukup waktu untuk menyusun kode tertulis baru. Dengan laju kehidupan sosial yang semakin cepat, kode tertulis lama pasti akan dianggap kurang dan ketinggalan zaman.

Dinasti baru harus memperbarui kode hukum lama dengan memperkenalkan ortodoksi hukum baru. Preseden peradilan disusun menjadi beberapa jilid dan diklasifikasikan ke dalam kategori untuk digunakan oleh para hakim. Beberapa prinsip dari preseden peradilan ini mungkin pada waktunya akan diserap ke dalam undang-undang dan membentuk bagian baru dari kode tertulis. Dengan demikian, Tiongkok kuno dapat dikatakan memiliki hukum campuran sebagai suatu jenis. Xun Zi, salah satu perwakilan Konfusianisme di akhir Periode Negara-negara Berperang, merupakan bapak dari jenis praktik hukum ini, yaitu praktik menghakimi berdasarkan hukum tertulis yang ada, atau berdasarkan preseden hukum yang paling tepat apabila hukum tertulis tidak ditemukan.

Sebagai rangkuman, kami telah menetapkan di atas bahwa tradisi hukum Tiongkok menonjolkan kolektivisme sebagai dasar nilai dan hukum campuran sebagai suatu tipe.

Perkembangan historis tradisi hukum Tiongkok

Tradisi hukum Tiongkok memiliki evolusi historis yang panjang, yang mengalami tiga tahap utama perkembangan:

Periode "aturan berdasarkan ritus" dan "yurisprudensi".

Periode kuno XiZhou (dari abad kesebelas SM hingga 771 SM) dan ChunQiu (dari 770 SM hingga 476 SM) diatur dalam semangat aturan berdasarkan ritus dan yurisprudensi. Prinsip ritus mengatur semua aspek kehidupan sosial di era ini. Sistem pemerintahan aristokrat merupakan cerminan dari sistem klan patriarki di tingkat negara.

Aristokrat di semua tingkatan dalam golongan mereka menikmati hak-hak politik, ekonomi, militer, dan hukum yang independen. Hak-hak ini bersifat turun-temurun. Hukum dijiwai dengan semangat ritus, "menghukum dengan keras", misalnya, "mereka yang tidak menunjukkan kepatuhan berbakti kepada orang tua mereka", dan memastikan bahwa "pihak dengan posisi yang lebih rendah dalam hierarki keluarga akan dinyatakan bersalah, jika alasan untuk proses yang diambil oleh kedua belah pihak sama".

Jabatan hakim juga bersifat turun-temurun; hakim generasi muda memutus kasus dengan cara yang sama seperti ayah mereka. Ini bukan hanya "hal yang biasa dilakukan"; ini adalah persyaratan moral dan praktis yang sebenarnya dari "bakti kepada anak". Dalam jangka panjang, praktik ini menghasilkan tradisi kepatuhan terhadap apa pun yang telah terjadi sebelumnya. Hasil dari persidangan atau kasus hukum harus sesuai dengan ritus, karena tidak ada kode tertulis yang dapat dijadikan acuan. Ritus tersebut tetap menjadi praktik standar selama berabad-abad, dan dianggap sebagai sumber hukum yang tidak ada habisnya. Sistem aristokrat dan praktik hukum kasus lebih mengutamakan sosok penguasa sebagai individu. Pemerintahan yang baik dari suatu wilayah atau kasus yang diadili dengan benar sebagian besar bergantung pada kualitas subjektif dan individual serta keberanian orang yang memegang otoritas. Berikut adalah alasan sosial untuk keunggulan pemerintahan oleh

individu di Tiongkok kuno.

Periode "pemerintahan berdasarkan hukum" dan "hukum tertulis".

Periode Negara-negara Berperang (475–221 SM) dan Dinasti Qin (221–206 SM) merupakan era pemerintahan berdasarkan hukum dan hukum tertulis. Pada masa ini, tuan tanah dan rakyat jelata merebut kekuasaan negara dari para bangsawan dan pangeran feodal. Mereka mencoba menyatukan negara melalui pencaplokan wilayah melalui penaklukan militer. Mereka mendirikan monarki otokratis terpusat sebagai sistem politik. Dengan demikian, keinginan raja tercermin dalam bentuk hukum.

Ini dikenal sebagai periode pemerintahan berdasarkan hukum atau pemerintahan negara berdasarkan hukum. Kaum Legalis, aliran pemikiran dari Periode ChunQiu dan Negara-negara Berperang, adalah para ahli teori Pemerintahan berdasarkan hukum. Individu harus mematuhi negara dan hukum tanpa syarat, agar tidak dijatuhi hukuman berat. Negara tidak lagi diperintah berdasarkan garis keturunan klan patriarki, tetapi bergantung pada lembaga pemerintahan daerah.

Selama periode ini, hukum tertulis berkembang biak, sehingga mengatur semua aspek masyarakat. Hakim tidak diperbolehkan untuk menggunakan preseden atau mengandalkan penilaian pribadi mereka; mereka harus mematuhi ketentuan hukum tertulis, yang memiliki otoritas tertinggi. Siapa pun yang tidak setuju dengan hukum setelah diberlakukan akan dikenakan hukuman berat.

Periode "Kombinasi hukum adat dan hukum campuran".

Dari periode Dinasti Han Barat hingga akhir Dinasti Qing (202 SM–1912 M), Tiongkok mengalami periode yang menggabungkan hukum adat dengan hukum campuran. Karakteristik utama dari era feodal yang berlangsung selama 2000 tahun ini adalah kombinasi erat antara monarki otokratis sebagai sistem politik dengan klan patriarki sebagai sistem sosial, dengan latar belakang sistem pertanian swasembada. Hukum pada fase ini menjadi alat yang digunakan raja untuk mengekspresikan keinginan dan maksudnya, dan sarana yang digunakannya untuk mengendalikan mesin birokrasi yang sangat besar tidak perlu dikatakan lagi, hukum menjadi sangat penting.

Hukum pada periode feodal Tiongkok dapat dilihat sebagai hukum pejabat, hukum yang digunakan raja untuk mengatur pejabat dan kadernya, sementara dalam ranah kehidupan sosial, ekonomi alamiah mendorong pemulihan dan pengembangan klan patriarkat. Ritus, yang tidak pernah berhenti memainkan peran penting sebagai adat dan tradisi di antara masyarakat, kembali menonjol. Kondisi objektif memungkinkan pemerintahan berdasarkan hukum untuk dipadukan dengan pemerintahan berdasarkan ritus. Kedua sistem ini memainkan peran sosial mereka tanpa menghalangi satu sama lain, beroperasi di lingkungan yang terpisah. Pemerintahan berdasarkan hukum mempertahankan sistem politik monarki otokratis pusat, sementara pemerintahan berdasarkan ritus mempertahankan basis sosial sistem tersebut masyarakat klan patriarkat.

Meskipun hakim diharapkan untuk mengadili kasus-kasus menurut hukum tertulis yang menyentuh kehidupan sosial, dampak hukum tertulis terhadap tanah terbatas, karena beberapa alasan. Pertama, berdasarkan karakteristik bawaannya, hukum tertulis sangat

terhambat oleh prosedur yang panjang yang membuat kasus sulit diselesaikan.

Lebih jauh, karakternya yang tidak dapat dibatalkan membuatnya tidak sesuai untuk banyak kejadian dalam administrasi kehidupan sosial sehari-hari. Kedua, cakupan hukum tertulis tidak cukup luas untuk mencakup semua masalah yang menjadi perhatian hakim di seluruh negeri; selain itu, hukum tertulis dipenuhi oleh kekurangan dan cacat. Terakhir, tetapi tidak kalah pentingnya, wilayah Tiongkok yang luas berarti bahwa adat istiadat dan kondisi yang sangat bervariasi yang tercakup dalam yurisdiksinya sering kali membuat hukum tidak memadai, tidak dapat diterapkan, atau kurang memadai dalam situasi lokal tertentu.

Dengan demikian, posisi hukum tertulis yang unggul menjadi relatif selama persidangan yang sebenarnya. Pada persimpangan sejarah tertentu, hakim membuat atau memanfaatkan preseden untuk memperbaiki atau menghindari kekurangan dalam hukum tertulis. Sekali lagi, ritus memainkan peran penting sebagai sumber hukum. Episode dan contoh dari dinasti sebelumnya dihimpun ke dalam beberapa volume dan diklasifikasikan menurut isinya, lalu disimpan untuk digunakan kembali saat dibutuhkan. Akhirnya, mereka memainkan peran yang dominan.

Sebab-sebab sosial bagi tradisi hukum Tiongkok.

Karakteristik dasar masyarakat Tiongkok kuno diungkapkan dalam istilah tiga dalam satu, yang merujuk pada kombinasi erat dari tiga elemen yang menyusunnya: produksi pertanian dalam ekonomi alamiah, struktur sosial klan patriarki, dan monarki otokratis yang memerintah negara terpusat. Jantung budaya Tiongkok terletak di daerah sekitar bagian tengah dan hilir Sungai Kuning yang dikenal sebagai Dataran Tengah; daerah ini dihuni oleh penduduk petani.

Penutupan dan stabilitas kehidupan pertanian mendorong perkembangan klan patriarki. Ritual terbentuk dalam lingkungan ini. Namun, tradisi yang lebih dinamis seperti tradisi pendukung layanan berjasa, pendukung hukum, dan sentralisasi, pertama kali muncul di antara masyarakat nomaden di Barat Laut Tiongkok, dan dipupuk oleh kebutuhan sosial yang timbul dari sarana dan cara produksi masyarakat ini. Periode pemerintahan berdasarkan hukum dan hukum tertulis merupakan masa transformasi sosial dan perang, yang berujung pada pertentangan antara ritus dan hukum.

Namun, ketika masyarakat akhirnya menjadi stabil, terbentuklah formasi baru, baik secara sadar maupun tidak sadar. Dengan demikian, monarki otokratis yang tersentralisasi memamerkan kepatuhannya pada standar pemerintahan berdasarkan hukum, tetapi membiarkan nilai-nilai klan patriarki, yang merupakan sel dasar masyarakat Tiongkok, tumbuh subur di lingkungan lokal. Dunia pedesaan sering kali terpencil dan tidak terjangkau oleh tangan negara, dan terus diatur oleh ritus.

Dengan demikian, pemerintahan berbasis hukum dan pemerintahan berbasis ritus dalam masyarakat Tiongkok kuno memiliki eksistensi yang berjalan secara paralel dan secara implisit saling mendukung. Perkembangan masyarakat Tiongkok kuno berlangsung sangat lambat dan tidak mengalami perubahan kualitatif yang signifikan. Struktur tiga-dalam-satu *(three-in-one)* yang menjadi dasar tatanan sosial-politik kala itu terbukti cukup kuat untuk menahan serta menekan pertumbuhan ekonomi komersial dan kemunculan masyarakat

perkotaan yang dinamcis di wilayah perkotaan. Para pemikir progresif pada akhir Dinasti Ming dan awal Dinasti Qing telah merasakan adanya panggilan zaman baru, namun perubahan yang mereka harapkan tidak terjadi sesuai harapan. Barulah setelah pecahnya Perang Candu pada tahun 1840, bangsa Tiongkok yang sebelumnya tertutup mulai membuka mata terhadap dunia luar, dipicu oleh pengalaman kolektif atas bencana nasional yang mereka hadapi.

19.2 KRISIS HUKUM CINA DAN IMPOR PEMIKIRAN EROPA

Pemikiran hukum dan politik kapitalis modern bukanlah produk alami di Cina. Gagasan-gagasan ini datang melalui perahu seperti "barang impor" dan "impor asing" dari Barat. Gagasan-gagasan ini disertai oleh kapal perang dan penembakan dari kekuatan asing. Orang Cina yang berani dan bijaksana melawan penjajah asing dengan pedang lebar dan tombak di satu tangan, dan buku-buku di tangan lainnya, untuk mempelajari cara-cara politik untuk bertahan hidup dari peradaban asing. Motif perjuangan nasional melawan invasi asing terjalin erat dengan motif gerakan reformasi politik yang mengikuti jejak kekuatan penjajah, dalam jalinan sejarah sosial Cina modern.

Krisis dalam tradisi hukum Cina: Perang Candu tahun 1840 dan yurisdiksi konsuler

Perang Candu tahun 1820 mengakibatkan kekalahan pemerintahan Dinasti Qing. Tiongkok menandatangani perjanjian yang terkenal dengan pengkhianatan dan penghinaan nasional dengan Inggris Raya pada tahun 1843. Perjanjian tersebut memberikan dasar yang sah bagi pembentukan yurisdiksi konsuler oleh kekuatan asing di tanah Tiongkok. Kekuatan lain segera mengikutinya dengan menandatangani perjanjian serupa dengan pemerintah Qing.

Berdasarkan ketentuan perjanjian tersebut, orang asing yang melakukan kejahatan di Tiongkok tidak akan diadili oleh otoritas setempat, tetapi akan diserahkan ke konsulat asing untuk dihukum. Inggris mengutip hukum Tiongkok yang "tidak beradab" dan kebiadaban sistem pidananya sebagai salah satu alasan tindakan ini, tetapi berjanji dalam perjanjian tersebut bahwa mereka akan meninggalkan yurisdiksi konsulernya saat Tiongkok mereformasi hukum dan undang-undang penjaranya. Dinasti feodal yang selama ribuan tahun menganggap dirinya dan Tiongkok sebagai "*negara superior di dunia*" sangat terluka oleh ketentuan ini, dalam beberapa hal.

Pertama, pengadilan kekaisaran telah menjadi otoritas tertinggi di Tiongkok selama ribuan tahun. Hukumnya harus dilaksanakan tanpa kecuali di seluruh negeri. Pembentukan yurisdiksi konsuler secara langsung melemahkan otoritas tertinggi pengadilan feodal, dan mengakibatkan hilangnya muka yang besar. Kedua, karena maraknya aktivitas misionaris asing di Tiongkok, sejumlah besar orang Tiongkok mulai pergi ke gereja. Jumlah orang Tiongkok yang pindah agama meningkat terus menerus. Konflik antara anggota jemaat ini dan penduduk setempat menjadi hal yang biasa. Terlebih lagi, orang Kristen sering kali mendapat keuntungan dari perlindungan konsulat asing, yang menantang otoritas lokal, bahkan terkadang mengesampingkannya. Kekacauan sosial yang kemudian dikenal sebagai Kasus Gereja pun terjadi. Hal ini semakin mengganggu tatanan sosial dinasti yang genting.

Ketiga, pemerintah Qing tidak memiliki administrasi yang sebenarnya di wilayah yang disewa, yang akibatnya menjadi tempat berkembang biaknya aktivitas revolusioner melawan

istana kekaisaran. Permintaan untuk mengekstradisi kaum revolusioner sering ditolak; banyak yang melakukan aktivitas mereka tanpa hambatan. Kasus Shanghai pada bulan Juni 1903 adalah contoh kasus, dan mengancam kekuasaan Dinasti Qing secara langsung.

Menyingkirkan yurisdiksi konsuler adalah keinginan Dinasti Qing yang paling kuat, tetapi tidak memiliki kekuatan untuk mencapainya dalam situasi tersebut. Oleh karena itu, dinasti tersebut memilih untuk memainkan permainan lain dan mulai mereformasi sistem hukum Tiongkok, untuk memenuhi persyaratan orang asing, dengan harapan bahwa mereka pada gilirannya akan menepati janji dan meninggalkan yurisdiksi konsuler mereka.

Pemikiran ini, jika dipikirpikir kembali, tampaknya cukup naif, karena yurisdiksi konsuler itu sendiri bukanlah masalah hukum tetapi masalah kedaulatan negara yang bergantung pada kekuatan. Namun, pendapat yang berlaku di antara pejabat tertinggi dan orang-orang terpelajar saat itu adalah bahwa jika sistem hukum lama direformasi, orang asing akan berkemas dan pergi, atau setidaknya menyerahkan yurisdiksi konsuler mereka. Akibatnya, pada akhir Dinasti Qing didominasi oleh gerakan reformasi hukum, yang mengancam untuk mengakhiri tradisi hukum Tiongkok selama ribuan tahun.

Pemikiran politik dan hukum Eropa sebagai impor asing: pemikiran demokratis dan liberal dalam konteks yang berbeda

Setelah Perang Candu tahun 1840, Tiongkok terjerumus ke dalam krisis nasional yang semakin dalam. Beberapa patriot moderat mulai menaruh perhatian penuh pada peradaban Barat dan ideidenya. Lin Zexu, orang pertama yang membuka matanya terhadap dunia luar, menulis Sizhouzhi. Wei Yuan menulis Hai Guo Tu Zhi dengan argumen bahwa ada baiknya belajar dari perkembangan negara asing. Tak satu pun dari mereka pernah ke luar negeri, dan buku-buku mereka ditulis dari sumbersumber sekunder.

Namun, kasus-kasus budaya ini menggerakkan serangkaian pejabat dan orang terpelajar Tiongkok untuk pergi ke luar negeri. Mereka mengunjungi Eropa dan Jepang untuk mempelajari budaya mereka. Mereka menggambarkan sistem hukum dan politik yang mereka temui dalam buku harian, kesan, dan catatan perjalanan mereka, dan mereka merenungkan teori, kondisi lokal, dan adat istiadat Negara-negara Barat dan Jepang. Semua karya ini telah dikumpulkan dalam Seri Going to the World. Banyak mahasiswa juga meninggalkan Tiongkok, sebagian besar menuju Jepang. Beberapa cendekiawan yang mengunjungi Negara-negara Barat mulai mengerjakan pekerjaan penerjemahan yang mendasar; Yan Fu tetap menjadi yang paling berpengaruh hingga hari ini. Karya-karya klasik Barat yang diterjemahkan dan diterbitkannya mencakup antara lain *Evolution and Ethics, and Other Essays* karya ahli biologi Thomas Henry Huxley, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* karya Adam Smith, *The Principles of Sociology* karya Herbert Spencer, *On Liberty* karya John Stuart Mill, *A History of Politics* karya Edward Jenks, serta *L'Esprit des Lois* karya Charles-Louis de Montesquieu. Terjemahan-terjemahan dalam bahasa Mandarin ini memainkan peran penting dalam memperkenalkan dan menyebarluaskan pemikiran politik dan hukum Barat di Tiongkok, sekaligus membuka ruang baru bagi diskursus intelektual lokal dalam merespons modernitas.

Sejarah dan tradisi budaya Tiongkok yang telah lama ada begitu mengakar sehingga menyerap pengaruh budaya dari luar negeri hanya dapat terjadi sebagai masalah kemauan;

itu bukanlah proses yang organik. Sejarah proses ini menunjukkan bahwa cara berpikir tidak dapat begitu saja dipindahkan dari satu tempat ke tempat lain. Ketika sistem pemikiran politik dan hukum Barat seperti demokrasi, konstitusionalisme, dan liberalisme diperkenalkan ke Tiongkok, fenomena baru yang menarik yang ditentukan oleh kondisi dan interpretasi lokal pun muncul.

