

HANS KELSEN

Hans Kelsen adalah seorang pemikir hukum dunia yang buah pemikirannya bukan saja diperbincangkan di berbagai belahan bumi, tapi juga menjadi salah satu pemikir hukum garda depan (*avant garde*) pada zamannya, bahkan mungkin sampai sekarang. Roscoe Pound yang juga seorang filosof hukum kenamaan memberikan testimoninya sebagai berikut: "...Kelsen was unquestionably the leading jurist of the time. It is said that if the mark of the genius is that he creates a cosmos out of chaos, then Kelsen has evidently earned that title".¹ Pengakuan Roscoe Pound tentunya bukan tanpa dasar atau sekedar basa-basi, melainkan sebuah testimoni objektif dengan memperhatikan warisan pemikirannya yang tersebar dalam beratus-ratus karya ilmiah yang masih memiliki pengaruh penting sampai saat ini.

Di Indonesia, Hans Kelsen amat dikenal dengan teori piramida hukum-nya (*stufenbau theory*) yang senantiasa dijadikan rujukan baik pada tataran teoritis maupun praktik. Kemungkinan besar, Kelsen identik dan diidentikkan dengan teori piramida hukum tersebut. Padahal, warisan pemikiran Kelsen dengan segala kontroversinya tentunya sangat banyak dan beragam. Hal ini dibuktikan antara lain dengan beragam komentar para ahli hukum baik yang setuju maupun yang tidak yang dikemas dalam beragam bentuk karya ilmiah, dari mulai paper, artikel jurnal, sampai dengan disertasi. Pemikiran Kelsen mencakup banyak topik dari mulai teori hukum, ilmu negara, hukum tata negara, sampai dengan hukum internasional. Pemikiran Kelsen dengan segala kelebihan dan kekurangannya telah menjadi bagian penting dari mozaik pemikiran hukum dunia yang layak untuk diapresiasi sekaligus dikritisi. Sebagai bentuk apresiasi rubrik khazanah kali ini akan mengangkat beberapa pemikiran pokok Kelsen sekaligus memberikan beberapa catatan kritis.

1. Sketsa biografis

Hans Kelsen (1881-1973) adalah seorang Austria yang menghabiskan sebagian besar hidupnya di Amerika Serikat. Kelsen lahir di Praha dari pasangan kelas menengah Yahudi berbahasa Jerman pada tanggal 11 Oktober 1881. Pada usia tiga tahun ia dan keluarganya pindah ke Austria. Tahun 1906 Kelsen memperoleh gelar Doktor di bidang hukum dan kemudian menjadi dosen di Universitas Wina. Pada tahun 1905 Kelsen menerbitkan buku pertamanya berjudul *Die Staatslehre des Dante Alighieri*.²

1 Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, Selangor: International Law Book Series, 2005, hlm. 91.

2 Nicoletta Bersier Ladavac, *Hans Kelsen (1881–1973): Biographical Note and Bibliography*, Genève: Thémis Centre d'Etudes de Philosophie, de Sociologie et de Théorie du Droit, 8, Quai Gustave-Ador.

Pada tahun 1919, Kelsen mendapat mandat untuk menyusun draft Konstitusi Austria dan juga duduk sebagai anggota Mahkamah Konstitusi Austria dari tahun 1921 – 1933.³

Memasuki tahun 1930 muncul sentimen anti-Semitic di kalangan Sosialis Kristen yang menyebabkan Kelsen diberhentikan dari anggota Mahkamah Konstitusi Austria dan pindah ke Cologne dan kemudian mengajar Hukum Internasional di *University of Cologne*. Ketika Nazi berkuasa situasi berubah cepat dan Kelsen dikeluarkan dari universitas tersebut. Kelsen kemudian hijrah ke Jenewa dan memulai karir akademiknya di *The Institute Universitaire des Hautes Etudes International* hingga tahun 1935.⁴

Pecahnya Perang Dunia Kedua dan kemungkinan terlibatnya Swiss dalam perang tersebut mendorong Kelsen memutuskan untuk hijrah ke Amerika Serikat pada tahun 1940 dan kemudian mengajar di *Harvard University* sampai tahun 1942. Pada tahun yang sama, dengan dukungan Roscoe Pound yang mengakui Kelsen sebagai ahli hukum dunia, Kelsen menjadi *visiting professor* di *California University*, Berkeley, namun bukan di bidang hukum, tetapi di departemen ilmu politik. Pada tahun 1945 Kelsen menjadi warga negara Amerika Serikat dan menjadi penasehat pada *United Nation War Crimes Commission* di Washington dengan tugas utama mengkaji aspek hukum dan menyiapkan teknis pengadilan Nuremberg. Kelsen juga pernah menjadi profesor tamu di universitas-universitas di Jenewa, Newport, Den Haag, Wina, Copenhagen, Chicago, Stockholm, Helsinki, dan Edinburgh. Kelsen memperoleh 11 gelar doktor *honoris causa*, dari Utrecht, Harvard, Chicago, Meksiko, Berkeley, Salamanca, Berlin, Wina, New York, Paris dan Salzburg. Ia tetap aktif dan produktif setelah pensiun pada tahun 1952. Kelsen tinggal di Amerika Serikat hingga akhir hayatnya pada tahun 1973. Kelsen meninggal di Berkeley, 19 April 1973 pada usia 92 tahun dengan meninggalkan sekitar 400 karya.⁵

