Universiteit Leiden
The Netherlands

Suatu Pendekatan Elementer Terhadap Negara Hukum [An elementary approach to the rule of law]

Bedner, A.W.; Safitri, M.; Marwan, A.; Arizona, Y.

Citation
Bedner, A. W. (2011). Suatu Pendekatan Elementer Terhadap Negara Hukum [An elementary approach to the rule of law]. In M. Safitri, A. Marwan, & Y. Arizona (Eds.), *Satjipto Rahardjo Dan Hukum Progresif: Urgensi Dan Kritik [Satjipto Rahardjo and Progressive Law: Urgency and Critique]* (pp. 139-186). Jakarta: Epistema Institute & HuMa. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/18600

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from: https://hdl.handle.net/1887/18600

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Seri Tokoh Hukum Indonesia

Seri ini diterbitkan oleh Epistema Institute dan Perkumpulan untuk Pembaruan Hukum berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa) untuk mendiskusikan gagasan dari pemikir-pemikir hukum Indonesia yang mempunyai pengetahuan, sikap dan ide yang inspiratif bagi pembaruan hukum di Indonesia. Buku-buku dalam seri ini memuat sejarah hidup dan perkembangan pemikiran sang tokoh. Kami memandang bahwa pemikiran adalah buah proses belajar yang panjang yang di sana-sini dipengaruhi oleh pengalaman hidup seseorang. Bertujuan untuk menjadikan pemikiran para tokoh ini dapat menajamkan wacana teoretis dalam hukum Indonesia, buku-buku dalam seri ini berisi pula pandangan dan kritik berbagai pihak terhadap pemikiran tersebut termasuk di dalamnya bagaimana pemikiran tersebut mengilhami upaya-upaya pembaruan hukum di berbagai lembaga.

Dewan Redaksi:

Prof. Dr. Muchammad Zaidun, SH, M.Si (Universitas Airlangga)
Dr. Shidarta, SH. M.Hum (Universitas Tarumanagara)
Rival G. Ahmad, SH, LL.M (Pusat Studi Hukum dan Kebijakan)
Myrna A. Safitri, PhD (Epistema Institute)

SERI TOKOH HUKUM INDONESIA

SATJIPTO RAHARDJO DAN HUKUM PROGRESIF
URGENSI DAN KRITIK

Kontributor:

Moh. Mahfud MD.	Muh. Busyro Muqoddas
Artidjo Alkostar	Suteki
Ifdhal Kasim	Shidarta
Yudi Kristiana	Anthon F. Susanto
Al. Wisnubroto	Muh. Arif Agung Nugroho
Adriaan Bedner	Yance Arizona
Myrna A. Safitri	Bernadinus Steni
Awaludin Marwan	Siti Rahma Mary dan Ikhsan Alfarisi

Kata pengantar:

Soetandyo Wignjosoebroto

Editor:
Myrna A. Safitri, Awaludin Marwan, Yance Arizona

EPISTEMA INSTITUTE	HuMA

Jakarta, 2011

Daftar isi

Prof. Tjip dan ajaran hukum progresifnya: Sebuah pengantar ringkas
Soetandyo Wignjosoebroto v

Kontributor xi

Daftar isi xv

1. Prawacana: Membaca kembali hukum progresif 1
   Myrna A. Safitri
2. Narasi historis pemikiran hukum progresif Satjipto Rahardjo 13
   Awaludin Marwan, Siti Rahma Mary, Ikhsan Alfarisi

Bagian pertama
Hukum progresif dalam wacana akademik

3. Rekam jejak pemikiran hukum progresif Satjipto Rahardjo 27
   Suteki
4. Posisi pemikiran hukum progresif dalam konfigurasi aliran-aliran filsafat hukum: Sebuah diagnosis awal 51
   Shidarta
5. Melampaui ortodoksi formalisme: Kajian hukum progresif dalam perspektif studi hukum kritis 81
   Ifdhal Kasim
6. Satjipto Rahardjo: Dari DNA, hukum progresif menuju ruang ontologis yang reduksionis 101
   Anthon F. Susanto

7. Negara hukum bernurani 125
Yance Arizona

8. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum..... 139
Adriaan Bedner

Bagian kedua
Hukum progresif dan penegakan hukum di Indonesia

9. Peranan Mahkamah Konstitusi dalam pengembangan hukum progresif di Indonesia 187
Moh. Mahfud MD

10. Relevansi hukum progresif dalam reformasi hukum dan peradilan..... 211
Artidjo Alkostar

11. Prof. Satjipto dan reformasi peradilan 221
Muh. Busyro Muqoddas

12. Menanti progresivitas kejaksaan..... 227
Yudi Kristiana

13. Kontribusi hukum progresif bagi pekerja hukum 243
Al. Wisnubroto

Bagian ketiga
Hukum progresif dan gerakan sosial

14. Hukum progresif, pluralisme hukum dan gerakan masyarakat adat..... 261
Bernadinus Steni

15. Pengaruh hukum progresif di altar gerakan sosial..... 279
Muchamad Arif Agung Nugroho

Indeks..... 295

8

Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum[1]

Adriaan Bedner[2]

Pendahuluan

Tahun-tahun terakhir ini nama Profesor Satjipto Rahardjo dalam ranah kajian sosio-legal di Indonesia menjadi terkenal karena tulisan beliau mengenai 'hukum progresif'. Dengan pendekatan hukum itu, Profesor Satjipto bertujuan mewujudkan alternatif bagi pendekatan dominan dalam interpretasi hukum di Indonesia, yaitu pendekatan yang dianggap formalistis dan kurang memperhatikan substansi keadilan. Dalam buku yang ditulis beliau pada tahun 2007 – "Biarkan hukum mengalir" – beliau menjelaskan bahwa kepastian hukum terlalu 'didewakan' padahal seharusnya hukum lebih 'manusiawi'.

Profesor Satjipto terlihat tidak positif membicarakan istilah negara hukum ... tetapi, definisi negara hukum sangat berbeda... beliau mengatakan bahwa tujuan kritiknya adalah terhadap definisi yang kaku itu, dan tidak dimaksudkan membuka interpretasi yang lain terhadap negara hukum.

---

1 Versi Bahasa Inggris dari tulisan ini yang berjudul: 'An elementary approach to the rule of law', telah dimuat dalam Hague Journal on the Rule of Law 2: 48-73, 2010.

2 Pengajar senior pada Van Vollenhoven Institute Leiden University. Saya berterima kasih kepada rekan-rekan di Van Vollenhoven Institute atas komentar-komentar yang menyemangati, juga kepada dua pengkaji anonim atas naskah ini dan kepada rekan saya Myrna Safitri, Widodo Dwiputro dan Surya Tjandra.

Kemudian beliau menjelaskan bahwa akar masalah dari situasi ini bersumber dari keadaan hukum tertulis sendiri, yang dengan gampang akan menghasilkan 'tragedi hukum'.

Pendekatan hukum progresif dimaksudkan untuk mengatasi tragedi tersebut, dengan cara lebih memperhatikan isu-isu sosial dan keadilan. Namun, pendekatan ini sendiri dapat dituding mempromosikan wacana bagi interpretasi hukum yang bebas dari seluruh ikatan, sampai menjadi 'hukum kadi'. Profesor Satjipto menyadari bahaya itu. Jika kita membaca tulisan-tulisan beliau secara seksama, jelaslah bahwa hal itu bukan menjadi tujuan beliau. Profesor Satjipto menyadari bahwa hilangnya keseimbangan antara keadilan dan kepastian karena paradigma 'otonomi hukum' di Indonesia yang terlalu kaku.

Tulisan ini tidak secara langsung membahas masalah yang disebutkan di atas, melainkan membicarakan suatu topik yang berhubung erat dengannya: istilah negara hukum atau dalam Bahasa Inggris '*rule of law*'. Sekarang ini, banyak pakar sosio-legal di Indonesia tidak ingin menggunakan istilah negara hukum karena maknanya yang kontroversial. Sebetulnya, perbedaan pendapat mengenai makna hukum dan cara berhukum yang baik sangat mirip dengan diskusi mengenai istilah negara hukum. Jika hukum dianggap sebagai sesuatu yang formalistis dan kaku saja, maka makna negara hukum juga berubah menjadi sesuatu yang tidak diinginkan sama sekali. Itulah alasan mengapa Profesor Satjipto terlihat tidak positif membicarakan istilah negara hukum di dalam karyanya yang saya sebut di atas. Akan tetapi, definisi negara hukum sangat berbeda satu dengan yang lain. Ketika saya membicarakan soal negara hukum dengan Profesor Satjipto, beliau mengatakan bahwa tujuan kritiknya adalah terhadap definisi yang kaku itu, dan tidak dimaksudkan membuka interpretasi yang lain terhadap negara hukum.

Jadi, apakah negara hukum, atau saudara kembarnya, *rule of law*, itu? Dapatkah kita temukan negara hukum progresif? Pertanyaan ini tidak bisa kita jawab secara langsung, karena diskusi mengenai istilah negara hukum/*rule of law* tidak terbatas di Indonesia saja. Diskusi di

bagian dunia lain bahkan sangat membingungkan. Fokus tulisan ini adalah negara hukum dalam diskusi di luar Indonesia, tetapi saya kira bisa pula diterapkan terhadap Indonesia. Yang paling penting dalam kerangka buku ini adalah bagaimana hasil diskusi mengenai negara hukum ini dapat memperjelas diskusi mengenai hukum formal, hukum progresif, kepastian maupun keadilan.

Ada banyak diskusi mengenai konsep negara hukum, tetapi konsep ini cenderung retorika saja. Kajian singkat terhadap berbagai literatur menunjukkan bahwa negara hukum[3] tidak mudah didefinisikan. Selama dekade terakhir banyak ilmuwan bermaksud menentukan apa makna dari negara hukum, apa makna seharusnya, atau paling tidak apa ciri-ciri pokoknya atau ciri-ciri yang semestinya. Upaya-upaya ini sangat membantu pemahaman kita mengenai negara hukum, namun tak ada satupun dari upaya ini yang telah menyediakan definisi yang dapat diterima oleh semua pihak. Definisi negara hukum tampak terjerat oleh waktu, tempat, konteks, dan dari pengarang ke pengarang.[4]

Menurut Fallon hal ini tidaklah mengejutkan, karena negara hukum adalah 'konsep yang sejatinya bersaingan' (*essentially contested concept*). Artinya makna 'sesungguhnya' dari negara hukum tergantung pada kesepakatan atas isu-isu normatif yang bersaing dan karenanya dapat diduga pula adanya ketidaksepakatan.[5] Beberapa dari persaingan konsep tentang negara hukum dapat diselesaikan dengan cara mempertimbangkan konteks nasional di mana konsep tersebut digunakan. Misalnya, menjadi masuk akal untuk menimbang hak-hak warga negara mendapatkan peradilan oleh seorang juri sebagai salah satu elemen penting negara hukum di sebuah negara dengan tradisi Anglo Saxon. Akan tetapi, pengenalan sistem juri ke dalam sistem hukum pidana di negara dengan tradisi dan sejarah yang berbeda akan mensyaratkan sebuah pembenahan kelembagaan hukum yang

3 Seperti nanti akan dijelaskan, negara hukum dalam tulisan ini dipakai sebagai sinonim *rule of law*, *rechtsstaat* dan sebagainya.

4 Lihat sebagai contohnya Peerenboom (2004:3-4); Tamanaha (2004:3-4), Kleinfeld (2006).

5 Fallon (1997:6), dikutip dalam J. Waldron (2001). Waldron bahkan mengangkat isu ini lebih jauh lagi dengan mengklaim bahwa "Kita juga tidak yakin mengapa kita menghargainya [*rule of law*]." Meskipun demikian, argumen ini tidak mempengaruhi pendekatan saya karena saya 'menetralkan' normativitas negara hukum dengan memilih pendekatan dua fungsi yang akan dipaparkan di bawah.

menyeluruh dan mahal, namun belum tentu mampu memperoleh manfaat seketika.

Walaupun demikian, Fallon benar dalam menunjukkan bahwa di dalam satu konteks (nasional) pun negara hukum juga dipersaingkan. Masalahnya, perdebatan-perdebatan mengenai negara hukum tersebut – termasuk perdebatan akademiknya – acap tidak jelas mengenai apa yang dimaksudkan oleh para pihak tersebut tentang negara hukum karena mereka kerap mengungkapkannya dengan istilah-istilah yang cukup umum.[6] Ketidakjelasan konseptual ini mengarah pada kebingungan, mempersulit penelitian perbandingan sosio-legal yang mendalam, dan menyesatkan proyek-proyek pembangunan yang mengklaim untuk meningkatkan negara hukum (Bdk. Peerenboom, 2004a:2). Persoalan yang terakhirlah yang secara khusus menghembuskan urgensi terhadap hal ini dan mengangkat masalah ini melampaui tingkat perdebatan akademik. Sejak 1990-an negara hukum telah menjadi pelopor promosi tata kelola yang baik dalam pembangunan, dan milyaran dolar sudah dikucurkan pada proyek-proyek yang bertujuan mewujudkannya. Sayangnya, jumlah pendanaan yang besar tidak serta-merta cocok dengan kesuksesan. Bisa jadi, paling kurang sebagian, disebabkan oleh tidak adanya kesepakatan atas apa persisnya yang mesti dicapai oleh proyek-proyek ini di luar tujuan-tujuan jangka pendeknya. Dalam kata-kata Thomas Carothers:

> [P]ertanyaan tentang di mana esensi dari negara hukum sesungguhnya menetap dan dengan begitu apa yang seharusnya menjadi titik fokus dari upaya-upaya perbaikan negara hukum tetap saja tak terselesaikan. Praktisi-praktisi negara hukum telah mengikuti pendekatan institusional, berkonsentrasi pada peradilan, lebih bersandar pada insting daripada pengetahuan berbasis penelitian yang baik (Carothers, 2006:21).

