

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA :

PEMIKIRAN HANS KELSEN TENTANG HUKUM

Hans Kelsen (1881 – 1973), adalah seorang pemikir hukum yang lahir pada 11 Oktober 1881, di Praha Chekoslovakia. Menamatkan studi hukum dan memperoleh gelar Doktornya di University of Vienna pada usia 25 tahun (tahun 1906). Setelah beberapa tahun memperoleh studi tambahan di Universitas Heidelberg dan Berlin, Hans Kelsen memperoleh gelas Guru Besar dalam bidang hukum publik dan ilmu hukum dari University of Vienna pada tahun 1911. Sampai tahun 1930 Hans Kelsen mengajar di University of Vienna. Hans Kelsen pernah menjadi *legal adviser* pada pemerintah Austria, sampai beberapa waktu sesudah berakhirnya Perang Dunia Pertama (1918). Dalam kedudukannya sebagai *legal adviser* itu Hans Kelsen berjasa dalam menyusun beberapa rancangan konstitusi untuk mempersiapkan berdirinya Republik Austria. Salah satu rancangannya kemudian diterima sebagai Konstitusi Austria 1920¹. Teori-teori Hans Kelsen tentang hukum ketatanegaraan (*constitutional law*), terutama terkait dengan hubungan antara hukum dan negara dibangun oleh Hans Kelsen berbasis observasinya atas pelaksanaan pemerintahan Austria, dimana beliau menjadi *legal adviser*. Hans Kelsen kemudian ditunjuk sebagai Dekan Fakultas Hukum pada University of Vienna pada tahun 1922-1923. Akan tetapi pada tahun 1930 Hans Kelsen beralih ke University of Cologne, dimana kemudian beliau diangkat sebagai Guru Besar dalam bidang ilmu hukum dan hukum internasional. Akan tetapi, dengan berkuasanya Hitler atas beberapa negara Eropa, Hans Kelsen mengungsi ke Geneva, dimana kemudian Hans Kelsen menjadi pengajar pada *the Graduate Institute of International Studies*². Pada tahun 1941, Hans Kelsen berpindah ke Amerika Serikat dan mengajar di Universitas Harvard. Di Amerika Serikat, Hans Kelsen mulai melakukan revisi atas tulisan-tulisan awalnya berkaitan dengan filsafat hukum. Pada tahun 1945 Hans Kelsen diterima sebagai warga negara Amerika Serikat, dan dikukuhkan sebagai Guru Besar Ilmu Politik pada University of California (Berkeley).

¹ Edwin W. Patterson, "Hans Kelsen and His Pure Theory of Law", *California Law Review*, 1952, Volume 40, Issue 1, p.5-10. Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol40/iss1/2>

² Loc.cit.

Tema-tema utama tulisan Hans Kelsen adalah tentang teori hukum dan negara (*theories of law and the state*) dan konsepsinya tentang hukum internasional. Akan tetapi Hans Kelsen ternyata pernah menulis di bidang sosiologi hukum dalam judul : “*On Plato's Changing Conception of Justice*,” dan “*The Soul and the Law*”. Kemungkinan besar tidak ada legal-political philosopher sampai saat ini yang sangat besar pengaruhnya selain Hans Kelsen.

Dalam perspektif normatif, pembahasan keberlakuan hukum secara teoretik maupun keberlakuan hukum dalam ranah implementasi didasarkan pada cara berpikir deduktif, dimana keberlakuan sebuah aturan hukum harus dilandaskan pada keberlakuan hukum yang lebih tinggi, terus dilandaskan pada aturan hukum yang lebih tinggi lagi, hingga sampailah pada sumber yang bersifat meta yuridis. Dasar keberlakuan yang disebut bersifat meta-yuridis itu berupa nilai-nilai (*values*) yang bersifat abstrak. Nilai-nilai (*values*) merupakan penuntun apa yang baik dan buruk, apa yang benar dan apa yang salah sehingga harus dilakukan atau dihindari manusia. Itulah logika hukum yang diperkenalkan oleh Hans Kelsen.

Menurut Hans Kelsen, teori hukum harus terkait dengan hukum yang senyatanya berlaku (*what the law it is*) dan bukan hukum yang seharusnya berlaku (*what the law ought to be*). Dalam hal ini, dia setuju dengan Austin dan desakan pada titik ini menyebabkan diberikannya gelar 'positivis' bagi Hans Kelsen. Sebuah teori hukum harus dibedakan dari hukum itu sendiri. Tidak mudah memahami pernyataan tersebut, tetapi pernyataan tersebut mengindikasikan sebuah keinginan kuat dari Hans Kelsen untuk mendudukkan posisi teori pada tempat yang sebenar-benarnya dalam ilmu hukum. Dalam aliran pemikiran filsafat positivisme, teori digunakan untuk menjelaskan fakta. Hal itu bisa dilihat penggunaan teori dalam ilmu-ilmu yang berbasis fakta (realitas) seperti sosiologi dan ilmu-ilmu pasti. Secara mudah dalam bahasa, teori digunakan untuk menjelaskan fakta yang telah terjadi terlebih dahulu, berulang sama dimanapun dan kapan pun. Hans Kelsen berupaya mentransplantasikan cara berpikir yang bersifat *aposteriore* itu dalam ilmu hukum.

