

TEORI HANS KELSEN TENTANG HUKUM

Tidak Diperjualbelikan

TEORI HANS KELSEN TENTANG HUKUM

Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.

M. Ali Safa'at, S.H., M.H.

Penerbit
Sekretariat Jenderal & Kepaniteraan
Mahkamah Konstitusi RI
Jakarta, 2006

PENGANTAR PENULIS

Selain itu, ucapan terima kasih juga kami sampaikan kepada semua pihak yang telah membantu proses pencetakan buku ini, termasuk kepada Sdr. Rofiqul-Umam Ahmad dan Sdr. Budi H. Wibowo yang telah mengoreksi naskah buku ini, serta Sdr. Ali Zawawi yang telah mendesain cover buku ini.

Semoga kehadiran buku ini dapat menambah pengetahuan dan memperluas wawasan kita dalam memahami lebih dalam mengenai hukum.

Selamat membaca!

Jakarta, Juli 2006
**Sekretaris Jenderal
Mahkamah Konstitusi RI**

Janedjri M. Gaffar

Salah satu kelemahan studi hukum di Indonesia adalah sedikitnya pemahaman terhadap konsepsi hukum secara utuh sebagai satu sistem ilmu yang berbeda dengan ilmu pengetahuan yang lain. Kondisi tersebut diperparah dengan tidak adanya literatur hukum yang membahas secara utuh pemikiran hukum dari tokoh yang berpengaruh. Miskinnya literatur teori hukum di Indonesia dapat dibandingkan dengan maraknya literatur filsafat dan politik. Saat ini terdapat sekian banyak buku yang mengulas pemikiran Karl Marx, Hegel, Engel, bahkan juga terdapat banyak literatur aliran-aliran pemikiran terbaru dari aliran kritis seperti Habermas, Heidegger, dan lain-lain.

Miskinnya literatur teori hukum dalam bahasa Indonesia sedikit banyak telah mengakibatkan menurunnya kualitas para ahli hukum. Dunia hukum di Indonesia menjadi kering karena perdebatan hanya bersifat normatif pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan tanpa dilandasi kerangka teoritis. Di sisi lain terdapat pula kecenderungan semakin hilangnya karakteristik hukum sebagai sebuah ilmu karena terpengaruh oleh model analisis dan pemikiran ilmu-ilmu lain. Pengaruh analisis dan pemikiran ilmu lain terhadap ilmu hukum adalah sebuah kewajaran, namun menjadi ironi jika terjadi tanpa ada pemahaman terlebih dahulu terhadap ilmu hukum itu sendiri.

Penerbitan buku ini adalah salah satu upaya untuk mengisi kekosongan literatur teori hukum di Indonesia. Sengaja dipilih teori Hans Kelsen karena Kelsen dikenal sebagai pencetus *The Pure Theory of Law* yang menganalisis hukum sebagai suatu kesatuan ilmu yang berbeda dengan ilmu lain. Hans Kelsen merupakan tokoh yang sangat berpengaruh di bidang hukum. Walaupun selama ini Hans Kelsen banyak diasosiasikan dengan wilayah studi Hukum Tata Negara, namun buku ini akan

membuktikan bahwa teori Hans Kelsen meliputi semua bidang hukum, baik Hukum Tata Negara, Hukum Pidana, Hukum Perdata, bahkan Hukum Internasional.

Walaupun hampir semua sarjana hukum Indonesia mengenal, paling tidak pernah mendengar, Hans Kelsen, namun sedikit sekali yang memahami teori Hans Kelsen tentang hukum secara utuh. Sebagai akibatnya, seringkali terjadi kekeliruan dalam memaknai teori-teorinya. Terkait dengan masalah keadilan misalnya, di satu sisi terdapat ahli hukum yang menolak Hans Kelsen karena teorinya memisahkan antara hukum dan keadilan. Sedangkan di sisi lain terdapat ahli hukum secara keliru menerima dan menyatakan bahwa hukum memang “tidak ada urusannya” dengan keadilan. Kelsen memang menyatakan bahwa hukum merupakan hal yang berbeda dengan keadilan. Analisis hukum secara normatif harus terpisah dengan keadilan yang cenderung bersifat ideologis. Namun bukan berarti keadilan tidak berhubungan dengan hukum. Keadilan berperan dalam proses pembuatan hukum dan pelaksanaan hukum di pengadilan.

