

HART

Positivisme klasik yang mendalilkan bahwa hukum adalah perintah (*command*) yang kemudian dikenal dengan '*command theory*' dikembangkan antara lain oleh Bentham dan John Austin pada abad 18 dan 19 Masehi. Dalil-dalil positivisme klasik tidak sepenuhnya memuaskan. Para pakar hukum termasuk lingkar dalam positivisme hukum memberikan kritik yang cukup substantif, khususnya kepada Austin. Salah satu yang serius mengkritik positivisme Austin adalah Hart yang menganggap bahwa formula tunggal Austin dalam memaknai hukum sebagai 'perintah penguasa' (*command of sovereign*) kurang memadai untuk menjelaskan hakikat hukum. Menurut Hart, hukum adalah '*rule*' (aturan), tapi bukan aturan seperti yang dimaknai oleh penganut positivisme klasik seperti Austin bahwa aturan itu adalah produk dari penguasa. Sesuatu disebut aturan, menurut Hart bukan karena ia diproduksi oleh penguasa, melainkan karena ia diterima dan beroperasi di masyarakat.

Hart bukan saja mengkritik positivisme klasik tapi juga menawarkan konsep yang memberikan jalan keluar dari kelemahan yang melekat pada positivisme klasik. Dapat dipahami apabila kemudian Hart diakui sebagai figur berpengaruh dari apa yang disebut sebagai mazhab positivisme modern, bahkan ada yang mengakuinya sebagai, *the most influential modern positivist in the English speaking world*.¹ Berbeda dengan pendahulunya sesama positivis khususnya John Austin dan Kelsen yang secara tegas memisahkan hukum dan moral, Hart berpendapat lain bahwa moral harus menjadi bagian dari substansi hukum. Hart juga menunjukkan kelemahan positivisme Austin ketika diaplikasikan pada beberapa bidang hukum yang kerap menjadi contoh klasik sebagai '*law improperly so-called*' yaitu hukum internasional, karena bidang hukum tersebut tidak memiliki institusi kuasa (*sovereign*) yang memproduksi aturan-aturan hukumnya. Kelemahan utamanya, menurut Hart, karena Austin sangat membatasi hukum sebagai '*command*' yang produknya adalah kewajiban (*obligation*), padahal hukum juga dapat berbentuk pemberian 'kewenangan' (*power*).

Ide-ide Hart disampaikan dalam seri kuliah di Oxford dan kemudian dibukukan dengan judul *The Concept of Law* yang dikemudian hari menjadi *Masterpiece*-nya Hart. Dalam bukunya Hart memperkenalkan sekaligus mempertahankan tesisnya

¹ Kent Greenwalt, "Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism" dalam buku *The Autonomy of Law, Essay on Legal Positivism*, yang disusun oleh Robert P. George (eds), London: Clarendon Press, 1996, hlm. 3-4.

mengenai bentuk dan orientasi baru positivisme hukum yang sekaligus merupakan kritiknya terhadap positivisme klasiknya Austin. Dalam kuliah perdananya sebagai profesor ilmu hukum dengan judul *Definition and Theory in Jurisprudence*, Hart memperkenalkan metode filsafat linguistik untuk memahami beberapa isu tradisional dalam ilmu hukum. Pendekatan filosofis menurut Hart perlu digunakan untuk memahami keragaman bahasa manusia yang terungkap dalam aktivitas sosialnya. Hart menerapkan pendekatan ini dalam studinya terhadap beberapa konsep hukum baik yang merupakan '*genus*' maupun '*spesies*'-nya seperti teman '*rights*' (hak), '*corporation*' (korporasi) yang cenderung multi tafsir. Dalam konteks ini Hart mengatakan sebagai berikut: "*....it would be more fruitful not to pursue such traditional definitions, which involve inquiring into what such terms 'stood for', and instead to examine the conditions under which statements using these terms are regarded as true*".

A. Sketsa Biografis²

Nama lengkapnya adalah Herbert Lionel Adolphus Hart lahir pada tanggal 18 Juli 1907 di Harrogate, Yorkshire, Inggris dan meninggal pada tanggal 19 Desember 1992 di Oxfordshire. Hart mendapat pendidikan di Cheltenham College dan Bradford Grammar School. Pendidikan tingginya di peroleh di New College, Oxford dan lulus pada tahun 1929. Setelah lulus Hart kemudian memasuki dunia praktik hukum. Hart menikah dengan Jenifer Williams, pegawai senior di kementerian dalam negeri yang kemudian menjadi sejarawan di St Anne College Universitas Oxford dengan spesialisasi sejarah kepolisian.