Hans Kelsen, tokoh positivis-idealis dalam ajaran hukum menjelaskan hukum dalam paparan sebagai berikut : Hukum merupakan sistem norma, sebuah sistem yang didasarkan pada keharusan-keharusan (apa yang seharusnya atau *das sollen*). Bagi

Hans Kelsen, norma merupakan produk pemikiran manusia yang sifatnya deliberatif. Sesuatu menjadi sebuah norma kalau memang dikehendaki menjadi norma, yang penentuannya dilandaskan pada nilai-nilai yang baik. Jadi pertimbangan-pertimbangan yang melandasi sebuah norma bersifat meta yuridis. Sesuatu yang bersifat metayuridis tersebut bersifat *das sollen*, dan belum menjadi hukum yang berlaku mengikat masyarakat. Singkatnya bagi Hans Kelsen, norma hukum selalu diciptakan melalui kehendak. Norma-norma tersebut akan menjadi mengikat masyarakat apabila norma tersebut dikehendaki menjadi hukum dan harus dituangkan dalam wujud tertulis, dikeluarkan oleh lembaga yang berwenang dan memuat perintah.

Pendapat Hans Kelsen ini mengindikasikan pikirannya bahwa positivisme hukum menganggap pembicaraan moral, nilai-nilai telah selesai dan final manakala sampai pada pembentukan hukum positif. Oleh karena itulah penggalan kata-kata yang sangat terkenal dari Hans Kelsen : hukum ditaati bukan karena dinilai baik atau adil, tetapi karena hukum itu telah ditulis dan disahkan penguasa³. Inilah salah satu teori yang diperkenalkan Hans Kelsen dengan nama Teori Hukum Murni. Hans Kelsen dengan segala ajarannya dapat dirangkum sebagai berikut :

1. Hans Kelsen merupakan salah satu *founding father modern legal philosophy* ;
2. Hans Kelsen merupakan salah satu ahli hukum (*modern legal philosopher*) yang pandangannya berbasis realitas masyarakat pluralis (aspek ontologis) , mengakui kebenaran demokrasi, kesederajatan;
3. Teori Hukum Murni sebagai jalan yang mempertemukan *Legal Naturalism* dengan *Legal Positivism*⁴
4. Teori Hukum Murni (THM) ditulis dalam 2 (dua) edisi : Pertama 1934, Kedua 1960 ;

³ Pemikiran Hans Kelsen sesungguhnya tidak mudah dipelajari, walaupun berisi argumentasi-argumentasi yang sulit untuk dibantah. Pemikiran Hans Kelsen di atas merupakan substansi dari Teori Hukum Murni. Pemikiran yang dipaparkan di atas sebenarnya hanya salah satu pemikirannya yang ada dalam salah satu karyanya, *The Pure Theory of Law* yang disusun pada tahun 1967. Pemikiran-pemikiran Hans Kelsen yang sangat luar biasa di bidang hukum ini dapat dipelajari lebih lanjut antara lain dalam buku karya Jimly Assidique dan Ali Syafa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Penerbit : Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006 .

⁴ Lars Vink, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law*, Publisher : Oxford University Press, Published on Line January 2009.

5. Tema utama Teori Hukum Murni adalah perubahan teori hukum menggantikan Legal Positivism dari John Austin. Kemudian diganti dengan ajaran Hans Kelsen : *Legal Conceptualism* ;
6. Dalam Teori Hukum Murni Hans Kelsen memperkenalkan konsep-konsep baru tentang norma-norma dasar ; norma-norma, hierararki norma, tindakan hukum. Di dalamnya ada pemisahan tentang *what law it is* (senyatanya) dan *what law ought to be* (seharusnya) ⁵;
7. Teori Hukum Murni juga dikenal dengan sebutan ; *Vienna School of Legal Thought* ;
8. Teori Hukum Murni menolak *natural law* ;
9. Teori Hukum Murni muncul sebagai reaksi atas pemikiran-pemikiran yang oleh Hans Kelsen (waktu itu) dianggap sebagai pemikiran yang tidak beda dengan ilmu sosial (ilmu hukum disamakan dengan ilmu sosial ,padahal beda);
10. Hans Kelsen menggunakan pembedaan kategorial antara *what the law it is* dan *what the law ought to be* dengan penjelasan sebagai berikut : Sesuatu yang bersifat seharusnya tidak dapat direduksi menjadi kenyataannya. Atau sebaliknya sesuatu yang senyatanya tidak dapat direduksi menjadi seharusnya. Demikianlah maka senyatanya tidak dapat ditumbuhkan dari seharusnya dan sebaliknya(*An ought cannot be reduced to an Is, or an Is to an Ought; and so an Is cannot be inferred from an Ought, or an Ought from an Is*). (Kelsen 1991 § 16I; p. 58) Dualisme keharusan dan senyatanya merupakan dua hal yang seperti keeping mata uang, dalam arti keharusan dan senyatanya ada dalam satu kesatuan tetapi tidak pernah bisa bertemu (*The duality of Is and Ought coincides with that of reality and value/ Thus no value can be derived from reality, and no reality from value*). (Kelsen 1991 § 16I; p. 61)

⁵ Vytantas Cyras, Friedrich Lachmayer, Guido Tsuno, *Visualization of Hans Kelsen's Pure Theory of Law, Conference Paper*; December 2011