Kami berharap buku ini dapat memberikan ulasan yang utuh teori Hans Kelsen tentang Hukum terutama bagi kalangan yang tidak dapat mengakses dan memahami buku-buku Hans Kelsen baik dalam bahasa Inggris maupun bahasa Jerman. Kami juga berharap penerbitan buku ini akan menjadi pendorong munculnya literatur teori dan filsafat hukum dari seorang tokoh secara utuh.

Akhirnya kami mengucapkan terima kasih kepada semua pihak yang telah banyak membantu hingga buku ini sampai di tangan pembaca. Terutama pihak-pihak yang telah membantu dalam proses *editing, lay out*, dan penerbitannya.

Jakarta, Maret 2006
 Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.
 M. Ali Safa'at, S.H., M.H.

DAFTAR ISI

DARI PENERBIT	v
PENGANTAR.....	vii
DAFTAR ISI	ix

Bab I PENDAHULUAN

A. SEJARAH SINGKAT KEHIDUPAN	
HANS KELSEN	1
B. POKOK-POKOK PEMIKIRAN	
HANS KELSEN	8

Bab II KONSEP HUKUM STATIS (“NOMOSTATICS”)

A. KONSEP HUKUM	13
1. Hukum dan Keadilan	13
2. Kreteria Hukum: Hukum Sebagai Teknik Sosial	23
3. Validitas dan Keberlakuan (“Validity and Efficacy”)	35
4. Norma Hukum	47

B. SANKSI	50
C. DELIK	50
1. “Mala In Se” dan “Mala Prohibita”	50
2. Delik Sebagai Sebuah Kondisi Bagi Sanksi	52
3. Identifikasi “Deliquent” dengan Anggota Kelompoknya	53
4. Delik Pribadi Hukum (“Juristic Person”)	54
D. KEWAJIBAN HUKUM	54
1. Kewajiban dan Norma Hukum	54
2. Mematuhi dan Mengaplikasikan Norma Hukum	58
3. Kritik terhadap Pendapat Austin	60
E. PERTANGGUNGJAWABAN HUKUM	61
1. “Culpability” dan “Absolute Liability”	61
2. Tanggungjawab Individual dan Kolektif	63
3. Kritik terhadap Konsep Austin tentang Kewajiban	64
F. HAK HUKUM	66
1. Hak dan Kewajiban	66
2. Hak Hukum dalam Arti Sempit	68
3. Hak Sebagai Sebuah Teknik Hukum yang Spesifik	74
4. Hak Absolut dan Hak Relatif	75
5. Hak Sipil dan Hak Politik	76
G. KOMPETENSI (KAPASITAS HUKUM)	79
H. IMPUTASI (“IMPUTABILITY”)	81

I. PRIBADI HUKUM (“THE LEGAL PERSON”) ...	82
1. Pribadi Fisik (“The Physical Person”)	82
2. Pribadi Hukum (“The Juristic Person”)	84

Bab III
**KONSEP HUKUM DINAMIS
 (“NOMODINAMICS”)**

A. TATA HUKUM (“LEGAL ORDER”).....	93
1. Kesatuan Tata Normatif (“The Unity Of Normative Order”)	93
2. Hukum Sebagai Sistem Dinamis	96
3. Norma Dasar Sebuah Tata Hukum	98
4. Konsep Hukum Statis dan Dinamis	108
B. HIRARKI NORMA	109
1. Norma Superior dan Inferior	109
2. Tingkat-Tingkat dalam Tata Hukum	110
3. Tindakan/Transaksi Hukum	121
4. Hukum Konstitusi	126
5. Tindakan Yudisial dan Penerapan Norma yang Ada	127
6. Kekosongan Hukum	129
7. Norma Umum yang Dibuat oleh Aktivitas Yudisial	131
8. Konflik Norma	134
C. ILMU HUKUM NORMATIF DAN SOSIOLOGIS	144
1. Ilmu Hukum Sosiologis Bukan Sekedar Ilmu Hukum.....	144

2. Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Empiris Deskriptif	145
3. Fungsi Prediksi Dari Hukum: Sebuah Kritik.....	146
4. Hukum Bukan Sebagai Sebuah Sistem Doktrin (“Theorem”).....	149
5. Perbedaan Antara Pernyataan Ilmu Hukum Normatif dan Sosiologis	149
6. Ilmu Hukum Sosiologis Mempresuposisikan Hukum Secara Normatif	151

Bab IV

KRITIK DAN PENGEMBANGAN TERHADAP TEORI HUKUM HANS Kelsen

A. KRITIK JOSEPH RAZ	156
B. KRITIK HARI CHAND	164
C. KRITIK J.W. HARRIS	167
D. HANS NAWIASKY DAN ANALISIS KEDUDUKAN PANCASILA.....	169

DAFTAR PUSTAKA.....	181
INDEKS	185
BIODATA PENULIS.....	188

B A B

1

PENDAHULUAN

A. SEJARAH SINGKAT KEHIDUPAN HANS KELSEN

Hingga saat ini hanya terdapat satu biografi lengkap tentang Hans Kelsen yakni yang disusun oleh Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen: Leben und Werk* diterbitkan tahun 1969. Hans Kelsen dilahirkan dari pasangan kelas menengah Yahudi berbahasa Jerman di Prague pada tanggal 11 Oktober 1881. Saat berusia tiga tahun, Kelsen dan keluarganya pindah ke Wina dan menyelesaikan masa pendidikannya. Kelsen adalah seorang agnostis, namun pada tahun 1905 Kelsen pindah agama menjadi Katolik demi menghindari masalah integrasi dan kelancaran karir akademiknya. Namun identitas Kelsen sebagai keturunan Yahudi tetap saja mendatangkan banyak masalah dalam hidupnya. Kelsen pada awalnya adalah pengacara publik yang berpandangan sekuler terhadap hukum sebagai instrumen mewujudkan kedamaian. Pandangan ini diinspirasi oleh kebijakan toleransi yang dikembangkan oleh rezim Dual Monarchy di Habsburg.¹

Sejak kecil Kelsen sesungguhnya lebih tertarik pada bi-

¹ Agustin E. Ferraro, "Book Review-Kelsen's Highest Moral Ideal," *German Law Journal* No. 10 (1 October 2002).

dang ilmu klasik dan humanisme seperti filsafat, sastra, logika, dan juga matematika. Ketertarikan inilah yang sangat mempengaruhi karya-karyanya kemudian. Tahun 1906 Kelsen memperoleh gelar Doktor di bidang hukum. Pada tahun 1905 Kelsen menerbitkan buku pertamanya berjudul *Die Staatslehre des Dante Alighieri*. Pada tahun 1908 dia mengikuti seminar di Heidelberg yang diselenggarakan oleh George Jellinek. Tahun 1911 Kelsen mengajar di University of Vienna untuk bidang hukum publik dan filsafat hukum dan menyelesaikan karya *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Pada tahun 1914 Kelsen menerbitkan dan menjadi editor *the Austrian Journal of Public Law*.²

Selama perang dunia pertama, Kelsen menjadi penasihat untuk departemen militer dan hukum (*military and justice administration*). Tahun 1918 dia menjadi *associate professor* di bidang hukum pada University of Vienna dan tahun 1919 menjadi profesor penuh di bidang hukum publik dan hukum administrasi. Pada tahun 1919, saat berakhirnya monarkhi Austria, Chancellor pemerintahan republik pertama, Karl Renner, mempercayai Kelsen menjadi penyusun konstitusi Austria. Hal ini karena kedekatan Kelsen dengan Partai Sosial Demokrat (*Social Democratic Party/SDAP*) meskipun secara formal Kelsen tetap netral karena tidak pernah menjadi anggota partai politik.