Demokrasi, konstitusionalisme, liberalisme, dan individualisme merupakan konsep yang tumbuh dan berkembang di Barat dalam konteks budaya historis yang sangat terkait dengan munculnya kapitalisme. Konsep-konsep tersebut memiliki sedikit, atau bahkan tidak memiliki, keterkaitan langsung dengan struktur sosial dan tradisi intelektual Tiongkok. Oleh karena itu, ketika ideologi-ideologi "asing" ini mulai memasuki ranah pemikiran Tiongkok, mereka tidak diterima secara utuh sebagaimana bentuk aslinya, melainkan mengalami proses seleksi, adaptasi, dan transformasi sesuai dengan kondisi serta kebutuhan lokal. Dalam kaitannya dengan hal ini, Yan Fu mencatat bahwa negara-negara Barat "menjadikan kebebasan sebagai kerangka dasar, dan demokrasi sebagai instrumen untuk mencapainya."

Demokrasi, konstitusionalisme, dan teori liberalisme merupakan bagian integral dari pemikiran Barat. Namun, tidak semua gagasan ini diterima dengan baik di Tiongkok. Orang Tiongkok lebih mementingkan demokrasi dan konstitusionalisme daripada doktrin liberalisme dan individualisme. Mereka percaya bahwa demokrasi dan konstitusionalisme merupakan fondasi kekuatan Barat dan merupakan rahasia keberhasilannya. Reformasi terkini Jepang tampaknya mendukung keyakinan ini dalam konteks Asia.

Tokohtokoh progresif yang bertekad menyelamatkan bangsa dari kepunahan berupaya keras membangun kerangka politik untuk demokrasi dan konstitusionalisme, dengan harapan dapat membalikkan nasib buruk keterbelakangan yang membuat Tiongkok berada di bawah kekuasaan Negara-negara Besar. Orang-orang ini tidak punya waktu untuk membangun sistem pemikiran yang akan sesuai persis dengan panutan mereka tentang demokrasi dan konstitusionalisme, mereka juga tidak dapat menyingkirkan prasyarat yang diperlukan. Akibatnya, liberalisme dan individualisme diabaikan begitu saja. Gagasan-gagasan ini mulai disebarkan di Tiongkok setengah abad setelah diperkenalkannya gagasan-gagasan demokrasi dan konstitusionalisme.

Ada banyak alasan untuk fenomena sosial yang menarik ini; kelembaman yang kuat dari budaya tradisional Tiongkok merupakan yang paling utama di antaranya. Meskipun demokrasi dan konstitusionalisme berasal dari Negara-negara asing, keduanya dianggap selaras dengan aspek-aspek tradisi Tiongkok yang "berbasis pada rakyat". Beberapa bahkan berpendapat bahwa demokrasi dan konstitusionalisme telah diperkenalkan ke Eropa dari Tiongkok kuno, sementara kaum konstitusionalis borjuis menggunakan doktrin Konfusius dan Mencius untuk mengajarkan demokrasi dan konstitusionalisme Barat. Akan tetapi, liberalisme Barat sangat berbeda dari konsepsi tradisional Tiongkok sehingga hampir tidak ada dasar untuk menengahi keduanya. Inilah sebabnya mengapa liberalisme menghadapi ketidakpedulian dan bahkan perlawanan naluriah dari psikologi nasional tradisional.

Selain itu, kaum borjuis Tiongkok, yang berpotensi menjadi musuh bebuyutan feodalisme, tidak dalam kondisi yang tepat untuk menegaskan dirinya sendiri. Karena

kelemahan ekonomi dan politiknya serta keterbatasan yang diberlakukan oleh sistem perkebunan Tiongkok, mereka belum mengembangkan kesadaran kelas yang matang, baik dalam hal politik maupun ideologi. Kaum borjuis tidak memiliki keberanian dan kekuatan yang dibutuhkan untuk memutuskan hubungan dengan kekuatan dan budaya feodal. Mereka berharap untuk menukar penerimaan mereka terhadap warisan feodal dengan bagian yang sama dalam masyarakat, atau setidaknya dengan hidup berdampingan secara damai.

Konservatisme ini mungkin menjelaskan keengganan kaum borjuis Tiongkok untuk mengadopsi liberalisme. Namun, kaum borjuis tidak kebal terhadap masuknya pemikiran politik dan hukum Barat. Akan tetapi, perlu dicatat bahwa ideide ini sebagian besar datang ke Tiongkok melalui Jepang, dan bahwa pengalaman Jepang, karena alasan yang terkait dengan sejarah nasional, budaya, serta realitas politik, berfokus pada konstitusi sambil mengabaikan implikasi liberal dan individualisnya. Oleh karena itu, contoh Jepang menegaskan kembali pengabaian liberalisme oleh para intelektual Tiongkok yang disebutkan di atas, yang selanjutnya menunda dampaknya terhadap Tiongkok.

Kita telah melihat alasan-alasan di balik keterlambatan individualisme dan liberalisme dalam memengaruhi pemikiran Tiongkok, dan telah mencatat bahwa gagasan-gagasan ini jelas tidak ada dalam tradisi Tiongkok; gagasan-gagasan ini hanya dapat dilihat sekilas di antara kebijakan-kebijakan yang paling tercerahkan dan demokratis yang didukung oleh beberapa pemikir dan administrator Konfusianisme.

Lebih jauh lagi, isolasi budaya Tiongkok sedemikian rupa sehingga, pada awalnya, istilah-istilah ini hampir tidak dapat diterjemahkan ke dalam bahasa Tiongkok. Seperti yang telah kita lihat, masalah-masalah dalam negeri Tiongkok dan invasiinvasi asing menyebabkan para intelektual progresif untuk berfokus pada politik-politik demokrasi Eropa dan mengkritik feodalisme dan sistem politik otokratis melalui sudut pandang pengalaman Jepang, yang telah menyingkirkan liberalisme dari persamaan. Kemenangan militer Jepang yang tak terduga atas Rusia dan Tiongkok dianggap sebagai konsekuensi dari Reformasi Meiji.

Dengan cara ini, sistem politik yang demokratis mulai dipandang sebagai obat mujarab yang akan membangun kekuatan dan kekayaan rakyat Tiongkok. Pengejaran tujuan demokrasi yang hanya berfokus pada satu hal ini membuat para pemikir progresif melupakan penelitian yang lebih mendalam tentang liberalisme dan individualisme yang menjadi inti dari politik demokrasi Eropa. Konsep-konsep ini tetap asing bagi mereka, dan hanya disebutkan sekilas. Kegagalan kaum intelektual progresif untuk bersikeras pada penggulingan monarki otokratis yang sebenarnya menunjukkan kelemahan mereka.

Sebaliknya, mereka mengkhotbahkan pembentukan monarki konstitusional, yang memerlukan pemanggilan parlemen, perumusan konstitusi, dan pelaksanaan pemisahan tiga kekuasaan, dengan syarat kaisar harus tetap berkuasa. Pada akhirnya, pemikiran politik Eropa dianggap sebagai metode yang sangat berharga untuk memerintah negara, bukan sebagai sebuah kepercayaan.

Seruan untuk seperangkat hak asasi manusia yang mendasar untuk menjaga martabat manusia, hak milik pribadi dan keselamatan, serta untuk memastikan kebebasan dan kesetaraan, muncul setengah abad kemudian; hal itu tidak segera diakui sebagai bagian tak

terpisahkan dari "demokrasi". Akan tetapi, bahkan sebagai konsep belaka, hak asasi manusia memainkan peran kunci dalam menyapu bersih ideide tradisional.

Gagasan liberal tentang "hak asasi manusia" memberi bobot pada demokrasi pada tataran teoritis. Masuknya dan menyebarluaskannya demokrasi dan konstitusionalisme Barat, gagasan yang diwakili oleh liberalisme dan ilmu hukum membangunkan singa Cina yang kuat dan sedang tidur. Singa itu meregangkan anggota tubuhnya, mengangkat kepalanya, dan membuka matanya ke dunia, saat ia mulai memikirkan langkah selanjutnya ke depan.

Cita-cita demokrasi dan reformasi konstitusional Seratus Hari: tahun penuh gejolak tahun 1898

Reformasi Konstitusi Wuxu masih berdiri sebagai upaya besar yang dilakukan oleh kaum progresif Tiongkok yang mencoba mengikuti contoh kekuatan modern untuk menyelamatkan Tiongkok dari kepunahan. Diwakili oleh Kang Youwei dan Liang Qichao, kaum reformis borjuis diilhami oleh semangat penyelamatan nasional; mereka dengan cermat merancang cetak biru untuk monarki konstitusional berdasarkan contoh Negara-negara Barat.

Mereka menganjurkan pembentukan parlemen dan konferensi nasional, dan ingin melihat orang-orang yang jujur dan berpikiran adil dengan keberanian untuk mengkritik otoritas yang ditempatkan pada posisi berkuasa. Kebijakan nasional harus didiskusikan oleh raja dan rakyat. Mereka juga menginginkan konstitusi untuk menetapkan hak dan kewajiban raja, pejabat, dan rakyat. Konstitusi harus menjadi kode tertinggi bagi semua orang di negara tersebut. Mereka juga ingin membangun sistem yang menampilkan keseimbangan kekuatan tiga pihak: parlemen bertugas membuat undang-undang, pengadilan menangani masalah keadilan, pemerintah mengurus administrasi. Semua ini akan berada di bawah raja.

Reformasi konstitusional akan dilakukan dengan para intelektual radikal yang menyerahkan memorandum mereka kepada Kaisar Guang Xu, yang hanya memiliki wewenang untuk mengumumkannya. Namun, kaum feodal garis keras berada dalam posisi yang kuat dan kaum borjuis nasional lemah, politik baru itu bertahan tidak lebih dari 100 hari atau lebih. Ketika kekuatan reaksi tak terelakkan menekan gerakan itu, enam reformis yang telah mengilhami gerakan reformasi konstitusional menemui ajal mereka seperti pahlawan.

Meskipun tulus dalam aspirasinya, gerakan reformasi pasti akan gagal, karena bergantung pada reformasi "dari atas ke bawah", yang pada akhirnya harus diberlakukan oleh kaisar. Namun, Reformasi Konstitusi Seratus Hari tetap menjadi peristiwa penting dalam sejarah modern Tiongkok, terlepas dari kegagalannya. Kaum borjuis Cina pada kenyataannya berhasil menyebarkan ideide demokrasi dan konstitusionalisme secara luas, dan ini berdampak signifikan pada generasi mendatang. Teori politik dan hukum kaum borjuis Barat kini dapat berakar di tanah Cina.

Awal mula liberalisme dan reformasi hukum di akhir Dinasti Qing: revisi 1902–1911 dan signifikansi historisnya

Seperti yang telah kita lihat, reformasi konstitusi tahun 1898 dibatalkan. Tiongkok dirundung kesulitan internal dan eksternal. Pada awal abad kedua puluh, Dinasti Qing menghadapi agresi Delapan Kekuatan Sekutu dan gerakan revolusioner di bawah pimpinan Sun Yatsen. Untuk menyelamatkan rezim Cixi yang goyah, Janda Permaisuri mengeluarkan

dekrit untuk menerapkan “kebijakan baru” dan menetapkan “konstitusi”. Reformasi hukum menjadi perhatian utama kebijakan ini. Revisi tahun 1902–1911 menandai dimulainya transisi dari hukum feodal selama 2000 tahun ke zaman modern. Tak perlu dikatakan lagi, perdebatan sengit tentang pedoman yang harus diikuti oleh revisi ini pun terjadi.

Partai Ritus bersikeras bahwa reformasi harus dilakukan atas dasar ritual patriarki yang melekat pada tradisi Tiongkok, sementara Partai Teori Hukum bersikeras pada pedoman liberal Barat yang didasarkan pada teori hukum individualis. Yang pertama masih menganggap Tiongkok sangat berbeda dari barat. Seperti yang telah kita lihat, struktur sosial Tiongkok memiliki klan patriarki sebagai unit dasarnya, dan Partai Ritus berpendapat bahwa stabilitas negara dan masyarakat bertumpu pada stabilitas klan. Hak-hak feodal dan keutamaan patriarki harus dipertahankan. Individualisme berarti bahwa anak laki-laki akan menentang ayah mereka, dengan menggunakan "pembelaan yang sah", jika ayah menyalahkan mereka dan memukul mereka.

Dunia akan terbalik, dan Tiongkok akan terjerumus ke dalam kekacauan. Partai Teori Hukum mengidentifikasi kesetaraan dan liberalisme kekuatan Barat sebagai sumber kekuatan mereka. Agar dapat berdiri sendiri dan mengejar ketertinggalan dari Negara-negara lain di dunia, Tiongkok harus melepaskan diri dari sistem patriarki kuno dan merancang sistem baru yang berdasarkan hukum individualis.

Partai Teori Hukum secara khas mengakhiri perdebatan dengan kompromi yang mengakibatkan demokrasi dan konstitusionalisme memainkan peran yang jauh lebih besar daripada liberalisme di Tiongkok modern. Meskipun demikian, revisi hukum tersebut menghapus selamanya semangat tradisional hukum feodal. Reformasi ini merupakan awal baru yang hebat, dan mengkodifikasi semangat hukum Barat menjadi pasal-pasal hukum yang sebenarnya. Prinsip-prinsip penting seperti ketaatan pada legalitas dalam kasus pidana, transparansi dalam persidangan dan putusan, sistem advokasi dengan hak untuk membela diri, dan persamaan semua orang di hadapan hukum ditetapkan dan dikodifikasi.

Lebih jauh, perbedaan penting antara hukum dan hukum acara diperkenalkan, dengan kode independen dan peraturan khusus yang ditambahkan. Fondasi hukum Tiongkok modern lebih selaras dengan tradisi Eropa kontinental. Inilah sebabnya mengapa modernisasi hukum Tiongkok terkadang dikatakan identik dengan "Eropaisasi hukum Tiongkok". Namun, kalangan ilmu hukum di Tiongkok baru mulai mempelajari dan menyerap hasil tradisi hukum Inggris pada tahun 1980an, sekitar waktu The Oxford Companion to Law diterjemahkan dan diterbitkan.

19.3 PERBEDAAN TEORI HUKUM CINA KUNO DAN EROPA MODERN

Teori hukum Tiongkok kuno: memerintah berdasarkan hukum di bawah sistem pemerintahan terpusat. Selama periode Negara-negara Berperang, kaum Legalis, sebuah aliran pemikiran yang mewakili kelas tuan tanah yang sedang berkembang, merumuskan sebuah "teori hukum" yang menyatakan bahwa negara harus diperintah menurut hukum. Menurut sebuah karya utama kaum Legalis, Guan Zi (Tentang Hukum), "suatu masyarakat dapat disebut Tatanan Agung yang merupakan negara yang sempurna bagi suatu negara hanya

jika setiap orang dalam masyarakat ini, dari raja sendiri, melalui pejabat sipil atau militer, para bangsawan, hingga rakyat biasa, mematuhi hukum".

Teori memerintah berdasarkan hukum yang disajikan oleh kaum Legalis harus dilaksanakan dengan dukungan sistem politik terpusat. Akan tetapi, rajalah yang telah membangun sistem pemerintahan otokratis terpusat di atas reruntuhan sistem klan patriarki yang sudah ketinggalan zaman. Ketika ia merumuskan sistem hukum, paradoks dua otoritas yang secara definisi saling bertentangan tak terelakkan muncul: hukum menuntut agar setiap orang tunduk padanya, seperti halnya otoritas Raja.

Seperti yang dikatakan Liang Qichao, seorang pemikir terkenal Tiongkok modern, jika teori memerintah berdasarkan hukum dapat dipraktikkan, hal itu hanya dapat dilakukan dengan dukungan kuat dari konstitusionalisme. Sebuah dongeng Tiongkok kuno menggambarkan absurditas logis dan pertentangan yang melumpuhkan yang dihadirkan oleh versi memerintah berdasarkan hukum ini.

Seorang pedagang menjual tombak dan perisai di pasar. Ia menyatakan tombaknya sebagai yang paling tajam di dunia, dan dapat menembus perisai apa pun. Pada saat yang sama ia membanggakan bahwa perisainya adalah yang paling kokoh di dunia dan tidak dapat ditembus oleh tombak apa pun. Orang-orang membantahnya dengan pertanyaan yang sangat sederhana: *"Apa yang terjadi jika Anda menggunakan tombak Anda untuk melawan perisai Anda?"* Menurut logika kaum Legalis, semua orang kecuali raja harus mematuhi hukum. Hal ini secara praktis berarti bentuk aturan hukum ini tunduk pada sistem politik terpusat.

Perbedaan mendasar antara hukum Tiongkok kuno dan hukum Eropa modern

Perbedaan antara hukum Tiongkok kuno dan hukum Eropa modern jelas terlihat. Pertama, hukum Tiongkok kuno berasal dari budaya Timur, sedangkan hukum Eropa modern mencerminkan budaya Barat. Kedua, hukum Tiongkok kuno bersifat kuno, sedangkan hukum Eropa modern merupakan produk modernitas. Ketiga, hukum Tiongkok kuno dikaitkan dengan sistem otokratis terpusat, sedangkan hukum Eropa modern dikaitkan dengan sistem demokrasi. Penyebab perbedaan tersebut dapat ditafsirkan dari budaya historis dan sistem ekonomi yang berbeda. Hukum Tiongkok kuno mewujudkan kolektivisme dan otokrasi sebagai basis nilai, sedangkan hukum Eropa modern mewujudkan liberalisme dan individualisme.

Kesamaan yang tampak antara hukum Tiongkok kuno dan hukum Eropa modern

Hukum memainkan peran yang sangat penting dalam kehidupan sosial dan praktik pemerintahan berdasarkan hukum di Tiongkok kuno, khususnya selama Dinasti Qin, ketika hukum tersebut diterapkan secara maksimal. Kewenangan hukum diterima oleh masyarakat. Hukum tidak menoleransi kritik setelah diundangkan, dan pejabat mana pun yang menambahkan atau mengurangi satu kata pun dari hukum tanpa izin akan dikenakan sanksi. Pihak berwenang bersikap kejam terhadap mereka yang melanggar hukum dan melakukan kejahatan, serta tidak peduli dengan kekayaan dan jabatan.