Dengan demikian, ada beberapa alasan untuk mencari sebuah pendekatan bernuansa analitis yang mampu menjawab masalah-masalah semacam itu, tanpa harus mengorbankan kemampuan adaptasi dari konsep negara hukum. Tulisan ini bermaksud untuk berkontribusi

[6] Dalam perdebatan non-akademik bahkan lebih parah lagi. Untuk penjelasan yang sangat bagus atas poin ini, lihat Waldron, catatan kaki no. 5 di atas.

pada tujuan tersebut dengan menawarkan sebuah kerangka konseptual untuk menata perdebatan mengenai negara hukum; sebagian besar konsep itu dibangun di atas karya-karya yang telah ditulis sebelumnya oleh Peerenboom dan Tamanaha. Tulisan ini mungkin juga dapat dipakai untuk mengevaluasi kerangka indikator negara hukum. Tentu dengan segala keterbatasan, saya juga berharap, ikhtiar ini juga dapat berfungsi sebagai titik berangkat untuk penelitian sosio-legal dalam rangka mendorong negara hukum yang lebih efektif.

Dua fungsi negara hukum

Hal awal yang perlu diklarifikasi adalah apakah obyek dari penelitian ini adalah *rule of law* yang telah dikembangkan pada tradisi-tradisi *common law*, atau juga termasuk gagasan-gagasan yang setara seperti negara hukum, *rechtsstaat*, *état de droit*, dan lain sebagainya. Berdasarkan pada tujuan tulisan ini, pilihan yang paling jelas adalah membuka ruang wacana negara hukum. Bukan hanya karena istilah *rule of law* dan *rechtsstaat* yang berasal dari kontinental ini sering dipakai secara bergantian,[7] tetapi memang tujuan tulisan ini tepatnya adalah untuk mengindikasikan ciri-ciri mana yang secara umum dilekatkan padanya. Demi mempermudah, istilah negara hukum dalam tulisan ini akan digunakan untuk menyebutkan *rule of law* Inggris dan Amerika, *rechtsstaat* Jerman dan Belanda, *negara hukum* Indonesia, dan lain-lain.

Keputusan ini mungkin menyiratkan bahwa tulisan ini memperlakukan negara hukum sebagai sesuatu yang non-esensialis atau konsep 'kosong'. Akan tetapi, memang sudah ada sebuah pendasaran umum yang kokoh untuk mengawali penyelidikan terhadap negara hukum. Kendati ada ketidaksepakatan mengenai definisi-definisi negara hukum, namun hampir semua pihak sepakat pada dua fungsi yang diberikan oleh negara hukum.[8]

[7] Lihat misalnya, Kranenburg (1925).

[8] Bisa saja disusun daftar tambahan mengenai fungsi atau tujuan yang dilayani oleh negara hukum, tetapi kelihatannya semuanya terkait dengan dua konsep inti tersebut. Lihat Peerenboom (2004a:3) dan diskusi Kleinfeld dalam tulisan ini. Dengan cara itu penyelidikan ini bukan sekadar pendekatan 'atomik' atas negara hukum, seperti kritik yang dilontarkan oleh Krygier dalam Palombella dan Walker

Yang pertama adalah membatasi kesewenang-wenangan dan penggunaan yang tidak semestinya dari kekuasaan negara. Negara hukum adalah konsep payung bagi beberapa instrumen hukum dan kelembagaan demi melindungi warga negara dari kekuasaan negara. Fungsi negara hukum ini pertama kali diajukan oleh Plato dan Aristoteles, namun lenyap selama lebih dari seribu tahun, kemudian 'ditemukan kembali' dan dielaborasi oleh ahli-ahli keagamaan – khususnya Thomas Aquinas – sepanjang Abad Pertengahan. Inti gagasannya adalah kedaulatan dibatasi oleh hukum, gagasan yang semenjak itu dielaborasi dengan beragam cara (Tamanaha, 2004:7-9; 18-19).

Fungsi kedua tidak mengacu balik pada filsafat Yunani tetapi, dalam kata-kata Kleinfield, masuk melalui 'pintu belakang' pada masa Pencerahan (Kleinfeld, 2006:40). Fungsinya adalah untuk melindungi kepemilikan dan keselamatan warga dari pelanggaran dan serangan warga lainnya.[9]

Permasalahannya, apakah fungsi kedua ini mesti dipertimbangkan sama pentingnya dengan yang pertama? Hal ini telah mengundang banyak perdebatan. Beberapa penulis berargumen bahwa saat ini ada kecenderungan untuk mengabaikan fungsi 'inti' pertama demi meninggikan yang kedua. Sebaliknya, kita tidak seharusnya meninggikan fungsi kedua ini, atau bahkan meletakkannya di luar konteks negara hukum.[10] Walaupun demikian, ada alasan-alasan yang kuat untuk tetap membiarkan fungsi kedua ini. Pertama adalah bahwa fungsi perlindungan kepemilikan warga ini menjadi sentral pada banyak diskusi terkini yang memberi perhatian pada negara hukum. Membuangnya akan menghilangkan pokok-pokok dari perdebatan-perdebatan yang tergantung di tiang pancang negara hukum. Alasan tambahan yang bisa diberikan adalah posisi sentral bahwa hak asasi

(2008:45-69), tetapi lebih dekat dengan pendekatan teleologis dan sosiologis yang dipromosikan oleh penulis tersebut. Lihat juga kesimpulan dari artikel ini.

9 Gagasan ini lebih umum untuk *rule of law* daripada untuk pengertian *rechtsstaat*. Untuk kilasan sejarah mengenai perbedaan di antara keduanya lihat Barber (2003:443-54) dikutip dalam HiiL (2007:7).

10 Sebagai contoh, J. Ohnesorge memperingkatkan para 'yuris' agar tidak kehilangan genggaman mereka atas konsep negara hukum dari para 'ekonom', yang cenderung berfokus hanya pada hak kepemilikan (Ohnesorge dalam Antons 2003:92-3).

manusia yang menurut pertimbangan banyak orang menjadi bagian integral dari negara hukum, telah semakin dimanfaatkan sebagai standar utama dalam hubungan antara warga dan warga lainnya; bukan hanya di antara negara dengan warga negaranya. Isunya tidak lagi sekadar bagaimana negara memperlakukan warganya, namun juga bagaimana warga memperlakukan sesama warga. Untuk itu, kekerasan terhadap perempuan telah menjadi bagian integral dari rezim hak asasi manusia internasional, dengan CEDAW sebagai contoh utama.[11] Hal ini mempunyai implikasi penting bagi negara, yang harus mencegah warga negaranya melanggar hak asasi sesama warga negara. Sejak banyak penulis mendiskusikan isu-isu ini dalam istilah negara hukum, menjadi masuk akal bila kita menimbang fungsi kedua sebagai isu sentral dari negara hukum juga.

Penting pula untuk melihat bahwa fungsi-fungsi ini cenderung bertentangan. Stephen Holmes – antara lain – secara meyakinkan berpendapat bahwa pembatasan kekuasaan negara sesungguhnya meningkatkan keefektifan dari kekuasaan itu.[12] Negara kerap merasa bahwa mereka memerlukan kekuasaan yang lebih besar – dengan dalih bahwa mereka perlu melindungi warga dari sesamanya. Ketegangan antara pengelolaan negara (*governability*) dan tujuan negara hukum untuk membatasi kekuasaan adalah suatu masalah yang selalu muncul dalam perdebatan-perdebatan mengenai upaya mempromosikan negara hukum.[13]

Definisi-definisi yang bersaing

Perbedaan di antara definisi-definisi negara hukum pada dasarnya mencerminkan pandangan-pandangan atas keinginan atau keperluan untuk memiliki 'instrumen' tertentu dalam rangka mempromosikan

11 Konvensi tentang Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan PBB (UN-Convention on Eliminating Discrimination Againts Woman) (diadopsi pada 1979).

12 Holmes (1995:100-3), Holmes menyusun argumennya sebagai kajian alternatif dari Jean Bodin. Inti dari gagasannya adalah ketika kuasa daulat secara normatif terbebaskan, secara empirik ia hanya bisa efektif jika ia merasa sebagai kekuasaan yang sah oleh yang terikat dengannya. Cara yang paling efektif untuk mencapai ini adalah melalui bentuk organisasi rasional-formal dalam pelaksanaannya.

13 Faktanya telah tersaji dalam proyek-proyek awal dalam gerakan Hukum dan Pembangunan. Lihat Gardner (1980), lihat juga O'Donnell (1998:2).

dua fungsi kembar yang telah dibahas di atas, yaitu melindungi warga dari negara dan melindungi warga yang satu dari warga lainnya. Pilihan-pilihan tersebut terinspirasi oleh pandangan mengenai instrumen-instrumen mana yang paling pas untuk mewujudkan keseimbangan optimal antara pembatasan kekuasaan negara dan perlindungan atas kepemilikan dan kehidupan warga.

Hal ini menimbulkan beberapa pertanyaan yang menohok pada jantung perdebatan mengenai definisi-definisi negara hukum. Pertama, instrumen-instrumen mana yang potensial menawarkan jaminan terbaik terhadap perlindungan warga dari negara dan warga lainnya, dan hubungan apa yang hadir di antara keduanya. Pada saat instrumen inti, yang membatasi negara dengan hukum, menguntungkan tiap warga, maka hal ini adalah 'suatu kebaikan kemanusiaan tanpa syarat' (Thompson dikutip dalam Tamanaha, 2004:137), meskipun hal ini tak dapat diterapkan terhadap sebagian besar kalangan yang lain. Terlepas dari pertanyaan bagaimana membatasi negara dengan hukum, kita mungkin bertanya-tanya tentang seberapa pentingkah memiliki peradilan yang independen, seberapa pentingkah memiliki perlindungan hak asasi manusia dalam konstitusi tertulis, dan apakah masuk akal memiliki peradilan yang independen tanpa ada hak asasi manusia yang bisa dilindungi oleh peradilan itu. Jawaban-jawaban atas pertanyaan-pertanyaan tersebut sulit disajikan, karena semuanya bergantung pada konteks dari negara dan masyarakat yang ada (Bdk, Peerenboom, 2004a:11). Pertanyaan-pertanyaan itu perlu di-kontekstualisasi-kan, sehingga membuka peluang menjadi operasional – paling tidak untuk sebagian – dan untuk mengukur efektifitas dari unsur-unsur tertentu secara empiris.[14]

Pertanyaan kedua adalah manakah dari kedua fungsi negara hukum tersebut yang sedianya lebih diprioritaskan jika mereka saling

[14] Beberapa pakar memilih untuk mencegah perbandingan 'internal' dengan meninggalkan beberapa instrumen secara keseluruhan. Sebagai contoh, mereka memilih untuk tidak memasukkan demokrasi atau hak asasi manusia di dalam definisi negara hukum mereka, yang memperkenankan mereka untuk menyusun kesimpulan tentang negara hukum tanpa tahu menahu apakah demokrasi ini. Sebuah contoh dari sebuah argumen yang kuat dalam garis ini adalah HiiL (2007). Tak mengejutkan, pendekatan ini dikritik oleh beberapa peserta pertemuan di mana laporan dipresentasikan, yang lebih menghargai definisi yang lebih inklusif, yang 'bercita-cita tinggi'.

bertentangan? Apakah mungkin untuk melindungi warga dari serangan teroris tanpa mengurangi hak-hak pribadi mereka? Haruskah kita tidak memberikan mandat yang luas dan kabur pada negara untuk memastikan bahwa hal ini dapat mengefektifkan perlindungan bagi hak-hak kelompok minoritas?

Ini sebuah permasalahan normatif dan terlepas dari evaluasi empiris lintas-kasus. Menjadikannya sebagai masalah preferensi ideologis dan pilihan politik berarti memasuki ranah filsafat politik daripada kajian sosio-legal. Padahal, studi sosio-legal dapat membantu memprediksi atau menjelaskan konsekuensi-konsekuensi dari pilihan-pilihan tersebut. Pada saat beberapa orang lebih suka untuk mengorbankan efisiensi negara dalam mewujudkan perlindungan maksimum bagi warga terhadap negara, kelompok yang lain lebih memilih untuk meningkatkan efisiensi dan mengorbankan perlindungan. Studi sosio-legal dapat membantu menyediakan bahan-bahan yang dapat digunakan untuk menilai akibat-akibat yang mungkin dari pilihan kebijakan dalam suatu konteks tertentu, namun studi ini tidak akan pernah bisa memberi pembenaran atas pilihan-pilihan tersebut.