Menjelang dan selama Perang Dunia ke-II Hart bekerja sebagai anggota intelijen Inggris M15. Ketika Perang Dunia ke-II berakhir, Hart tidak kembali ke dunia praktik melainkan kembali ke Oxford menjadi pengajar filsafat di New College. Kemudian pada tahun 1952 Hart diangkat sebagai Profesor ilmu hukum di Universitas Oxford dan pensiun pada tahun 1969 yang posisinya kemudian digantikan oleh pakar hukum kenamaan Ronald Dworkin. Hal yang menarik dan istimewa dari Hart adalah dia memiliki sejumlah murid yang dikemudian hari menjadi para filsuf hukum kenamaan seperti Brian Barry, John Finnis, Kent Greenawalt, Neil McCormick, Joseph Raz, Chin Liew Ten, W.J. Waluchow, dan Ronald Dworkin. Salah seorang filsuf kontemporer John Rawls juga mendapat sentuhan dan pengaruh Hart ketika yang bersangkutan mengunjungi Universitas Oxford pada tahun 1950-an untuk melakukan penelitian pos-doktoral.

² Biografi Hart didasarkan kepada sumber berikut: Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford University Press, 2004. Frederick Schauer, "(Re)Taking Hart," 119 *Harv. L. Rev.* 852, 2006. Karen Armstrong *The Spiral Staircase*, Harper Collins, 2004. Carlin Romano "A Philosopher's Humanity", *Chronicle of Higher Education*, Vol. 51, 2005.

Hart melakukan revolusi metodologis terhadap ilmu hukum dan filsafat hukum di Inggris. Diilhami dan atas pengaruh John Austin dan Ludwig Wittgenstein, Hart menggunakan sejumlah perangkat analitis khususnya filsafat linguistik untuk membedah masalah-masalah dalam ilmu hukum. Hart mengombinasikan pendekatan filsafat analitik abad 20 dengan tradisi filsafat hukum dari Jeremy Bentham, seorang filsuf hukum, moral, dan politik Inggris kenamaan. Konsepsi hukum Hart sebetulnya paralel dengan Teori Hukum Murni-nya Kelsen (*Pure Theory of Law*), meskipun Hart dalam beberapa hal menolak dalil-dalil Kelsen. Buku yang berjudul *The Concept of Law* yang diterbitkan pertama kali tahun 1961 adalah 'Magnum Opus'-nya Hart. Buku tersebut berasal dari seri kuliah yang disampaikannya selama mengajar di Oxford ditambah dengan beberapa kuliah yang disampaikannya di Harvard khususnya yang terkait dengan tema *Positivism and the Separation of Law and Morals*.

Buku *The Concept of Law* berisi topik-topik penting seputar positivisme hukum, diantaranya adalah kritik terhadap 'command theory'-nya Austin, perbedaan antara hukum primer dan hukum sekunder, dan ide mengenai 'rules of recognition'. Karya-karya lainnya dari Hart antara lain: *The Ascription of Responsibility and Rights* (1949), *Definition and Theory in Jurisprudence* (1953), *Causation in the Law* (with Tony Honoré :1959), *Law, Liberty and Morality* (1963), *The Morality of the Criminal Law* (1964), *Punishment and Responsibility* (1968), *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (1982), *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983).

B. Rules

Sebagaimana pendahulunya sesama positivis khususnya Bentham dan Austin, Hart juga berpendapat bahwa 'rules' adalah salah satu bagian penting dari hukum. Namun, Hart memiliki pandangan dan pemaknaan yang berbeda terhadap 'rules' dengan pandangan para pendahulunya dari kalangan positivisme klasik. Terima 'rules' tidak terlalu mudah untuk diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia, karena di dalam bahasa Inggris sendiri mengandung banyak makna. Untuk keperluan tulisan ini, 'rules' akan diterjemahkan menjadi aturan atau peraturan.