Fungsi lembaga pemerintah diatur oleh undang-undang yang relevan dan tunduk pada pengawasan yang ketat. Pejabat harus menangani kasus dan menengahi dengan sangat sesuai dengan ketentuan hukum. Tidak boleh ada penilaian pribadi yang terlibat, dan tidak boleh ada kasus sebelumnya yang dikutip. Berkat ketelitian sistem hukum, dan penerapannya yang

"harfiah", mesin negara dapat berfungsi dengan lancar di negara yang besar dan berpenduduk padat seperti Tiongkok.

Liang Qichao berpendapat bahwa semangat dasar kaum Legalis adalah untuk memastikan kesucian hukum dan melarang pemerintah beroperasi di luar ruang lingkupnya. Sikapsikap ini selaras dengan semangat monarki konstitusional modern; memang, keduanya identik. Yan Buke menunjukkan bahwa semangat ini menentukan perlunya keberadaan sistem status sosial, hukum perundang-undangan, dan badan profesional. Praktik memerintah berdasarkan hukum menurut teori kaum Legalis membayangkan semacam administrasi yang dirasionalisasi di bawah bimbingan semangat semacam itu. Kaum Legalis memberikan sumbangan penting dalam elaborasi makna teknis tatanan sosial, kekuasaan, regulasi, dan kewajiban, serta dalam komposisi sistem administrasi dan mekanisme operasinya.

Kesimpulan

Dengan Standar Apa Kita Dapat Mengukur Pencapaian Budaya Hukum Manusia?

Geografi menyebabkan perbedaan yang sangat nyata pada budaya hukum manusia, seperti halnya kehidupan ekonomi dan tradisi sejarah dan budaya negara dan masyarakat. Tugas seorang ahli hukum perbandingan adalah mencari tahu, melalui penelitian, penyebab di balik perbedaan tersebut, dan mencoba membuat ramalan tentang masa depan. Tradisi hukum Tiongkok merupakan hasil evolusi alami di bawah lingkungan yang khas. Sejarahnya mengungkapkan satu aspek pengalaman hukum manusia, dan kita dapat menemukan unsur-unsur yang mencerminkan karakter umum budaya manusia bahkan dalam kekhususannya.

Hukum campuran yang muncul di Tiongkok saja, yang menggabungkan hukum tertulis dan hukum kasus, merupakan contoh kasus. Perkembangan pesat pertukaran internasional memerlukan penyebaran praktik hukum suatu negara atau bangsa, dan tradisi hukum harus beradaptasi. Tren menuju pengembangan praktik hukum bersama dalam skala global pasti akan semakin menonjol. Tradisi hukum Tiongkok di masa depan tidak diragukan lagi akan berpartisipasi dalam tren umum ini.

BAB 20
KONSTITUSIONALISME MODERN DI CINA

20.1 PENDAHULUAN

Asal usul konsep "konstitusi" secara umum diyakini berasal dari Yunani kuno. Kata "konstitusi" (Xian) juga ada dalam literatur Tiongkok kuno, meskipun hanya merujuk pada undang-undang nasional atau undang-undang biasa suatu negara. Oleh karena itu, maknanya sangat berbeda dari pemahaman kontemporer tentang "konstitusi" sebagai hukum tertinggi suatu bangsa atau negara. Pemahaman modern tentang "konstitusi" tersebut telah diadopsi di Tiongkok kontemporer sejak akhir Dinasti Qing, ketika konsep konstitusionalisme pertama kali diperkenalkan di Tiongkok. Bab ini akan mengkaji perkembangan konstitusional Tiongkok.

20.2 PERKEMBANGAN KONSTITUSIONAL Tiongkok SEBELUM 1949

Konstitusionalisme di Tiongkok modern berasal dari akhir abad kesembilan belas, ketika dirasakan bahwa konstitusi tertulis dapat menyelamatkan Dinasti Qing yang runtuh. Gagasan tentang perlunya dan pentingnya konstitusi mulai berkembang. Pembentukan struktur konstitusional monarki disarankan. Pemerintah Qing menguraikan prinsip-prinsip umum dari konstitusi yang diusulkan pada tahun 1908. Tiga tahun kemudian, Pemerintah Qing terakhir memberlakukan konstitusi tertulis pertama Tiongkok. Namun, Dinasti Qing dan konstitusi tertulisnya segera berakhir ketika Partai Nasional membentuk pemerintahan sementara Republik Tiongkok di Nanjing pada tanggal 1 Januari 1912.

Pada tanggal 11 Maret, Sun Yatsen, Presiden sementara, mengumumkan Konstitusi Sementara, yang telah disetujui oleh Senat. Konstitusi Sementara sangat berbeda dari konstitusi Pemerintah Qing, karena untuk pertama kalinya dalam sejarah, konstitusi tersebut menetapkan bahwa kedaulatan Republik Tiongkok adalah milik semua warga negara. Konstitusi tersebut juga memasukkan partisipasi rakyat (melalui pemilihan umum), kebebasan demokratis, dan doktrin pemisahan kekuasaan.

Segera setelah konstitusi tersebut diberlakukan, dimulailah periode pertempuran di antara para panglima perang untuk merebut kepemimpinan politik, yang menyebabkan dihapuskannya Konstitusi Sementara; Hal ini membuka jalan bagi ambisi para panglima perang untuk mendapatkan kendali totaliter. Setiap panglima perang yang berkuasa memberlakukan konstitusinya sendiri.

Pada tahun 1931, Partai Nasional mendapatkan kembali kekuasaan dan memberlakukan konstitusi lain yang mengakui status kepemimpinan Partai Nasional dan Jiang Jieshi sebagai Presiden. Menurut konstitusi ini, pemerintah berada di bawah Partai Nasional. Konstitusi ini tetap berlaku hingga tahun 1946, ketika Kongres Nasional memberlakukan Konstitusi Republik Tiongkok. Namun, yang terakhir ini hanya berlaku di Tiongkok Daratan selama 3 tahun, karena Partai Nasional dikalahkan pada tahun 1949 oleh Partai Komunis dan pindah ke Taiwan.

20.3 KONSTITUSI TIONGKOK DI ERA PARTAI KOMUNIS

Pada tahun 1930an, yaitu bahkan sebelum mengambil alih kendali atas seluruh Tiongkok Daratan, Partai Komunis Tiongkok mulai memberlakukan dokumen konstitusional untuk memfasilitasi administrasinya. Dokumen konstitusional tersebut menjadi dasar bagi pemberlakuan Program Bersama, yaitu Konstitusi Sementara Republik Rakyat Tiongkok (selanjutnya disebut "RRT"), yang ditetapkan ketika Partai Komunis mengambil alih kendali penuh atas Tiongkok pada tahun 1949.

Sejak tahun 1949 hingga saat ini, RRT telah mengadopsi satu konstitusi sementara dan empat konstitusi formal. Konstitusi Sementara, yaitu yang disebut Program Bersama, disahkan pada tahun 1949 oleh Konferensi Konsultatif Politik Rakyat Tiongkok nasional yang baru (selanjutnya disebut sebagai “CPPCC”). Empat konstitusi formal disahkan oleh Kongres Rakyat Nasional (NPC) pada tahun 1954, 1975, 1978, dan 1982.

“Program Bersama” 1949

Dimulai tahun 1948, Partai Komunis Tiongkok menyerukan sejumlah besar orang Tiongkok, termasuk partaipartai demokrasi, organisasiorganisasi rakyat, dan pendukung demokrasi tanpa afiliasi politik apa pun, untuk menghadiri CPPCC nasional guna mendirikan pemerintahan demokrasi Tiongkok yang bersatu. CPPCC mengadakan pertemuan pertamanya pada tanggal 21 September 1949.

Pada kesempatan ini, Mao Zedong menyatakan bahwa pertemuan tersebut mewakili keinginan seluruh rakyat Tiongkok dan ditujukan untuk persatuan mereka. Ia mengumumkan bahwa rakyat Tiongkok, yang berjumlah seperempat dari populasi dunia populasi, kini akan memiliki peran yang menentukan.16 Setelah diskusi yang mendalam, pertemuan tersebut mengadopsi Program Bersama CPPCC pada tanggal 29 September 1949.

Sejalan dengan Marxisme, Program Bersama tidak dianggap sebagai dokumen konstitusional, karena CPPCC bukanlah badan kekuasaan tertinggi Negara, yaitu NPC, dan karenanya tidak diizinkan untuk memberlakukan dokumen konstitusional. Namun, dalam praktiknya, Program Bersama memang menjalankan fungsi-fungsi khas konstitusi dan dengan demikian merupakan konstitusi sementara secara de facto.

Program Bersama terdiri dari satu pembukaan, tujuh bab, dan 60 pasal. Sebagai konstitusi sementara, program ini menyatakan pembentukan dan legitimasi RRT dan menetapkan kebijakan dan tugas dasar negara, bersama dengan hak dan kewajiban dasar rakyat. Program ini menetapkan bahwa RRT mengakui kediktatoran demokrasi rakyat, yang akan dilaksanakan melalui kongres rakyat dan pemerintahan di berbagai tingkatan. Mengingat bahwa Program Bersama terutama menetapkan tugastugas Negara untuk tahap perkembangannya yang spesifik, program ini lebih merupakan rencana aksi daripada dokumen konstitusional bergaya Barat.

Tidak mengherankan bahwa Program Bersama ditandai dengan jelas oleh keadaan historisnya yang kontingen. Pertama, misalnya, subjek yang berhak menjalankan kekuasaan negara adalah rakyat, yaitu konsep politik, daripada warga negara, yaitu konsep sipil. Konsep yang pertama memang memiliki cakupan yang lebih sempit daripada yang kedua. Alasan di

balik pendekatan semacam itu adalah bahwa Partai Komunis Tiongkok baru saja berkuasa dan masih berusaha mengonsolidasikan kendalinya atas masyarakat.

Kedua, baik kongres rakyat maupun pemerintahannya diberi wewenang untuk menjalankan kekuasaan negara. Program Bersama tidak merasa perlu untuk secara jelas mendefinisikan kekuasaan kongres rakyat dan pemerintahan rakyat, bersama dengan hubungan antara kedua organ ini. Ketiga, Program Bersama tidak memasukkan sosialisme, karena kapitalisme nasional masih memainkan peran penting dalam masyarakat.

Komposisi CPPCC pertama dapat dianggap sangat demokratis, karena dari 180 anggotanya, 120 bukan anggota Partai Komunis Tiongkok. Selain itu, 17 dari 28 anggota Komite Tetap CPPCC bukan anggota Partai Komunis Tiongkok. Oleh karena itu, komposisi CPPCC cukup representatif dan Partai Komunis Tiongkok bukanlah mayoritas.

Namun dalam praktiknya, Partai Komunis Tiongkok yakin dapat mengendalikan CPPCC sebagai hasil dari alokasi kuota anggota CPPCC: sepertiga untuk Partai Komunis, sepertiga untuk mereka yang mendukung Partai Komunis, dan sepertiga untuk mereka yang posisinya masih belum jelas. Oleh karena itu, Partai Komunis yakin dapat memperoleh mayoritas dua pertiga dalam setiap pemungutan suara.

Konstitusi 1954

Tak lama setelah berdirinya RRC, Mao Zedong mengunjungi bekas Uni Soviet. Selama kunjungannya, Stalin mendesaknya untuk mengadakan NPC dan memberlakukan konstitusi. Saran ini diterima oleh Mao dan Tiongkok, karena diyakini bahwa bekas Uni Soviet dan Tiongkok mendukung rezim yang sama, yaitu rezim komunis internasional; lebih jauh lagi, bekas Uni Soviet dianggap sebagai "kakak besar" Negara-negara sosialis.

Selain dampak Uni Soviet, pemberlakuan Konstitusi 1954 disebabkan oleh alasan praktis yang lebih jauh dan lebih penting. Faktanya, setelah beberapa tahun Partai Komunis Tiongkok mengonsolidasikan kekuasaannya, kini ia harus memilih apakah akan mendukung kapitalisme atau sosialisme. Pada saat itu, meskipun tanah telah dialokasikan untuk petani, kapitalis nasional masih mengendalikan industri dan perdagangan kota.

Dua garis pemikiran diperdebatkan dalam Partai Komunis. Beberapa anggota berpendapat bahwa stabilitas sangat penting dan, sebagai konsekuensinya, pendekatan Program Bersama harus dibiarkan tidak berubah. Ini berarti bahwa lebih alami bagi RRC untuk mengembangkan kapitalisme. Namun, mayoritas pemimpin Partai mempertanyakan adopsi kapitalisme, yang akan menyiratkan pergeseran dari kediktatoran demokrasi rakyat, di bawah kepemimpinan kelas pekerja, ke kediktatoran kapitalis. Mengingat keadaan seperti itu, Partai Komunis Tiongkok memilih sosialisme. Sangat mungkin, konsep komunis tentang Negara dan hukum memiliki dampak yang kuat terhadap keputusan seperti itu.

Menurut Marxisme, perkembangan manusia dapat dibagi menjadi enam tahap: komunisme primitif, perbudakan, feodalisme, kapitalisme, sosialisme, dan komunisme. Masyarakat sosialis lebih maju daripada masyarakat kapitalis. Karena Tiongkok memiliki pilihan untuk mendukung masyarakat yang lebih maju, yaitu masyarakat sosialis, dengan mengabaikan masyarakat kapitalis, maka tidak dapat dimaafkan jika Partai Komunis Tiongkok memilih jalan yang mengarah ke tahap perkembangan manusia yang kurang maju.

Berdasarkan alasan tersebut, Partai Komunis Tiongkok memberlakukan konstitusi formal untuk administrasi RRT. Panitia perancang konstitusi mengadakan pertemuan pertamanya pada tanggal 24 Maret 1954, dan menerima rancangan konstitusi yang diusulkan oleh Komite Sentral Partai Komunis Tiongkok.

Lebih dari 8.000 orang berpartisipasi aktif dalam penelitian dan pembahasan rancangan konstitusi tersebut. Selain itu, lebih dari 150 juta warga negara di seluruh negeri berpartisipasi dalam diskusi semacam itu dan 1.180.420 pendapat dan usulan diajukan. Setelah penggabungan beberapa pendapat dan usulan di atas, Komite Pemerintahan Rakyat Pusat (pendahulu Dewan Negara) mengadopsi rancangan konstitusi yang telah diamandemen dan menyerahkannya kepada NPC pertama untuk dipertimbangkan, yang mengadopsinya pada tanggal 20 September 1954.

Konstitusi 1954 didasarkan pada Program Bersama, meskipun mengembangkannya lebih jauh. Konstitusi tersebut terdiri dari satu pembukaan, empat bab, dan 106 pasal. Konstitusi tersebut "menormalkan" tatanan sosial dan politik di bawah pemerintahan Partai Komunis Tiongkok. Salah satu fungsi utama konstitusi pertama Tiongkok adalah untuk melegitimasi transformasi sosialis, meskipun konstitusi tersebut kemudian dipuji bukan hanya karena arah yang ditempuhnya bagi negara, tetapi juga karena proses penyusunannya yang demokratis. Konstitusi tersebut menegaskan tugastugas negara selama transisi menuju sosialisme, dan menetapkan sistem kongres rakyat.

Konstitusi 1954 sangat dipengaruhi oleh model Soviet. Strukturnya, prinsip-prinsip umum, aparatur negara, dan hak-hak dasar serta kewajiban warga negara sangat mirip dengan ketentuan-ketentuan yang relevan dari konstitusi bekas Uni Soviet tahun 1936. Meskipun konstitusi tersebut dipandang positif, pemberlakuannya segera terganggu oleh serangkaian gerakan politik yang dimulai pada tahun 1956.

Konstitusi 1975

Dari tahun 1956 hingga 1976, ada kurangnya rasa hormat terhadap hukum dan konstitusi. Pada tahun 1975, ketika periode bencana politik yang belum pernah terjadi sebelumnya tersebut hampir berakhir, RRC memberlakukan konstitusi keduanya. Konstitusi 1975 merupakan langkah mundur yang besar sehubungan dengan Konstitusi 1954, dan dengan jelas mencerminkan keadaan historis saat itu.

Tujuan Konstitusi 1975 adalah untuk mengkonsolidasikan dugaan "pencapaian" Revolusi Kebudayaan. Konstitusi itu hanya berisi 30 pasal. Bab tentang asas-asas umum konstitusi terdiri dari 15 pasal, sedangkan bab tentang hak dan kewajiban dasar warga negara hanya terdiri dari empat pasal. Hanya satu pasal yang mengatur tentang peradilan, satu pasal tentang kelompok minoritas etnis yang tinggal di daerah otonom, dua pasal tentang Dewan Negara, dan tiga pasal tentang NPC. UUD 1975 dengan jelas menunjukkan bagaimana sebuah dokumen konstitusi dapat digunakan untuk meniadakan dan menghilangkan konstitusionalisme.

Undang-undang Dasar 1978

Tiga tahun kemudian, dan menyusul gerakan politik dramatis lainnya pada tahun 1976 (ketika "*Gang of Four*" disingkirkan dari arena politik), sebuah undang-undang dasar baru

diadopsi pada tanggal 5 Maret 1978 dengan tujuan mengembalikan negara ke jalur normalnya, dengan demikian menolak pendahulunya. Undang-undang Dasar 1978 terdiri dari pembukaan, empat bab, dan 60 pasal.

Namun, hal itu jelas masih dipengaruhi oleh Revolusi Kebudayaan, terutama dalam penekanannya pada perjuangan kelas. Konstitusi 1978 gagal untuk mengatasi banyak isu, seperti peran ekonomi swasta, stabilitas dan kewenangan amandemen konstitusional, dan sebagainya. Itu diamandemen dua kali, pada tahun 1979 dan pada tahun 1980. Amandemen 1979 ditujukan untuk memperkuat pemerintah daerah, sedangkan amandemen 1980 ditujukan untuk mencapai stabilitas politik dengan menghapus hak "untuk berbicara bebas dan memberikan suara untuk pendapat, untuk mengadakan perdebatan besar dan menulis poster karakter besar".

Sarjana Barat percaya bahwa penghapusan hak-hak tersebut dilakukan untuk menekan gerakan demokrasi yang dipimpin oleh Wei Jinsheng dan lainnya pada akhir Agustus 1978. Namun, sebagian besar sarjana konstitusi Tiongkok mengklaim hal itu terutama ditujukan untuk mencegah terulangnya peristiwa yang mirip dengan Revolusi Kebudayaan. Selain itu, pasal-pasal tersebut dianggap berlebihan karena kebebasan berekspresi dijamin oleh Konstitusi 1978 itu sendiri.

Konstitusi 1982

Konstitusi 1982 dianggap sebagai konstitusi terbaik Tiongkok. Konstitusi ini terdiri dari pembukaan, empat bab, dan 138 pasal. Pembukaan tersebut menyoroti empat prinsip utama negara, tugas dasar negara selama periode sejarah baru, kebijakan nasional yang relevan, dan supremasi konstitusi. Pembukaan tersebut secara resmi menegaskan keutamaan konstitusi dan fakta bahwa undang-undang lain harus didasarkan padanya. Tidak ada undang-undang atau aturan dan regulasi administratif yang boleh bertentangan dengan konstitusi. Telah dikemukakan bahwa hierarki hukum seperti itu menjamin integritas sistem hukum Tiongkok.