2. Norma

Komponen utama teori Kelsen adalah teori tentang norma. Hukum, menurut Kelsen adalah ilmu normatif (*science of norm*). Norma adalah suatu proposisi yang berhubungan dengan sesuatu yang harus terjadi atau sesuatu yang harus dilakukan (*ought to happen*).⁶ Namun, norma bukan “ought proposition” dalam pengertian bahwa norma tersebut mengharuskan orang untuk berperilaku dalam bingkai moral (*in a moral sense*). Ilmu hukum (*legal science*) menurut Kelsen, bukan untuk

3 Agustin E. Ferraro, “Book Review-Kelsen's Highest Moral Ideal”, *German Law Journal*, No. 10, 2002.

4 *Ibid.*

5 Ian Stewart, “The Critical Legal Science of Hans Kelsen,” *Journal of Law and Society*, Vol.17 (3), 1990, hlm. 273–308.

6 Maret Leiboff & Mark Thomas, *Legal Theories in Principle*, NSW: Thomson Lawbook Co., 2009, hlm. 99.

memberikan penilaian terhadap norma atas dasar parameter moral, tapi untuk menafsirkannya secara objektif sebagai bagian dari sistem hukum. Jadi,⁷ dengan pengertian seperti ini, norma bukan hanya dipahami sebagai suatu rumusan yang melarang atau memerintahkan seseorang untuk melakukan suatu perbuatan dengan cara tertentu, tapi harus dikemas dalam suatu rumusan hukum (*legal statement*) mengenai apa yang akan terjadi apabila seseorang melakukan perbuatan tersebut. Maka rumusan kalimatnya tidak berbunyi: "Anda tidak boleh membunuh", melainkan akan berbunyi: "Apabila anda melakukan pembunuhan, maka anda akan dihukum".

Ilmu hukum tidak berhubungan dengan deskripsi peristiwa yang terjadi di dunia nyata. Dengan perkataan lain, hukum tidak berhubungan dengan fakta, akan tetapi menyangkut formulasi suatu kerangka konseptual untuk menentukan dan menetapkan agar suatu peristiwa atau fakta dapat ditempatkan atau dimasukkan sebagai bagian dari suatu sistem hukum. Dalam konteks ini norma dipahami sebagai deskripsi atau rumusan tentang sesuatu yang harus terjadi atau ada dalam suatu sistem hukum. Dalam praktiknya, norma dapat berbentuk rumusan mengenai perilaku yang diharuskan (*required behaviour*), atau dalam bentuk otorisasi yang diberikan kepada suatu lembaga untuk membuat atau melaksanakan dan menegakkan norma tersebut.

Namun, tidak semua rumusan mengenai sesuatu yang harus terjadi dengan sendirinya akan menjadi norma. Sebab menurut Kelsen norma tersebut harus menjadi sesuatu yang objektif dalam arti harus memiliki hubungan dengan rumusan yang menjadikan norma tersebut dapat dilaksanakan. Norma meniscayakan rumusan tersebut dilaksanakan sebagaimana yang telah dirumuskan, tidak boleh kurang dan tidak boleh lebih. Dalam rumusan Kelsen, pengingkaran terhadap norma akan menyebabkan lahirnya sanksi. Kelsen menyebut sanksi ini dengan istilah "*delict*". Formula singkatnya, *norm + delict = sanction*.

3. Teori Hukum Murni

Teori hukum murni⁸ (*reine rechtslehre, the pure theory of law*) merupakan salah satu warisan utama Kelsen yang sampai saat ini masih menjadi rujukan pemikiran dan penerapan hukum di berbagai negara. Teori ini dipublikasikan untuk pertama kalinya dalam bukunya yang berjudul *Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik* (Teori Hukum Murni: Suatu Pengantar Mengenai Masalah-Masalah dalam Teori Hukum) yang terbit pada tahun 1934. Karya Kelsen ini merupakan salah satu rujukan utama teori hukum pada abad ke 20. Meskipun tidak luput dari kritik, saat ini teori hukum murni mulai dilirik kembali dan

7 Ibid., hlm. 100.

8 Uraian lengkap mengenai teori ini dapat dibaca pada buku Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (trans. by Max Knight), New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2005.

direvitalisasi termasuk di negara-negara Anglo-Saxon yang secara tradisional sangat kritis terhadap teori ini. Para ahli hukum tampaknya merasa lelah dan tidak rela disiplin ilmu hukum terus menerus “terjajah” oleh disiplin ilmu lain seperti sosiologi, ekonomi, dan politik. Para ahli hukum ingin memastikan bahwa ilmu hukum adalah disiplin yang mandiri (*to find out what the law itself says*).