Hart adalah salah seorang pengkritik serius positivisme klasik khususnya terhadap Austin. Hart tidak memaknai aturan sebagaimana dipahami oleh positivisme klasik, yaitu perintah dari *sovereign* (penguasa). Bagi Hart, aturan itu menjadi penting dan mengikat bukan karena merupakan perintah dari penguasa, melainkan karena aturan tersebut diterima dan berlaku di masyarakat. Aturan bertindak sebagai pengatur perilaku manusia yang terikat dengan bagaimana masyarakat merespon aturan tersebut dan perilaku yang harus sesuai dengan aturan tersebut.³

³ HLA. Hart, *The Concept of Law, second edition* (edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz), Oxford: Oxford University Press, 1994, hlm. 56.

Hart mengkritik model Austinian yang dinilainya memiliki kelemahan serius khususnya ketika diterapkan dalam bidang hukum tertentu seperti hukum internasional dan hukum tata negara, karena kedua bidang hukum tersebut tidak bisa masuk dalam kategori '*command theory*'nya Austin. Positivisme Austinian tidak mampu mencakup semua bentuk aturan yang sebenarnya berkualifikasi hukum. Namun, hal ini bukan merupakan alasan utama kritik Hart terhadap positivisme Austin. Tapi sebenarnya merupakan kegagalan teori Austin mengakomodasi beberapa hukum dalam sistem hukum domestik, misalnya hukum yang berbentuk pemberian kewenangan, bukan dalam bentuk perintah untuk melakukan sesuatu.

Hart membedakan antara aturan dan kebiasaan (*habit*). Sebagai ilustrasi, si A pergi ke pasar tiap hari Minggu adalah kebiasaan, karena berbeda misalnya dengan aturan yang melarang membawa korek api ke kabin pesawat udara. Sekilas tampak tidak ada perbedaan di antara dua aktivitas tersebut, karena memiliki tingkat konsistensi yang sama, baik yang merupakan kebiasaan maupun yang berbentuk aturan. Namun, akan tampak perbedaan di antara keduanya dengan menggunakan telaah lewat parameter tertentu, misalnya reaksi dan konsekuensi dari pengabaian terhadap perbuatan tersebut. Pengabaian terhadap kebiasaan pada umumnya tidak akan melahirkan kritik atau penentangan dari anggota masyarakat yang lain, karena pada hakekatnya perbuatan tersebut hanya sebagai perilaku individu yang telah menjadi kebiasaan. Namun, apabila yang dilanggar adalah aturan, akan menimbulkan reaksi dari pihak lain dan reaksi tersebut menjadi absah karena keberadaan aturan tersebut yang sudah menjadi aturan sosial yang diterima secara luas (*social rules*).⁴

Aturan sosial adalah perilaku masyarakat yang sudah menjadi perilaku yang solid (*convergent behaviour*) yang menyebabkan siapa saja yang mengingkari dan mengabaikannya akan direaksi secara negatif oleh anggota masyarakat lainnya. Dengan perkataan lain, masyarakat akan merasa berkewajiban untuk melaksanakan aturan tersebut. Sehubungan dengan hal ini Hart mengatakan sebagai berikut: *Rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand for conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great.*⁵ Karakteristik utama dari suatu perbuatan bukan karena pengulangannya, melainkan karena perbuatan tersebut diterima oleh masyarakat sebagai sebuah kewajiban (*obligation*).

Hart kemudian membedakan antara aturan yang 'diwajibkan' (*being obliged*) dan yang menjadi 'kewajiban' (*being under an obligation or having obligation*). Kedua frasa ini pada umumnya dapat dipahami sebagai frasa yang pengertian dan penggunaannya dapat dipertukarkan (*interchangeable*). Namun bagi Hart, kedua frasa tersebut memiliki makna yang berbeda. Frasa 'diwajibkan' mengandung

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.* hlm. 86.

makna aturan tersebut dipatuhi karena adanya tekanan faktor eksternal. Ia menjadi wajib bukan karena kesadaran, melainkan karena tekanan atau ketakutan. Sedangkan suatu aturan yang dilaksanakan dan dipatuhi karena kesadaran, maka ia akan menjadi 'kewajiban'.