Namun, mungkin timbul ketegangan antara kewenangan konstitusi dan supremasi NPC, yang semakin rumit dengan kepemimpinan Partai Komunis Tiongkok yang dikonfirmasi. Konstitusi 1982 diamandemen sebanyak tiga kali, masing-masing pada tahun 1988, 1993, dan 1999. Amandemen tahun 1988 menambahkan paragraf baru pada Pasal 11 Konstitusi 1982, yang menetapkan bahwa “Negara mengizinkan ekonomi swasta untuk eksis dan berkembang dalam batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang. Ekonomi swasta mengintegrasikan ekonomi publik sosialis.

Negara melindungi hak dan kepentingan yang sah dari sektor ekonomi swasta, dan menjalankan bimbingan, pengawasan, dan pengendaliannya atasnya”. Paragraf keempat Pasal 10 Konstitusi 1982 juga diamandemen, sehingga “Tidak ada organisasi atau individu yang dapat menguasai, membeli, menjual atau dengan cara lain terlibat dalam pengalihan tanah dengan cara yang melanggar hukum. Hak untuk menggunakan tanah dapat dialihkan menurut undang-undang”. Penggabungan ketentuan-ketentuan tersebut, terutama yang berkaitan dengan sistem ekonomi, secara formal melegitimasi ekonomi swasta serta pengalihan hak atas tanah.

Amandemen tersebut dengan jelas melambangkan keterbukaan ekonomi Tiongkok

terhadap pasar dan pengabaian dogma sosialis atas nama pragmatisme. Amandemen tahun 1993 mencakup sembilan pasal, yang terutama ditujukan untuk mendirikan bentuk sosialisme yang terinspirasi dari Tiongkok. Konstitusi juga direvisi dalam sejumlah pasal agar sesuai dengan tren pembangunan ekonomi. Dari sembilan pasal tersebut, enam pasal berkaitan dengan aspek-aspek berbeda dari apa yang disebut ekonomi pasar sosialis dengan Ciri-ciri Tiongkok, dua pasal berkaitan dengan politik (menekankan kembali status kepemimpinan Partai Komunis Tiongkok), dan satu pasal berkaitan dengan tugastugas dasar negara. Enam amandemen dilakukan terhadap konstitusi pada tahun 1999 dengan tujuan untuk menggabungkan di dalamnya keputusan-keputusan khusus yang dibuat oleh Kongres Nasional ke-15 Partai Komunis Tiongkok.

Dari enam amandemen, tiga pasal berkaitan dengan pembentukan ekonomi pasar dengan Ciri-ciri Tiongkok, memberikan status yang sama kepada ekonomi swasta dengan ekonomi publik milik negara, dan melegitimasi cara-cara alokasi lainnya. Satu amandemen berkaitan dengan tugastugas dasar negara dan juga menggabungkan teori Deng Xiaoping ke dalam pembukaan konstitusi.

Satu amandemen menetapkan tata kelola negara menurut hukum, yang dengan demikian secara formal mengikat Partai Komunis Tiongkok untuk mengadopsi aturan hukum di RRT. Amandemen terakhir mengubah kejahatan kontrarevolusioner menjadi pelanggaran terhadap keamanan nasional, sejalan dengan perubahan terbaru dalam hukum pidana Tiongkok. Sekali lagi, amandemen konstitusi tahun 1999 hanya menegaskan dan melegitimasi praktik-praktik yang telah ada di RRT.

20.4 KOMENTAR

Pembahasan di atas membawa kita pada komentar berikut. Pertama, Konstitusi 1982 secara eksplisit didasarkan pada Marxisme Leninisme dan pemikiran Mao Zedong. Acuan konstitusional yang tegas seperti itu berarti bahwa konstitusi harus mencerminkan teori konstitusional Marxis tentang negara dan hukum.

Menurut Marxisme, ekonomi adalah dasar, dan hukum adalah suprastruktur, sifat ekonomi menentukan sifat hukum. Sejarah konstitusional Tiongkok modern dengan jelas menunjukkan bahwa praktik konstitusional Tiongkok sepenuhnya konsisten dengan Marxisme. Konstitusinya sebagian besar ditujukan untuk sistem ekonomi. Karena ekonomi Tiongkok sering mengalami sejumlah reformasi mendasar, konstitusi terkadang dan tidak dapat dihindari menjadi kendala, dan oleh karena itu perlu diamandemen dari waktu ke waktu.

Cukup sering, aktivitas ekonomi yang tidak sah telah dilakukan bahkan sebelum amandemen konstitusi yang relevan disahkan. Berdasarkan kenyataan ini, sejumlah cendekiawan mengusulkan konsep *pelanggaran konstitusional yang jinak* (*liang xing wei xian*), dengan argumen bahwa karena pelanggaran semacam itu sulit dihindari dalam praktik, maka sebaiknya ditoleransi dalam batas tertentu.

Namun demikian, pendekatan ini mendapat kritik tajam dari sejumlah pakar hukum tata negara Tiongkok lainnya, yang menilai bahwa toleransi terhadap pelanggaran konstitusi, meskipun bersifat “jinak”, tetap melemahkan prinsip supremasi konstitusi dan integritas

hukum secara keseluruhan.Kedua, Konstitusi 1982 masih mencerminkan pendekatan kelas. Menurut pendekatan Marxis ortodoks, konstitusi tidak lain hanyalah representasi dari keinginan kelas penguasa. Meskipun perjuangan kelas telah memberi jalan bagi pembangunan ekonomi, hal itu tidak serta merta berarti bahwa konstitusi atau hukum tidak berorientasi pada kelas. Saat ini, pendekatan kelas jelas-jelas diimbangi oleh penegasan kepemimpinan Partai Komunis Tiongkok, yang mewakili kelas pekerja, yang juga merupakan kelas penguasa Tiongkok.

Kepemimpinan semacam itu telah ditegaskan kembali oleh amandemen konstitusi 1999. Ketiga, sejak pembangunan konstitusi Tiongkok tahun 1949, Tiongkok telah mendukung konsepsi instrumentalis konstitusi. Sementara, di masa lalu, konstitusi digunakan sebagai instrumen perjuangan politik, sejak tahun 1980an konstitusi telah digunakan untuk pembangunan ekonomi negara. Oleh karena itu, konstitusi telah berubah dari instrumen perjuangan kelas menjadi instrumen yang sangat diperlukan untuk pembangunan ekonomi.

Apakah ketentuan khusus konstitusi dipatuhi atau tidak sangat bergantung pada seberapa baik ketentuan tersebut melayani tujuan pemerintah. Pendekatan instrumentalis seperti itu dibuktikan dengan frekuensi amandemen konstitusi. Pendekatan pragmatis dan instrumental Tiongkok terhadap konstitusi telah memengaruhi pembangunan sosial secara negatif dan positif. Memang, mengingat Tiongkok masih mengalami masa transisi dari ekonomi terencana ke ekonomi pasar, kebutuhan untuk sering mengubah undang-undang sangat kuat.

Namun, konstitusi adalah undang-undang utama: konstitusi harus sepasti mungkin dan hanya boleh diubah dalam jumlah yang sangat sedikit. Untuk menjamin kepastiannya, pembukaannya dapat dihapus, karena ini hanya merupakan tinjauan umum tentang perkembangan historis Tiongkok dan pernyataan ideologis. Selain itu, ketentuan yang relevan tentang sistem ekonomi dapat dibatalkan, karena sistem itu sendiri masih mengalami perubahan yang signifikan. Atau, pembukaan konstitusi dapat dilihat sebagai serangkaian ketentuan yang terprogram dan tidak dapat diberlakukan; dalam hal ini, hanya ketentuannya tentang sistem ekonomi yang perlu dihapus. Jika Tiongkok benar-benar ingin mengembangkan tatanan konstitusional yang langgeng dan terhormat, mungkin harus melepaskan pendekatan instrumentalnya dan mengadopsi prinsip supremasi hukum, yang merupakan amandemen tahun 1999 sebagai pengesahan pertama.

20.5 PERBANDINGAN DENGAN PERKEMBANGAN KONSTITUSI AS

Meskipun perbandingan terperinci dengan perkembangan konstitusional berbagai yurisdiksi dunia berada di luar cakupan bab singkat ini, diyakini bahwa perbandingan singkat antara perkembangan konstitusional Tiongkok dan AS, yang terakhir memiliki konstitusi tertulis tertua, akan berkontribusi pada pemahaman yang lebih baik tentang perkembangan konstitusional Tiongkok dan masa depannya. Perbedaan berikut dapat diidentifikasi.

Pertama, latar belakang yang menjadi dasar pemberlakuan konstitusi berbeda. Konstitusi AS diberlakukan setelah 6 tahun berperang dengan Inggris dan setelah 6 tahun ketidakpastian politik di bawah Konfederasinya. Oleh karena itu, tugas utama konstitusi adalah

untuk menempa rasa kebangsaan dan untuk menumbuhkan kepercayaan rakyat Amerika pada ketahanan republik federal.

Di Tiongkok, sebaliknya, dokumen konstitusional pertamanya ditujukan untuk menyelamatkan Dinasti Qing yang runtuh; Dokumen konstitusional pertama Tiongkok Komunis, yaitu Program Bersama, disahkan tak lama setelah Partai Komunis Tiongkok mengalahkan Partai Nasional dan menguasai seluruh daratan Tiongkok; oleh karena itu, tujuannya dalam memberlakukan Konstitusi Sementara adalah untuk memastikan status kepemimpinan Partai Komunis Tiongkok.

Kedua, tujuan mendasar di balik pemberlakuan konstitusi Tiongkok dan AS sama sekali berbeda. Para pendiri konstitusi AS bertujuan untuk mencapai keseimbangan yang tepat antara kebebasan dan wewenang melalui pembentukan sistem politik, yang memungkinkan demokrasi dan partisipasi rakyat, baik di tingkat negara bagian maupun di badan legislatif yang lebih rendah.

Kebebasan rakyat Amerika dilindungi secara konstitusional oleh: (1) pembagian kekuasaan di antara kelompok-kelompok dengan kepentingan yang berbeda, sehingga setiap organ negara mengendalikan dan mengimbangi organorgan lain dan (2) konsensus dan komitmen yang kuat untuk menghormati kebebasan fundamental atas nama masyarakat sipil yang, meskipun di luar pemerintah, tetap merupakan hal mendasar untuk dukungan yang terakhir. Di Tiongkok kontemporer, konstitusi sering digunakan sebagai instrumen untuk mengkonsolidasikan pencapaian perang Partai Komunis dan posisi terdepannya. Keseimbangan yang tepat antara otoritas dan kebebasan rakyat tidak ada dalam semua lima dokumen konstitusional Partai Komunis.

Meskipun perlindungan kebebasan memang disebutkan, namun hal itu jauh dari deskripsi yang diberikan oleh Hakim Oliver Wendell Holmes dari Mahkamah Agung AS sekitar setengah abad yang lalu: “Jika ada prinsip konstitusi yang lebih mendesak untuk dipatuhi daripada yang lain, itu adalah prinsip kebebasan berpikir; bukan kebebasan berpikir bagi mereka yang setuju dengan kita, tetapi kebebasan untuk pikiran yang kita benci”. Karena prinsip tersebut tidak didukung oleh Partai Komunis Tiongkok dalam dokumen konstitusional, maka kebebasan untuk berbeda dengan Partai Komunis Tiongkok tidak diperbolehkan.

Ketiga, meskipun konstitusi AS dan Tiongkok merupakan konstitusi yang “kaku”, tingkat ketidakfleksibelannya berbeda. Di Amerika Serikat, konstitusi hanya dapat diamandemen oleh dua pertiga anggota DPR dan Senat dan tiga perempat anggota negara bagian; oleh karena itu, diperlukan kesepakatan bipartisan dan kedua belah pihak harus mendukung amandemen tersebut.

Sejarah telah membuktikan bahwa sistem partai politik AS, yang digambarkan oleh James Madison sebagai “keturunan alami kebebasan”, membuat amandemen konstitusi menjadi sangat sulit. Keempat konstitusi Tiongkok secara teoritis kaku, meskipun, seperti yang terlihat di atas, konstitusi tersebut sering kali diganti dengan konstitusi baru atau telah diamandemen secara konstitusional.

Alasan di balik keadaan tersebut adalah bahwa konstitusi Tiongkok telah gagal menjamin kebebasan secara memadai dan konstitusional. Oleh karena itu, “keturunan

alaminya", yaitu sistem partai politik yang matang, belum berkembang; Partai Komunis Tiongkok selalu menjalankan kendali absolut atas negara dan, yang terpenting, juga atas badan kekuasaan negara tertinggi, yaitu NPC, yang berhak memberlakukan dan mengubah konstitusi.

Keempat, perbedaan tujuan konstitusional AS dan Tiongkok menghasilkan konteks konstitusional yang berbeda. Konstitusi AS terutama dibagi menjadi dua bagian: satu mengenai struktur konstitusional pemerintah, yang lain berkaitan dengan perlindungan kebebasan rakyat. Konstitusi Tiongkok memuat ketentuan yang lebih substansial daripada konstitusi AS. Misalnya, konstitusi Tiongkok memuat ketentuan tentang sistem ekonomi, yang menyebabkannya sering diamandemen. Konstitusi Tiongkok juga memuat ketentuan yang membatasi kebebasan rakyat.

Namun, jelas bahwa setiap perubahan dalam konteks konstitusional Tiongkok harus diimbangi dengan perubahan dalam pemahaman tentang peran dan tujuan konstitusi. Kelima, kontrol atas penegakan konstitusi berbeda. Di Amerika Serikat, setiap masalah yang berkaitan dengan konstitusionalitas ditinjau oleh pengadilan dan akhirnya oleh Mahkamah Agung. Di Tiongkok, NPC dan Komite Tetapnya, yaitu Badan Legislatif, secara teoritis berhak untuk mengontrol penegakan konstitusi.

Akan tetapi, dalam praktiknya, konstitusi tidak dianggap serius: tidak ada satu pun kasus yang menyangkut konstitusionalitas yang pernah diperiksa oleh NPC atau Komite Tetapnya. Agar konstitusi dianggap serius dan diperlakukan sebagai hukum tertinggi Tiongkok, mekanisme yang tepat dan efektif untuk peninjauan konstitusional harus ditetapkan. Mekanisme ini memang akan berkontribusi pada pengembangan konstitusionalisme Tiongkok.

Perbandingan di atas menunjukkan bahwa masih ada banyak ruang untuk perbaikan lebih lanjut dalam pengembangan konstitusional Tiongkok di masa mendatang. Model konstitusional AS merupakan model yang relatif berhasil, yang darinya Tiongkok dapat memetik pelajaran penting. Akan tetapi, perlu diingat bahwa model AS tidaklah sempurna: sebagaimana telah dikemukakan, struktur konstitusional AS dipengaruhi oleh berbagai masalah serius, seperti eksekutif dan legislatif yang terbagi berdasarkan garis partai dan kurangnya mekanisme untuk penyelesaian krisis pemerintahan, yang dapat membawa negara tersebut ke jalan buntu kelembagaan yang nyata.

BAB 21
HAK ASASI MANUSIA DAN ATURAN HUKUM DI CINA KONTEMPORER

21.1 PELAJARAN SEJARAH DARI REVOLUSI KEBUDAYAAN

Secara kasar diperkirakan bahwa kerugian ekonomi langsung yang diderita oleh Tiongkok sebagai akibat dari Revolusi Kebudayaan selama 10 tahun berjumlah Rp.500 miliar yuan. Kerugian yang disebabkan oleh Lompatan Jauh ke Depan tahun 1958 berjumlah 120 miliar yuan. Akan tetapi, keseluruhan investasi Tiongkok dalam membangun infrastruktur dari tahun 1949 hingga 1979 hanya setara dengan Rp.600 miliar yuan. Pada tahun 1976, di akhir Revolusi Kebudayaan, ekonomi nasional Tiongkok hampir runtuh. Sama sekali tidak mungkin untuk menghitung kehancuran yang tidak dapat diperbaiki yang diakibatkannya, antara lain, terhadap pendidikan, ilmu pengetahuan, dan budaya Tiongkok.

Setelah Revolusi Kebudayaan berakhir, Tiongkok meninjau kembali pengalaman yang membawa bencana tersebut dan mendambakan perdamaian dan ketertiban. Apa sebenarnya yang menyebabkan pergolakan politik nasional dan jangka panjang yang telah mengakibatkan kerugian yang sangat besar? Pada tahun 1978, Partai Komunis Tiongkok mengadakan Sidang Pleno ke-3 Komite Sentral ke-11.

Sidang tersebut menganalisis penyebab Revolusi Kebudayaan dan mengajukan langkah-langkah yang bertujuan untuk menghindari terulangnya tragedi serupa. Untuk tujuan tersebut, Sidang menilai kembali masalah demokrasi dan memeriksa sistem hukum Tiongkok; Sidang menyimpulkan: “Demokrasi harus substansial agar sentralisasi yang tepat dapat dilaksanakan. Di masa lalu, kita telah berjuang untuk sentralisasi yang gagal mewujudkan demokrasi. Demokrasi terlalu sedikit.”

Oleh karena itu, Sidang menyimpulkan bahwa penyebab utama pergolakan politik selama 10 tahun tersebut adalah tidak adanya demokrasi politik dalam jangka panjang, dan bahwa “praktik di mana apa yang dikatakan satu orang diperhitungkan” telah mengakibatkan tragedi tersebut. Telah disadari bahwa perdamaian, stabilitas, dan pembangunan ekonomi jangka panjang tidak dapat dicapai tanpa demokrasi. Memang diakui bahwa, setelah berdirinya Republik Rakyat Tiongkok, banyak yang telah dilakukan untuk mempromosikan demokrasi, dan fondasi demokrasi sosialis telah diletakkan. Lalu, mengapa Revolusi Kebudayaan tetap terjadi?

Banyak pengalaman sejarah telah membuktikan bahwa demokrasi saja tidak cukup: jika demokrasi tidak dilindungi dengan baik, demokrasi, apalagi sebuah negara, tidak akan dapat dipertahankan. Agar demokrasi dapat berkembang, diperlukan lembaga-lembaga demokrasi yang fundamental dan berakar dalam, dan harus dilestarikan dan didukung dengan sungguhsungguh oleh rakyat, khususnya oleh semua pejabat pemerintah. Yang lebih penting, stabilitas, keberlanjutan, dan vitalitas lembaga-lembaga tersebut harus dijamin tanpa harus terbuka terhadap perubahan ad libitum.