Suatu masalah penting untuk diperhatikan dalam isu ini adalah banyak lembaga donor yang mempromosikan pengembangan negara hukum berpura-pura mempromosikan sesuatu yang 'melampaui politik'. Versi mereka mengenai negara hukum ditampilkan sebagai 'kebaikan universal', padahal banyak di antaranya yang tidak. Beberapa donor bahkan menghilangkan instrumen-instrumen 'inti' negara hukum tertentu yang berseberangan dengan kepentingan mereka, biasanya kepentingan itu adalah untuk tujuan ekonomi. Cara ini lebih baik bagi tujuan mereka daripada menerima kenyataan bahwa beragam instrumen negara hukum itu bisa jadi saling berkompetisi.[15]

[15] Bdk., Kleinfeld, 'Competing definitions of the rule of law', hlm. 32-34 untuk poin ini. Ia berpendapat bahwa pada basis dari definisi alternatif lembaga donor yang terlibat dalam proyek-proyek *rule of law* adalah mereka menawarkan suatu fokus praktis terhadapnya. Meskipun itu mungkin benar untuk sebagian, saya pikir Ohnesorge benar dalam memperlihatkan bahwa yang menggarisbawahi fokus ini adalah agenda yang bertujuan pembangunan ekonomi- yang menilai fungsi *rule of law* kedua lebih tinggi dari yang pertama. Untuk analisis kritis terhadap poin ini lihat J. Faundez, 'The rule of law enterprise – Towards a dialogue between practitioners and academics', 2005, CSGR Working Paper

Sejumlah rezim otoritarian mengangkat hal ini lebih jauh lagi; meregangkan definisi negara hukum sebegitu jauhnya sampai kita heran apakah masih ada yang tersisa darinya. Mereka bisa saja mengabaikan komponen-komponen utama dari negara hukum seperti peradilan yang independen, namun tetap mengklaim bahwa mereka menjalankan doktrin-doktrin negara hukum secara keseluruhan. Hal ini dapat dijelaskan dengan gampang dari daya tarik universal istilah 'negara hukum'. Menolak negara hukum seluruhnya berarti mengambil risiko yang terkait dengan legitimasi internal dan eksternal dari rezim, sama dengan menolak sepenuhnya demokrasi. Bahkan merupakan suatu keuntungan politik untuk mengklaim bahwa anda tetap di dalam batasan negara hukum, meskipun hanya berada pada 'jenis yang berbeda' dari negara hukum (Tamanaha, 2004:3; Peerenboom, 2004a:1). Untuk ini, pemerintah akan selalu menemukan advokat konstitusi yang siap untuk menyokong klaim tersebut dengan argumen teoretisnya.

Kesimpulan pokok yang bisa diambil dari diskusi pendek ini adalah bahwa bertentangan dengan kesepakatan atas fungsi-fungsi negara hukum, pijakan bersama dari definisi-definisi negara hukum itu sangat tipis. Akan mustahil menemukan sebuah definisi yang memuaskan bagi semua dan karenanya memilih definisi yang lain sepertinya tidak akan banyak menjernihkan perdebatan tentang negara hukum.

Membedah definisi-definisi negara hukum

Jika kita berangkat dari dua fungsi yang telah dibahas di atas, kita semestinya mampu menemukan sebuah solusi alternatif terhadap permasalahan yang dikemukakan dalam tulisan ini. Usul yang saya ajukan relatif sederhana: daripada membicarakan 'negara hukum' layaknya konsep yang tak bervariasi (*monomorphous*) demi tujuan analisis kita harus memilahnya ke dalam elemen-elemen.

Ini bukan sebuah ide baru. Berbagai penulis telah mengupayakan pendekatan berbasis klasifikasi berdasarkan pada apa yang dapat

No. 164/05.

dilabeli sebagai elemen-elemen,[16] namun kebanyakan dari mereka tidak menawarkan pendekatan yang sistematis dan tidak secara jernih menjelaskan mengapa mereka memasukkan elemen-elemen tertentu dan membuang yang lainnya.

Selama ini ada dua pendekatan untuk mewujudkan suatu klasifikasi yang lebih sistematis.[17] Yang pertama adalah apa yang sekarang dikenal dengan pembedaan antara versi-versi negara hukum yang formal dan substantif – versi formal mengacu kembali pada tradisi Yunani dan versi substantif pada pendekatan hak-hak fundamental Lockean. Versi formal memberi perhatian pada hukum sebagai suatu instrumen dan dasar bagi pemerintah, namun bungkam pada apa yang harus diatur oleh hukum. Versi substantif, di sisi lain, menyusun standar-standar untuk muatan-muatan suatu norma, yang harus terjustifikasi secara moral.

Pendekatan kedua dibangun atas cara pandang bahwa definisi negara hukum terentang dari yang mengekang (tipis) sampai terelaborasi (tebal), dan bahwa ada urutan tertentu dalam rentangan itu. Sebuah contoh dari definisi yang 'tipis' dikemukakan oleh Raz:

> *The rule of law* mengandung arti harafiah apa yang dinyatakannya: *the rule of laws*. Mengambil makna yang paling luas darinya berarti bahwa masyarakat harus taat pada hukum dan diatur olehnya (Raz 1979:210-32).

Definisi yang lebih 'tebal' umumnya adalah definisi tipis dengan menambahkan beberapa elemen. Ini dapat terlihat, misalnya, dalam pernyataan yang cukup rinci dari Thomas Carothers di bawah ini:

> *Rule of law* dapat didefinisikan sebagai suatu sistem di mana hukum-hukum dipahami oleh publik, jernih maknanya, dan diterapkan secara sama pada semua orang. [Hukum] menjaga dan menyokong kebebasan sipil dan politik yang telah memperoleh status sebagai hak-hak asasi manusia universal lebih dari setengah abad terakhir. Secara khusus, siapapun yang disangka atas satu kejahatan memiliki hak atas perlakuan yang adil (*prompt hearing*) dan praduga tak bersalah sampai dinyatakan bersalah. Lembaga-lembaga utama dari sistem hukum, termasuk

[16] Mis. Hager (2000).
[17] Untuk hal ini, lihat Tamanaha (2004:91).

> pengadilan, kejaksaan, dan polisi, mesti adil, kompeten, dan efisien. Para hakim bersikap imparsial dan independen, tidak dipengaruhi atau dimanipulasi oleh politik. Mungkin yang terpenting, pemerintah menyatu dalam suatu kerangka hukum yang menyeluruh, para pejabatnya menerima bahwa hukum akan diterapkan pada perilaku mereka sendiri, dan pemerintah berupaya untuk taat-hukum (Carothers 2006:4).

Baik Randall Peerenboom maupun Brian Tamanaha, menggunakan dua klasifikasi ini untuk menghasilkan selayang pandang elemen-elemen dalam versi formal dan substantif (Peerenboom, 2004a:1-13; Tamanaha, 2004:93). Tulisan ini memoles lebih jauh model mereka dengan menaruh perhatian tersendiri pada mekanisme kontrol dan menyuguhkannya ke dalam sebuah format yang ringkas-jelas sehingga bisa langsung diterapkan. 'Model elementaris negara hukum' ini dibangun di atas pembedaan 'formal-substantif' dan kontinum 'tipis-tebal'.

Walau demikian, sebelum menjabarkan model ini, kita pertama-tama perlu menimbang pendekatan lain yang dipromosikan oleh Kleinfeld. Ia membedakan antara *cara* dan *tujuan* dari negara hukum dan berpendapat bahwa akan lebih masuk akal untuk memberi ciri berbeda pada *tujuan*, daripada *cara*. Menurut Kleinfeld ada lima *tujuan*: pemerintah yang dibatasi hukum, kesetaraan di hadapan hukum, ketertiban, keadilan yang terprediksi dan efisien, dan ketiadaan pelanggaran hak asasi manusia oleh negara. Meski perspektifnya orisinil, kategori Kleinfeld mengidap hal yang sama yakni kurang spesifik (*lack of specificity*) seperti pembedaan formal-substantif dan tipis-tebal. Selain itu, kesemuanya kurang luas untuk menampung elemen-elemen negara hukum yang kerap diperdebatkan untuk jadi bagian darinya, misalnya demokrasi. Yang lebih problematis lagi adalah klaim Kleinfeld yang menyatakan bahwa kategori-kategorinya tidak bisa direduksi satu sama lain. Sebagai contoh, 'ketiadaan pelanggaran hak asasi manusia oleh negara' sepertinya mensyaratkan bahwa pemerintah dibatasi oleh hukum dan warga negara setara di hadapan hukum (Kleinfeld, 2006:34-46).

Sesungguhnya, *tujuan* negara hukum dari Kleinfeld dapat dengan mudah dikaitkan dengan dua fungsi, yang telah disebut sebelumnya: pemerintah yang dibatasi hukum, kesetaraan di hadapan hukum dan ketiadaan pelanggaran hak asasi manusia oleh negara sebagai hasil dari fungsi 'perlindungan warga dari negara'. Hukum dan ketertiban dan keadilan yang terprediksi serta efisien terkait dengan fungsi 'perlindungan warga dari warga lainnya'. Cara-cara yang diajukan Kleinfeld untuk tujuan ini dengan demikian cocok dengan skema yang berikut ini akan dijelaskan secara garis besar.

Pengembangan model ini terdiri dari tiga langkah. Yang mendasari pendekatan ini adalah analisis menyeluruh terhadap konsep-konsep negara hukum dalam literatur.[18] Langkah pertama ini murni *heuristis*: argumennya bukan bahwa elemen-elemen tertentu *harus* jadi bagian dari konsep negara hukum, namun lebih pada elemen mana yang diklaim menjadi bagian dari negara hukum menurut literatur.

Langkah kedua adalah mengklasifikasi elemen-elemen yang ditemukan dalam tiga kategori. Ini yang dikenal dengan kategori elemen-elemen formal dan substantif, namun demi kejernihan, ditambahkan lagi kategori ketiga. Biasanya kategori ini tersembunyi dalam elemen-elemen formal. Tetapi kategori ketiga ini yakni *mekanisme kontrol* mempunyai karakter yang berbeda dan karenanya penting untuk diklasifikasikan tersendiri.

Hasil dari ini adalah sebuah kerangka konseptual negara hukum yang mengakomodasi konsep-konsep negara hukum yang ada. Kerangka ini menjadi dasar bagi langkah yang ketiga dan terakhir, yakni yang menyediakan suatu titik berangkat untuk penelitian negara hukum. Dalam langkah ini terdapat tambahan pertanyaan untuk setiap elemen. Sebagian dari pertanyaan itu berkarakter hukum, sebagian lagi empiris dan mesti dipoles, 'dipecah-pecah' dan disesuaikan dengan kasus atau bidang hukum yang dikaji.

Langkah ketiga ini menggiring kita pada isu terakhir yang perlu dibahas sebelum menjelaskan modelnya. Isu dimaksud adalah

[18] Artikel review oleh Marjanne Termorshuizen (2004:77-119) telah membantu sebagai titik berangkat untuk tujuan ini.

pembedaan antara norma dan fakta. Masalahnya bukan pada akan adanya ketidaksepakatan mengenai persoalan apakah negara hukum hadir ketika sebuah negara dibatasi hanya secara hukum namun tidak dalam praktik, atau bahwa hak-hak warga hanya dijamin di atas kertas. Tiap orang akan sepakat bahwa negara yang tidak mematuhi aturannya sendiri bukanlah negara hukum. Walau demikian, sebagian besar –jika bukan semuanya – definisi juga menganggap bahwa warga negara secara umum juga taat pada hukum agar negara hukum itu hadir, meskipun sasaran pertamanya adalah negara.

Bila kita melihat fungsi pertama, kondisi ini terasa berlebihan. Demi melindungi warga dari negara tidak perlu mensyaratkan warga untuk mematuhi hukum. Suatu pengecualian adalah warga tersebut gagal menggunakan sarana-sarana yang disediakan oleh hukum untuk perlindungan mereka, tetapi hal ini agak dibuat-buat. Namun demikian, jika berhubungan dengan fungsi kedua, hasilnya menjadi berbeda. Jika warga tidak taat pada hukum yang ditujukan untuk melindungi sesama warga dari pelanggaran atas kehidupan dan kepemilikan mereka, ini berarti negara gagal untuk mewujudkan fungsinya. Dengan demikian terasa ada betulnya untuk melihat pula kepatuhan warga pada hukum ketika mencoba mengukur elemen-elemen negara hukum yang ditujukan untuk menyokong fungsi kedua.

Bagian berikut akan membahas elemen-elemen tersebut per kategori.

Kategori pertama: Elemen prosedural

- Pemerintahan dengan hukum (*rule by law*)
- Tindakan negara harus tunduk pada hukum
- Legalitas formal (hukum harus jelas dan pasti muatannya, mudah diakses dan bisa diprediksi pokok perkaranya, serta diterapkan pada semua orang)
- Demokrasi (persetujuan menentukan atau mempengaruhi muatan dan tindakan hukum)

Pemerintahan dengan hukum (rule by law)

Kategori elemen prosedural berkaitan dengan corak tata pemerintahan dan keabsahannya. Hadir dalam tiap definisi negara hukum – walau hanya tersirat – adalah elemen pertama dari kategori tersebut, yakni negara *memerintah dengan hukum (rules by law)*. Asal mula elemen ini menjadi bagian terpisah dari negara hukum kurang begitu jelas, sejak para pemikir awal negara hukum seperti Plato dan Aristoteles lebih memberi perhatian pada isu mengenai pemerintah yang bertanggung jawab pada hukum (Tamanaha, 2004:8-9), yang merupakan elemen berikutnya. Walau demikian, ketika Joseph Raz menulis bahwa '*rule of law*' mengandung arti harafiah yang dinyatakannya: '*rule by law*' (Raz, 1979:210-32), dia mengacu terutama pada persyaratan ini. Hukum di sini harus dipahami sebagai aturan-aturan umum dan bukan keputusan individual dan sepihak. Di samping itu, pemerintahan dengan hukum mensyaratkan paling kurang derajat minimum dari kesetaraan di hadapan hukum.