Untuk tujuan yang sama Hart membagi aturan menjadi aturan yang melahirkan kewajiban dan aturan yang tidak melahirkan kewajiban (*non-obligation rules*). Aturan yang melahirkan kewajiban adalah aturan yang memiliki urgensi, substansi, dan daya tekan tinggi pada masyarakat untuk mematuohnya. Sementara itu aturan yang hanya melahirkan pedoman beretika atau tata laku tidak masuk kategori hukum sebagaimana didefinisikan oleh Hart, misalnya aturan dalam olah raga atau pedoman perilaku sosial lainnya. Aturan yang melahirkan kewajiban adalah aturan yang melahirkan kewajiban hukum maupun kewajiban moral. Aturan yang melahirkan kewajiban moral seringkali didukung oleh tekanan sosial dengan tujuan untuk menimbulkan rasa malu bagi mereka yang melanggarinya. Dalam masyarakat tertentu hukuman moral ini seringkali dalam bentuk pengucilan bahkan ada yang ditambah dengan hukuman fisik. Dalam masyarakat yang masih sederhana, hukuman moral ini karena belum ada institusi hukum yang menjalankan administrasi sanksi, Hart menyebutnya sebagai hukum yang belum sempurna (*a rudimentary form of law*).⁶

C. Aspek Internal dan Eksternal suatu Aturan

Menurut Hart, aturan memiliki dua perspektif atau aspek, internal dan eksternal. Aspek eksternal dari suatu aturan adalah perbuatan seseorang yang dapat diamati ketika yang bersangkutan melakukannya dalam rangka pemenuhan aturan tersebut (*a rule is apparent from the outside*).⁷ Menurut Chand, ...*it is what an outsider observes how the people conduct themselves in response to a rule*.⁸ Tidak dipermasalahkan bagaimana pendapat orang tersebut mengenai aturan itu. Hart kemandirian menjelaskan lewat ilustrasi pemain catur yang menggerakkan pion catur dengan mengikuti aturan yang telah ditetapkan memperlihatkan bahwa yang bersangkutan bukan saja melakukan suatu aktivitas yang teramat, tapi juga biasanya memiliki satu sikap khusus mengenai suatu proposisi misalnya, ratu bergerak secara diagonal atau lurus. Ditambahkan pula dengan ilustrasi bagi pengendara kendaraan bermotor yang berhenti ketika lampu pengatur lalu lintas berwarna merah. Karena perbuatan tersebut merupakan perbuatan yang dapat diamati, maka pihak luar akan memprediksi bahwa setiap pengendara motor akan

⁶ Jules Coleman (ed), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, hlm. 86.

⁷ Lihat juga Ian Mcleod, *Legal Theory*, New York: Palgrave Macmillan, 2005, hlm. 82.

⁸ Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, Kuala Lumpur: International Law Book Services, 2005, hlm. 82.

melakukan hal yang sama.⁹ Singkatnya, pihak luar akan memiliki persepsi bagaimana yang bersangkutan memahami dan memaknai aturan tersebut berdasarkan perbuatan atau perilaku yang teramati.

Sementara itu, aspek internal dimaknai sebagai pengakuan orang terhadap aturan sebagai standar perilaku, bukan hanya sebagai kebiasaan (*a rule is apparent only to those who are subject to the rule*).¹⁰ Meskipun demikian tidak berarti bahwa setiap orang harus mengakuinya sebagai standar perilaku. Di masyarakat ada sebagian pihak yang tidak menerima aturan tersebut, namun tidak menyebabkan keberadaan aturan tersebut menjadi tidak absah. Yang penting, aturan tersebut diterima oleh masyarakat pada umumnya yang akan menjadi alasan pemberian ketika ada yang tidak menaati aturan tersebut.¹¹ Dengan mengambil ilustrasi dari pengendara kendaraan bermotor, dari perspektif internal, fakta berhentinya pengendara ketika lampu berwarna merah bukan hanya sebagai bukti atau dasar mengenai perilaku serupa di kemudian hari, tapi juga menjadi kewajiban untuk menghentikan laju kendaraan.