Undang-undang yang tegas dan lembaga-lembaga demokrasi harus memastikan

bahwa lembaga-lembaga pemerintah menjalankan kekuasaan mereka dengan tujuan untuk melindungi hak-hak dan kebebasan warga negara dengan lebih baik. Keutamaan hukum harus ditegakkan, yang berarti keutamaan kehendak rakyat. Hukum-hukum Tiongkok itu sendiri mencerminkan demokrasi. Hukum-hukum tersebut ditetapkan oleh badan legislatif Tiongkok sesuai dengan prosedurprosedur demokrasi, dan disesuaikan dengan perkembangan sosial Tiongkok dan kehendak rakyatnya.

Dalam hal ini, Sidang di atas mengemukakan: “Untuk menjamin demokrasi rakyat, perlu memperkuat sistem hukum sosialis dan melembagakan serta melegalkan sistem demokrasi untuk memastikan stabilitas, keberlanjutan, dan kewenangan maksimum sistem tersebut beserta hukumnya.”

Sejarah Tiongkok kontemporer menunjukkan bahwa demokrasi tidak dapat dijamin tanpa perlindungan hukum dan lembaga yang kuat. Berjuang untuk demokrasi tanpa memastikan supremasi hukum niscaya mengarah pada “demokrasi absolut” atau “demokrasi” semacam Revolusi Kebudayaan, yang konon menghapus semua jenis kewenangan, meskipun dalam praktiknya justru mendatangkan tirani, otokrasi, dan bencana alihalih perkembangan manusia yang bebas. Jika demokrasi menyiratkan pemerintahan rakyat, supremasi hukum dapat melindungi kondisi seperti itu.

Oleh karena itu, demokrasi rakyat niscaya terkait erat dengan supremasi hukum. Dengan menegakkan supremasi hukum secara ketat, suatu negara dan rakyatnya dapat menjalankan aktivitas mereka dengan cara yang terarah dan terstandarisasi: rakyat menjalankan hak-hak demokrasi mereka di dalam hukum, sehingga terhindar dari anarkisme hukum dan nihilisme hukum; lebih jauh lagi, supremasi hukum secara substansial dan sah melindungi hak-hak tersebut, karena otoritas publik tunduk pada kontrol yang tidak memungkinkan mereka untuk melanggar hak-hak individu, yang terbuka untuk diubah hanya oleh hukum.

Memang, meskipun banyak faktor sosial dan historis yang kompleks menyebabkan Revolusi Kebudayaan, tidak dapat disangkal bahwa nihilisme hukum memainkan peran mendasar dalam hal ini. Lebih jauh lagi, sistem hukum itu sendiri harus didasarkan pada demokrasi: demokrasi adalah dasar dari supremasi hukum dan, pada gilirannya, yang terakhir melindungi yang pertama.

Dalam hal ini, Sidang yang disebutkan di atas menyarankan prinsip panduan "mempromosikan demokrasi sosialis dan memperkuat sistem hukum sosialis": ini tidak hanya mewakili titik balik bersejarah dalam pembentukan demokrasi dan sistem hukum Tiongkok, tetapi juga menandai penolakan Tiongkok terhadap nihilisme hukum demi supremasi hukum, dengan demikian mencerminkan kemajuan kualitatif dalam pemahaman Partai Komunis tentang sistem hukum.

Namun, dapat dikatakan bahwa asas yang diajukan oleh Sidang hanya berfokus pada kebutuhan untuk mengubah status quo yang tidak teratur dan untuk menegakkan “aturan hukum”, tanpa menangani implikasi penuh dari “aturan hukum”. Di bawah aturan hukum, pelaksanaan kekuasaan oleh badan-badan pemerintahan tunduk pada pembatasan dan pengawasan hukum. Selain itu, rakyat harus menjadi subjek, bukan objek, dari aturan hukum;

demokrasi harus meresapi seluruh proses legislatif, memastikan representasi kehendak dan kepentingan rakyat; Konstitusi dan hukum harus memiliki otoritas tertinggi.

Selain itu, meskipun peran kepemimpinan Partai Komunis diakui, Partai tetap harus menjalankan kegiatannya dalam lingkup hukum; kebebasan dan hak warga negara dilindungi secara ketat oleh Konstitusi dan hukum; semua warga negara dan subjek hukum sama di hadapan hukum. Demokrasi perlu dilindungi oleh lembaga hukum, dan sistem hukum itu sendiri harus mencerminkan semangat demokrasi.

Berdasarkan perspektif ini, supremasi hukum merupakan pelembagaan dan legalisasi keinginan rakyat. Keutamaan rakyat tidak dapat terwujud kecuali keinginan mereka dinyatakan melalui hukum, dan supremasi hukum tidak akan tercapai kecuali jika ia mewujudkan keinginan rakyat. Supremasi hukum di Tiongkok tidak akan terpenuhi jika ia gagal untuk memajukan demokrasi dan memperkuat sistem hukum.

21.2 UUD 1982

Pada tahun 1982, setelah Kongres Nasional ke Partai Komunis, Sidang ke-5 Kongres Rakyat Nasional ke-5 secara radikal mengubah Konstitusi 1978. Konstitusi baru tersebut menjabarkan sistem politik dan ekonomi fundamental Tiongkok, tugastugas utama negara, sistem peradilannya, dan hak-hak fundamental warga negara. Ketentuan-ketentuan tersebut meletakkan dasar hukum bagi reformasi dan pembangunan Tiongkok. Sesungguhnya, Konstitusi semacam itu telah dianggap oleh dunia hukum Tiongkok sebagai yang terbaik sejak berdirinya Tiongkok baru. Berdasarkan prinsip-prinsip dasar dan kerangka Konstitusi baru, sistem hukum Tiongkok dengan demikian mencapai tingkat perkembangan yang baru.

Sejak berdiri pada tahun 1949, Republik Rakyat Tiongkok selalu terlibat dalam pengembangan sistem hukum dengan tujuan melindungi hak asasi manusia. Terutama sejak tahun 1978, dan setelah Revolusi Kebudayaan yang telah membenci dan menghancurkan hak asasi manusia, badan legislatif Tiongkok telah memberlakukan banyak undang-undang, peraturan, dan resolusi yang bertujuan untuk memberikan landasan hukum yang terutama berpusat pada Konstitusi untuk perlindungan hak asasi manusia. Konstitusi 1982 mencakup sejumlah ketentuan yang didasarkan pada deklarasi hak asasi manusia yang terkandung dalam tiga konstitusi negara sebelumnya.

Konstitusi tersebut tidak hanya memuat lebih banyak aturan dalam hal ini, tetapi juga menjelaskan secara lebih rinci dan kuat tentang pengakuan hak serta kebebasan politik, ekonomi, sosial, dan budaya rakyat. Sebagai contoh, Pasal 49 mengatur perlindungan hak anak secara jelas. Pasal tersebut menyebutkan bahwa *"orang tua wajib mengasuh dan mendidik anak-anak yang belum cukup umur, dan anak-anak yang telah cukup umur wajib memelihara dan membantu orang tua mereka. Menganiaya orang tua, perempuan, dan anak-anak dilarang."*

Lebih lanjut, UUD 1982 membawa perubahan penting dalam struktur konstitusi. Pada konstitusi sebelumnya, bab tentang "Hak dan Kewajiban Dasar Warga Negara" selalu ditempatkan setelah bab tentang "Struktur Negara". Urutan ini memberi kesan bahwa kekuasaan negara lebih diutamakan atas hak-hak dasar warga negara.Dengan menempatkan

hak-hak dasar di Bab 2, tepat setelah "Asas-asas Umum" UUD 1982 menggarisbawahi bahwa hak-hak warga negara terkait erat dengan sistem politik dan sosial dan merupakan kelanjutan dari "Asas-asas Umum" yang tidak boleh dipisahkan darinya. Pengaturan ini sejalan dengan konstitusi negara lain, yang mengutamakan hak asasi manusia di atas struktur dan kewenangan pemerintah. Selain itu, pengaturan ini jelas mencerminkan pendekatan Tiongkok yang berbeda terhadap hak asasi manusia warga negara.

21.3 PERKEMBANGAN HAK ASASI MANUSIA

Dalam kerangka Konstitusi 1982, dan dengan tujuan memenuhi kebutuhan ekonomi komoditas yang sedang berkembang, sejumlah undang-undang perdata dan ekonomi dengan cepat diberlakukan pada periode tersebut. Undang-undang perdata komprehensif pertama, yaitu "Prinsip Umum Hukum Perdata", diundangkan pada tahun 1986. Meskipun tidak cukup rinci, undang-undang tersebut memberikan aturan dasar yang berfungsi bagi ekonomi komoditas.

Pada tahun 1987, Kongres Nasional ke-13 Partai Komunis memajukan reformasi jangka panjang di arena politik dengan tujuan membangun sistem politik sosialis yang sangat demokratis dan sistem hukum yang kuat. Pemahaman Tiongkok tentang supremasi hukum dengan demikian semakin diperbarui. Selain Konstitusi, sejumlah undang-undang dan peraturan diberlakukan pada periode ini dengan tujuan melindungi hak asasi manusia secara efektif dan sah. Kerangka kerja yang kuat untuk perlindungan hukum hak asasi manusia juga secara bertahap dibentuk.

Menurut hukum, lembaga peradilan kini dipercayakan dengan tugas melindungi hak-hak dasar dan kebebasan warga negara serta hak dan kepentingan sah lainnya, melindungi hak milik publik serta hak milik yang secara pribadi dan sah dimiliki oleh warga negara, menjaga ketertiban sosial, menjaga perkembangan modernisasi Tiongkok secara teratur, dan menghukum pelanggar. Dengan demikian, peran utama lembaga peradilan dalam melindungi hak asasi manusia ditegaskan.

Dalam menjalankan kegiatannya, ditetapkan bahwa badan keamanan publik dan departemen peradilan Tiongkok harus benar-benar menghormati prinsip-prinsip berikut:

1. Semua warga negara sama di hadapan hukum. Hak dan kepentingan sah setiap warga negara harus dilindungi oleh hukum, dan setiap perilaku yang melanggar hukum atau kriminal harus tunduk pada pengawasan hukum.
2. Badan keamanan publik dan lembaga peradilan Tiongkok harus menangani kasus berdasarkan fakta, dan mengikuti hukum sebagai kriteria penuntun mereka.
3. Sesuai dengan hukum, pengadilan rakyat harus menjalankan kekuasaan kehakiman dan kejaksaan rakyat harus menegakkan hukum; Kedua lembaga tersebut harus bertindak secara independen. Keduanya hanya tunduk pada hukum dan bebas dari campur tangan lembaga administratif, organisasi sosial, dan individu. Dalam proses pidana, pengadilan rakyat, kejaksaan rakyat, dan lembaga keamanan publik harus membagi tanggung jawab mereka, mengoordinasikan upaya mereka, dan saling mengawasi untuk memastikan penegakan hukum yang benar dan efektif. Mereka harus

menjalankan tugas yang diberikan kepada mereka sendiri, dan tidak dapat saling menggantikan. Kejaksaan rakyat harus mengawasi kegiatan yang dilakukan oleh lembaga keamanan publik, pengadilan, penjara, pusat penahanan, dan lembaga yang bertanggung jawab atas reformasi melalui kerja dan memastikan bahwa kegiatan tersebut sesuai dengan hukum. Prinsip-prinsip peradilan di atas secara tegas ditetapkan dalam Konstitusi Tiongkok dan dalam undang-undangnya, dan menjamin perlindungan hak asasi manusia selama proses peradilan.

Selain itu, untuk sepenuhnya melindungi hak asasi manusia, hukum Tiongkok memasukkan ketentuan yang eksplisit dan ketat yang secara khusus mengatur tugastugas lembaga keamanan publik dan peradilan serta pelaksanaan prosedur peradilan. Berikut ini adalah beberapa ketentuan utama dalam hal ini.

(1) Penahanan dan penangkapan. Tidak seorang pun warga negara boleh ditangkap kecuali dengan persetujuan kejaksaan rakyat atau pengadilan rakyat, dan penangkapan harus dilakukan oleh badan keamanan publik. Penahanan atau perampasan atau pembatasan kebebasan warga negara yang tidak sah, serta penggeledahan yang melanggar hukum, dilarang. Hukum acara pidana Tiongkok menetapkan batas waktu tertentu untuk kasus pidana.

(2) Pencarian dan pengumpulan bukti. Konstitusi 1982 menetapkan bahwa penggeledahan warga negara secara melawan hukum dilarang; tempat tinggal pribadi warga negara tidak dapat diganggu gugat, dan penggeledahan atau masuk secara melawan hukum ke tempat tinggal pribadi warga negara dilarang. Hukum acara pidana Tiongkok menetapkan bahwa penggeledahan oleh badan keamanan publik harus benar-benar mematuhi hukum. Merupakan suatu asas, serta disiplin badan keamanan publik dan peradilan, bahwa tidak ada pengakuan yang dapat dipaksakan dengan penyiksaan, dan semua pelanggaran dalam hal ini harus diselidiki.

(3) Penuntutan dan pengadilan. Pengadilan yang dilakukan di pengadilan rakyat terbuka untuk umum, kecuali jika melibatkan rahasia negara, privasi pribadi, atau kejahatan yang dilakukan oleh anak di bawah umur. Pengadilan rakyat secara terbuka memberikan putusan dalam semua kasus, baik yang diadili secara terbuka atau tidak. Pengadilan rakyat harus mengumpulkan bukti lengkap sesuai dengan prosedur yang ditetapkan oleh hukum. Terdakwa berhak untuk memberikan pembelaan. Berdasarkan Hukum Acara Pidana, selain hak tersebut, tersangka atau terdakwa pidana dapat mempercayakan pengacara, kerabat, atau warga negara lain untuk menjadi pembelanya. Pengadilan rakyat, yang secara ketat mematuhi Konstitusi dan Hukum Acara Pidana, harus memastikan perlindungan yang efektif bagi tersangka pidana atau hak untuk membela terdakwa selama proses peradilan. Tersangka pidana dan terdakwa memiliki hak untuk mengajukan banding dan hak untuk mengajukan petisi.

(4) Putusan yang dijatuhkan oleh pengadilan rakyat. Menurut hukum, pihak yang menolak menerima putusan atau perintah yang dijatuhkan oleh pengadilan rakyat tingkat pertama berhak untuk mengajukan banding ke pengadilan tingkat kedua. Pihak

tersebut dapat mengajukan petisi ke pengadilan rakyat atau kejaksaan rakyat untuk mempertanyakan keabsahan putusan atau perintah yang diberikan. Banding, dengan sendirinya, tidak mengakibatkan hukuman yang lebih berat. Kitab Undang-undang Hukum Pidana Tiongkok mencakup ketentuan khusus tentang kejahatan remaja dan tanggung jawab pidana. Kejaksaan rakyat harus mengawasi secara ketat proses litigasi dan persidangan untuk memastikan bahwa proses tersebut sesuai dengan hukum. Seperti di beberapa negara lain di dunia, hukuman mati berlaku di Tiongkok, meskipun tunduk pada pembatasan yang ketat. Keadaan bahwa hukuman mati dapat dijatuhkan sambil menunda pelaksanaannya selama 2 tahun memungkinkan sistem untuk secara ketat mengendalikan penerapan hukuman tersebut.

(5) Pekerjaan di penjara dan hak-hak narapidana. Penjara dan lembaga yang bertanggung jawab atas reformasi melalui kerja paksa di Tiongkok harus menangani para penjahat yang dihukum sesuai dengan hukum. Penjara atau lembaga pelaksana lainnya dapat menolak untuk menahan para penjahat jika dokumen hukum yang relevan tidak ada atau tidak sah. Lembaga yang menahan harus memberi tahu keluarga narapidana tentang penahanan tersebut dalam waktu 3 hari sejak dimulainya penahanan. Dalam keadaan tertentu, narapidana diizinkan untuk menjalani hukuman mereka di wilayah tempat tinggal mereka, sehingga memungkinkan keluarga dan unit kerja asal mereka untuk membantu mereka dalam reformasi mereka. Di Tiongkok, hak-hak narapidana dilindungi oleh hukum. Menurut hukum Tiongkok, narapidana memiliki hak untuk memilih kecuali jika hak tersebut dicabut oleh hukum. Mereka memiliki hak untuk mengajukan petisi, pembelaan, kekebalan terhadap diri mereka sendiri dan harta benda yang sah, pengaduan dan laporan, bersama dengan hak-hak warga negara lainnya yang diizinkan oleh undang-undang. Kejaksaan rakyat mengendalikan jaminan hak-hak dan kepentingan sah para tahanan. Atas perintah pengadilan rakyat, seorang penjahat dapat diringankan hukumannya atau dapat dibebaskan bersyarat jika ia menunjukkan pertobatan sejati atau melakukan pelayanan berjasa selama menjalani hukuman.

(6) Tenaga kerja narapidana. Narapidana harus bekerja jika mereka mampu melakukannya; waktu kerja tidak boleh melebihi 8 jam sehari. Narapidana berhak untuk beristirahat pada hari libur, dan menikmati perlakuan kompensasi yang diberikan kepada pekerja yang terlibat dalam kegiatan serupa di perusahaan milik negara. Produk yang dihasilkan oleh tenaga kerja narapidana terutama digunakan untuk memenuhi kebutuhan penjara, dan hanya sebagian kecil darinya yang mencapai pasar domestik. Tidak ada produk narapidana yang dapat diekspor.

(7) Reformasi melalui tenaga kerja dan hak-hak orang yang direformasi. Reformasi melalui tenaga kerja merupakan hukuman administratif, bukan hukuman yudisial. Panitia Khusus yang bertanggung jawab atas reformasi melalui tenaga kerja dibentuk oleh pemerintah Kota-kota besar dan menengah di semua provinsi, daerah otonom, dan kotamadya, dan berada di bawah kendali langsung pemerintah pusat. Kejaksaan rakyat memiliki kewenangan pengawasan dalam lingkup ini. Orang-orang yang dikenai

hukuman tersebut berusia di atas 16 tahun, dan telah melakukan pelanggaran yang membahayakan ketertiban sosial di Kota-kota besar dan menengah dan telah menolak untuk memperbaiki kesalahan mereka meskipun telah berulang kali diperingatkan; atau, mereka telah melakukan pelanggaran ringan yang keadaannya tidak cukup serius untuk menuntut hukuman pidana. Sesuai dengan hukum dan peraturan yang relevan, Komite harus memutuskan lamanya reformasi, mulai dari 1 hingga 3 tahun. Individu yang menolak keputusan tersebut dapat mengajukan petisi kepada Komite atau mengajukan gugatan ke pengadilan rakyat sesuai dengan Hukum Acara Administratif. Orang-orang yang direformasi melalui kerja menikmati hak-hak warga negara yang luas yang dijamin oleh Konstitusi dan undang-undang, meskipun mereka harus mematuhi langkah-langkah reformasi yang dapat membatasi hak-hak mereka.