Draft konstitusi yang berhasil disusun, diterima dengan baik tanpa perubahan berarti baik oleh SDAP maupun oleh kelompok Sosialis Kristen (*Christian Socialist*) dan Nasionalis Liberal (*Liberal Nationalist*) yang kemudian bersama-sama membentuk pemerintahan koalisi. Draft konstitusi tersebut kemudian di tetapkan menjadi Konstitusi 1920. Tahun 1921 Kelsen ditunjuk sebagai anggota Mahkamah Konstitusi Austria.³

Memasuki tahun 1930 muncul sentimen anti Semitic di

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

kalangan Sosialis Kristen sehingga Kelsen diberhentikan dari anggota Mahkamah Konstitusi Austria dan pindah ke Cologne. Di sini Kelsen mengajar Hukum Internasional di University of Cologne, dan menekuni bidang khusus hukum internasional positif. Tahun 1931 dia mempublikasikan karyanya *Wer soll der Hüter des Verfassungsei?*. Tahun 1933 saat Nazi berkuasa situasi berubah cepat dan Kelsen dikeluarkan dari universitas. Bersama dengan istri dan dua putrinya Kelsen kemudian pindah ke Jenewa pada tahun 1933 dan memulai karir akademik di the Institute Universitaire des Hautes Etudes International hingga tahun 1935. Di samping itu, Kelsen juga mengajar hukum internasional di University of Prague pada tahun 1936, namun kemudian harus keluar karena sentimen anti-semit di kalangan mahasiswanya.⁴

Pecahnya perang dunia kedua dan kemungkinan terlibatnya Switzerland dalam konflik tersebut memotivasi Kelsen pindah ke Amerika Serikat pada tahun 1940. Kelsen, sebagai *research associate*, mengajar di Harvard University tahun 1940 sampai tahun 1942. Pada tahun 1942, 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. Dari tahun 1945 sampai 1952 menjadi profesor penuh, dan pada tahun 1945 itulah Kelsen menjadi warga negara Amerika Serikat dan menjadi penasihat pada United Nation War Crimes Commission di Washington dengan tugas utama menyiapkan aspek hukum dan teknis pengadilan Nuremberg. Dia juga menjadi *visiting professor* di Geneva, Newport, The Hague, Vienna, Copenhagen, Chicago, Stockholm, Helsinki, dan Edinburg. Kelsen memperoleh 11 gelar doktor *honoris causa*

³ Ferraro, *Op.Cit.*, Ladavac, *Op.Cit.*

⁴ *Ibid.*

dari Utrecht, Harvard, Chicago, Mexico, Berkeley, Salamanca, Berlin, Vienna, 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 karya⁵.

Karya-karya Kelsen di antaranya adalah:⁶

Umum

1. *Théorie générale de droit international public. Problèmes choisis.*, 42 *RdC* (1932, IV) 116.
2. *Principles of International Law*. (1952, 2nd ed. Revised and edited by Tucker, 1966).
3. *Théorie du Droit International Public.*, 84 *RdC* (1953, III) 1.
4. *Allgemeine Theorie der Normen* [General Theory of Norms] (1979)-an index is available separately (1989); tr. M. Hartney.
5. *Essays in Legal and Moral Philosophy*, sel. O. Weinberger (1973), pp. 216-27.
6. *The Communist Theory of Law* (1955). Mostly a critique of the collection *Soviet Legal Philosophy*, tr. H. Babb (1951).
7. *The Function of a Constitution* (1964), tr. I. Stewart in Tur and Twining.
8. *General Theory of Law and State* (tr. A. Wedberg 1945, reissued 1961).
9. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* [Major Problems in Theory of the Law of the State, Approached from Theory of the Legal Statement] (1911; 2nd edn. 1923, reissued 1960).