Hart kemudian membagi aspek internal suatu aturan itu menjadi dua yaitu, sikap kritis (*critical attitude*) dan sikap reflektif (*reflective attitude*). Disebut kritis karena aturan bertindak sebagai dasar untuk koreksi atau kritik untuk tindakan yang tidak sesuai dengan aturan. Disebut reflektif karena aturan merujuk bukan hanya kepada kebutuhan individual untuk menyesuaikan dengan standar orang lain, tapi juga sebagai peran standar bagi dasar bagi perilaku yang bersangkutan. Oleh karenanya, perilaku kritis reflektif ini dapat diekspresikan dalam terma-terma normatif yang bersifat keharusan atau kewajiban (*ought, must, should*) dan terma-terma mengenai baik dan benar (*right and wrong*). Dalam hal ini Hart mengatakan sebagai berikut, *...what is necessary is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of 'ought', 'must', and 'should' and 'right' and 'wrong'*.¹²

D. Aturan Primer dan Sekunder

Salah satu pilar utama dari teori Hart adalah mengenai '*Primary Rules*' (aturan primer) dan '*Secondary Rules*' (aturan sekunder). Aturan primer adalah aturan yang menimbulkan kewajiban baik bersifat positif dalam arti kewajiban untuk melakukan sesuatu, misalnya membayar pajak atau bersifat negatif dalam arti tidak melakukan

⁹ Hart, *Op.cit.*, hlm. 90.

¹⁰ Mcleod., *Loc.cit.*

¹¹ Hart, *Op.cit.*, hlm. 56.

¹² *Ibid.*, hlm. 57.

sesuatu seperti larangan untuk mencuri atau membunuh.¹³ Sementara itu Hart mendefinisikan aturan sekunder sebagai aturan yang memberikan kewenangan (*confer powers*), yaitu aturan yang memungkinkan aturan primer dapat dilaksanakan.

Ide mengenai aturan primer dianggap hanya mewakili salah satu bagian dari hukum secara keseluruhan. Masyarakat yang hanya memiliki aturan primer dapat dikategorikan sebagai masyarakat sederhana (*simple society*) yang berada pada situasi pra-hukum (*pre-legal condition*), karena aturan yang ada belum sepenuhnya mampu mengatur masyarakat tersebut.¹⁴ Meskipun demikian, masyarakat mengakui dan menerimanya sebagai hukum. Atas dasar ini Hart seringkali dianggap sebagai seorang 'positivis lunak' (*soft positivism*) atau 'positivis inklusif' (*inclusive legal positivism*).¹⁵ Karena lebih menyerupai pra-hukum, aturan primer dianggap memiliki tiga kelemahan utama yaitu;

- a. Aturan primer itu bersifat statis, karena tidak memiliki metode atau prosedur untuk mengubah aturan tersebut. Aturan primer yang ada perlu mangadaptasi dan mengakomodasi perubahan yang terjadi di masyarakat lewat pembuatan aturan yang baru;
- b. Aturan primer mengandung ketidakpastian (*uncertain*). Pengertian aturan primer yang hanya berisi hak dan kewajiban secara umum belum sepenuhnya menjelaskan pengertian aturan itu sendiri, mana yang merupakan hukum dan mana yang bukan dan juga pelanggaran terhadap aturan tersebut. Diperlukan lembaga yang dapat menilai bahwa suatu perilaku itu merupakan aturan dan juga untuk menilai ada atau tidaknya pelanggaran terhadapnya;
- c. Aturan primer juga dinilai kurang efisien, karena tidak memiliki lembaga yang memiliki kewenangan melakukan proses ajudikasi apabila terjadi sengketa.

Untuk mengatasi kelemahan-kelemahan tersebut Hart kemudian menyodorkan konsep mengenai aturan sekunder yang terdiri dari tiga tipe yaitu; *rules of change*, *rule of adjudication*, dan *rules of recognition*. Dengan demikian, aturan sekunder tidak lain adalah aturan yang tidak bisa dipisahkan dari aturan primer. Fungsinya adalah sebagai alat atau metode untuk memastikan, menyampaikan, menghapuskan aturan primer, dan juga menentukan adanya pelanggaran terhadap aturan primer tersebut.

1. *Rules of Change*

Aturan perubahan (*rules of change*) adalah aturan untuk mengontrol dan mengatur perubahan di dalam suatu sistem hukum sebagai jawaban atas kelemahan aturan

¹³ *Ibid.*, hlm. 89.

¹⁴ Lihat juga Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence an Introduction to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2005, hlm. 75.