Pada tahap khusus perkembangan historisnya ini, Tiongkok telah berpartisipasi aktif dalam lembaga-lembaga hak asasi manusia internasional. Sebagai anggota pendiri Perserikatan Bangsa-Bangsa dan sebagai anggota tetap Dewan Keamanannya, Tiongkok mengakui tujuan dan prinsip-prinsip Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang perlindungan dan pengembangan hak asasi manusia; lebih jauh, sejak 1979, Tiongkok telah mengirimkan delegasinya ke pertemuanpertemuan Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa. Tiongkok secara substansial berkontribusi pada pengembangan hak asasi manusia di dunia, sebagaimana diakui secara luas oleh Negara-negara berkembang.

21.4 BUKU PUTIH TENTANG HAK ASASI MANUSIA

Sebelum tahun 1988, istilah “hak asasi manusia” belum umum digunakan di Tiongkok dan bahkan dipandang sebagai isu sensitif. Selama Revolusi Kebudayaan dan dekade berikutnya, hak asasi manusia dikaitkan dengan ideologi borjuis dan dianggap tidak relevan dalam konteks sosialisme Tiongkok. Pada masa itu, wacana resmi hanya mengakui “hak-hak warga negara” yang bersifat umum.

Setelah Insiden Tiananmen tahun 1989, Tiongkok menghadapi kritik internasional yang intens terkait lemahnya perlindungan terhadap hak asasi manusia. Namun, wacana hak asasi manusia sendiri telah mengalami distorsi selama era Perang Dingin. Dalam konteks tersebut, hak asasi manusia kerap dipolitisasi dan dijadikan instrumen tekanan ideologis, sehingga menimbulkan persepsi sebagai alat pemaksaan nilai dengan standar ganda dalam hubungan internasional selama empat dekade sebelumnya.

Isu hak asasi manusia pertama kali diangkat dalam sebuah simposium berskala kecil yang diselenggarakan oleh Partai Komunis Tiongkok, sejalan dengan arahan pimpinan negara. Menyusul instruksi dari Jiang Zemin mengenai pentingnya melakukan kajian tentang hak asasi manusia sebagai respons terhadap kritik dari negara-negara Barat, pada tahun 1991 pemerintah Tiongkok secara signifikan mengubah sikapnya terhadap isu ini. Sejak saat itu, topik yang sebelumnya dianggap tabu mulai dibahas secara terbuka dalam berbagai forum ilmiah yang diselenggarakan oleh lembaga-lembaga penelitian.

Sebagai langkah lanjutan, Dewan Negara Tiongkok menerbitkan sebuah *Buku Putih* yang belum pernah ada sebelumnya, berjudul “*Situasi Hak Asasi Manusia di Tiongkok*”, yang

secara resmi menguraikan posisi negara terhadap isu hak asasi manusia. Pada dekade 1990-an, perdebatan akademik mengenai hak asasi manusia berkembang secara intens di lingkungan akademisi Tiongkok. Pandangan dominan bergeser: hak asasi manusia tidak lagi dipahami sebagai hak yang terbatas pada kelas sosial tertentu, melainkan sebagai prinsip universal. Pada akhirnya, perlindungan hak asasi manusia mulai diakui sebagai salah satu ciri utama dari masyarakat yang beradab dan maju.

21.5 PENERAPAN ATURAN HUKUM SECARA KONSTITUSIONAL

Dalam upaya memajukan hak asasi manusia, Tiongkok saat ini tidak hanya mementingkan pembangunan sosial dan perlindungan hukum, kelembagaan, dan material terhadap hak asasi manusia, tetapi juga terlibat dalam penelitian tentang hak asasi manusia dan meningkatkan kesadaran masyarakat akan hal itu. Dunia akademis Tiongkok sangat aktif dalam hal ini, termasuk peneliti profesional, cendekiawan, dan pakar yang berasal dari lembaga pendidikan tinggi dan penelitian.

Sejumlah asosiasi akademis nasional, seperti Masyarakat Hak Asasi Manusia Tiongkok, telah muncul, bersama dengan beberapa lembaga yang dikhususkan untuk penelitian tentang hak asasi manusia yang didirikan oleh pusat pendidikan tinggi. Terlebih lagi, lembaga yang mengkhususkan diri dalam hak asasi manusia kelompok tertentu, seperti perempuan, anak-anak, dan penyandang cacat, juga telah didirikan.

Pemerintah Tiongkok, bersama dengan yayasan yang relevan, mendukung dan mendanai program penelitian tentang hak asasi manusia. Karya dan artikel akademis yang dihasilkan telah memberikan kontribusi yang signifikan terhadap terciptanya kebijakan hak asasi manusia, sekaligus juga meningkatkan kesadaran warga negara tentang hak asasi manusia dan mendorong pembangunan sosial. Lebih jauh, dunia akademis Tiongkok telah menerjemahkan dan menerbitkan banyak karya asing tentang hak asasi manusia dan telah mengumpulkan materi yang luas dan sistematis tentangnya.

Dengan tujuan meningkatkan kesadaran masyarakat tentang masalah yang dihadapi, Kantor Informasi Dewan Negara Tiongkok barubaru ini menerbitkan sejumlah Buku Putih, seperti Situasi Hak Asasi Manusia di Tiongkok, Kedaulatan atas Tibet dan Situasi Hak Asasi Manusia, Situasi Tiongkok dalam Mereformasi Penjahat, dan Situasi Perempuan di Tiongkok. Badan-badan pemerintah Tiongkok, organisasi sosial, lembaga penelitian, media, dan lembaga penerbitan telah secara luas mengungkapkan dan membahas dokumendokumen di atas.

Kesadaran individu tentang hak asasi manusia berjalan seiring dengan undang-undang negara tersebut. Setiap kali undang-undang tentang hak asasi manusia diberlakukan dan diumumkan, kegiatan pendidikan dilakukan untuk meningkatkan kesadaran warga negara tentang hak-hak mereka. Kursus tentang hak asasi manusia saat ini menjadi bagian dari program pendidikan dan pelatihan profesional nasional.

Ceramah dan kursus tentang hak asasi manusia diadakan di banyak universitas dan lembaga pelatihan. Warga negara dibina untuk melaksanakan dan menikmati hak asasi manusia. Komite Sentral Partai Komunis barubaru ini mengadakan sejumlah ceramah hukum yang memberi tahu pimpinan pusat tentang masalah ini, dan ini menimbulkan dampak yang

kuat di seluruh negeri.

Ketika Tiongkok secara resmi mengakui ekonomi pasar, menyusul kunjungan penting mantan pemimpin Deng Xiaoping ke Tiongkok Selatan pada tahun 1992, sistem hukum mengalami periode perubahan dan transisi mendasar. Dipahami bahwa ekonomi pasar harus didasarkan pada sistem hukum yang kuat, dan bahwa undang-undang yang ditetapkan atas dasar ekonomi yang direncanakan secara terpusat harus diamandemen atau dihapuskan; dengan kata lain, kerangka hukum harus disesuaikan dengan ekonomi pasar. Oleh karena itu, undang-undang Tiongkok diubah dengan cepat dan radikal.

Perkembangan ekonomi pasar mendorong perkembangan demokrasi dan sistem hukum Tiongkok, dan menyediakan dasar fundamental bagi supremasi hukum. Melalui reformasi dan perubahan radikal, perkembangan ekonomi pasar, serta kegiatan ekonomi dan hubungan di antara berbagai kelompok kepentingan, menjadi semakin kompleks. Dengan demikian, negara telah mendukung penegakan hukum, karena hukum diperlukan untuk menjaga ketertiban yang dibutuhkan bagi pengembangan ekonomi pasar, untuk memecahkan masalah yang berhubungan dengan kemajuan ekonomi dan sosial negara, dan untuk memfasilitasi pembangunan ekonomi dan sosial yang terkoordinasi.

Untuk tujuan ini, Kongres Nasional ke-15 Partai Komunis, untuk pertama kalinya dalam sejarah partai, secara tegas dan sepenuhnya mendukung supremasi hukum sebagai prinsip dasar yang membimbingnya, dan menempatkannya pada tempatnya sendiri dalam lingkup reformasi politik. Kongres juga mengusulkan pembentukan kerangka hukum yang komprehensif dengan karakteristik Tiongkok pada tahun 2010. Usulan tersebut menandai lompatan maju baru dalam pemahaman Partai Komunis tentang hukum, dan tonggak baru yang signifikan dalam pengembangan demokrasi dan sistem hukum negara. Faktanya, usulan tersebut mewakili pergeseran dari "aturan berdasarkan hukum" menjadi "aturan hukum", dan dengan demikian aturan hukum memperoleh nilai strategis daripada sekadar nilai teknis.

Sepanjang 20 tahun pengembangan hukumnya, Tiongkok telah memperdalam pemahamannya tentang keutamaan aturan hukum. Hukum efektif tidak hanya dalam memerangi "kekuatan jahat", tetapi juga dalam mempromosikan keadilan, meningkatkan efisiensi, dan menciptakan manfaat ekonomi. Aturan hukum dapat memfasilitasi pembangunan ekonomi dan sosial, serta peradaban spiritual. Dalam transaksi ekonomi dan komersial internasional, kualitas lingkungan hukum merupakan faktor kunci bagi investor, karena sistem hukum yang baik tidak dapat tidak mendorong investasi. Hukum adalah sarana "sah" utama dan utama untuk menyelesaikan masalah dan perselisihan sosial.

Tanpa sarana hukum yang memadai, individu tidak dapat memperoleh perbaikan atas keluhan mereka, dan solusi dapat diberikan hanya melalui kekerasan atau cara ilegal. Dalam keadaan seperti itu, masyarakat terjerumus ke dalam anarki dan kekacauan, sehingga berisiko menghidupkan kembali pengalaman Revolusi Kebudayaan. Oleh karena itu, hukum melambangkan harapan, kepercayaan diri, dan keamanan, serta optimisme terhadap negara, pemerintah, dan masyarakat seseorang. Sejarah telah mengajarkan kita pelajaran dramatis tentang apa yang terjadi ketika orang tidak percaya pada negara dan hukum mereka, dan meragukan keadilan yang terakhir. Kekerasan dimulai ketika keadilan berakhir.

Oleh karena itu, dengan secara resmi menetapkan "aturan hukum", Kongres Nasional ke-15 Partai Komunis secara signifikan memengaruhi perkembangan Tiongkok pada abad ke-21. Konstitusi juga diamandemen selama Sidang ke-2 Kongres Rakyat Nasional ke-9 pada bulan Maret 1999 untuk memasukkan prinsip dasar aturan hukum. Oleh karena itu, sejak saat itu, aturan hukum telah diakui sebagai prinsip konstitusional. Untuk pertama kalinya dalam sejarahnya, pada kesempatan Kongres Nasional ke-15, Partai Komunis menyatakan niat untuk "menghormati dan melindungi hak asasi manusia". Hal ini menegaskan kepentingan mendasar sistem dalam mengembangkan aturan hukum yang menjunjung tinggi demokrasi dan hak asasi manusia.

Perkembangan ekonomi pasar telah meningkatkan kesadaran warga negara akan kemandirian ekonomi dan hak-hak mereka. Hak-hak yang dulunya hanya teoritis kini menjadi sarana hukum yang dapat digunakan warga negara untuk melindungi kepentingan mereka sendiri. Pelaksanaan dan perlindungan hak-hak individu melalui sarana hukum mendesak pemerintah untuk secara serius mengakui hak-hak tersebut.

Oleh karena itu, perbaikan sistem hukum Tiongkok telah disertai dengan perbaikan hukumnya, yang kini menegakkan hak-hak konstitusional warga negara dan memastikan penegakan hukumnya. Baik pengalaman domestik maupun internasional menunjukkan bahwa hak asasi manusia perlu dilindungi oleh kekuasaan dan prosedur peradilan. Kerangka hukum sistematis negara tersebut dengan demikian telah diubah untuk secara hukum melindungi hak-hak warga negara bersama dengan setiap aspek kehidupan sosial mereka.

Misalnya, pada bulan Februari 1995, undang-undang pemilihan umum dan undang-undang terkait lainnya direvisi untuk memastikan pelaksanaan hak-hak demokrasi oleh rakyat dan delegasi mereka. Pada bulan November 1998, Undang-undang Organik Komite Penduduk Desa yang baru diadopsi untuk memberikan perlindungan hukum yang efektif dan memajukan pembangunan demokrasi di daerah pedesaan.

Pada bulan Maret 1997, KUHP baru diadopsi, yang menambahkan 260 pasal ke dalam KUHP asli. KUHP yang direvisi mendukung prinsip-prinsip nulla poena sine lege, tentang “perlindungan yang sama oleh hukum” dan “hukuman yang sesuai dengan kejahatan”. Selain itu, “kejahatan kontrarevolusi” yang terdapat dalam hukum pidana lama, yang bersifat politis dan ideologis, digantikan oleh “kejahatan yang membahayakan keamanan nasional”. Tindakan-tindakan yang dulunya diberi label kejahatan kontrarevolusi, meskipun sebenarnya tidak lebih dari sekadar pelanggaran biasa, akhirnya ditempatkan di bawah judul yang tepat.

Tindakan lembaga administratif dan penegakan hukum saat ini diatur untuk mencegah pelanggaran hak-hak hukum warga negara. Undang-undang Litigasi Administratif, yang berlaku sejak 1 Oktober 1990, sangat efektif dalam hal ini. Undang-undang tersebut menetapkan bahwa “jika seorang warga negara, badan hukum, atau organisasi lain meyakini bahwa hak dan kepentingan hukumnya telah dilanggar oleh tindakan tertentu oleh badan atau personel administratif, ia berhak mengajukan gugatan ke pengadilan rakyat”.

Dewan Negara telah mengeluarkan *Peraturan tentang Peninjauan Kembali Administratif* sebagai ketentuan pelengkap terhadap Undang-Undang yang bersangkutan. Berdasarkan ketentuan ini, organisasi publik diwajibkan untuk mendukung warga negara yang

mengajukan gugatan serta melindungi hak mereka untuk bertindak secara hukum. Dalam konteks ini, organisasi publik juga dapat dipercaya untuk bertindak sebagai agen *ad litem*. Sebagai bentuk dukungan terhadap hak akses terhadap keadilan, Mahkamah Agung telah menetapkan bahwa biaya perkara dapat ditangguhkan, dikurangi, atau bahkan dibebaskan sepenuhnya.

Lebih lanjut, merujuk pada *Undang-Undang Ganti Rugi Negara* yang diundangkan pada Mei 1994, apabila suatu badan pemerintahan atau aparaturnya secara melawan hukum melanggar hak dan kepentingan sah warga negara atau organisasi hingga menimbulkan kerugian, maka pihak yang dirugikan berhak mengajukan tuntutan ganti rugi kepada negara. Untuk menangani perkara semacam ini, pengadilan rakyat tingkat menengah dan atas telah membentuk komite khusus yang bertugas menangani klaim ganti rugi tersebut secara profesional dan berkeadilan.

Lebih jauh, Undang-undang tentang Hukuman Administratif (Maret 1996) mengatur sanksi administratif oleh badan-badan pemerintah. Kejaksaan rakyat sangat berhatihati dalam menyelidiki dan menangani kasus-kasus pidana yang melibatkan Partai Komunis, pemerintah, badan-badan peradilan, dan departemendepartemen yang bertanggung jawab atas pengelolaan ekonomi. Mengenai perlindungan hak-hak narapidana, Tiongkok telah memberlakukan dan melaksanakan Undang-undang Penjara tahun 1994.

Dari 78 pasal yang terakhir, lebih dari 20 secara langsung berkaitan dengan perlindungan hak-hak narapidana. Undang-undang tersebut menetapkan bahwa "martabat manusia narapidana tidak boleh direndahkan, dan keselamatan pribadi mereka, harta benda yang sah, dan hak mereka untuk membela diri, mengajukan petisi, mengadu, dan menuduh serta hak-hak lain yang tidak dirampas atau dibatasi oleh hukum tidak boleh dilanggar". Undang-undang tersebut juga menambahkan sejumlah hak, seperti hak untuk tidak menjadi sasaran hukuman fisik dan penganiayaan, hak untuk mengajukan petisi, bertukar surat menyurat, bertemu dengan kerabat, memperoleh pendidikan, istirahat, dan menerima penghasilan melalui kerja keras mereka.

Dalam proses peradilan, pengakuan tidak dapat dipaksa atau disiksa, yang secara tegas diatur dalam sejumlah undang-undang. Pada tahun 1988, Tiongkok menandatangani Konvensi Internasional Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat. Delegasi kejaksaan rakyat mengawasi penjara dan rumah tahanan untuk memastikan para tahanan tidak disiksa atau dianiaya.

Untuk menstandardisasi praktik kepolisian dalam melindungi hak asasi manusia, Undang-undang Kepolisian (yang disahkan dan ditegakkan pada Februari 1995) menetapkan bahwa kepolisian harus memastikan keselamatan masyarakat, dan harus segera bertindak untuk membantu warga negara yang harta bendanya terancam; kepolisian dilarang keras merampas kebebasan warga negara secara melawan hukum dan tunduk pada pengawasan sosial dalam menjalankan fungsinya; warga negara berhak melaporkan kepada otoritas terkait setiap tindakan melawan hukum oleh kepolisian. Rasio antara polisi Tiongkok dan penduduk adalah 7,4:10.000, yang lebih rendah dari standar Barat yang lebih dari 20:10.000.

Undang-undang Kejaksaan dan Undang-undang Hakim (yang disahkan pada Februari

1995 dan disahkan pada Juli 1995) menetapkan bahwa kejaksaan atau hakim secara independen menjalankan kekuasaan kejaksaan dan peradilan mereka dan tidak boleh tunduk pada campur tangan oleh badan administratif, organisasi publik, atau individu mana pun; mereka harus mempertimbangkan semua fakta kasus sambil menjadikan hukum sebagai kriteria pembimbing mereka; mereka harus bertindak adil, dengan integritas dan kejujuran. Prinsip-prinsip tersebut, yang telah ditegakkan di masa lalu, kini distandarisasi dan ditetapkan untuk memastikan penegakannya yang efektif.

Tiongkok juga telah merevisi secara signifikan Hukum Acara Pidana 1979 untuk meningkatkan prosedur peradilan pidana dan memasukkan ketentuan yang melindungi hak asasi manusia. Dengan demikian, praduga tak bersalah dan sistem adversarial telah diperkenalkan. Pengacara diberkahi dengan hak yang cukup untuk mewakili klien mereka. Pengacara Tiongkok saat ini semakin bertambah jumlah dan kualitasnya dan memang memainkan peran penting dalam melindungi hak dan kepentingan warga negara.