Sebagian pakar menganggap teori hukum murni sebagai salah satu bentuk atau wujud dari pemikiran mengenai “hukum yang berbasis kepada akal sehat” (*legal common sense*).⁹ Dalam konteks ini hukum dipahami sebagai sesuatu (subjek) yang mandiri tanpa harus mengaitkannya dengan politik atau etik (moral). Oleh karena itu, dalam pandangan Kelsen, “purity” (kemurnian) harus dipahami bahwa hukum adalah sesuatu yang harus terpisah dan dipisahkan dari moral, karena moral itu sendiri bukan hukum. Hukum adalah ilmu yang harus terbebas dari unsur moral, tapi bukan berarti *a moral*. Hukum dan moral, menurut Kelsen, memiliki dan berada dalam wilayah yang berbeda. Dengan menjadikan hukum sebagai sesuatu yang terbebas dari unsur non-hukum (*purity*), maka hukum dapat menabiskan dirinya sebagai “science of norms”. Atas dasar inilah Kelsen menyebut teorinya sebagai teori hukum murni, karena menurut Kelsen, teori ini menjelaskan hukum hanya dari perspektif hukum dan berusaha untuk menghilangkan elemen-elemen yang bukan hukum (*not strictly law*).¹⁰

Ada dua proposisi utama yang mendasari teori ini. Pertama, dikotomi antara “Is” dan “Ought”. Kedua, gagasan atau paham untuk menegaskan mengenai posisi hukum sebagai sebuah ilmu (*legal scholarship*). Kedua proposisi tersebut tidak bisa dipisahkan satu sama lain, karena akan menegaskan esensi “purity” dari teori ini. Menurut Kelsen, hukum adalah suatu proposisi yang mengandung esensi keharusan (*ought proposition*). Hukum adalah “keharusan”, bukan fakta tentang sesuatu (*what is*).¹¹ Teori yang mendikotomikan antara “Is” dan “Ought” akan memproduksi norma. Dalam ilmu tentang norma (*science of norms*), ide tentang kemurnian (*purity*) mensyaratkan adanya dikotomi antara “Is” dan “Ought” (*Sein* dan *Sollen*). “Is” adalah fakta tentang sesuatu (*proven fact*), sedangkan “Ought” adalah tempat di mana sebuah cita (*ideals*) digantungkan. Tanpa menetapkan sebuah keharusan atau kemestian (*ought*), maka eksistensi cita dan harapan tidak mungkin dapat

9 Jorg Kammerhofer, “Hans Kelsen’s Place in International Legal Theory” dalam buku *Research Handbook in the Theory and History of International Law* disusun oleh Alexander Orakhelashvili (ed.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 2011, hlm. 143.

10 Hans Kelsen, *Reine Rechtlehre*, 2nd edition, Verlag Franz Deutche Wien, 1960, hlm. 1. Kelsen antara lain mengatakan sebagai berikut: “Wenn sie sich als eine ‘Reine’ Lehre vom Recht bezeichnetnet, so darum, weil sie nur eine auf das Recht gerichtete Erkenntnis sicherstellen und weil sie aus dieser Erkenntnis alles ausscheiden mochte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstande gehort”.

11 *Ought here does not refer to moral obligation but simply to normative forms of legal proposition*. Hans Kelsen, *What is Justice: Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays*, 1957, hlm. 235-244.

direalisasikan. Disinilah tampaknya Kelsen ingin menegaskan perbedaan antara hukum dan unsur non hukum seperti moral. Hukum memerlukan keharusan dan kemestian untuk mencapai cita dan itulah yang ia maksudkan sebagai norma, sedangkan moral hanya mengandalkan harapan dan himbauan untuk mencapai cita tersebut. Atas dasar ini pula Kelsen digolongkan sebagai proponen positivisme hukum dan lebih tepatnya ia digolongkan sebagai seorang "modern positivist".

"Ought" adalah suatu preskripsi. Sebagai ilustrasi dapat dibedakan dengan contoh kalimat berikut: "Anda harus melakukan sesuatu". Sangat berbeda dengan kalimat: "Saya sedang melakukan sesuatu". Kalimat yang pertama adalah suatu preskripsi, karena berisi norma (harus melakukan sesuatu), sedangkan kalimat yang kedua hanya sebuah fakta tanpa kehadiran norma. Dalam hal ini Jorg Kammerhofer mengatakan sebagai berikut: "in order to make 'the ideal' a possible category of thought, it has to be divorced from 'the real'.¹² Mencampuradukkan antara "Is" dan "Ought" akan menggerus suatu ide atau cita menjadi hanya sebuah realita. "Ought" adalah norma yang esensinya adalah suatu tuntutan keharusan (*claim*) yang harus ditaati. Norma mensyaratkan adanya tuntutan keharusan bahwa perilaku manusia harus sesuai dengan norma tersebut. Misalnya, ketika si A memerintahkan kepada si B untuk berdiri, maka A menciptakan norma yang mendalilkan bahwa si B harus melakukan perbuatan sebagaimana diperintahkan oleh si A, tidak boleh kurang dan tidak boleh lebih - B harus berdiri, bukan duduk. Secara demikian norma dapat dipahami sebagai sebuah tuntutan keharusan yang harus ditaati dan keharusan ini akan menyetarakan eksistensi sebuah norma dan kemengikatannya (*bindingness*). Ketika suatu tuntutan perintah (*ought*) hadir, maka akan diikuti dengan kehadiran norma di ranah cita (*in the realm of ideals*) dan norma tersebut valid dan mengikat. Keberlakuan tidak memerlukan proses pengesahan dan tidak memerlukan legitimasi moral.