'Pemerintahan dengan hukum' umumnya dilawankan dengan 'pemerintahan oleh orang-orang' (*rule by men*), yang mengandung konotasi kesewenang-wenangan.[19] Dalam artian ini negara hukum memang dasar utama dari segala upaya untuk mengekang pelaksanaan kekuasaan negara. Di sisi lain, 'pemerintahan dengan hukum' sering disandingkan dengan negara hukum (*rule of law*). Akibatnya, membawa pada makna yang agak negatif terhadapnya. Sesungguhnya, 'pemerintahan dengan hukum' menyiratkan bahwa negara mempunyai hukum sebagai senjata yang dahsyat tanpa menjadi sasaran dari segala pembatasan yang secara inheren terkandung di dalamnya (Tamanaha, 2004:92). Walau demikian, jika kita membayangkan bahwa pemerintah memerintah dengan hanya keputusan individual, maka jelaslah bahwa persyaratan *rule of law* adalah vital. Negara semacam Republik Rakyat Cina sudah hampir mengakui versi paling tipis ini dari negara hukum[20] dan tidak sulit untuk melihat kelebihannya

[19] Lihat sebagai contoh D. Ivison, 'Decolonizing the rule of law: Mabo's case and postcolonial constitutionalism', *Oxford Journal of Legal Studies*, 17 (2007) hlm. 262.

[20] Untuk pertimbangan yang lebih bernuansa, lihat Peerenboom (2004b:113-45).

ketika kita membandingkannya dengan situasi pada masa Revolusi Kebudayaan.

'Pemerintahan dengan hukum' lebih jauh lagi menganjurkan bahwa hukum pada prinsipnya harus bersifat umum dalam muatannya dan harus diketahui. Keperluan bagi hukum yang bersifat umum menjadi sangat jelas dari kritik terhadap rezim yang 'memerintah dengan pengecualian' (*rule by exception*). Dalam situasi ini hukum-hukum yang bersifat umum disisihkan untuk memberi jalan bagi keputusan individual, yang menyingkirkan jaminan pada kepastian yang ada di dalam persyaratan dari pemerintahan dengan hukum. Tindakan yang dilakukan dalam 'pemerintahan dengan pengecualian' menyiratkan bahwa 'pemerintahan dengan hukum' dapat dikurangi dengan cara-cara legal (Jayasurya, 2001:108-24). Bahwa negara menggerogoti elemen ini jika bertindak dengan cara-cara yang yang tidak berdasar secara hukum sama sekali, misalnya dengan memanfaatkan preman untuk mengusir warga dari tanahnya, adalah jelas, tetapi jika negara meremehkan aturan-aturannya sendiri dengan memanfaatkan keputusan-keputusan individual juga akan memberikan hasil yang sama.

Catatan akhirnya adalah bahwa kita tidak harus meragukan manfaat 'pemerintahan dengan hukum' bagi seorang penguasa. 'Pemerintahan dengan hukum' adalah langkah pertama menuju legitimasi yang berbasis pada pemerintahan legal-rasional. Menggunakan peraturan yang bersifat umum adalah lebih krusial untuk sebuah pemerintahan atas sejumlah besar orang dalam rangka menciptakan kejelasan dan stabilitas di mana regulasi-mandiri (*self-regulation*) tidak diinginkan atau dikesampingkan. Tiap kasus mengenai pengembangan negara pada titik tertentu mensyaratkan pengintroduksian pemerintahan dengan hukum, tak peduli seberapa memihak atau canggungnya upaya ini dilihat dari perspektif kontemporer.[21]

[21] Lihat sebagai contoh Huxley (2001:113-42) tentang hukum orang Burma, atau Ball (1982) tentang hukum orang Jawa. Sebagaimana tepat dikemukakan oleh pengkaji anonim, poin ini mengingatkan pada karya Nonet dan Selznick mengenai tipe-tipe hukum (atau sistem hukum), viz. hukum represif, otonom dan responsif (Nonet dan Selznick, 1978). Tipe-tipe hukum yang diacu di sini adalah hukum represif, namun harus dicatat bahwa, sebagaimana Nonet dan Selznick menyatakan, bahkan hukum represif didefinisikan dalam istilah legitimasi daripada paksaan 'mentah'. Elemen yang dibahas berikutnya berarti sebuah pergerakan menuju hukum yang otonom, sedangkan hukum substantif diasosiasikan dengan pendekatan-hak yang dibahas dalam kategori berikutnya.

Mirip dengan itu, Shapiro telah mengungkap bagaimana dalam penyelesaian perselisihan, kesepakatan para pihak mengenai aturan yang akan diterapkan dan kesepakatan tentang pihak ketiga yang akan memutus sengketa telah tergantikan oleh hukum dan jabatan. Tindakan ini harus dilakukan pemerintah agar dapat mengendalikan masyarakat dengan memutus sengketa sesuai aturan yang telah dibuat oleh pemerintah. Hal ini juga menyiratkan bahwa segala bentuk kewenangan yang tersentralisasi akan berhadapan, pada derajat tertentu, dengan negara hukum (Shapiro, 1981).[22]

Tindakan negara tunduk pada hukum

Elemen kedua dalam kategori prosedural dapat dilabeli sebagai inti bersama (*common core*) dari semua definisi negara hukum. Tambahan pertamanya terhadap elemen 'pemerintahan dengan hukum' adalah mensyaratkan landasan hukum untuk tiap tindak-tanduk negara, biasa disebut prinsip legalitas. Pembentukan hukum juga memerlukan landasan hukum. Kedua, adanya persyaratan bahwa pemerintah patuh pada aturannya sendiri. Sebagaimana telah dikemukakan, persyaratan ini mengacu kembali pada Plato dan Aristoteles serta terkait erat dengan konsep Jerman '*rechtsstaat*' yang disusun dalam format 'finalnya' oleh Carl Schmitt, dengan ketiadaan elemen-elemen substantif dan demokrasinya (Schmitt, 1928). Pada awalnya, pendapat dominan menyatakan bahwa kekuasaan tidak bisa dibatasi oleh hukum, karena penguasa dapat mengubah hukum sekehendaknya, tetapi kemudian persyaratan prosedural memungkinkan hukum, demokrasi, dan ide-ide tentang hukum alam digunakan untuk mengatasi permasalahan ini.

Persyaratan tentang tiap tindakan negara memiliki landasan hukum dapat tak bermakna jika landasan hukum ini kurang spesifik. Wilayah tradisional dari persaingan ini adalah isu kekuasaan bertindak

[22] Hal ini sangat jelas dari sejarah ekspansi kolonial; dari bentuk yang paling terbatas yakni '*repugnancy clause*' sampai kategori samar-samar tatanan hukum di Hindia Belanda. Untuk contoh, lihat Mommsen dan De Moor (1992).

(*discretionary power*), yang lebih baik mungkin diekspresikan dalam konsep Jerman mengenai '*freies ermessen*'. *Freies ermessen* melekat pada lingkup pemerintahan yang secara leluasa menentukan kebijakannya tanpa harus mempertanggungjawabkannya secara hukum. Hal ini berarti mengakui suatu kemustahilan dan ketidaknyamanan bahwa pembentuk undang-undang menentukan tiap tindakan pemerintah secara terperinci sebelumnya. Namun di sisi lain hal ini menciptakan bahaya bahwa pemerintah akan bertindak sewenang-wenang.[23] Sama halnya dengan isu ketertundukan pada hukum, masalah ini telah diselesaikan oleh ahli hukum dengan persyaratan kualitas hukum yang inheren dalam elemen berikutnya di kategori ini, serta konsep hukum administrasi sebagai prinsip pemerintahan yang baik.

Masalah lain yang terkait dengan legalitas adalah apa yang dikenal dengan 'konsep terbuka' dalam hukum, seperti 'kepentingan umum', 'kebaikan bersama' dan lain-lainnya, yang dapat dimuati oleh pemerintah sesuai keinginan dan pilihannya sendiri. Mungkin tiada gagasan yang telah disalahgunakan sesering 'kepentingan umum', meskipun memang mustahil untuk memerintah tanpa konsep seperti itu atau yang setara dengannya. Konsep kepentingan umum mirip halnya dengan konsep *freies ermessen*. Kedua-duanya menunjuk bahwa dalam kenyataannya 'hukum' sebagai kategori terlalu umum bila kita menginginkan pengawasan yang baik atas kekuasaan negara. Pernyataan sederhana bahwa tindak-laku negara harus tunduk pada hukum terlalu luas untuk menjamin tanggung-gugat yang efektif. Oleh karenanya gagasan ini terjalin erat dengan elemen selanjutnya, yang merinci bagaimana hukum seharusnya.

Legalitas juga dapat digerogoti oleh negara melalui pembentukan berbagai undang-undang, yang menyediakan landasan hukum untuk tindakan tertentu yang berlaku surut. Ini bukan mengacu pada pemahaman yang lebih umum mengenai prinsip tidak berlaku surut (*non-retroactivity*), yang berarti bahwa tindak-tanduk warga negara dapat dihukum berdasarkan aturan yang dibuat setelah peristiwa

[23] Lihat, misalnya Wimmer (2004:198 dan seterusnya).

terjadi. Hal ini lebih mirip dengan 'pemerintahan dengan pengecualian' yang menyediakan pembenaran hukum bagi negara ketika tindakannya tidak berlandaskan hukum. Isu ini jarang mendapat perhatian, tetapi ini memang suatu cara yang secara mendasar bermasalah karena negara bisa melonggarkan ikatan hukumnya sendiri.

Ada hal lain dari prinsip legalitas, yang tidak melibatkan penggunaan hukum dan hanya dapat secara terbatas ditanggulangi oleh hukum. Prinsip ini juga berkaitan dengan persyaratan bahwa penyelenggaraan pemerintahan selalu berdasar hukum, namun hal ini lebih sulit diselesaikan daripada masalah sebelumnya dalam hal bahwa prinsip ini bahkan tidak ada pura-pura memandang tindakan itu sah secara hukum dengan melegalisasi tindakan berlaku surut. Ia melibatkan dua situasi di mana aparat negara bertindak tanpa landasan hukum apa saja dan situasi di mana negara memanfaatkan 'warga kebanyakan' untuk tujuan ini, misalnya preman. Tentu saja bisa dibuat peraturan-peraturan dan prosedur untuk mengendalikan pemerintah dalam isu ini, namun jika perilaku tersebut telah meluas maka prosedur paling 'liberal' yang diterapkan oleh peradilan paling independen sekalipun tidak dapat efektif. Pada akhirnya perilaku lembaga-lembaga negara sendiri yang akan menentukannya. Di sebagian besar, jika bukan semua konsep-konsep negara hukum, ini adalah tes lakmus utama untuk memastikan apakah sebuah negara dapat disebut negara hukum atau tidak.

Hal ini juga diterapkan pada apakah negara mengikuti aturan dan prosedurnya sendiri. Karena negara hukum secara tradisional adalah konsep hukum, segi 'praktis' dari negara hukum ini sering diabaikan. Di sisi lain, mereka yang mengembangkan indikator negara hukum bisa jadi hilang pandangannya pada isu-isu hukum dan hanya terfokus pada penyelenggaraan negara saja.[24] Khususnya dalam hal ini adalah pentingnya untuk membedakan antara segi hukum dan empiris dari konsep negara hukum.[25]

[24] Satu contoh adalah Kaufmann, Kraay, dan Zoidio-Lobaton, 'Agregating Governance Indicator', World Bank, http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1999/10/23/000094944_99101105050593/additional/115515322_20041117135531.pdf.

[25] Indikator negara hukum paling canggih yang sejauh ini pernah dibuat mempertimbangkan dengan

Legalitas formal

Sebagaimana telah diindikasikan dalam bagian sebelumnya, hukum harus mengikuti persyaratan tertentu jika ingin efektif dalam membatasi penyelenggaraan kekuasaan. Legalitas formal memungkinkan warga untuk merencanakan tindakannya, karena mereka dapat memprediksi bagaimana negara akan merespon. Pada kenyataannya, dua elemen sebelumnya tidak ada artinya bila legalitas formal tidak didudukkan pada tempatnya.

Legalitas formal mempunyai sebuah sejarah panjang di bidang seperti hukum pidana, di mana ia menyediakan dasar-dasar bagi mandataris negara untuk menghukum warga. Saat ini para teoretikus telah mulai memfokuskan diri pada pentingnya legalitas formal bagi tindak-tanduk warga di ruang ekonomi. Artinya, ada pergeseran dari fungsi pertama ke fungsi kedua dari negara hukum. Hal ini merujuk pada pemikiran Max Weber, yang pertama kali menulis secara mendalam mengenai pentingnya hukum yang formal-rasional bagi perilaku ekonomi, namun sesungguhnya para ahli hukum di masa Kekaisaran Romawi yang menjabarkan dan menyesuaikan aturan-aturan hukum perdata-lah yang merupakan pengusung awal ide ini.