⁵ Ian Stewart menyebut karya Kelsen lebih dari 300 buku dalam tiga bahasa. Lihat, Ian Stewart, "The Critical Legal Science of Hans Kelsen," *Journal of Law and Society*, 17 (3), 1990, hal. 273-308.

⁶ Ferraro, *Op.Cit.*, Ladavac. *Op.Cit.*

10. *Pure Theory of Law* (1967 - translation by M. Knight of RR2).
11. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik* [Pure Theory of Law: Introduction to the Problematic of Legal Science] (1st edn. 1934); tr. B.L. and S.L. Paulson, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (forthcoming). The French translation, *Théorie Pure du Droit* (1953), tr. H. Thévenaz.
12. *Reine Rechtslehre* (2nd edn. 1960—tr. as PTL).
13. *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. Collected Essays (1957).
14. H. Kelsen, A. Merkl and A. Verdross, *Die Wiener rechtstheoretische Schule* [The Vienna School of Legal Theory], ed. H. Klecatsky et al. (1968, in 2 vols).

Kedaulatan

1. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920).
2. *Der Wandel des Souveränitätsbegriffs.*, 2 *Studi filosoficogiuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio* (1931) 1.
3. Sovereignty and International Law., 48 *The George-town Law Journal* (1960) 627.
4. Souveränität., *Wörterbuch des Völkerrechts* (1962) 278.

Sanksi

Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht., 12 *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1932) 481.

Hubungan Hukum Internasional dan Hukum Nasional

1. Staat und Völkerrecht., 4 *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1925) 207.

2. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public., 14 *RdC* (1926, IV) 231.
3. La transformation du droit international en droit interne., 43 *Revue générale de droit international public* (1936) 5.
4. Zur Lehre vom Primat des Völkerrechts., 12 *Revue internationale de la théorie du droit* (1938) 211.
5. Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht., 19 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht* (1958) 234.

Sumber Hukum

1. Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter., 14 *Prager Juristische Zeitschrift* (1934) 419.
2. Contribution à la théorie du traité international., 10 *Revue internationale de la théorie du droit* (1936) 253.
3. Théorie du Droit International Coutumier., *Festschrift für Franz Weyer* (1939) 85.
4. The Basis of Obligation in International Law., *Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor Camilo Barcia Trelles* (1958) 103.

Covenant of the League of Nations:

1. Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbund-statutes., 17 *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1937) 401, 590.
2. *Zur Reform des Völkerbundes* (1938).
3. *Legal Technique in International Law* (1939).
4. Revision of the Covenant of the League of Nations., *A Symposium of the Institute of World Organization* (1942) 392.

Organisasi Dunia

1. *The Legal Process and International Order* (1934).
2. “Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens”, 14 *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1935) 240.

3. The Essential Conditions of International Justice, *Proceedings of the American Society of International Law* (1941) 70.
4. “The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organisation”, 53 *The Yale Law Journal* (1944) 207.

Kedamaian

1. *Law and Peace in International Relations* (1942).
2. Compulsory Adjudication of International Disputes., 37 *AJIL* (1943) 397.
3. *Peace through Law* (1944).

Perserikatan Bangsa-Bangsa

1. *The Law of the United Nations* (1950).
2. *Recent Trends in the Law of the United Nations. A Supplement to The Law of the United Nations.* (1951).
3. Limitations on the Functions of the United Nations, 55 *The Yale Law Journal* (1946) 997.
4. The Preamble of the Charter. A Critical Analysis., 8 *The Journal of Politics* (1946) 134.
5. *General International Law and the Law of the United Nations. The United Nations - Ten Years. Legal Progress* (1956).
6. Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations., 59 *Harvard Law Review* (1946) 1087.
7. Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations., 31 *Iowa Law Review* (1946) 499.
8. *Collective Security under International Law* (1957).