Teori hukum murni dengan pendekatan dikotomis "Is" dan "Ought" membawa Kelsen pada posisi yang berseberangan sekaligus sebagai pengkritik dua pemikiran filsafat arus utama pada saat itu yaitu, aliran hukum alam dan positivisme tradisional. Kelsen menyebut substansi polemik tersebut sebagai "sinkretisme metode" (*syncretism of method*), yaitu kesimpangsiuran atau kekacauan antara deskripsi (*description*) dan preskripsi (*prescription*), antara pengetahuan yang bersifat empiris (*empirical*) dan normatif (*normative*).¹³ Menariknya, dalam wacana yang lebih modern seperti yang dikembangkan oleh pakar filsafat hukum internasional Martti Koskenniemi ketika membahas mengenai pendulum naik dan turunnya (*ascending and descending*) bentuk-bentuk justifikasi dan juga antara gerakan pemikiran yang

12 Kammerhofer, *Hans Kelsen's Place in International Legal Theory*, Op.cit., hlm. 145.

13 Kelsen, *Reine Rechtlehre*, Op.cit., hlm. 2.

menekankan “kekonkretan” (*concreteness*) dan “normativitas” (*normativity*), Martti justru tidak memasukkan Kelsen di dalam pusaran wacana tersebut.¹⁴

Menurut Kelsen, ajaran hukum alam tidak akan dapat bekerja dan diimplementasikan seperti yang dikehendaki oleh “pembuatnya”. Ajaran hukum alam mengandaikan adanya nilai-nilai yang absolut (*the possibility of absolute values*) yang pada gilirannya akan melahirkan norma absolut yang secara hierarki dianggap lebih tinggi daripada hukum positif.¹⁵ Sehubungan dengan hal ini Messner memberikan komentar sebagai berikut: *whether it be 'the nature of man', God or reason, some instance or fact that transcends human will creates norms of natural law that are claimed to be hierarchically higher than and to derogate from, positive law.*¹⁶ Tapi, menurut Kelsen, apa yang disebut sebagai nilai absolut itu sebenarnya tidak akan pernah tercipta dan setiap usaha untuk menemukan nilai tersebut pasti akan gagal. Meskipun demikian, Kelsen tidak menolak ide tentang nilai, melainkan dia meminta perhatian kita untuk fokus kepada “Ought”. Tidak ada nilai yang memiliki kebenaran absolut, sebab seseorang dapat mendalilkan suatu norma yang memiliki nilai moral rendah (*immoral*), misalnya: “Anda harus membunuh”. Dalam konteks ini Kelsen berpendapat bahwa semua nilai bersifat relatif. Karena “Ought” pada hakikatnya adalah sebuah tuntutan untuk dilaksanakan, maka setiap “Ought” secara *a priori* adalah setara. Menurut Kelsen, ajaran hukum alam hanya dapat ditempatkan sebagai standar etika politik (*ethical-political standard*) bagi hukum positif, namun tidak akan melahirkan suatu perubahan dalam hukum positif. Dalam hal ini cita ideal yang dikandungnya hanyalah sebuah klaim. Bentuk dan eksistensinya tidak berbeda dengan norma yang lainnya.¹⁷

Positivisme tradisional dalam pandangan Kelsen adalah paham yang menganggap hukum sebagai norma yang diciptakan oleh negara. Dalam konteks ini negara ditempatkan pada posisi sebagai kekuatan yang paling efektif dan paling berkuasa dalam membuat hukum. Menurut positivisme tradisional, penerimaan sebuah norma didasarkan kepada adanya fakta supra-positif yang menghasilkan norma tersebut. Menurut Kelsen dengan merujuk kepada pandangan antropomorfis tentang negara, positivisme tradisional itu tidak lain adalah pemutlakan (*absolutisation*) peran negara dalam pembuatan hukum sebagaimana yang dilakukan oleh hukum alam dalam pemutlakan sebuah nilai. Oleh karena itu menurut Kelsen, kedaulatan negara adalah pemikiran yang palsu dan menyesatkan, karena dari perspektif hukum, negara tidak lain adalah tertib hukum itu sendiri. Positivisme

14 Lihat Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, hlm. 58-60.

15 Kammerhofer, *Loc.cit.*

16 Johannes Messner, *Das Naturrecht, Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, Tyrolia-Verlag, 1950, hlm. 212, sebagaimana dikutip oleh Kammerhofer, *Op.cit.*, hlm. 145.

17 Kelsen, *Reine Rechtlehre*, *Op.cit.*, hlm. 24-26.

tradisional dan hukum alam tampaknya memiliki kemiripan dalam penentuan validitas hukum. Dalam pandangan Kelsen, baik hukum alam maupun positivisme tradisional mengacaukan dikotomi “Is” dan “Ought” dan juga berusaha untuk mengurangi eksistensi satu dengan yang lainnya.¹⁸

Merespon kelemahan teori hukum alam dan positivisme tradisional, Kelsen menawarkan solusi dengan menggabungkan positivisme hukum (*the positivity of law*) dan normativisme hukum (*the normativity of law*). Menurut Kelsen, suatu norma dinyatakan valid, karena norma tersebut dianggap dan dinyatakan sebagai sesuatu yang valid, ia menjadi valid karena dianggap valid. Kelsen menyebut paradigma ini sebagai “as if” (seolah-olah). Lebih lanjut Kelsen menjelaskan bahwa validitas suatu norma didasarkan kepada norma yang ada diatasnya dan norma tertinggi dalam suatu tertib norma adalah apa yang oleh Kelsen disebut sebagai “Grundnorm” (norma dasar atau *basic norm*).¹⁹ *Grundnorm* adalah suatu kondisi yang tercipta bagi kemungkinan adanya kesadaran dan pemahaman mengenai “Ought”. Jadi, *grundnorm* itu tidak lain merupakan konkretisasi paradigma dikotomis “Is” dan “Ought” melalui presuposisi logika transental yang memungkinkan terbentuk dan diterimanya suatu tatanan hirarki norma yang bersifat “given”.²⁰ *Grundnorm* bukanlah sebuah basis norma yang bersifat absolut, melainkan sebuah basis norma yang bersifat hipotetis-epistemologis. *Grundnorm is neither a norm properly speaking, nor properly of the normative order.*²¹