Gagasan bahwa legalitas formal bersama-sama dengan hak atas kepemilikan dan peradilan yang independen, elemen-elemen dalam kategori kedua dan ketiga, mendukung pembangunan ekonomi sangat berpengaruh dalam lingkaran donor internasional dan menjadi dasar bagi banyak proyek di lapangan ini. Memang benar bahwa bagi sebuah negara modern legalitas formal dapat menjadi perangkat yang sangat dahsyat dalam rangka memperkenalkan prasyarat kepastian untuk pembangunan ekonomi, dengan Singapura sebagai contoh yang mungkin paling meyakinkan. Meskipun demikian, ada cara-cara lain pula untuk memperoleh kepastian, sebagaimana ada jalan mencapai legitimasi selain daripada melalui cara formal-rasionalitas.

baik hal ini. Lihat Agrast dkk. 'The world justice project rule of law index: Measuring the rule of law around the World', lihat www.worldjustice.org.

Kendati demikian, secara umum ada kesepakatan bahwa legalitas formal dapat menyokong tujuan ini secara baik pada sistem politik apapun dan mungkin bukan hanya di negara-negara modern di mana peraturan-peraturan yang terkodifikasi secara jelas memberikan jaminan terbaik bagi transaksi antar-warga masyarakat yang tidak punya ikatan hubungan keluarga atau klan. Pertanyaannya adalah apakah hal ini dapat dicapai dengan cara-cara selain kodifikasi dan putusan hakim. Meski melampaui tulisan ini untuk masuk pada persoalan tersebut, ada banyak contoh sistem-sistem semacam itu yang pernah efektif – dan bukan sekadar di masyarakat skala-kecil.[26] Walaupun demikian, di bawah kondisi tertekan, apakah itu karena migrasi, guncangan politik, atau alasan-alasan lain, peraturan umum dan putusan hakim adalah cara yang paling wajar untuk mewujudkan hal ini, khususnya pada skala yang lebih luas.[27]

Ini berlaku terutama dalam rangka mengendalikan negara. Semakin samar aturannya, semakin sulit penerapannya. Hanya satu bangsa di dunia ini yang tidak memiliki konstitusi tertulis, Kerajaan Inggris, dan itu mungkin karena proses pembangunan tatanan hukumnya guna mewujudkan negara yang bertanggung-gugat dimulai sejak awal mula sejarah dan karenanya begitu mengakar-kuat.[28] Dalam arti ini legalitas formal memang dinilai sebagai suatu 'kebaikan universal'. Sebagaimana dicatat oleh Thompson, "ini inheren di dalam karakter istimewa hukum, sebagai bangunan aturan dan prosedur, bahwa ia harus menerapkan kriteria yang logis dengan mengacu pada standar universalitas dan keadilan" (Thompson, 1975:262). Dengan kata lain, legalitas formal kelihatannya inheren dalam ide hukum itu sendiri.

[26] Jepang adalah contoh yang mungkin paling terkenal.

[27] Meskipun demikian, proses transisi akan hampir selalu berlarut-larut, menyakitkan dan penuh masalah. Menjejalkan aturan 'asing' ke dalam suatu masyarakat selalu sangat bermasalah, yang jelas dari kajian-kajian tentang negara kolonial, tetapi juga dari kajian tentang Perancis di abad 18 dan 19. Di sisi lain, mengkodifikasi aturan-aturan lokal juga adalah kegiatan yang rentan dan akan tak terelakkan menyeret ke arah sengketa dan membingkai ulang relasi kuasa dalam masyarakat tersebut. Sayangnya, jalan antara yang menyediakan 'pengukuhan' tak mengikat dari hukum adat, sebagaimana diajukan oleh Van Vollenhoven di Hindia Belanda telah terbukti sangat sulit pula, terkait dengan penerapannya.

[28] Tentang pentingnya konstitusi dalam hal ini, lihat Sartori (1997).

Sama halnya dengan dua elemen sebelumnya, ada sisi hukum dan kelembagaan pada legalitas formal. Menentukan apakah aturan-aturan sudah jelas dan konsisten adalah esensi dari pengkajian hukum, sama halnya dengan membuat hukum bisa diakses. Sangat jelas bahwa banyak perdebatan mengenai cara mana yang paling memadai untuk mencapai hal ini, misalnya apakah hukum harus tertulis, terkodifikasi, dikukuhkan atau dihasilkan melalui putusan hakim, namun pada dasarnya semua metode ini bisa digunakan untuk menghasilkan hukum yang jelas, pasti, mudah diakses dan stabil. Pada sistem hukum manapun kesemuanya akan jadi titik berangkat bagi para ahli hukum, apakah mereka mengkompilasi undang-undang, memutuskan perkara, atau menyusun kontrak.

Hal ini menyiratkan suatu prasyarat kelembagaan yang penting untuk legalitas formal: keberadaan profesi hukum yang berbagi cara pandang sama terhadap hukum. Jika perbedaan serius terjadi di antara profesi hukum itu, masalah yang tak terelakkan terkait legalitas formal akan muncul. Untuk beberapa hal, ini juga menjelaskan masalah-masalah yang berhubungan dengan transplantasi hukum, bila aturan-aturan tersebut tidak 'terjahit' dengan baik dengan kondisi negeri penerima (Seidman dan Seidman, 1994). Walaupun demikian, sebelum profesi hukum dapat melakukan kerjanya, kondisi-kondisi dasar tertentu harus dipenuhi dulu. Jika putusan hakim tidak terpublikasi, ia tidak dapat diatur-ulang, dan jika undang-undang tidak terpublikasi maka undang-undang itu tidak dapat dikomentari. Isu-isu mendasar tersebut menentukan apakah sebuah sistem hukum dapat berfungsi atau tidak.[29]

Legalitas formal juga terkait dengan isu-isu yang membumi seperti apakah hukum diketahui oleh para sasarannya. Rentang ini dari sarana yang paling dasar seperti pengumuman 'narkoba melanggar hukum' di bandara Jakarta, lewat komik menjelaskan hak atas tanah kepada masyarakat adat sampai ketersediaan bantuan hukum, terutama bagi kaum miskin dan yang tak beruntung. Legalitas formal-lah yang pada

[29] Untuk Indonesia, lihat misalnya Churchill (1992).

gilirannya menyediakan rantai pertama yang langsung antara konsep negara hukum yang terpusat pada negara dengan pendekatan akses pada keadilan yang terpusat pada warga negara.

Demokrasi

Sementara elemen-elemen sebelumnya pada kategori ini kurang lebih secara umum diterima sebagai elemen-elemen esensial untuk negara hukum, demokrasi kurang disambut seperti itu. Meskipun sedikit yang akan menyangkal bahwa demokrasi dan negara hukum secara dekat terhubung satu sama lain – misalnya, dalam banyak negara adalah suatu hal yang umum untuk berbicara mengenai 'negara hukum yang demokratis' dan bukan mengenai negara hukum saja – banyak yang tidak memasukkan demokrasi sebagai elemen dari definisi negara hukum.

Hal ini memiliki sisi teoretis dan praktis. Pertama, demokrasi terkadang digunakan untuk menambah elemen substantif dalam daftar persyaratan formal. Perspektif teoretis menyatakan bahwa hukum akan adil apabila dibentuk dengan persetujuan umum. Versi paling canggih dari argumen ini dikemukakan oeh Habermas, yang berargumentasi bahwa karena ketiadaan hukum alam, prosedur demokratis adalah satu-satunya jaminan keadilan hukum yang adil yang kita miliki. Walaupun ada kebenaran dalam argumen ini, demokrasi pada akhirnya hanyalah suatu prosedur, yang tidak akan dapat menjamin hasil yang secara substantif adalah adil. Tamanaha telah menunjukkan bahwa untuk alasan inilah demokrasi tetap menjadi konsep yang 'kosong' dan lebih jauh lagi, demokrasi dapat menghasilkan hukum yang sangat tidak adil (Tamanaha, 2004:99-101).

Alasan praktis untuk tidak memasukkan demokrasi ke dalam konsep negara hukum adalah bahwa apabila seseorang bermaksud untuk mengatakan sesuatu tentang negara hukum di suatu negara, maka (memasukkan demokrasi sebagai elemen) akan membuat tugas yang sudah menakutkan menjadi lebih menakutkan lagi. Demokrasi sendiri adalah suatu bidang penelitian yang sangat besar dan seseorang dapat dengan mudah berlebihan membebani dirinya sendiri dengan

memasukkannya dalam konsep dan kemudian berusaha untuk mengatakan sesuatu yang berguna tentang negara hukum dalam suatu negara. Dalam studi ilmu politik dan pembangunan, demokrasi memiliki tempatnya sendiri dan ini merupakan satu lagi alasan praktis untuk tidak memasukkannya di bawah bendera negara hukum.

Meskipun demikian, apabila kita kembali kepada fungsi yang dilayani oleh negara hukum, jelas bahwa demokrasi – setidaknya demokrasi liberal – juga melayani fungsi melindungi warga negara dari negara. Membuat pemerintah responsif terhadap warga negara juga merupakan cara untuk membatasi kekuasaannya,[30] sementara itu sebuah argumen yang kuat dapat diajukan bahwa kesempatan yang diberikan oleh demokrasi kepada warga negaranya untuk mengejar sasaran-sasaran mereka melalui cara-cara pemilihan kemungkinan besar dapat mengurangi pelanggaran terhadap hak dan kepemilikan sesama warga negara.[31] Walapun demikian, cara-cara demokrasi bukan merupakan sesuatu yang cara hukum, namun lebih sebagai cara-cara politis – meskipun aturan-aturan demokratis dapat juga dimasukkan ke dalam hukum dan ada hubungan empiris antara demokrasi dan penghormatan terhadap hak asasi manusia (Diamond, 1999:5). Apabila negara hukum digunakan sebagai gagasan ideal atau sebagai cara inventoris untuk mengendalikan negara, maka masuk akal untuk memasukkan demokrasi ke dalam negara hukum. Lebih jauh lagi, agar efektif, demokrasi memerlukan banyak pengawasan yang tersirat dalam elemen-elemen yang sebelumnya telah dibahas, dan juga kebebasan fundamental yang akan dibahas pada kategori berikutnya.[32]

Seseorang dapat juga memasukkan suatu bentuk demokrasi yang lebih terbatas dalam konsep negara hukum. Hal ini berarti memperhatikan pembentukan hukum dan pembuatan keputusan oleh pemerintah pada tingkat lokal dan pengaruh yang dapat dimiliki oleh warga negara terhadap hukum-hukum yang secara langsung dapat

[30] Bdk., Diamond (1999:3).
[31] Ini, dapat dinyatakan, menyebabkan pemisahan antara kaum sosial-demokrat yang 'revisionis' dan kaum sosialis radikal yang menganjurkan revolusi.
[32] Lihat, misalnya, O'Donnel (2004:32-46).

mempengaruhi mereka. Suatu contoh tentang penggunaan konsep itu adalah prosedur-prosedur untuk berpartisipasi dalam perancangan suatu rencana tata ruang atau prinsip bahwa seorang warga negara akan didengar sebelum keputusan hukum yang akan mempengaruhinya diambil oleh pemerintah. Dalam contoh yang terakhir ini, demokrasi diterjemahkan sebagai peralatan prosedural, yang cukup dekat artinya dengan prinsip-prinsip pemerintah yang baik yang digunakan untuk membatasi penerapan diskresi kepemerintahan.

Kategori kedua: Elemen-elemen substantif

- Subordinasi semua hukum dan interpretasinya terhadap prinsip-prinsip fundamental dari keadilan
- Perlindungan hak asasi dan kebebasan perorangan
- Pemajuan hak asasi sosial
- Perlindungan hak kelompok

Subordinasi semua hukum dan interpretasinya terhadap prinsip-prinsip fundamental dari keadilan

Apabila kategori sebelumya berkutat dengan prosedur dalam rangka mencegah penyalahgunaan kekuasaan, kategori yang ini melakukan hal yang sama dengan memperkenalkan standar-standar substantif. Meskipun tidak termasuk definisi yang 'tipis' dari negara hukum, mekanisme ini dapat ditemukan sepanjang sejarah negara hukum. Baik bangsa Yunani maupun bangsa Romawi mengenalnya dalam bentuk hukum alam. Pada kenyataannya, tidaklah terlalu sulit untuk menghubungkan menurunnya standar ini dengan menurunnya hukum alam dan melambungnya teori-teori hukum positif.

Sekalipun demikian, banyak dari mereka yang tidak setuju dengan teori-teori hukum alam masih mengakui elemen-elemen substantif sebagai bagian dari negara hukum. Elemen paling 'relatif' dari elemen-elemen tersebut terdiri dari prinsip-prinsip keadilan, moralitas, dan proses peradilan yang baik (*due process*). Prinsip-prinsip tersebut beragam dari satu tempat ke tempat lainnya dan dalam kurun waktu tertentu sehingga memungkinkan adanya interpretasi secara

kontekstual. Peerenboom mengamati bahwa bahkan versi-versi negara hukum yang terlemah sekalipun mencakup suatu bentuk 'konteks' yang substantif, yang dapat diajukan berdasarkan elemen ini (Pereenboom 2004a:5-6). Hal ini juga bermanfaat untuk kondisi-kondisi dimana hukum adat lebih berpengaruh, sehingga suatu sistem dapat dinilai berdasarkan ketentuan-ketentuannya sendiri.