Masalah-Masalah Khusus

1. “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to Punishment of War Criminals”, 31 *California Law Review* (1943) 530.

2. "Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", 1 *The International Law Quarterly* (1947) 153.
3. *Austria: Her Actual Legal Status and Reestablishment as an Independent State*. (1944).
4. "Recognition in International Law. Theoretical Observations", 35 *AJIL* (1941) 605.
5. "The Essence of International Law", *The Relevance of International Law. Essays in Honor of Leo Gross*. (1968) 85.

B. POKOK-POKOK PEMIKIRAN HANS KELSEN

Jika dilihat karya-karya yang dibuat oleh Hans Kelsen, pemikiran yang dikemukakan meliputi tiga masalah utama, yaitu tentang teori hukum, negara, dan hukum internasional. Ketiga masalah tersebut sesungguhnya tidak dapat dipisahkan satu dengan lainnya karena saling terkait dan dikembangkan secara konsisten berdasarkan logika hukum secara formal. Logika formal ini telah lama dikembangkan dan menjadi karakteristik utama filsafat Neo-Kantian yang kemudian berkembang menjadi aliran strukturalisme.⁷ Teori umum tentang hukum yang dikembangkan oleh Kelsen meliputi dua aspek penting, yaitu aspek statis (*nomostatics*) yang melihat perbuatan yang diatur oleh hukum, dan aspek dinamis (*nomodinamic*) yang melihat hukum yang mengatur perbuatan tertentu.

Friedmann mengungkapkan dasar-dasar esensial dari pemikiran Kelsen sebagai berikut:⁸

⁷ Zoran Jelaić, "A Note On Adolf Merkl's Theory Of Administrative Law", *Journal Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Vol. 1, No. 2, 1998, hal. 147. Bandingkan dengan Michael Green, "Hans Kelsen and Logic of Legal Systems", 54 *Alabama Law Review* 365 (2003), hal. 368.

1. Tujuan teori hukum, seperti tiap ilmu pengetahuan, adalah untuk mengurangi kekacauan dan kemajemukan menjadi kesatuan.
2. Teori hukum adalah ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku, bukan mengenai hukum yang seharusnya.
3. Hukum adalah ilmu pengetahuan normatif, bukan ilmu alam.
4. Teori hukum sebagai teori tentang norma-norma, tidak ada hubungannya dengan daya kerja norma-norma hukum.
5. Teori hukum adalah formal, suatu teori tentang cara menata, mengubah isi dengan cara yang khusus. Hubungan antara teori hukum dan sistem yang khas dari hukum positif ialah hubungan apa yang mungkin dengan hukum yang nyata.

Pendekatan yang dilakukan oleh Kelsen disebut *The Pure Theory of Law*, mendapatkan tempat tersendiri karena berbeda dengan dua kutub pendekatan yang berbeda antara mazhab hukum alam dengan positivisme empiris. Beberapa ahli menyebut pemikiran Kelsen sebagai "jalan tengah" dari dua aliran hukum yang telah ada sebelumnya.

Empirisme hukum melihat hukum dapat direduksi sebagai fakta sosial. Sedangkan Kelsen berpendapat bahwa interpretasi hukum berhubungan dengan norma yang non empiris. Norma tersebut memiliki struktur yang membatasi interpretasi hukum. Di sisi lain, berbeda dengan mazhab hukum alam, Kelsen berpendapat bahwa hukum tidak dibatasi oleh pertimbangan moral.⁹ Tesis yang dikembangkan oleh kaum empiris disebut dengan *the reductive thesis*, dan antitesisnya yang dikembangkan oleh mazhab hukum alam disebut dengan *normativity thesis*. Stanley L. Paulson membuat skema berikut ini untuk