4. *Grundnorm*

Menurut Kelsen, *grundnorm* adalah: “a statement from which all other duty statements ultimately get their validity from”. Dengan perkataan lain, *grundnorm* adalah sumber tertinggi bagi validitas suatu norma yang supremasi validitasnya diasumsikan seperti itu.²² Lebih lanjut Kelsen mengatakan: “The grundnorm is the answer to the question: how – and that means under what condition – are these juristic statements concerning legal norms, legal duties, legal rights, and so on, possible?”.²³ Eksistensi *grundnorm* ada pada kesadaran hukum (*juristic consciousness*) yang merupakan sebuah bangunan asumsi (*assumed construct*) yang memfasilitasi suatu pemahaman sistem hukum yang dibangun oleh para ilmuwan hukum, hakim, atau praktisi hukum (*lawyers*). Namun, hal tersebut tidak dilakukan secara arbitrer, melainkan diseleksi dengan berpedoman kepada pemahaman

18 Kammerhofer, *Hans Kelsen's Place in International Legal Theory*, Op.cit., hlm. 146.

19 Kelsen, *Reine Rechtstheorie*, Op.cit., hlm. 196-204.

20 *Ibid.*, hlm. 204-209.

21 *Ibid.*, hlm. 224.

22 Lihat juga Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2005, hlm. 90.

23 Hans Kelsen, *General Theory of Law of Law and State* (trans. Anders Wedberg), 1945, hlm. 117.

apakah sistem tertib hukum tersebut secara keseluruhan berjalan efektif. Validitas *grundnorm* didasarkan kepada efektivitasnya. Secara lebih spesifik Stewart memberikan dua kriteria bagi eksistensi sebuah *grundnorm*, yaitu pada tataran teoritis (*purity side*) dan tataran empiris (*empirical side*). Pada tataran teoritis (*pure side*), validitas *grundnorm* dibangun di atas paradigma presuposisi logika transcendental, sedangkan pada tataran empiris, eksistensi dan validitas *grundnorm* dibangun dengan menempatkannya pada relasi antara validitas dan *grundnorm* tersebut dalam suatu sistem tertib hukum.²⁴ Dengan perkataan lain, validitas *grundnorm* terletak bukan pada norma yang lain, tapi diasumsikan menjadi valid - untuk tujuan kemurnian (hukum). Oleh karena itu *grundnorm* merupakan sebuah hipotesis, sepenuhnya merupakan sebuah konstruk formal, dan suatu fiksi. *Grundnorm* hadir oleh dan karena dirinya sendiri, bukan sebuah teka-teki atau hipotesis sebuah realitas di balik hukum, tapi betul-betul sebuah *maxim* metodologis – sebuah metode normatif yang secara ontologis bersifat netral.²⁵

Dengan mengambil analogi ketiaatan religius, eksistensi dan validitas *grundnorm* dapat dianalogikan dalam sebuah kalimat pertanyaan berikut: “Mengapa anda melakukan Sholat?”. Jawabannya, “Karena itu perintah Allah”. Validitas norma religius tersebut terletak pada keyakinan pemeluknya terhadap Tuhan. Jadi, *grundnorm* itu bukan sebuah norma positif, yaitu norma yang validitasnya ditetapkan melalui sebuah kehendak/tindakan yang nyata (*a real act of will*),²⁶ tapi sebuah norma yang diyakini dan berada dalam nalar mereka yang mempercayainya (*a norm presupposed in a believer's thinking*). Hal fundamental yang berkenaan dengan konsepsi *grundnorm* ini adalah tidak lain merupakan usaha Kelsen untuk menjawab pertanyaan fundamental yaitu, mengapa hukum itu mengikat dan harus ditaati? Jawabannya adalah, karena norma hukum itu secara objektif dengan sendirinya valid dan mengikat (*legal norms are objectively valid*).

Secara singkat dapat dikatakan bahwa *grundnorm* pada hakikatnya adalah sebuah fiksi dan bukan hipotesis. *Grundnorm* atau *basic norm* menurut Kelsen tidak dibuat melalui suatu prosedur hukum oleh institusi pembuat hukum (*law-creating organ*). Validitas *grundnorm* tidak ditentukan karena ia dibuat melalui sebuah mekanisme dan bentuk tertentu, tapi ia berlaku dan valid karena dianggap valid (*it is supposed to be valid*). *Grundnorm* harus dianggap valid, karena kalau tidak demikian, maka tidak akan ada perbuatan manusia yang dapat dipahami sebagai sebuah perbuatan hukum yaitu perbuatan yang menciptakan norma.²⁷ Dengan demikian,

24 Ian Stewart, “Kelsen and the Exegetical Traditions” in: Richard Tur and William Twining, *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, 1986, hlm. 123, 132.