Kerelatifan dari pendekatan ini pada saat yang bersamaan juga membuatnya paling rentan disalahgunakan. Tidak selalu mudah untuk mendefinisikan apa yang seharusnya dianggap sebagai prinsip-prinsip fundamental dalam suatu ranah sosial yang ada – dan sudah pasti tidak ketika menyangkut suatu negara yang memiliki kebudayaan beragam. Bahkan dalam konteks yang lebih kecil dan homogen, akan sulit untuk menentukan prinsip-prinsip mana yang dikenal secara luas sehingga dapat dikualifikasikan sebagai ukuran untuk mengevaluasi tindakan-tindakan pihak yang berwenang. Hal ini biasa dihadapi oleh para antropolog hukum, namun kehati-hatian dan waktu yang dipersyaratkan untuk tujuan tersebut seringkali melampaui kapasitas mereka yang harus menguji apakah memang para pihak yang berwenang telah mematuhi prinsip-prinsip tersebut. Di sisi lain, apabila prinsip-prinsip tersebut dapat ditentukan, maka prinsip-prinsip tersebut akan cenderung lebih stabil daripada hasil-hasil demokratis yang lebih rentan terhadap perubahan-perubahan politik.

Dapat juga ditambahkan bahwa elemen ini menjadi sangat penting bagi legitimasi sistem hukum di hadapan warga negara. Bagaimanapun baiknya elemen-elemen prosedural telah diikuti, elemen-elemen tersebut tidak dapat menjamin hasil penerapan hukum secara substantif.[33] Dan apabila banyak yang menganggap hasil hukum sebagai ketidakadilan, maka keseluruhan sistem tersebut bisa jadi dalam bahaya.

Perlindungan hak asasi dan kebebasan perorangan

Dalam definisinya tentang negara hukum banyak pihak memasukkan hak asasi manusia. Hak asasi manusia dalam banyak hal memasukkan

[33] Bdk., gagasan hukum 'responsif' dari Nonet dan Selznick (di atas).

berbagai aspek dari kategori sebelumnya yang diterjemahkan menjadi berbagai hak, seperti hak atas proses peradilan yang adil. Diterima oleh hampir semua negara-negara di dunia dan bahkan sering dianggap sebagai hukum kebiasaan internasional, hak dan kebebasan perorangan kurang fleksibel dibandingkan dengan prinsip-prinsip keadilan dan moralitas yang dibicarakan di atas. Hal ini sekaligus menjadi kelebihan dan kekurangannya. Berkembangnya literatur antropologi tentang hak asasi manusia mengungkapkan pentingnya untuk meletakkan hak asasi manusia dalam konteks ketika menggunakannya sebagai batasan-batasan terukur untuk perilaku negara[34] dan argumen ini dapat secara sebanding diterapkan untuk penggunaan hak asasi manusia dalam kerangka negara hukum.

Mungkin alasan utama untuk memasukkan hak asasi manusia ke dalam kerangka negara hukum adalah karena ranah ini telah menjadi tema pengarah sentral dari kerjasama dalam pembangunan dan secara bertahap menjadi jelas bahwa dalam rangka mencapai perbaikan apapun untuk mewujudkan hak asasi manusia – apakah itu menyangkut hak atas kebebasan pers atau atas makanan – diperlukan suatu sistem hukum yang efektif untuk mencapai hal tersebut. Bersatunya hak asasi manusia dengan sistem yang efektif dalam satu konsep bermanfaat untuk menunjukkan secara singkat kepada kesejahteraan manusia dan kerangka hukum yang diperlukan untuk mencapai hal tersebut.

Kita juga selanjutnya harus menyadari bahwa ideologi neoliberal yang mendasari sebagian besar dari kegiatan-kegiatan organisasi seperti Bank Dunia menjadikannya sangat menarik untuk mengejar agenda tersebut dibawah istilah negara hukum. Sebagaimana telah disinggung sebelumnya dalam tulisan ini, donor internasional cenderung mengikuti definisi yang sangat terbatas tentang negara hukum, yaitu yang menekankan pada hak atas kepemilikan, kebebasan untuk berkontrak dan mekanisme-mekanisme hukum untuk menegakkan hak-hak tersebut (Ohnesorge, 2003). Faundez telah menunjuk pada

[34] Lihat misalnya, Goodale (2008:1-38) dan Merry (2005).

berbagai masalah yang secara nyata disebabkan oleh kegagalan Bank Dunia untuk secara memadai membahas relasi antara sasaran-sasaran pembangunan yang dituju dan kerangka hukum (Faundez, 2005:5-8). Memasukkan hak asasi manusia ke dalam definisi negara hukum pada akhirnya dapat saja memberikan manfaat, karena dapat memaksa organisasi donor dan para pakar untuk memikirkan hubungan antara hak asasi manusia dan lembaga-lembaga hukum secara hati-hati. Meskipun demikian, hal tersebut secara tidak langsung menyatakan konsep hak asasi manusia harus lebih luas daripada yang dipilih oleh Bank Dunia.

Kekurangan dalam memasukkan hak asasi manusia ke dalam definisi negara hukum telah dibicarakan dalam konteks demokrasi: yang merupakan ranah tersendiri yang sangat luas sehingga dengan memasukkannya (ke dalam pembahasan) akan menjadikannya sulit untuk mengatakan sesuatu yang 'umum' tentang negara hukum. Di sisi lain, relasi langsung antara berbagai kebebasan fundamental seperti kebebasan untuk berbicara, berkumpul, pengadilan yang adil, dan sebagainya dengan elemen-elemen dari kategori formal sudah cukup jelas dan tidak perlu dibicarakan lagi.[35]

Pemajuan hak-hak asasi sosial

Sementara hak asasi manusia dapat ditemukan dalam definisi-definisi negara hukum yang terkini, tidak demikian halnya dengan yang disebut sebagai hak-hak asasi 'sosial'. Hal ini tidak mengejutkan, karena hak-hak sosial tersebut tidak secara langsung berhubungan dengan pencegahan penyalahgunaan kekuasaan dengan cara yang sama sebagaimana elemen-elemen yang telah dibahas sebelumnya: hak-hak sosial ini menimbulkan kewajiban negara secara lebih jauh untuk menggunakan kekuasaannya bagi kepentingan warga negaranya, yang memberikan hak atas makanan, perlindungan, pendidikan, dan sebagainya. Apakah kebutuhan-kebutuhan tersebut harus dirumuskan dalam bentuk hak, adalah suatu pertanyaan yang sering diperdebatkan,

[35] Sebagaimana dianjurkan oleh seorang pengkaji anonim, akan masuk akal untuk membangun suatu sub-kategorisasi dari hak-hak asasi manusia yang secara khusus terkait dengan negara hukum.

namun pada praktiknya kurang-lebih ditetapkan dengan cenderung mengadopsi hak-hak tersebut ke dalam perjanjian internasional dan dalam banyak konstitusi di dunia.

Sebuah definisi penting yang mencakup hak-hak asasi manusia 'generasi kedua' ini adalah yang dirumuskan oleh International Commission of Jurists dalam kongresnya pada tahun 1959:

> Negara hukum memang benar-benar menjaga dan memajukan hak-hak sipil dan politik perorangan dalam suatu masyarakat yang bebas; namun ia juga berkaitan dengan pembentukan kondisi-kondisi sosial, ekonomi, pendidikan dan budaya oleh negara yang mendasari aspirasi dan martabat manusia yang sah dan sehingga mungkin untuk diwujudkan. Kebebasan berekspresi tidak memiliki arti apapun bagi mereka yang buta huruf; hak untuk memilih dapat secara sesat diubah menjadi instrumen tirani yang dijalankan oleh para penghasut terhadap pemilih yang tidak tercerahkan; kebebasan dari campur tangan pemerintah jangan sampai berarti kebebasan untuk lapar bagi kaum miskin dan melarat.

Argumen paling kuat untuk memasukkan hak-hak sosial ke dalam definisi negara hukum adalah yang kedua: bahwa bagian-bagian lain dari negara hukum hanya dapat berfungsi secara efektif apabila hak-hak sosial dipenuhi dan dengan demikian definisi negara hukum yang tidak memasukkannya tidak berarti banyak bagi kaum miskin dan terpinggirkan.

Pendekatan ini ditentang secara kuat oleh Tamanaha, yang berargumen bahwa negara hukum cenderung kehilangan seluruh nilai analisisnya apabila dijabarkan secara luas seperti itu (Tamanaha, 2004:113). Meskipun argumen ini ada benarnya, di sisi lain saat ini konsep negara hukum tidak begitu efektif secara analitis sama sekali karena begitu beragamnya definisi yang ada. Dengan kata lain, negara hukum harus selalu didefinisikan secara jelas sebelum dapat digunakan untuk tujuan tersebut. Jika, di lain pihak, negara hukum digunakan sebagai suatu sistem hukum yang ideal, memandu program dan orang menuju masa depan yang lebih baik, maka suatu gagasan yang menyeluruh dapat memberikan suatu kepraktisan yang efektif bagi keseluruhan mekanisme dan gagasan yang secara potensial berkontribusi dalam melayani kedua fungsi yaitu melindungi

warga negara terhadap negara dan melindungi warga negara dari warga negara lainnya. Sisi sebaliknya dari hal ini tentunya adalah bahwa negara hukum akan kehilangan hampir seluruh dari nilai analitisnya.

Perlindungan terhadap hak kelompok

Argumen yang menentang tercakupnya hak-hak asasi sosial dalam suatu definisi negara hukum terdapat lebih kuat terhadap hak kelompok. Tidak banyak yang mendefinisikan negara hukum memasukkan hak kelompok ke dalam konsep mereka, karena hak kelompok kontroversial untuk dikualifikasikan sebagai hak asasi manusia.[36]

Di sisi lain, ada yang melakukan hal tersebut, dan tampaknya lebih mudah untuk memasukkan hak kelompok ke dalam definisi negara hukum daripada memasukkan kategori sebelumnya. Hak kelompok pada hakikatnya lebih mendekati (konsep) hak dan kebebasan perorangan daripada hak-hak sosial, dalam arti bahwa hak kelompok bertujuan untuk menahan negara ikut campur tangan dalam ranah privat dari kelompok-kelompok warga tertentu, sedangkan hak-hak sosial terkait dengan penerapan kekuasaan oleh negara secara aktif untuk memajukan kesejahteraan warga. Hanya berbeda apabila hak-hak dimengerti sebagai tersiratnya kewajiban bagi negara untuk secara aktif memajukannya. Suatu contoh dari interpretasi yang terakhir tersebut adalah negara dapat diminta menyediakan dana untuk mendukung penggunaan bahasa tertentu daripada hanya sekedar membolehkan beberapa kelompok untuk menggunakan bahasa-bahasa tersebut dalam komunikasi formal. Alasan paling meyakinkan untuk memasukkan hak kelompok ke dalam konsep negara hukum adalah bahwa hak-hak tersebut dapat menjadi senjata yang ampuh dalam melawan pelanggaran negara atas hak-hak warga negara atau pelanggaran oleh warga negara lainnya, yang biasanya terjadi dalam

[36] Misalnya, Kuper (2004:389-402). Tetap saja ada banyak referensi untuk hak kelompok sebagai bagian dari negara hukum, sebagian besarnya melihat sebagai perluasan alamiah dari konsep. Lihat, misalnya, Brownlie (1985:105-6).

bentuk perusahaan-perusahaan besar. Ketidakadilan yang dilakukan dengan cara tersebut terhadap masyarakat asli atau kelompok lainnya memberikan alasan kuat untuk memperhatikan hak kelompok dalam usaha untuk mewujudkan fungsi-fungsi yang diusahakan oleh negara hukum.

Kategori ketiga: Mekanisme kontrol (lembaga-lembaga pengawal negara hukum)

- Lembaga peradilan yang independen (terkadang diperluas menjadi *trias politica*)
- Lembaga-lembaga lain yang memiliki tanggung jawab dalam menjaga dan melindungi elemen-elemen negara hukum

Suatu lembaga peradilan yang independen

Sebagaimana dijelaskan secara garis besar di atas, independensi peradilan pada umumnya dikenal sebagai elemen formal dari negara hukum, namun hakikat kelembagaannya menurut saya, menjadikannya lebih cocok untuk dibicarakan di bawah kategori yang terpisah. Dapat juga ditambahkan bahwa peradilan tidak hanya berurusan dengan penjagaan dan perlindungan elemen-elemen formal dalam negara hukum. Hal ini tidak hanya terjadi dalam praktiknya: pakar pengadilan manapun akan memberitahukan kita bahwa para hakim akan menggunakan segala macam teknik mediasi untuk mendapatkan suatu hasil yang dapat diterima oleh para pihak yang bersengketa. Pada umumnya para teoretikus hukum dapat menerima bahwa para hakim harus mencoba untuk mencapai suatu hasil yang secara substantif adil[37] – dan tentu saja mereka harus mempertimbangkan hak asasi manusia. Peradilan tidak hanya membatasi dirinya dalam mengendalikan apakah pemerintah telah mempertimbangkan elemen-elemen formal dari negara hukum. Lebih jauh lagi, tidak seperti elemen-elemen formal dan substantif yang telah dibahas sebelumnya, peradilan adalah seorang aktor, yang memiliki tugas untuk menjamin

[37] Wakil yang paling terkenal saat ini tentu saja Dworkin.

pemerintah dan warga negaranya mematuhi batasan-batasan yang ditentukan untuk menjalankan kekuasaannya. Dengan demikian, masuk akal untuk menempatkannya dalam kategori 'aktor' yang terpisah dan yang terdiri dari mekanisme-mekanisme kontrol.