Di masa lalu, pengacara dianggap sebagai pekerja pemerintah, bukan pekerja swasta. Menurut Hukum Pengacara Tiongkok (1996), pengacara sekarang adalah "praktisi hukum yang telah memperoleh otorisasi hukum untuk memberikan layanan hukum kepada masyarakat". Undang-undang tersebut juga menetapkan persyaratan yang diperlukan untuk praktik dan bisnis hukum, bersama dengan hak dan kewajiban pengacara. Bantuan hukum telah ditetapkan, dan memang telah memainkan peran yang semakin penting dalam meningkatkan mekanisme peradilan dan melindungi hak-hak warga negara.

Pada bulan Oktober 1997 dan Oktober 1998, pemerintah Tiongkok masing-masing menandatangani Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya dan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik. Tiongkok saat ini sedang meratifikasi kovenan tersebut sesuai dengan ketentuan Konstitusi dan hukumnya. Penandatanganan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik oleh Tiongkok menunjukkan meningkatnya keterlibatannya dalam isu dan diskusi hak asasi manusia internasional. Hal ini juga meningkatkan prestise dan pengaruh Kovenan tersebut, yang sekarang didukung oleh negara dengan populasi 1,2 miliar orang.

Keterlibatan Tiongkok mempromosikan realisasi universal semua hak sipil dan politik yang diakui oleh Kovenan dan dengan demikian mengekspresikan kontribusi Tiongkok terhadap realisasi prinsip Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk menghormati hak asasi manusia; Hal ini juga membuktikan tekad Tiongkok untuk mengidentifikasi norma-norma internasional bersama yang mengatur masalah ini. Hal ini dapat membantu mengubah ketidakpercayaan internasional terhadap perlindungan hak asasi manusia oleh Tiongkok.

21.6 TREN KONTEMPORER

Melalui reformasi dan perubahan mendalam di Tiongkok, kerangka politik, ekonomi, dan budayanya telah diubah untuk melindungi hak asasi manusia dengan lebih baik. Mengenai dukungan Tiongkok terhadap dua Kovenan Internasional tentang hak asasi manusia di atas, pemerintah Tiongkok dan banyak cendekiawan Tiongkok percaya bahwa ketentuan inti Kovenan tersebut sejalan dengan Konstitusi dan hukum Tiongkok saat ini. Namun, ada

sejumlah perbedaan antara hukum domestik Tiongkok dan Kovenan tersebut. Misalnya, norma-norma Tiongkok yang menetapkan hukuman mati juga untuk kejahatan ekonomi tidak konsisten dengan Pasal 6 Kovenan tentang Hak Sipil dan Politik. Selain itu, "reformasi melalui kerja" adalah cara hukuman Tiongkok yang unik yang diatur oleh ketentuan administratif; namun, praktik semacam itu tidak sejalan dengan Pasal 8, klausul 3, Kovenan. Jika Tiongkok bermaksud mempertahankan tindakan ini, Tiongkok perlu menetapkan dengan jelas bahwa praktik semacam itu diterapkan oleh badan peradilan sesuai dengan proses hukum yang berlaku.

Lebih jauh, baik Pasal 3 Kovenan maupun hukum Tiongkok secara eksplisit melarang penyiksaan; Namun, sudah diketahui umum bahwa polisi Tiongkok sering menyalahgunakan kekuasaan mereka. Pasal 93 Hukum Acara Pidana Tiongkok menetapkan bahwa "tersangka kriminal harus menjawab pertanyaan petugas investigasi dengan jujur". Ketentuan seperti itu dapat digunakan oleh polisi yang kurang terlatih sebagai pembenaran atas penyalahgunaan kekuasaan mereka.

Lebih jauh, ketentuan tersebut tidak konsisten dengan Pasal 14, klausul 2 dan 3, Kovenan. Pasal 14, klausul 1, menetapkan bahwa pengadilan harus berkualifikasi, independen, dan tidak memihak. Namun, saat ini, mengingat hakim Tiongkok masih kurang memiliki pelatihan hukum, pengadilan Tiongkok bergantung pada kongres dan pemerintah setempat dalam hal personel peradilan, serta dukungan finansial dan material.

Prinsip nondiskriminasi yang diabadikan dalam Pasal 2 Kovenan tentang Hak Sipil dan Politik merupakan prinsip utama tentang hak asasi manusia. Karena sistem kendali domisili Tiongkok secara bertahap menjadi lebih fleksibel, perbedaan antara rumah tangga pertanian dan perkotaan tidak begitu besar seperti 20 atau 30 tahun yang lalu. Akan tetapi, masih terdapat perbedaan antara daerah pedesaan dan kota, dan juga antara kota besar dan kota kecil, yang mengakibatkan praktik yang tidak setara dan diskriminatif, dalam hal pendidikan, pekerjaan, perkawinan, dan kondisi sosial.

Tidak mungkin situasi seperti itu akan berubah dengan cepat dan substansial di daerah yang kurang berkembang dengan populasi yang besar. Jika perlu, Tiongkok dapat mengajukan keberatan terhadap sejumlah pasal dalam Kovenan dengan alasan populasinya yang sangat besar dan situasi ekonominya yang spesifik. Perlu ditambahkan bahwa bahkan Negara-negara maju telah mengajukan sejumlah keberatan dalam penandatanganan Kovenan.

Pasal 12, klausul 2, dari Kovenan yang disebutkan di atas menetapkan kebebasan migrasi. Konstitusi Tiongkok tidak mencantumkan hak konstitusional tersebut mengingat adanya perbedaan yang sudah lama ada antara wilayah perkotaan dan pedesaan dalam hal pembangunan ekonomi dan gaya hidup.

Kebebasan migrasi dan memilih tempat tinggal atau pekerjaan sendiri belum dilindungi secara memadai sebagai akibat dari kurangnya perumahan, fasilitas umum, dan kesempatan kerja. Namun, sistem alokasi gandum, yang mendasari penolakan kebebasan migrasi individu, telah menghapuskan sistem kontrol domisili. Faktanya, tenaga kerja dalam jumlah besar kini semakin banyak pindah ke wilayah perkotaan. Perubahan sosial tersebut telah menciptakan kondisi yang diperlukan untuk mewujudkan kebebasan migrasi. Oleh karena itu, Tiongkok akan

segera dipaksa untuk memasukkan hak tersebut ke dalam hukum nasionalnya.

Meskipun hukum dan kebijakan mendasar Tiongkok pada dasarnya konsisten dengan Kovenan, perlindungan hak asasi manusia Tiongkok masih belum memuaskan. Tidak dapat disangkal bahwa diperlukan waktu yang cukup lama untuk menyelesaikan masalah tersebut. Perbedaan antara hukum Tiongkok dan Kovenan, baik dalam hal cakupan maupun isinya, memiliki beberapa penyebab. Legislasi dan tindakan peradilan dapat membantu menghilangkan beberapa perbedaan. Selain itu, Tiongkok dapat membuat beberapa keberatan sehubungan dengan ketentuan-ketentuan Kovenan yang dibenarkan oleh situasi ekonomi dan budaya spesifiknya. Akan tetapi, perlu diingat bahwa ketentuan-ketentuan Kovenan itu sendiri belum sepenuhnya dan efektif dilaksanakan dalam Konstitusi Tiongkok.

Konstitusi Tiongkok menetapkan hak-hak warga negara; namun, hanya kebebasan berpikir, pribadi, komunikasi, dan tempat tinggal yang dinyatakan secara eksplisit dan konstitusional, dan dapat langsung digunakan. Hak-hak lain seperti hak atas kesetaraan, pemilihan, berkumpul dan berserikat, martabat pribadi, kritik dan saran, petisi dan tuduhan, pekerjaan dan istirahat, pendidikan, kesejahteraan, penelitian dan penciptaan, dan kesetaraan gender ditetapkan sebagai prinsip, dan pelaksanaannya dijamin oleh undang-undang dan peraturan rinci lainnya yang spesifik.

Amandemen konstitusi yang telah disetujui hingga saat ini belum membahas hak-hak dasar warga negara, meskipun hak-hak tersebut sangat penting dalam membangun rasa hormat dan kepercayaan warga negara terhadap konstitusi. Berbagai usulan telah diajukan untuk menyusun ketentuan-ketentuan mengenai hak-hak dasar warga negara dengan mengacu pada pengalamanpengalaman di luar negeri.

Tiongkok secara bertahap mendorong perlindungan hak asasi manusia melalui legislasi dan dengan mereformasi struktur ekonomi dan politiknya. Kesenjangan antara tingkat perlindungan hak-hak tersebut di Tiongkok dan internasional secara bertahap berkurang. Beberapa negara Barat mengkritik situasi hak asasi manusia di Negara-negara berkembang dengan mengambil "sikap pengawasan". Pendekatan semacam itu mungkin terbuka untuk dikritik karena sejumlah alasan, termasuk "psikologi Perang Dingin", atau kurangnya pengetahuan mengenai perlindungan hak asasi manusia di Negara-negara tertentu seperti Tiongkok. Selain itu, perlu diingat bahwa bahkan Negara-negara Barat yang maju masih mengalami masalah hak asasi manusia, dan tidak semua ketentuan Kovenan hak asasi manusia dilaksanakan secara penuh dan terus menerus oleh mereka.

Misalnya, meskipun Inggris menandatangani Kovenan tentang Hak Sipil dan Politik beberapa tahun yang lalu dan Parlemennya segera meratifikasinya, Kovenan tersebut belum dapat diberlakukan secara langsung. Menurut Konstitusi Federal Amerika Serikat, konvensi internasional dan hukum federal sama-samama efektif. Akan tetapi, dengan membagi konvensi internasional menjadi konvensi yang dapat dilaksanakan sendiri dan yang tidak dapat dilaksanakan sendiri dan dengan mengkategorikan kovenan hak asasi manusia internasional sebagai yang tidak dapat dilaksanakan sendiri, yang terakhir tidak dapat diterapkan secara langsung.

Oleh karena itu, masalah hak asasi manusia tidak hanya terjadi di Tiongkok. Tiongkok

telah menandatangani 17 konvensi hak asasi manusia internasional. Rakyat Tiongkok pasti akan menikmati hak asasi manusia mereka secara lebih luas di masa mendatang karena negara tersebut, seperti kebanyakan negara di dunia, saat ini sedang memperkuat hak-hak tersebut.

21.7 TEORI HAK ASASI MANUSIA YANG BERBEDA

Kami menyimpulkan esai kami dengan menyarankan perbandingan antara berbagai teori hak asasi manusia yang didukung oleh Negara-negara maju dan berkembang. Hak untuk hidup. Sementara hak ini secara umum dan negatif dipersepsikan oleh dunia Barat, hak ini sangat ditekankan oleh Negara-negara berkembang, yang menganggapnya sebagai hak asasi manusia yang paling mendasar dengan signifikansi yang realistis dan universal. Oleh karena itu, masyarakat internasional harus melindungi hak tersebut.

Hak untuk pembangunan. Negara-negara Barat secara umum telah menerima "hak untuk pembangunan", meskipun mereka sangat berbeda dengan pemahaman Negara-negara berkembang tentang hak tersebut dalam hal konten, status, peran, hubungan dengan hak asasi manusia lainnya, dan landasannya. Negara-negara berkembang percaya bahwa hak ini adalah hak asasi manusia dasar dengan konten yang sangat luas; intinya adalah tentang pembangunan ekonomi dan sosial, dan tidak dapat dipisahkan dari hak asasi manusia lainnya karena secara material melindungi mereka; Mereka juga percaya bahwa realisasinya bergantung pada penentuan nasib sendiri nasional, pada transformasi tatanan ekonomi internasional yang tidak rasional dan tidak adil, dan pada penghapusan hambatan yang menghambat pembangunan.

Hak atas kesetaraan. Negara-negara berkembang percaya bahwa hak atas kesetaraan terutama mencakup penolakan terhadap semua bentuk diskriminasi, khususnya diskriminasi rasial dan jenis kelamin, dan bahwa kesetaraan hak ekonomi, sosial, dan budaya sama pentingnya dengan kesetaraan politik; hak atas kesetaraan kolektif juga ditekankan, khususnya kesetaraan ras, kesetaraan jenis kelamin, dan kesetaraan penduduk asli; akhirnya, pelanggaran hak asasi manusia dalam skala besar harus dihilangkan untuk menjamin hak tersebut.

Hak atas penentuan nasib sendiri nasional. Negara-negara berkembang percaya bahwa penentuan nasib sendiri nasional adalah hak asasi manusia yang fundamental serta prinsip hukum internasional. Namun, hak tersebut hanya berlaku untuk koloni, bukan untuk Negara-negara merdeka. Hubungan antara kedaulatan dan hak asasi manusia. Masalah hak asasi manusia pada dasarnya berkaitan dengan urusan internal suatu negara. Melalui meningkatnya perhatian barubaru ini terhadap hak asasi manusia dan penerapan hukum internasional tentangnya, hubungan antara hak asasi manusia dan kedaulatan telah menjadi perhatian penting bagi Tiongkok. Mayoritas cendekiawan Tiongkok percaya bahwa kedaulatan dan hak asasi manusia saling terkait dan saling melengkapi. Tidak ada argumen langsung yang dapat diajukan untuk menunjukkan mana di antara keduanya yang lebih unggul.

Di Negara-negara tertentu, kedaulatan merupakan prasyarat bagi hak asasi manusia; namun, bahkan di tempat-tempat yang kedaulatan penuhnya dijamin, orang-orang tidak sertamerta menikmati hak asasi manusia. Oleh karena itu, hukum selalu dibutuhkan untuk melindungi mereka. Hak asasi manusia berkaitan dengan urusan dalam negeri suatu negara,

dan masyarakat internasional berhak untuk campur tangan atas nama hak asasi manusia tanpa hal ini merupakan campur tangan terhadap urusan dalam negeri suatu negara.

Kesimpulan ini sejalan dengan ketentuan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa dan hukum kebiasaan internasional, dan didukung oleh kasus-kasus pelanggaran hak asasi manusia. Standar hak asasi manusia. Negara-negara berkembang berpendapat bahwa hak asasi manusia harus dihormati sesuai dengan "standar internasional" yang ditetapkan dalam konvensi hak asasi manusia internasional (termasuk Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia), bukan standar negara atau kelompok negara atau wilayah tertentu. Prinsip-prinsip yang harus diikuti dalam perlindungan hak asasi manusia adalah universalitas, nonselektivitas, objektivitas, dan keadilan.

Tiongkok mengakui perlunya pemahaman bersama tentang hak asasi manusia, yang diperlukan untuk kelangsungan hidup dan perkembangan manusia; Tiongkok juga menerima bahwa pemahaman tersebut dapat, melalui instrumen internasional, menjadi standar hak asasi manusia yang berlaku yang diakui dan dilindungi oleh Negara-negara penandatangan. Namun, perbedaan pasti akan muncul sehubungan dengan kebutuhan dan kepentingan sosial individu yang tinggal di berbagai negara dengan standar pembangunan ekonomi dan budaya yang berbeda. Oleh karena itu, wajar saja jika nilai, undang-undang, dan realisasi hak asasi manusia berbeda. Universalitas hak asasi manusia harus dinilai bersama dengan situasi khusus berbagai negara.

Nilai, cita-cita, dan tujuan hak asasi manusia memang universal. Semua orang menikmati semua hak asasi manusia, dan ini adalah tujuan utama yang ingin dicapai. Namun, secara realistis, tidak ada negara di dunia yang sepenuhnya mencapai cita-cita tersebut. Universalitas hak asasi manusia memiliki dua implikasi. Pertama, hak asasi manusia bersifat universal, sehingga semua orang berhak menikmati hak-hak tersebut sebagai manusia, tanpa memandang ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pandangan politik, kebangsaan, status sosial, harta benda, pendidikan, dan kemampuan; hak asasi manusia bersifat universal, juga berarti hak asasi manusia kolektif bersifat universal, sehingga setiap bangsa atau negara memiliki hak-hak yang terakhir.

Kedua, hak asasi manusia bersifat universal, yang berarti hak asasi manusia bersifat universal, yang berarti hak asasi manusia hanya dapat diwujudkan melalui praktik-praktik hak asasi manusia di berbagai wilayah dan negara. Hak asasi manusia bersifat khusus karena hak asasi manusia mengacu pada karakteristik dan nilai-nilai sosial tertentu, serta cara-cara yang berbeda untuk mewujudkannya. Karena perbedaan Negara-negara dalam hal sejarah, budaya, nilai-nilai, latar belakang agama, tingkat pembangunan, dan sistem sosial, wajar saja jika pemahaman tentang hak asasi manusia, bersama dengan masalah-masalah yang dihadapinya, berbeda di seluruh dunia.

Oleh karena itu, programprogram negara untuk memajukan dan melindungi hak asasi manusia dan cara-cara untuk melakukannya pasti berbeda. Hubungan antara universalitas hak asasi manusia dan kekhasannya menunjukkan bahwa universalitas hak asasi manusia yang diakui secara internasional harus ditafsirkan sesuai dengan kondisi masing-masing negara.

Setelah universalitas hak asasi manusia diakui, pemerintah dan rakyat masing-masing

negara berhak memilih program dan cara pelaksanaan hak tersebut, sehingga mengadopsi peraturan yang berbeda sesuai dengan situasi nasional mereka. Dengan kata lain, di satu sisi, setiap negara harus berusaha untuk menghormati dan mewujudkan universalitas hak asasi manusia; di sisi lain, kekhasan praktik yang di adopsi oleh berbagai wilayah dan negara harus dihormati sepenuhnya. Negara-negara berkembang mencakup tiga perempat populasi dunia: tuntutan dan saran mereka tentang hak asasi manusia karenanya harus diperhitungkan secara serius; dengan cara yang sama, praktik dan pengalaman mereka, berdasarkan situasi spesifik mereka sendiri, harus dihormati.

Oleh karena itu, segala hal yang berkaitan dengan hak asasi manusia perlu ditangani secara komprehensif dan berimbang. Hak asasi manusia mencakup hak sipil dan politik di satu pihak, dan hak ekonomi, sosial, dan budaya, yaitu hak asasi manusia individu dan kolektif di pihak lain. Hak sipil dan politik, bersama dengan hak ekonomi, sosial, dan budaya, merupakan dua komponen yang tidak terpisahkan dari sistem hak asasi manusia.