25 *Ibid.* hlm. 170.

26 *Ibid.* hlm. 112.

27 Chand, *Modern Jurisprudence*, *Op.cit.*, hlm. 93.

grundnorm itu sendiri bukan sebuah norma hukum, ia berada di luar hukum – *meta legal*.

Kelsen mengakui bahwa bentuk *grundnorm* berbeda pada setiap sistem hukum, misalnya ada yang berbentuk konstitusi tertulis atau bahkan titah dan kehendak seorang diktator. Konstitusi itu sendiri bukan *grundnorm*, melainkan sebuah presuposisi (*pra-anggapan*) yang diperlukan secara teoritis bahwa konstitusi itu harus dipatuhi. Oleh karena itu *grundnorm* akan selalu dapat menyesuaikan diri dengan setiap urusan negara. *Grundnorm* hanya menegaskan validitas konstitusi dan norma-norma lainnya yang berasal dari *grundnorm*, tidak mendiktekan isi dari konstitusi tersebut. Hal ini berbeda dengan hukum alam dan positivisme tradisional yang juga menentukan isi dari konstitusi tersebut.²⁸

5. Validitas dan Hierarki Norma

Validitas sebuah norma, menurut Kelsen, harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut: pertama, norma tersebut harus merupakan bagian dari sebuah sistem norma. Kedua, sistem norma tersebut harus berjalan secara efektif. Validitas norma pada gilirannya akan menciptakan apa yang disebut sebagai hierarki norma yang dalam pemikiran Kelsen disebut sebagai “*Stufenbau theory*”. Setiap norma agar menjadi sebuah norma yang valid harus dinyatakan valid dan tidak boleh bertentangan dengan norma yang di atasnya. Norma yang paling tinggi adalah *grundnorm*. Kelsen menggambarkan suatu sistem hukum sebagai sebuah sistem norma yang saling terkait satu sama lain (*interlocking norms*) yang bergerak dari suatu norma yang umum (*the most general ought*) menuju ke norma yang lebih konkret (*the most particular or concrete*). Validitas semua norma tersebut pada akhirnya akan bermuara dan mendapat validasi dari *grundnorm*. Relasi dan hierarki antara *grundnorm* dan norma lainnya adalah sebagai berikut: *grundnorm* → *norms* → *sub-norms*. Bagi Kelsen, hierarki norma hanya mengenal superordinasi dan subordinasi, tidak mengakui adanya koordinasi. Sehubungan dengan hal ini Hari Chand mengatakan sebagai berikut:

*Kelsen's conception of the hierarchy of legal norms is by its terms one of superordination and subordination, and he excludes the conception of coordination, that is, of governmental organs having powers on the same level to create legal norms with respect to different subject matters.*²⁹

Menurut Kelsen, efektivitas keseluruhan tertib hukum merupakan prasyarat bagi validitas atau legitimasi setiap norma yang ada dalam tertib hukum tersebut.

28 Kelsen, *Pure Theory of Law*, Op.cit., hlm. 5.

29 Lihat Chand, *Modern Jurisprudence*, Op.cit., hlm. 100.

Dengan perkataan lain, eksistensi sebuah hukum akan ditentukan sampai sejauh mana hukum tersebut dipatuhi. Dalam hal ini Kelsen mengatakan sebagai berikut:

*It cannot be maintained that, legally, men have to behave in conformity with a certain norm, if the total legal order, of which that norm is an integral part, has lost its efficacy. The principle of legitimacy is restricted by the principle of effectiveness.*³⁰

Apabila validitas suatu tertib hukum bergantung kepada efektivitas norma dasarnya (*grundnorm*-nya), maka konsekuensinya ketika sebuah norma dasar itu tidak lagi efektif, maka norma dasar tersebut akan diganti oleh norma dasar yang lain. Dalam hal ini Hari Chand memberikan penjelasan yang cukup bagus sebagai berikut: "When a *grundnorm* ceases to derive a minimum of support, it ceases to be the basis of the legal order and any other proposition which does obtain support will replace it".³¹ Hal tersebut pada umumnya terjadi dalam sebuah revolusi. Menurut Kelsen, apabila hukum dari suatu pemerintahan hasil dari suatu revolusi berjalan efektif, maka akan dianggap telah lahir *grundnorm* baru. Hal ini disebabkan, karena *grundnorm* itu sendiri bukan konstitusi, melainkan suatu *pra-anggapan* atau keyakinan bahwa situasi pasca revolusi adalah norma yang harus dipatuhi.

Validitas dan efektivitas (hukum) adalah dua konsep yang berbeda. Efektivitas, menurut Kelsen, adalah sesuatu yang ditentukan atas dasar kausalitas (*causation*), sedangkan validitas adalah sesuatu yang terkait dengan klaim atau tuduhan (*imputation*). Efektivitas sebuah tertib hukum terkait dan merupakan wilayah sosiologi, sedangkan validitas merupakan area hukum. Suatu tertib hukum tidak akan kehilangan validitasnya ketika sebuah norma tidak berjalan efektif. Sebuah norma tidak dikatakan kehilangan validitasnya ketika norma tersebut tidak dapat dilaksanakan. Kemungkinan besar kehilangan validitasnya, apabila memang norma tersebut tidak pernah dapat dilaksanakan.³²

6. Hukum Internasional

Kelsen memiliki tempat tersendiri dalam diskursus mengenai hukum internasional khususnya yang terkait dengan relasi antara hukum nasional dan hukum internasional. Menurut Kelsen, sumber utama dari semua sistem hukum termasuk hukum internasional adalah apa yang ia sebut sebagai *grundnorm*. Menurut Kelsen, aplikasi *grundnorm* dalam hukum internasional adalah: "States should behave as they customarily have behaved".³³ Secara spesifik Kelsen mengatakan bahwa *Pacta*

30 Kelsen, *General Theory of Law and State*, Op.cit., hlm. 119.

31 Chand, *Modern Jurisprudence*, Op.cit., hlm. 93.

32 *Ibid.*, hlm. 94.