¹⁵ Kennet Einer Himma, "Inclusive Legal Positivism", dalam *The Oxford handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2002, hlm. 125.

primer yang cenderung statis. Aturan ini memfasilitasi perubah-an lewat mekanisme legislasi maupun peradilan baik terhadap aturan primer bahkan terhadap aturan sekunder itu sendiri. Beberapa pakar mengidentifikasi khususnya untuk konteks hukum Inggris, paling tidak ada dua dimensi terkait de-ngan operasi aturan perubah-an ini. Pertama, perubahan dengan mengenyamping-kan putusan pengadilan (*overruling judicial decisions*) dengan tujuan untuk mengakhiri statusnya sebagai preseden hukum yang mengikat atau dengan pem-batalan undang-undang. Sebetulnya aturan perubahan ini terkait erat dengan aturan pengakuan (*rules of recognition*), karena beroperasinya aturan perubahan ini pada akhirnya akan menghadapkan pada pilihan, aturan primer mana yang akan berlaku. Dimensi kedua adalah perubahan dengan pendekatan hukum privat, yaitu meng-ubah aturan primer yang berlaku kepada individu dengan menerapkan aturan hukum privat misalnya dengan pembuatan kontrak atau surat wasiat atau dengan metode hukum privat lainnya yang sejenis.¹⁶

2. *Rules of Adjudication*

Aturan peradilan (*rules of adjudication*) adalah aturan yang memberikan kewenangan kepada lembaga peradilan atau pembuat keputusan lainnya untuk menyelesaikan sengketa.¹⁷ Aturan ini juga memberikan kewenangan lanjutan untuk menjatuhkan hukuman bagi para pelanggar hukum (*wrongdoers*), misalnya dengan pemenjaraan, atau mewajibkan pembayaran ganti rugi atau denda.

3. *Rules of Recognition*

Berbeda dengan dua aturan sebelumnya yang memberikan kewenangan baik kepada individu ataupun lembaga, aturan pengakuan (*rules of recognition*) bukan merupakan sarana pemberian kewenangan (*a device for conferring power*), melain-kan sarana untuk menentukan keabsahan atau validitas hukum dalam suatu sistem hukum (*a device for determining what the valid law of a legal system*). Hart mem-berikan contoh yang sederhana dengan mengatakan, “*what the Queen in parliament enacts is law*”, namun menurut Hart sendiri contoh ini terlalu sederhana dan belum menjawab permasalahan di masyarakat yang memiliki sistem hukum yang kompleks yang memiliki beragam sumber hukum.¹⁸ Misalnya, suatu sistem hukum yang menempatkan konstitusi sebagai sumber hukum tertinggi sekaligus sebagai sumber validitas suatu hukum, maka konstitusi adalah sebagai '*rule of recognition*' dan begitu seterusnya sampai dengan produk hukum yang terendah.

Secara demikian, maka '*rule of recognition*' tidak lain adalah sumber dari mana hukum berasal (*a statement about where law comes from in a particular legal system*). Apabila dikembalikan kepada konsep awal atau konsep dasar Hart mengenai hukum bahwa eksistensi hukum melibatkan perilaku dan persepsi

¹⁶ Hart, *Op.cit.*, hlm. 96. Lihat juga Mcleod, *Op.cit.*, hlm. 83.

¹⁷ Hart, *Ibid.*, hlm. 96-97.

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 100-101.

masyarakat terhadap hukum lebih daripada eksistensi suatu aturan, maka inilah sebenarnya esensi dari '*rule of recognition*'. Atas dasar itu maka masyarakat kemudian mengakui dan menerimanya sebagai hukum. Dalam konteks ini, '*rule of recognition*' menekankan kepada substansi bukan formalitas bagaimana hukum itu tercipta. Inilah yang membedakan Hart dengan positivis lainnya khususnya Bentham dan Austin yang tidak mendasarkan eksistensi hukum kepada idea mengenai '*valid law*'. Hart mengakui moral dan juga prinsip-prinsip hukum alam sebagai substansi, bukan bentuk hukum.¹⁹ Oleh karena itu Hart kemudian dikenal sebagai positivis inklusif.