Secara kebetulan, peradilan yang independen juga tidak setua elemen-elemen lain yang sebelumnya telah dibahas dalam kategori elemen formal. Meskipun ketidakpercayaan Plato dan Aristoteles terhadap demokrasi sudah menunjuk pada perlunya otoritas independen untuk penerapan hukum, baru Montesquieu yang secara penuh menyusun argumen tentang hal ini. Setelah Montesquieu, beberapa teoretikus bahkan memberikan definisi yang melampaui independensi peradilan dan memasukkan juga pemisahan antara eksekutif dan legislatif ke dalam definisi negara hukum.

Walaupun ada sumber yang relatif 'baru', penulisan riwayat proses-proses hukum pada abad ke-17 oleh para pakar sejarah seperti Hay dan Thompson menunjukkan bagaimana pentingnya, bahkan sebelum Montesquieu, gagasan tentang independensi peradilan terhadap negara hukum. Dalam konteks ini, pengetahuan utama yang didapat dari analisis mereka adalah bahwa penerapan suatu hukum yang keberpihakan pada kelas yang berkuasa secara jelas mengarah pada hasil-hasil yang tidak adil, namun hal ini dapat dikurangi oleh suatu lembaga peradilan yang independen, yang dapat memastikan bahwa setidaknya hukum dapat sekali-sekali melawan orang perorangan yang berasal dari kelas yang berkuasa tersebut – dan hal ini terbukti dengan adanya hukuman mati yang kadang-kadang juga dijatuhkan terhadap individu dari kelas atas yang sangat menyalahgunakan posisi mereka (Hay dalam Beirne dan Quinney, 1982:103-29).

Suatu peradilan yang independen adalah bagian dari seluruh definisi tentang negara hukum, kecuali definisi yang diberlakukan dalam negara-negara otoriter seperti Vietnam atau Cina. Definisi-definisi yang terdapat pada negara-negara tersebut berargumentasi bahwa peradilan harus senantiasa melayani kepentingan negara, yang tujuannya tidak berbeda dari negara-negara non-otoriter, namun

kemudian negara-negara otoriter tersebut kemudian berasumsi bahwa negara sama artinya dengan eksekutif. Meskipun demikian, selain dari pandangan tersebut, suatu peradilan yang independen secara umum dianggap sebagai elemen yang esensial dari negara hukum.

Fakta bahwa definisi selalu berbicara tentang *independensi* peradilan daripada *ketidakberpihakannya* (*impartiality*) mencerminkan bahwa prioritas sebagian besar definisi tentang negara hukum masih dihubungkan dengan perlindungan atas warga negara terhadap eksekutif (dan terhadap badan legislatif walaupun tidak sejauh seperti terhadap badan eksekutif). Independensi adalah cara-cara untuk mencapai ketidakberpihakan, suatu konsep yang secara mengejutkan tidak banyak dibahas dalam literatur teoretis.[38] Tidak demikian halnya dengan independensi, yang telah dapat perhatian dari para ahli filsafat politik sampai para pembuat instrumen untuk para penggiat reformasi hukum. Meskipun sebagian besar literatur tersebut membahas pengadilan-pengadilan, beberapa dari literatur tersebut memperhatikan masalah independensi yang berkaitan dengan mediasi dan bentuk-bentuk alternatif penyelesaian sengketa lainnya, yang biasanya menghasilkan peringatan-peringatan tentang adanya perbedaan kekuasaan antara pihak yang bersengketa.[39]

Untuk menjadi efektif, peradilan tidak hanya harus independen namun juga harus mudah diperoleh, suatu kualitas kedua yang disyaratkan oleh elemen ini. Hal ini berarti bahwa keseluruhan perdebatan tentang 'akses terhadap peradilan' dan bagaimana hal tersebut dapat dicapai memang relevan dengan konteks negara hukum. Oleh karena sebagian besar literatur memang terkait dengan akses terhadap pengadilan, hal ini menjadi wajar. Perkembangan terakhir yang menjadikan akses terhadap keadilan sebagai akses terhadap ragam lembaga yang lebih luas, termasuk lembaga-lembaga

[38] Pengecualiannya adalah Larkins (1996); Russel dan O'Brien (2001).

[39] Mungkin bintang untuk tulisan semacam itu, baik tentang pengadilan maupun penyelesaian sengketa alternatif adalah Mark Galanter. Contoh utama dari karyanya terhadap isu ini adalah Galanter (1974), 'Why the 'haves' come out ahead: Speculations on the limits of legal change' dalam *Law & Society Review* 9:95-160 mengenai pengadilan; Galanter dan Krishnan (2004:789-834) mengenai penyelesaian sengketa alternatif di India.

non-pemerintah, menunjuk pada dua masalah yang relevan dengan pembahasan ini: pertama, bahwa peradilan tidak memiliki monopoli atas keadilan, dan kedua, bahwa relasi antara peradilan dan lembaga penyelesaian sengketa lainnya juga relevan dengan perdebatan tentang negara hukum. Meskipun demikian, hanya sedikit yang berpendapat bahwa pada akhirnya suatu lembaga peradilan yang independen dapat dikesampingkan.[40]

Elemen-elemen yang sejauh ini telah dibahas memiliki 'sisi hukum' yang setidaknya sama penting dengan sisi empirisnya, tetapi baik independensi dari dan akses terhadap peradilan lebih terarah kepada soal empiris. Hal ini kurang lebih tercermin pada tren umum dalam reformasi hukum di negara-negara berkembang. Tren tersebut biasanya memusatkan perhatian utama pada reformasi pengadilan dan belakangan ini pada akses terhadap keadilan – sehingga dengan demikian lebih memperhatikan masalah-masalah praktis dan struktural.

Lembaga-lembaga pengawal negara hukum lainnya

Semakin kompleksnya organisasi negara telah mengarah pada meningkatnya spesialisasi dalam menjalankan fungsi negara. Perkembangan ini telah melebar sampai pada sisi kelembagaan dari beberapa definisi negara hukum. Contoh yang baik tentang hal ini adalah lembaga-lembaga nasional untuk hak asasi manusia, yang jumlahnya telah bertambah dari hanya beberapa sekitar duapuluh tahun yang lalu hingga 120 di masa kini.[41] Lembaga penting lainnya adalah Ombudsman, yang telah berhasil memasuki banyak sistem, namun banyak juga institusi lain yang mengawasi tindakan-tindakan negara.[42]

Alasan untuk memasukkan lembaga-lembaga tersebut ke dalam definisi negara hukum adalah bahwa dalam banyak kasus, lembaga peradilan saja tidak cukup untuk melindungi warga negara, dan ini

[40] Lihat untuk kilasan mengenai literatur akses pada keadilan, Sandefur (2008:339-58).
[41] Untuk sebuah daftar lihat http://www.nhri.net/nationaldatalist.asp, diakses pada 21 April 2009.
[42] Ini termasuk panitia pemilihan umum, lembaga-lembaga anti-monopoli, badan-badan pengawas praktik perdagangan yang adil, komisi-komisi penyelia legalitas operasi badan-badan intelijen, dan lain-lain.

juga merupakan suatu hasil logis dari bangkitnya negara kesejahteraan. Aspek khusus lainnya dari lembaga-lembaga tersebut adalah bahwa mereka seringkali adalah hasil dari proses internasional atau transnasional. Dengan demikian, lembaga-lembaga hak asasi manusia nasional dipromosikan secara gencar oleh Perserikatan Bangsa-bangsa, sementara Ombudsman diadopsi oleh banyak negara dari model Skandinavia, yang disesuaikan dengan kondisi dari masing-masing negara.

Aspek menarik lainnya dari lembaga-lembaga tersebut adalah bahwa terkadang mereka diperkenalkan untuk menggantikan lembaga peradilan yang tidak berfungsi. Meskipun tidak ada keraguan bahwa suatu lembaga peradilan yang independen tetap merupakan inti dalam mengontrol eksekutif, pada beberapa situasi dan ranah peran mereka telah diambil alih sebagian setidaknya oleh Ombudsman, Komite Nasional Hak Asasi Manusia, Pengadilan Tindak Pidana Korupsi, dan sebagainya, – baik sebagai langkah sementara atau sebagai langkah permanen. Dengan demikian, meskipun lembaga-lembaga tersebut tidak secara eksplisit disebut sebagai bagian dari negara hukum, mereka menjadi sangat penting dalam mewujudkan fungsi pertama dari negara hukum, khususnya di berbagai tempat dan oleh karena itu harus lebih diperhatikan.

Model elementer negara hukum sebagai sebuah perangkat penelitian

Setelah pemaparan tentang kategori dan elemen-elemen yang termuat di dalamnya, bagian ini menawarkan langkah pertama dalam menggunakan model ini untuk penelitian. Tujuannya bukan untuk memberikan daftar yang lengkap tentang 'indikator-indikator negara hukum', namun lebih sebagai panduan praktis bagi mereka yang ingin melakukan penelitian yang terkait hukum (meskipun membantu juga dalam melakukan penilaian terhadap skema-skema indikator negara hukum). Bagian ini juga dapat membuat para peneliti peka terhadap instrumen-instrumen tertentu yang digunakan untuk mengekang

kekuasaan pemerintah atau untuk menyediakan gagasan-gagasan bagi mereka yang ingin mengajukan rekomendasi kebijakan atas masalah ini.

Model ini pada hakikatnya bersifat interdisipliner karena pertanyaan-pertanyaan penelitiannya memperhatika elemen-elemen baik dari perspektif legal maupun empiris. Pertanyaan-pertanyaan empiris tidak dapat dikesampingkan sama sekali untuk memperoleh informasi yang dapat diandalkan tentang keadaan dari suatu elemen tertentu. Misalnya, jika kita sedang membicarakan tentang independensi peradilan, kita harus tahu tentang kondisi-kondisi dimana para hakim melakukan tugasnya untuk menilai apakah mereka independen secara efektif atau tidak. Dengan demikian, bagaimana karir yudisial dikelola pada prakteknya, apakah para hakim terpapar teror, apakah mereka dapat mengetahui hasil banding terhadap putusan-putusan mereka, dan sebagainya. Hasilnya adalah suatu pemahaman tentang relasi antara elemen-elemen negara hukum dan faktor-faktor kontekstual yang seringkali kurang dalam banyak penelitian. Oleh karena itu, pendekatan ini berusaha untuk mengakomodir observasi Martin Krygier bahwa 'norma-norma yang terlembaga harus dapat *diberlakukankan* sebagai suatu sumber pengendalian dan suatu sumber daya normatif, dan dapat dipergunakan dan dengan semacam kepastian rutin memang dipergunakan dalam kehidupan sosial' (Krygier, 2008:60).

Kategori pertama: Elemen-elemen prosedural – Pertanyaan penelitian terkait

Pemerintahan dengan hukum

- Sejauh mana pemerintahan berjalan tanpa menggunakan hukum?
- Sejauh mana pemerintah menggunakan langkah-langkah insidentil daripada aturan-aturan umum?
- Sejauh mana pemerintah mengatur relasi antara subyek-subyeknya dengan hukum?
- Sejauh mana hukum-hukum tersebut dipatuhi?

Tindakan-tindakan negara yang tunduk pada hukum

- Sejauh mana hukum memberikan ruang untuk apa yang disebut sebagai *'vrij bestuur'*?
- Apakah ada klausul-klausul pengecualian yang membolehkan pengaturan-pengaturan khusus?
- Apakah pemerintah pada praktiknya mendasarkan tindakan-tindakannya pada hukum (atau dengan kata lain apakah pemerintahan berjalan di luar jalur hukum)?

Legalitas formal

- Apakah hukum secara yuridis jelas?
- Apakah ada hukum yang retroaktif?
- Apakah ada pengecualian-pengecualian dalam legislasi?
- Apakah hukum stabil (tidak berubah seiring dengan waktu)?
- Apakah hukum diterapkan secara umum (tanpa diskriminasi?)
- Apakah hukum dapat diakses?
- Apakah hukum diterbitkan?
- Apakah hukum ditulis dengan bahasa yang dapat dimengerti?
- Apakah hukum disosialisasikan?

Demokrasi

- Apakah ada mekanisme bagi partisipasi pemangku kepentingan dalam pembuatan peraturan?
- Apakah ada mekanisme bagi partisipasi pemangku kepentingan dalam pembuatan keputusan-keputusan perorangan?
- Apakah mekanisme-mekanisme tersebut dapat diakses?
- Apakah mekanisme itu efektif?

Kategori kedua: Elemen-elemen substantif – pertanyaan penelitian terkait

Subordinasi semua hukum dan interpretasinya terhadap prinsip-prinsip fundamental keadilan

- Apa saja prinsip-prinsip keadilan dan prinsip-prinsip administrasi negara yang baik yang tertulis dan dapat diberlakukan?

- Apa saja prinsip-prinsip keadilan dan prinsip-prinsip administrasi negara yang baik serta prinsip-prinsip moral yang tertulis dan dapat diberlakukan?
- Sejauh mana mereka bertentangan?
- Sejauh mana hukum dan interpretasinya secara efektif tersubordinasi terhadap prinsip-prinsip tersebut?