33 Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd edition, revised and edited by Robert W. Tucker, Holt, New York: Rinehart and Winston, Inc., 1966, hlm. 553-588.

Sunt Servanda (perjanjian/kesepakatan harus dihormati) adalah *grundnorm* bagi hukum internasional. Selanjutnya dikatakan bahwa, hukum internasional bersumber dari praktik negara-negara, sedangkan hukum nasional bersumber dari negara yang keberadaannya dilahirkan melalui hukum internasional. Kedudukan hukum internasional oleh karenanya lebih tinggi dari hukum nasional.³⁴ Oleh karena itu, Kelsen dikenal sebagai seorang *monist-positivist*.

Hukum internasional menurut Kelsen adalah sistem hukum yang bersifat memaksa (*coercive order*) dan oleh karenanya mengakui sanksi. Hukum internasional adalah hukum dalam arti yang sebenarnya (*real law*), tapi bersifat primitif, karena sanksi diserahkan kepada masing-masing negara. Berbeda dengan hukum nasional yang bersifat sentralistik, hukum internasional justru sebaliknya (*decentralized*). Meskipun demikian, pendirian Kelsen ini tampaknya lebih merupakan sebuah ekspresi analitis daripada sebuah posisi ideologis. Sebab, dalam beberapa tulisannya semisal *Principles of International Law* dan *The Law of the United Nations*, Kelsen tetap mempertahankan teori evolusi hukum internasional yang memperlihatkan kecenderungan untuk menetapkan sanksi internasional yang bersifat sentralistik.³⁵

Menarik juga untuk menyandingkan secara spesifik teori hukum murni dengan hukum internasional. Teori hukum murni sudah sangat dikenal di kalangan para ahli hukum internasional, khususnya ketika harus mengaplikasikan hukum internasional pada kasus-kasus spesifik dan konkret. Teori hukum murni yang lebih mengedepankan pendekatan hukum yang berbasis kepada akal sehat (*legal common sense*) jauh lebih mengena dan relevan dibandingkan dengan teori lainnya dalam menyelesaikan kasus-kasus hukum internasional yang konkret. Hal ini disebabkan karena teori hukum murni yang fokus kepada pertimbangan hukum yang “genuine” akan menjadikan hukum internasional lebih netral dan mandiri ketika menyelesaikan kasus-kasus tersebut.

6. Apresiasi

Teori hukum murni mengantarkan Kelsen sebagai figur yang dianggap telah melakukan pendekatan ilmiah terhadap hukum. Dia menolak segala sesuatu yang bersifat subjektif dan kemudian menawarkan pendekatan yang lebih objektif dalam

34 Ibid. Kelsen selanjutnya mengatakan: "...the choice in favour of the primacy of international law cannot be based on scientific considerations, but is dictated by ethical or political preferences". Ibid, hlm. 587-588. Lauterpacht juga berpendapat sama dengan mengatakan sebagai berikut: "...a supreme universal law a more trustworthy repository of civilized values than the municipal law of the nation state and thus better equipped to protect international human rights. Lihat Hersch Lauterpacht, *International Law: Collected Papers*, Cambridge: Cambridge University Press, 1957, hlm. 151-177. Menurut Cassese, monisme dengan primat hukum internasional didasarkan atas dua prinsip ideologi yaitu: internasionalisme dan pasifisme (*pacifism*), Antonio Cassese, *International Law*, 2nd edition, Oxford: Oxford University Press, 2005, hlm. 216.

35 Wack, *Undertsanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*, Op.cit., hlm. 101.

memahami sistem hukum. Kelsen membangun suatu bangunan teori yang mandiri mengenai sistem hukum (*self-contained theory*) yang tidak memerlukan elemen atau unsur di luar hukum untuk menjustifikasi sebuah sistem hukum. Atas dasar inilah Kelsen ditahbiskan sebagai figur “modernist”.

Kelsen mengakui bahwa hukum adalah suatu fenomena sosial, dia juga tidak menolak relasi dan interaksi antara hukum dengan disiplin ilmu lain, tapi Kelsen tidak ingin membiarkan hukum terperangkap dan terbelenggu dalam hegemoni disiplin ilmu lain. Kelsen menginginkan hukum terbebas dan membebaskan diri dari intervensi disiplin ilmu lain, karena hal tersebut akan bersifat subjektif dan oleh karenanya menjadi tidak ilmiah. Atas dasar inilah Kelsen menyebut teorinya sebagai “pure theory of law”. Teori ini berkepentingan dengan pengertian yang akurat mengenai materi-materi yang terkait dengan analisis hukum, hukum dan sistem hukum, tanpa harus mengaitkannya dengan aspek-aspek politik dan moral. Hal itu semua harus ditentukan secara objektif, sehingga persoalan-persoalan yang menyangkut kehendak dan orientasi badan legislatif dalam perumusan suatu undang-undang adalah persoalan yang terkait erat dengan psikologi atau politik yang tidak perlu mendapat tempat di wilayah hukum.