Untuk menjelaskan lebih lanjut mengenai konsep '*rules of recognition*' Hart menggunakan tiga terma atau frasa. Pertama, '*rules of recognition*' dimaknai sebagai entitas linguistik (*linguistic entities*) yang menentukan bentuk-bentuk '*primary rules*' dari suatu sistem hukum dengan menentukan kriteria-kriteria bagi validitas hukumnya. Sumber validitas hukum dalam kategori ini adalah dokumen-dokumen hukum tertulis. Kedua, '*rules of recognition*' dimaknai sebagai entitas linguistik spesifik misalnya yang diekspresikan dalam pasal-pasal konstitusi. Dalam konteks ini '*rule of recognition*' adalah kriteria-kriteria untuk mengidentifikasi apa yang akan menjadi '*primary rules*' dalam suatu sistem hukum. Dalam pengertian ini, '*rules of recognition*' berperan sebagai elemen penyaring untuk mengeluarkan aturan-aturan yang tidak memenuhi kriteria sebagaimana ditentukan oleh '*rules of recognition*' tersebut. Ketiga, Hart memaknai '*rules of recognition*' sebagai aturan sosial (*social rule*). Pemaknaan ini merupakan formulasi yang paling penting dari pemikiran hukum yang dibangunnya. Dalam hal ini Hart mengatakan sebagai berikut:

"My account of social rules is, as Dworkin has also rightly claimed, applicable only to rules which are conventional in the sense I have explained. This considerably narrows the scope of my practice theory and I do not now regard it as a sound explanation of morality; either individual or social. But the theory remains a faithful account of conventional rules which include ...certain important legal rules including the rule of recognition, which in effect a form of judicial customary rule existing only if it is accepted and practised in the law-identifying and law-applying operations of the courts."

Pemaknaan '*rules of recognition*' sebagai aturan sosial dimaksudkan untuk membedakan dengan aturan yang dibuat oleh kelompok masyarakat yang memiliki wewenang untuk itu. Dalam konteks ini, Jules Coleman menambahkan bahwa '*rules of recognition*' tidak bisa disamakan dengan praktik sosial (*social practice*). '*Rule of recognition*' adalah suatu aturan, oleh karenanya ia bersifat abstrak dan merupakan

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 192-194.

suatu entitas proposisi (*propositional entity*). Sementara praktik adalah bagian dari perilaku dan oleh karenanya ia bukan merupakan entitas proposisi. Aturan mensyaratkan adanya kepuasan, sedangkan praktik tidak memerlukannya.²⁰

E. Hukum dan Bahasa

Ada yang luput dari perhatian ketika membahas pemikiran Hart yaitu fakta bahwa Hart juga seorang filsuf bahasa (*linguistic philosopher*). Salah satu elemen penting dalam bahasan Hart mengenai hukum selalu tidak dilepaskan dari analisis kebahasaan. Dalam hal ini Hart mendapat pengaruh dari filsuf bahasa Gilbert Ryle dan J.L. Austin (bukan John Austin pemikir positivisme hukum). Dalam pengantar buku '*The Concept of Law*' Hart mengutip perkataan J.L. Austin, "...*a sharpened awareness of words to sharpen our awareness of the phenomena...*". Secara spesifik Hart menulis mengenai bahasa dan hukum sebagai berikut: "...*a word possesses not a 'proper meaning' but an inner 'core' of agreed applications surrounded by a 'fringe' of unsettled applications*".

Relasi bahasa dan hukum mempengaruhi hampir sebagian pemikiran Hart mengenai hukum. Pernyataan atau ungkapan khas yang merefleksikan relasi tersebut seringkali menggunakan kalimat-kalimat semisal, "*what does it mean to have a right?*", "*what is a corporation or an obligation?*" Hart berpendirian bahwa kita tidak dapat memahami secara benar makna sebuah prinsip hukum atau bahkan hukum secara umum tanpa mengetahui konteksnya, bagaimana ia muncul dan berkembang. Bahasa, menurut Hart adalah sebuah '*open texture*' (jaringan terbuka), dan kata-kata begitu juga hukum memiliki sejumlah makna yang jelas, tapi selalu ada beberapa kasus yang menyebabkan adanya ketidakpastian apakah suatu terma hukum dapat diterapkan atau tidak terhadap kasus tersebut.²¹