Perlindungan hak asasi dan kebebasan perorangan

- Sejauh mana hak dan kebebasan tersebut dijamin (termasuk pertanyaan tentang sejauh mana hak dan kebebasan tersebut diberlakukan dalam relasi antar warga negara)?
- Sejauh mana jaminan-jaminan hukum tersebut dilaksanakan?

Pemajuan hak asasi sosial

- Sejauh mana hak sosial dijamin?
- Sejauh mana jaminan-jaminan hukum tersebut dilaksanakan?

Perlindungan atas hak kelompok

- Sejauh mana hak kelompok tersebut dijamin?
- Sejauh mana jaminan-jaminan hukum tersebut dilaksanakan?

Kategori ketiga: Mekanisme kontrol – Pertanyaan penelitian

Adanya peradilan yang independen

- Apakah ada lembaga peradilan yang independen (dengan kata lain ada kepastian jabatan hakim, masalah-masalah manajemen peradilan, dan sebagainya)?
- Apakah peradilan tidak memihak (dengan kata lain apakah ada jaminan yang cukup untuk 'insulasi' dari tekanan luar pada suatu perkara)?
- Apakah warga negara memiliki akses yang efektif terhadap peradilan (dalam hal memiliki dasar sebagai pihak (*standing*), jarak (yang harus ditempuh) untuk sampai ke pengadilan, biaya-biaya, pengetahuan, bantuan hukum, dan sebagainya)?
- Apakah warga negara memperoleh proses pengadilan yang adil dan tepat waktu?

- Apakah peradilan menunjukkan kekuasaan yudisial dan pemulihan yang cukup?
- Apakah putusan dilaksanakan?

Adanya lembaga-lembaga lain yang memiliki tanggung jawab untuk menjaga elemen-elemen negara hukum

- Apakah lembaga-lembaga tersebut ada dan apa yang menjadi mandat hukum mereka?
- Bagaimana lembaga-lembaga tersebut melaksanakan fungsinya dan apakah mereka efektif?

Kesimpulan

Tulisan ini telah berusaha untuk memaparkan dan melakukan sistematisasi lebih jauh terhadap pendekatan-pendekatan Peerenboom dan Tamanaha untuk 'membedah' konsep negara hukum ke dalam elemen-elemen, dengan menggunakan pembedaan antara 'tipis' dan 'tebal' serta antara 'formal' dan 'substantif' sebagai titik mula pembahasan. Hal ini telah menghasilkan suatu kerangka kerja yang diharapkan dapat menyumbang pada kejelasan konsep, membantu para peserta dalam perdebatan negara hukum untuk merinci secara lebih jelas apa yang mereka bicarakan. Lebih jauh lagi, hal ini telah memberikan kesempatan bagi perbandingan yang berarti antara berbagai sistem, karena berbeda dengan elemen-elemennya, sistem-sistem tersebut secara keseluruhan tidak dapat diperbandingkan.

Jika kita kembali kepada ide Profesor Satjipto mengenai 'hukum progresif', tulisan ini menjelaskan bahwa unsur-unsur hukum progresif memang berhubungan secara langsung dengan beberapa elemen konsep negara hukum. Sebetulnya, hukum progresif adalah pendekatan yang menyokong kepentingan memasukan kategori kedua dengan elemen substantif ke dalam istilah negara hukum – atau hukum tersendiri. Terutama elemen pertama – subordinasi semua hukum dan interpretasinya terhadap prinsip-prinsip fundamental dari keadilan juga menjadi inti hukum progresif. Akan tetapi untuk perdebatan di Indonesia mengenai konsep 'hukum murni', 'hukum progresif' dan

sebagainya, kita membutuhkan analisis yang tepat dan terinci mengenai maksudnya, untuk menghindari terjadi kesalahpahaman seperti yang terjadi dalam diskusi mengenai negara hukum di seluruh dunia. Harapan saya, tulisan ini bisa menjadi masukan untuk diskusi itu.

Kerangka kerja ini juga dengan demikian dapat membantu menjelaskan relevansi negara hukum dalam konteks tataran normatif alternatif, misalnya yang berdasarkan hukum Islam atau hukum 'tradisional'. Elemen-elemen negara hukum juga bisa relevan dalam mengawasi penyelenggaraan kekuasaan dalam tatanan negara non-modern. Mengingat adanya penurunan dari banyak negara-negara kuat dan kebangkitan kembali atau penemuan kembali struktur-struktur tradisional (kebiasaan) dan bentuk-bentuk tataran normatif, hal ini secara khusus menjadi relevan. Penelitian empiris dalam bidang ini juga dapat membantu untuk menilai apakah beberapa elemen negara hukum tertentu memiliki nilai universal dalam mengekang penggunaan kekuasaan dan sejauh mana terdapat mekanisme-mekanisme alternatif. Hasilnya adalah bahwa elemen-elemen negara hukum dapat dievaluasi dalam konteks mereka dan bahwa pembuangan suatu elemen dalam konteks tertentu tidak selalu harus mengarah pada penyangkalan keseluruhan konsep negara hukum. Sekali lagi, saya ingin menggarisbawahi bahwa tujuan dari kerangka kerja ini adalah *tidak* untuk menawarkan suatu definisi, namun hanya untuk memberikan elemen-elemen yang potensial untuk itu.

Sebagaimana kerangka kerja konseptual lainnya, kerangka ini juga memiliki kelemahan-kelemahan dan harus dilihat sebagai suatu permulaan daripada sebagai instrumen penelitian yang telah mapan. Langkah berikutnya yang jelas adalah untuk memikirkan relasi dari berbagai elemen yang terdaftar – dan potensi penambahannya – terhadap kedua fungsi yang ditetapkan di awal. Tidak semua elemen sama pentingnya untuk mewujudkan masing-masing fungsi tersebut. Kedua, pertanyaan-pertanyaan penelitian secara jelas harus lebih jauh dikembangkan. Demikian pula halnya tentang pemikiran untuk menambahkan suatu kategori aktor spesial untuk eksekutif, yang

– tidak seperti badan yudikatif – tidak pernah dimasukkan secara terpisah dalam definisi-definisi negara hukum. Sekalipun demikian, saya masih berharap bahwa dalam bentuknya yang sekarang, model ini dapat turut menyumbang dalam mencari dan menyusun informasi tentang praktik-praktik negara hukum yang seringkali jarang, tersebar di mana-mana dan tidak sistematis.

Daftar pustaka

Agrast, M.A. dkk.

The world justic project rule of law index: Measuring the rule of law around the world. www.worldjustice.org.

Ball, J.

1985 *Indonesian legal history 1602–1848".* Sydney: Oughtershaw Press

Barber, N.W.

2003 'The rechtsstaat and the rule of law', *University of Toronto Law Review,* hal. 443-455.

Brownlie, I.

1985 'Rights of peoples in modern international law', *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosopy. Special Issues: The rights of peoples,* hal. 104-119.

Carothers, T.

2006 'The problem of knowledge', dalam: T. Carothers (ed.), *Promoting the rule of law abroad: In search of knowledge.* Washington D.C.: Carnagie Endowment for International Peace, hal.15-30.

Churchill, G.

1992 *The development of legal information systems in Indonesia.* Leiden: Van Vollenhoven Institute for Law and Administration in Non-Western Countries, Research paper report 1.

Diamond, L.J.

1999 *Developing democracy: Toward consolidation.* Baltimore: The John Hopkins University Press.

Faundez, J.

2005 'The rule of law enterprise – towards a dialogue between practitioners and academics', *CSGR Working Paper No. 164/05.*

Galanter, M.

1974 'Why the "Haves" come out ahead: Speculations on the limits of legal change', *Law and Society Review* 9:95-160.

Galanter, M. dan J.K. Krishnan

2004 'Bread for the poor: Access to justice and the rights of the needy in India'. *Hastings Law Journal* 55:789-834.

Gardner, J.A.

1980 *Legal imperialism: American lawyers and foreign aid in Latin America.* Madison: The University of Wisconsin Press.

Goodale, M.

2008 'Introduction: Locating rights, envisioning law between the global and the local', dalam: M. Goodale dan S.E. Merry (eds), *The practice of human rights: Tracking law between the global and the local.* Cambridge: Cambridge University Press, hal. 1-38.

Hager, B.

2000 'The rule of law: A lexicon of policy makers'. Washington D.C., Mansfield Center for Pacific Affairs, ADD

Hay, D.

1982 'Property, authority and the criminal law', dalam: P. Beirne dan R. Quinney (eds.), *Marxism dan law.* New York/Chichester/Brisbane/Toronto/Singapore, John Wiley and Sons, hal. 103-129.

HiiL

2007 'Rule of law inventory report', Academic part, discussion paper for the high level expert meeting on the rule of law of 20th April.

Holmes, S.

1995 *Passions and constraints: On the theory of liberal democracy.* Chicago, The University of Chicago Press

Huxley, A.

2001 'Positivists and Buddhists: The rise and fall of Anglo-Burmese Ecclesiastical law'. *Law and Society Inquiry* 26 (1):113-142.

Ivison, D.

2007 'Decolonizing the rule of law: Mabo's case and postcolonial constitutionalism'. *Oxford Journal of Legal Studies* 17:hal 253-279.

Jayasurya, K.

2001 'The exception becomes the norm: Law and regimes of excemption in East Asia'. *Asian-Pacific Law and Policy Journal* 2:108-124.

Kaufmann, D. A. Kraay dan P. Zoidio-Lobaton

'Agregating Governance Indicator', World Bank, http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1999/10/23/00009494_99101105050593/additional/115515322_20041117135531.pdf.

Kleinfeld, R.

2006 'Competing definitions of the rule of law', dalam: Th. Carothers (ed.), *Promoting the rule of law abroad: In search of knowledge*, Rule of Law Series, Vol. 34, Washington: Carnegie Endowment for International Peace, hal 31-74.

Kranenburg, R.

1925 *Het Nederlands staatsrecht.* Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zn.

Krygier, M.

2008 'The rule of law: Legality, teleology, sociology', dalam: G. Palombella dan N. Walker (eds.), *Re-locating the rule of law*, Oxford and Portland. Oregon: Hart Publishing, hal. 45-69.

Kuper, A.

2004 'The return of the native'. *Current Anthropology* 44(3):389-402.

Larkins, C.M.

1996 'Judicial independence and democratization: A theoretical and conceptual analysis'. *The American Journal of Comparative Law* 44:605-627.

Merry, S.E.

2005 *Human rights and violence against women.* New York: New York University Press.

Mommsen, W.J. dan J.A. De Moor

1992 European expansion and law: The encounter of European and indigeous law in 19th and 20th century Africa and Asia. Dordrecht: Foris.

Nonet, P. dan P. Selznick

1978 *Law and society in transition: Toward responsive law.* New York: Harper & Row.

O'Donnell, G.

1998 'Horizontal accountability on new democracies'. *Journal of Democracy* 9(3):112-126.

2004 'Why the rule of law matters'. *Journal of Democracy* 15 (4):32-46.

Ohnesorge, J.

2003 'The rule of law, economic development and developmental States in Asia' dalam: C. Antons (ed.), *Law and development in East and Southeast Asia.* London and New York: Routledge Curzon, hal. 91-127.

Peerenboom, R.

2004a 'Varieties of rule of law: An introduction and provisional conclusion', dalam: R. Peerenboom (ed.), *Asian discourses on rule of law: Theories and implementation of law in twelve Asian countries, France and the U.S.* London: RoutledgeCurzon, hal. 1-53.

2004b 'Competing conceptions of rule of law in China', dalam: R. Peerenboom (ed.), *Asian discourses on rule of law: Theories and implementation of law in twelve Asian countries, France and the U.S.* London: RoutledgeCurzon, hal. 109-141.

Raz, J.

1979 'The rule of law and its virtue', dalam: J. Raz (ed.), *The authority of law: Esays on law and morality.* Oxford: Clarendon Press, hal. 210-232.

Russel, P.H. dan D.M. O'Brien

2001 *Judicial independence in the age of democracy: Critical perspectives from around the world.* Charlottesville and London: University Press of Virginia

Sandefur, R.

2008 'Access to civil justice and race, class and gender inequality'. *Annual Review of Sociology* 34:339-358.

Sartori, G.

1997 *Comparative constitutional engineering: An inquiry into structures, incentives and outcomes.* London, MacMillan Press Ltd.

Schmitt, C.

1928 *Verfassungslehre.* München: Duncker & Humblott.

Seidman, B. dan A. Seidman

1994 *State and law in the development process: Problem-solving and institutional change in the Third World.* Basingstoke: MacMillan.

Shapiro, M.

1981 *Courts: A comparative and political analysis.* Chicago: Chicago University Press..

Tamanaha, B. Z.

2004 *On the rule of law: History, politics, theory.* Oxford: Oxford University Press.

Termorshuizen, M.

2004 'The concept of rule of law'. *Jentera* 2(3):77-119.

Thompson

1975 *Whigs and hunters: The origins of the Black Act.* New York, Pantheon.

Waldron, J.

2001 'Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)'. *Law and Philosophy* 21: 137-164.

Wimmer, N.

2004 *Dynamische verwaltungslehre: Ein handbuch der verwaltungsreform.* Wien/New York, Springer Verlag.