Kelsen pun dianggap memberikan kontribusi besar lewat teori hirarki norma yang dibangunnya. Sebelum Kelsen, hampir semua ahli hukum, terutama kaum positivis, lebih memfokuskan perhatiannya kepada sumber hukum, sanksi, kewajiban, dan seterusnya. Misalnya, Austin memposisikan hukum sebagai sesuatu yang berpusat pada kedaulatan. Bentham menganalisis karakteristik umum mengenai hukum. Aliran sejarah mempersepsi dan memahami hukum dengan mengkaji sejarah hukum. Mazhab sosiologi memandang hukum sebagai sesuatu yang berakar dan hidup di masyarakat itu sendiri. Di samping itu, teori hirarki norma Kelsen pun diuntungkan dengan popularitas konstitusi tertulis di berbagai negara pada saat itu yang secara implisit memperkuat adanya hirarki norma sebagaimana digagas oleh Kelsen. Konstitusi ditempatkan sebagai hukum tertinggi yang dengan sendirinya mengisyaratkan adanya relasi sekaligus hirarki antara konstitusi dengan hukum yang ada di bawahnya. Disinilah letak kejeniusan Kelsen yang berhasil merumuskan relasi ini dalam bentuk hirarki norma dan relasinya dengan norma-norma lainnya.

7. Kritik

Sebagaimana halnya teori-teori hukum lainnya, teori Kelsen juga tidak luput dari kelemahan yang memancing komentar dan kritik. Tidak ada teori yang sempurna. Kritik pertama dan utama dialamatkan kepada teori hukum murni. Klaim purifikasi hukum Kelsen dinilai dan cenderung tidak konsisten dan justru menjadikan hukum sesuatu yang tidak bisa menjadi murni (*impure*). Alasan pokoknya, karena Kelsen tidak cukup dapat meyakinkan bagaimana *grundnorm* itu hadir dan dihadirkan

(comes into existence). Faktanya, untuk menghadirkan *grundnorm* diperlukan bantuan dari ilmu lain seperti sejarah, politik, ekonomi, dan sebagainya yang justru ilmu-ilmu tersebut ditolak kehadirannya oleh Kelsen dan dianggap sebagai elemen asing.

Teori hukum murni juga dianggap tidak mampu memberikan jawaban yang tuntas dan meyakinkan mengenai keadilan. Menurut Kelsen, keadilan adalah cita dan asa yang irrasional. Padahal, keadilan adalah jiwa dari hukum. Dalam hal ini Kelsen cukup konsisten dengan teori hukum murni-nya yang menampilkan hukum seperti tubuh yang memiliki tulang belulang yang kokoh, tapi tidak memiliki ruh, tidak memiliki spirit. Demi purifikasi hukum, Kelsen mengenyampingkan keadilan yang merupakan jiwa-nya hukum. Kritik yang cukup tajam disampaikan oleh Chand sebagai berikut: *Kelsen's theory studies only the skin of the legal system, leaving its life and activity to sociologist or other social scientists. His theory is another example of obscurantism and escapism.*³⁶

Kritik tajam lainnya ditujukan kepada konsep mengenai *grundnorm*. Bagi para pengkritiknya, *grundnorm* tetap tidak jelas. Ia bukan hukum positif, hanya sebuah presuposisi yang ada dalam kesadaran hukum. *Grundnorm* bersifat *meta legal*. Bagi Julius Stone, dengan karakteristik yang serba tidak jelas ini akan sangat sulit bagi *grundnorm* untuk dapat menjelaskan apa dan bagaimana hukum itu sebenarnya. Selengkapnya Stone mengatakan sebagai berikut: *It is difficult to see what the pure theory of law can contribute to a system which it assumes to be law but which it derives from a basic norm which it cannot find.*³⁷ Singkatnya, basis filosofis *grundnorm* sangat lemah dan goyah (*shaky foundation*). Dalam praktik, legalitas dan validitas *grundnorm* tidak terletak pada efektivitasnya, melainkan justru pada penerimanya oleh pengadilan. Berbeda dengan Kelsen yang mengklaim bahwa *grundnorm* itu adalah the *highest norm*, bagi para pengkritiknya, *grundnorm* itu hanya sebuah proposisi moral.

Teori hirarki norma juga tidak luput dari kritik. Kalau hirarki norma itu diletakkan dalam konteks penetapan sumber hukum, teori Kelsen ini dianggap tidak memiliki dasar yang kuat, karena sumber-sumber hukum tersebut seperti kebiasaan, undang-undang, atau doktrin preseden (dalam sistem Anglo Saxon) tidak berada pada posisi yang subordinatif. Norma adalah norma. Satu dengan yang lainnya tidak pada posisi yang kontradiktif atau saling menghapuskan.

Atip Latipulhayat

36 Chand, *Modern Jurisprudence*, Op.cit., hlm. 99.

37 Julius Stone, *Legal System and Lawyer's Reasoning*, Stanford University Press, 1964, hlm. 130.