Tidak ada aturan yang menjamin sepenuhnya terma-terma hukum yang digunakan dapat menjawab setiap masalah yang timbul di kemudian hari. Namun, hal ini tidak berarti bahwa terma-terma hukum itu semuanya bersifat arbitrer dan sulit untuk diprediksi makna dan pemaknaannya (*unpredictable*). Dalam beberapa kasus, hakim mengalami kesulitan untuk menerapkan aturan secara langsung tanpa terlebih dahulu melakukan konfirmasi terhadap pertimbangan moral, sosial, dan politik yang melatarbelakangi lahirnya suatu aturan. Ide dan klaim Hart mengenai relasi bahasa dan hukum mendapat kritik karena cenderung meletakkan ketidakjelasan dan ketidakpastian makna hukum hanya kepada bahasa, padahal ketidakjelasan makna hukum lebih disebabkan oleh nalar-nalar hukum yang digunakan dalam proses pembuatan hukum tersebut.²²

²⁰ Sebagaimana dikutip Chand, *Op.cit.*, hlm. 81.

²¹ Wacks, *Op.cit.*, hlm. 74-75.

²² *Ibid.*

F. Kritik

Sebagai sebuah pemikiran, ide-ide Hart mengenai hukum memiliki celah kelemahan yang terbuka untuk dikritik. Beberapa kritik yang dialamatkan kepada Hart antara lain;

- a. Pemikiran hukum Hart dalam beberapa hal terpengaruh oleh pendekatan antropologis yang diterapkan secara kurang tepat, misalnya dalam teorinya mengenai '*primary rules*' dan '*secondary rules*'. Tidak ada satu masyarakat yang sepenuhnya tidak memiliki aturan sekunder, karena pada umumnya mereka memiliki hukum tentang kontrak, hukum waris, dan hukum pernikahan. Analisis Hart tampak juga kurang akurat terkait dengan sistem hukum di masyarakat yang sederhana (*primitive society*) yang pada umumnya merupakan masyarakat yang kecil, sehingga sistem hukum mereka bersifat lebih informal, baik yang terkait dengan '*rule of recognition*' maupun '*rule of change*';
- b. Hart berpendapat bahwa hukum memberikan mandat kepada individu untuk membuat aturan untuk dirinya sendiri seperti wasiat, kontrak, atau perkawinan. Hal ini dapat dianggap bahwa individu memiliki kewenangan untuk membuat hukum bagi dirinya sendiri (*the power to legislate to themselves*). Di dalam praktiknya, individu memiliki kewenangan untuk membuat hukum bagi dirinya sendiri, tapi tidak memiliki kewenangan untuk mengubahnya, sesuatu hal yang dapat dilakukan oleh lembaga pembuat undang-undang. Kewenangan dapat didelegasikan, tapi kapasitas tidak, dalam hal ini kapasitas sebagai individu (*Powers can be delegated but capacities are never delegated*);
- c. *Rules of recognition*' bukan aturan yang berfungsi untuk memberikan kewenangan baik publik maupun privat, tapi ia menentukan seperangkat kriteria untuk menentukan validitas suatu hukum. Pemahaman Hart mengenai aturan dapat diterima dan memuaskan dari perspektif ilmu-ilmu sosial, tapi belum memuaskan dari pandangan ilmu hukum. Para sosiolog dan antropolog dapat menerima pengertian aturan hukum sebagai perilaku tertentu yang dipraktikkan oleh suatu kelompok sosial, tapi para ahli hukum belum tentu dapat menerimanya. Sehubungan dengan hal ini, Harris mengatakan sebagai berikut:

"But this is not how legal scientist employ the concept of legal rule. They speak of rules being enacted, annulled, applied, extended by analogy, generalized, inferred, deduced, distinguished, modified, expanded and analyzed. In all these contexts, the primary point of reference (the rule) is the meaning-content of a certain normative expression, formulated by the legislature, by a judge or by the legal scientist himself";²³

²³ J.W. Harris, *Law and Legal Science*, hlm. 43., sebagaimana dikutip oleh Chand, *Op.cit.*, hlm. 87.

- d. Hart juga dikritik terkait klaimnya mengenai pemisahan hukum dan moral. '*Rules of recognition*' tidak akan ada dan bekerja apabila ada pemisahan antara prinsip hukum dan moral. Dalam kasus-kasus berat dan spesifik hakim dalam membuat keputusan seringkali harus melakukan rujukan kepada sumber non hukum (*extra legal*) untuk mendapatkan penafsiran dan pemahaman yang paling tepat dan mendekati.

Atip Latipulhayat