Hak pertama mencerminkan dan secara politis melindungi martabat pribadi dan hak asasi manusia warga negara. Hak kedua merupakan syarat mendasar bagi terpenuhinya hak sosial, ekonomi, dan budaya warga negara. Hak asasi manusia dapat bersifat individu atau kolektif. Pemegang hak asasi manusia individu adalah individu, sedangkan pemegang hak asasi manusia kolektif adalah kelompok sosial, bangsa, dan negara. Hak asasi manusia kolektif merupakan prasyarat dan perlindungan yang diperlukan untuk terwujudnya hak asasi manusia individu secara penuh. Keterkaitan antara kategori hak tersebut disebabkan oleh kenyataan bahwa individu tidak dapat hidup terisolasi dari orang lain dan masyarakat. Instrumen hak asasi manusia internasional harus dibaca secara komprehensif dan menyeluruh.

Oleh karena itu, hak sipil dan politik di satu pihak harus mendapat perhatian yang sama, dan hak ekonomi, sosial, dan budaya di pihak lain dan kedua jenis hak tersebut harus dipromosikan secara komprehensif dan berimbang. Berdasarkan pengalaman sejarah, masyarakat internasional harus lebih memperhatikan hak ekonomi, sosial, dan budaya, yang memengaruhi penghidupan dan pembangunan Negara-negara berkembang; dengan demikian, hak asasi manusia akan ditangani secara nondiskriminatif dan nonselektif.

Hak atas penghidupan dan pembangunan merupakan hak asasi manusia yang utama. Hak atas penghidupan mengacu pada hak setiap orang untuk menikmati kondisi hidup yang bebas dan setara, termasuk kondisi politik untuk tidak melanggar kehidupan individu dan kondisi sosial untuk mempertahankan standar hidup dasar.

Hak tersebut berlaku bagi setiap manusia dan seluruh umat manusia. Hak atas pembangunan dapat digunakan secara efektif oleh Negara-negara berkembang untuk mempertahankan kepentingan mereka terhadap perampasan, polarisasi, dan eksploitasi neokolonialisme. Tiongkok adalah negara berkembang; Tiongkok adalah negara dengan jumlah penduduk terbesar di dunia dan hanya memiliki 7% dari lahan yang dapat ditanami di dunia. Oleh karena itu, mengingat situasi nasional Tiongkok, prioritas harus diberikan kepada hak untuk hidup dan berkembang, karena hak-hak tersebut diperlukan untuk pengembangan hak asasi manusia dan untuk kepentingan umum rakyat Tiongkok.

Hak asasi manusia mengandung hak dan kewajiban. Tidak ada hak tanpa kewajiban

yang sesuai dan sebaliknya. Atas dasar tersebut, Tiongkok menolak gagasan Barat tentang supremasi hak asasi manusia. Setiap individu berhak untuk menuntut individu lain negara, dan masyarakat untuk menghormati hak asasi manusianya, meskipun pada saat yang sama setiap individu berkewajiban untuk menghormati hak asasi manusia individu lain bersama dengan kepentingan negara dan masyarakat.

Konstitusi Tiongkok menetapkan bahwa, dalam menjalankan kebebasan dan hak mereka, warga negara tidak boleh melanggar kepentingan negara, masyarakat, atau kolektivitas, atau kebebasan dan hak warga negara lain yang sah. Dengan kata lain, Tiongkok menekankan integrasi antara hak dan kewajiban, karena ini adalah Satu-satunya cara untuk memastikan realisasi hak asasi manusia.

Pentingnya signifikan melekat pada penciptaan kondisi sosial dan ekonomi yang diperlukan untuk realisasi hak asasi manusia. Stabilitas dianggap sebagai prasyarat terwujudnya hak asasi manusia: demokrasi, kebebasan, dan hak asasi manusia hanya dapat dicapai melalui kemajuan sosial, stabilitas, dan pembangunan ekonomi. Mengenai hubungan antara hak asasi manusia dan pembangunan, Negara-negara Asia Timur dan Asia Tenggara mengadvokasi prinsip “pemerintahan yang baik”.

Kawasan tersebut menekankan pentingnya kewenangan negara dalam proses pembangunan, dengan menempatkan kemajuan sosial dan kemakmuran rakyat sebagai tujuan utama. Di Tiongkok, terdapat keyakinan bahwa hak asasi manusia di negara-negara berkembang akan terjamin apabila kebijakan dan praktik yang diterapkan mendukung pembangunan ekonomi dan sosial, serta memastikan terciptanya kehidupan yang layak dan kesejahteraan masyarakat.

Pemenuhan hak asasi manusia tidak dapat dipisahkan dari terwujudnya perdamaian dan pembangunan global, yang merupakan dua isu utama dalam tatanan dunia kontemporer. Cita-cita hak asasi manusia universal tidak akan tercapai tanpa lingkungan internasional yang damai dan stabil, serta sistem ekonomi global yang adil dan rasional.

Lebih lanjut, perlindungan hak asasi manusia dalam suatu negara tidak dapat dievaluasi secara terpisah dari sejarah dan kondisi nasional masing-masing. Hak asasi manusia merupakan konstruksi historis yang terbentuk dalam konteks sosial, ekonomi, politik, dan budaya tertentu. Oleh karena itu, pengamatan dan penilaian terhadap kondisi hak asasi manusia di suatu negara tidak dapat dilakukan semata-mata dengan membandingkannya terhadap standar atau kondisi yang berlaku di negara atau kawasan lain.

Tiongkok menjunjung tinggi tujuan dan prinsip-prinsip Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa, serta meyakini bahwa pengembangan hak asasi manusia internasional hanya dapat dicapai melalui dialog dan kerja sama antarpemerintah. Piagam PBB sendiri menegaskan bahwa strategi utama dalam memajukan hak asasi manusia adalah melalui kerja sama internasional. Dalam konteks ini, perlindungan dan promosi hak asasi manusia oleh komunitas global harus dilaksanakan melalui dialog yang konstruktif dan kolaborasi, dengan mencari titik temu tanpa menghapuskan perbedaan antarnegara, serta dengan mengedepankan pemahaman bersama alih-alih menjatuhkan sanksi atau menggunakan kekuatan militer. Tiongkok juga menolak segala bentuk hegemoni dalam isu hak asasi manusia.Pandangan

Tiongkok tentang hak asasi manusia dapat diringkas sebagai berikut. Pertama, hak asasi manusia di Tiongkok mengacu pada hak-hak massa yang sangat besar. Ini adalah titik awal utama bagi pemahaman dan perlindungan hak asasi manusia oleh pemerintah Tiongkok. Kedua, pandangan Tiongkok tentang hak asasi manusia sesuai dengan standar dasar yang diungkapkan oleh instrumen internasional tentang hak asasi manusia. Tiongkok mengakui dan mematuhi universalitas hak asasi manusia dan menganggap perlindungannya sebagai salah satu tujuan utamanya untuk melestarikan demokrasi dan sistem hukum.

Negara tersebut telah menyetujui 15 konvensi hak asasi manusia internasional dan menandatangani dua Kovenan yang disebutkan di atas; lebih jauh lagi, Tiongkok telah mengambil bagian aktif dalam menyusun dan memberlakukan instrumen hak asasi manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa. Tindakan tersebut mencerminkan rasa hormat Tiongkok terhadap perjuangan hak asasi manusia internasional. Ketiga, pemahaman Tiongkok tentang hak asasi manusia mencerminkan kondisi nasionalnya dan tradisi politik, sejarah, dan budayanya. Namun, Tiongkok juga memanfaatkan konsepsi internasional tentang hak asasi manusia.

21.8 PERKEMBANGAN HAK ASASI MANUSIA DI CINA 2000–2005

Seiring dengan masuknya Tiongkok ke abad ke21, penelitian teoretis tentang hak asasi manusia dan implementasi hak asasi manusia telah mengalami kemajuan yang cukup besar. Pada tahun 2000, Sidang ke-3 Kongres Rakyat Nasional ke9 mengesahkan Undang-undang tentang Legislasi Republik Rakyat Tiongkok. Undang-undang ini mengatur kegiatan legislatif di Tiongkok dan melindungi hak asasi manusia dasar melalui standarisasi kegiatan legislatif.

Misalnya, Pasal 8 undang-undang ini menetapkan bahwa hanya Kongres Rakyat Nasional dan Komite Tetapnya yang dapat memberlakukan undang-undang tentang perampasan hak politik warga negara, pembatasan kebebasan pribadi melalui tindakan dan hukuman wajib, dan perampasan aset nonnegara. Badan pemerintah lainnya termasuk Dewan Negara tidak memiliki kewenangan untuk membuat peraturan yang membatasi hak warga negara dalam aspek-aspek ini.

Pasal 90 Undang-undang ini merupakan undang-undang pertama dan terpenting dalam sejarah politik dan hukum Tiongkok yang mengatur prosedur peninjauan konstitusional. Undang-undang ini memungkinkan setiap warga negara atau organisasi sosial untuk mengajukan permintaan kepada Komite Tetap Kongres Rakyat Nasional untuk peninjauan konstitusional atas peraturan apa pun yang diduga melanggar Konstitusi. Pengalaman selama lima tahun telah menunjukkan bahwa pasal ini telah memulai mekanisme peninjauan konstitusional Tiongkok dan telah membawa lompatan besar ke depan dalam perlindungan hak asasi manusia di Tiongkok.

Pada tahun 2001, Tiongkok merevisi Peraturan tentang Administrasi Publikasi dan Ketentuan tentang Administrasi Publikasi Produk Audio dan Video, untuk lebih melindungi hak hukum atas informasi, ucapan, dan publikasi warga negara. Misalnya, Peraturan tentang Penyelenggaraan Penerbitan mengamanatkan bahwa “warga negara dapat, sesuai dengan peraturan ini, menerbitkan pendapat dan keinginannya mengenai urusan negara, urusan

ekonomi, kebudayaan, dan urusan sosial dalam bentuk penerbitan, dan juga secara bebas menyampaikan hasil penelitian ilmiah, karya seni, budaya, dan kegiatan budaya lainnya".

Itulah tahun kasus terkenal Qi Yuling v. Chen Xiaoqi, yang menyangkut perselisihan atas pelanggaran hak konstitusional atas pendidikan dan dianggap sebagai "kasus pertama peninjauan konstitusional (yudisial)" di Tiongkok. Mahkamah Agung untuk pertama kalinya mengutip pasal-pasal Konstitusi dalam putusannya, yang di dalamnya ditegaskan bahwa pengadilan harus melindungi hak-hak konstitusional dasar warga negara melalui jalur peradilan. Para cendekiawan telah melakukan diskusi menyeluruh terkait metode pemulihan yang tersedia terhadap pelanggaran hak asasi manusia dasar warga negara, terutama di bidang peninjauan yudisial.

Pada tanggal 29 Agustus 2002, Komite Tetap Kongres Rakyat Nasional mengumumkan Keputusan tentang Persetujuan Protokol Opsional Konvensi Hak Anak tentang Penjualan Anak, Prostitusi Anak, dan Pornografi Anak. Juga pada tahun ini, kasus-kasus yang berkaitan dengan hak asasi manusia terus menerus menarik perhatian besar, dengan isu-isu yang terutama berfokus pada hak-hak kesetaraan, privasi, dan kedamaian dalam tempat tinggal. Kasus-kasus terpenting yang berkaitan dengan aspek hak asasi manusia pada tahun ini termasuk Jiangtao v. Chengdu Branch of Industrial and Commercial Bank of China, mengenai diskriminasi ketinggian, dan pasangan Zhang di kota Yanan provinsi Shanxi v. polisi mengenai pelanggaran hak untuk menonton film seksual di rumah.

Pada bulan Maret 2003, insiden Sun Zhigang, seorang mahasiswa yang meninggal saat berada dalam tahanan polisi di Guangzhou, mengakibatkan perdebatan sengit. Para akademisi di Beijing untuk pertama kalinya "menguji" "prosedur peninjauan hukum konstitusional" yang disediakan oleh Undang-undang tentang Legislasi Republik Rakyat Tiongkok (2000), meminta Komite Tetap Kongres Rakyat Nasional untuk menghapuskan "Langkah-langkah untuk Mengambil atau Memulangkan Gelandangan dan Pengemis tanpa Sumber Penghidupan yang Terjamin di Kota-kota" yang ditetapkan oleh Dewan Negara pada tahun 1982 yang melanggar hak asasi manusia dasar dan Konstitusi Tiongkok.

"Tergugat", Dewan Negara, menanggapi dengan cepat dengan menghapuskan tindakan-tindakan ini dan menggantinya dengan "Tindakan-tindakan untuk Penyelenggaraan Bantuan bagi Gelandangan dan Pengemis yang Tidak Memiliki Sumber Penghidupan yang Terjamin di Kota-kota", yang sesuai dengan semangat hak asasi manusia dan kebutuhan serta pendapat masyarakat. Hal ini dianggap sebagai kasus penting dalam sejarah perkembangan hak asasi manusia dan supremasi hukum di Tiongkok.

Pada bulan Maret 2004, Sidang ke-2 Kongres Rakyat Nasional menyetujui revisi konstitusi, dan untuk pertama kalinya menambahkan "penghormatan dan perlindungan negara terhadap hak asasi manusia" ke dalam hukum dasar negara, untuk mengubah prinsip penghormatan dan perlindungan hak asasi manusia dari kebijakan Partai dan Administrasi menjadi prinsip konstitusional, dan untuk lebih jauh menetapkan status utama perlindungan hak asasi manusia dalam sistem hukum dan strategi pembangunan negara. Revisi konstitusi ini juga mencakup perlindungan hak milik pribadi. Tindakan-tindakan ini memiliki implikasi yang signifikan.

Pada tahun 2005, Undang-undang Republik Rakyat Tiongkok tentang Perlindungan Hak dan Kepentingan Perempuan direvisi untuk memberikan perlindungan yang lebih baik bagi hak-hak perempuan. Biro Hak Cipta Negara dan Kementerian Industri Informasi telah memberlakukan dan merilis Langkah-langkah untuk Perlindungan Administratif Hak Cipta Internet untuk memberikan dasar hukum bagi hak warga negara atas kebebasan informasi, berbicara, dan publikasi di Internet. Pada bulan Juni 2005, Kementerian Luar Negeri Tiongkok dan Uni Eropa Bersama-sama menyelenggarakan Pertemuan Hak Asasi Manusia Tiongkok–Uni Eropa di Beijing, dengan fokus pada isu kebebasan berekspresi dan hukuman mati. Ini adalah pertemuan hak asasi manusia ke-13 antara Tiongkok dan Uni Eropa dalam kurun waktu 8 tahun.

DAFTAR PUSTAKA

Alexy, R. (2002). A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Oxford University Press.

Aquinas, T. (2002). Summa Theologica (Fathers of the English Dominican Province, Trans.). Christian Classics.

Austin, J. (1995). The Province of Jurisprudence Determined. Liberty Fund.

Bentham, J. (1996). An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Clarendon Press.

Blackstone, W. (2016). Commentaries on the Laws of England. Oxford University Press.

Boaventura de Sousa Santos. (2014). Epistemologies of the South: Justice Against Epistemicide. Routledge.

Bobbio, N. (1996). The Age of Rights. Polity Press.

Burke, T. (2009). The Concept of Justice. Routledge.

Dworkin, R. (1986). Law's Empire. Harvard University Press.

Finnis, J. (2011). Natural Law and Natural Rights. Oxford University Press.

Fuller, L. L. (1964). The Morality of Law. Yale University Press.

Hart, H. L. A. (1994). The Concept of Law (2nd ed.). Oxford University Press.

Hegel, G. W. F. (2010). Philosophy of Right (T. M. Knox, Trans.). Oxford University Press.

Holmes, O. W. (1994). The Common Law. University of Chicago Press.

Kant, I. (1991). The Metaphysics of Morals (M. Gregor, Trans.). Cambridge University Press.

Kelsen, H. (1949). General Theory of Law and State. Harvard University Press.

Kelsen, H. (1967). Pure Theory of Law. University of California Press.

Korsgaard, C. M. (1996). The Sources of Normativity. Cambridge University Press.

Llewellyn, K. N. (1962). The Bramble Bush: On Our Law and Its Study. Oceana Publications.

MacCormick, N., & Summers, R. (1991). Interpreting Precedents: A Comparative Study. Dartmouth Publishing.

MacPherson, C. B. (1973). The Political Theory of Possessive Individualism. Oxford University Press.

Montesquieu, C. de Secondat. (1989). The Spirit of the Laws (A. M. Cohler, B. C. Miller, & H. S. Stone, Trans.). Cambridge University Press.

Nietzsche, F. (2006). On the Genealogy of Morality (D. Smith, Trans.). Oxford University Press.

Nozick, R. (1974). Anarchy, State, and Utopia. Basic Books.

Oliver Wendell Holmes, Jr. (1991). Law in Science and Science in Law: Legal Essays. Beacon Press.

Pashukanis, E. B. (2003). The General Theory of Law and Marxism. Pluto Press.

Plato. (1997). The Republic (G. M. A. Grube, Trans.). Hackett Publishing.

Rawls, J. (1999). A Theory of Justice (Revised Edition). Harvard University Press.

Raz, J. (1979). The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Oxford University Press.

Raz, J. (2009). Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason. Oxford University Press.

Rousseau, J.-J. (1997). The Social Contract and Discourses (G. D. H. Cole, Trans.). Everyman.

Salmond, J. W. (2016). Jurisprudence or the Theory of the Law (13th ed.). Sweet & Maxwell.

Sartori, G. (1991). Modern Political Analysis (3rd ed.). Prentice Hall.

Sen, A. (2009). The Idea of Justice. Harvard University Press.

Simons, K. W. (2010). Law as a Moral Judgment. University of Chicago Press.

Spinoza, B. (2002). Theological-Political Treatise (J. Israel, Ed.). Cambridge University Press.

St. Augustine. (1998). The City of God (H. Bettenson, Trans.). Penguin Classics.

Stephan, A. (2016). Law and Social Theory. Routledge.

Stephen, J. F. (2008). A History of the Criminal Law of England. Cambridge University Press.

Strauss, L. (1989). Natural Right and History. University of Chicago Press.

Sunstein, C. R. (1995). Legal Reasoning and Political Conflict. Oxford University Press.

Tamanaha, B. Z. (2001). A General Jurisprudence of Law and Society. Oxford University Press.

Tamanaha, B. Z. (2010). Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law. Cambridge University Press.

Twining, W. (2009). General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective. Cambridge University Press.

Unger, R. M. (1986). The Critical Legal Studies Movement. Harvard Law Review, 96(3), 561-675.

Von Savigny, F. C. (2006). Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence. Princeton University Press.

Waluchow, W. J. (1994). A Critical Introduction to Law. Oxford University Press.

Weber, M. (1978). Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology (G. Roth & C. Wittich, Eds.). University of California Press.

Weinreb, L. (2013). Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument. Cambridge University Press.

Zumbansen, P. (2012). Law in the Age of Globalization: The Future of Law and Society. Routledge.

SEJARAH TEORI HUKUM

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.

YPAT
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 978-634-7227-17-1 (PDF)
9 786347 227171