⁸ W. Friedmann, *Teori & Filsafat Hukum: Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum (Susunan I)*, Judul Asli: *Legal Theory*, Penerjemah: Mohamad Arifin, Cetakan Kedua, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1993), hal. 170.

menggambarkan posisi Kelsen di antara kedua tesis tersebut terkait dengan hubungan hukum dengan fakta dan moral.¹⁰

Law and Fact Law and Morality	normativity thesis (separability of law and fact)	reductive thesis (inseparability of law and fact)
Morality thesis (inseparability of law and morality)	Natural law theory	-
Separability thesis (separability of law and morality)	Kelsen's Pure Theory of Law	Empirico-positivist theory of law

Kolom vertikal menunjukkan hubungan antara hukum dengan moralitas sedangkan baris horisontal menunjukkan hubungan antara hukum dan fakta. Tesis utama hukum alam adalah *morality thesis* dan *normativity thesis*, sedangkan *empirico-positivist* adalah *separability thesis* dan *reductive thesis*. Teori Kelsen adalah pada tesis *separability thesis* dan *normativity thesis*, yang berarti pemisahan antara hukum dan moralitas dan juga pemisahan antara hukum dan fakta. Sedangkan kolom yang kosong tidak terisi karena jika diisi akan menghasilkan sesuatu yang kontradiktif, sebab tidak mungkin memegang *reductive thesis* bersamaan dengan *morality thesis*.¹¹

Pada dua bab berikutnya akan disajikan teori umum tentang hukum yang terutama dikemukakan oleh Kelsen melalui

buku *General Theory of Law and State*¹² khususnya pada bagian pertama, yaitu konsep hukum. Pembahasan dilakukan dengan membandingkannya dengan dua buku utama lainnya, yaitu *Introduction to the Problems of Legal Theory*¹³ dan *Pure Theory of Law*¹⁴, serta pembahasan yang dilakukan oleh beberapa ahli hukum lainnya.

Teori tertentu yang dikembangkan oleh Kelsen dihasilkan dari analisis perbandingan sistem hukum positif yang berbeda-beda, membentuk konsep dasar yang dapat menggambarkan suatu komunitas hukum. Masalah utama (*subject matter*) dalam teori umum adalah norma hukum (*legal norm*), elemen-elemennya, hubungannya, tata hukum sebagai suatu kesatuan, strukturnya, hubungan antara tata hukum yang berbeda, dan akhirnya, kesatuan hukum di dalam tata hukum positif yang plural. *The pure theory of law* menekankan pada perbedaan yang jelas antara hukum empiris dan keadilan transendental dengan mengeluarkannya dari lingkup kajian hukum. Hukum bukan merupakan manifestasi dari otoritas super-human, tetapi merupakan suatu teknik sosial yang spesifik berdasarkan pengalaman manusia.

The pure theory of law menolak menjadi kajian metafisis tentang hukum. Teori ini mencari dasar-dasar hukum sebagai landasan validitas, tidak pada prinsip-prinsip meta-juridis, tetapi melalui suatu hipotesis yuridis, yaitu suatu norma dasar, yang dibangun dengan analisis logis berdasarkan cara berpikir

⁹ Green, *Op.Cit.*, hal. 366.

¹⁰ Stanley L. Paulson, "On Kelsen's Place in Jurispruden, Introduction to Hans Kelsen," *Introduction To The Problems Of Legal Theory; A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Translated by: Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, (Oxford: Clarendon Press, 1992), hal. xxvi.

¹¹ *Ibid.*

¹² Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, translated by: Anders Wedberg, (New York: Russell & Russell, 1961).

¹³ Hans Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*

¹⁴ Hans Kelsen, *Pure Theory Of Law*, Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition, Translated by: Max Knight, (Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1967).

yuristik aktual. *The pure theory of law* berbeda dengan *analytical jurisprudence* dalam hal *the pure theory of law* lebih konsisten menggunakan metodenya terkait dengan masalah konsep-konsep dasar, norma hukum, hak hukum, kewajiban hukum, dan hubungan antara negara dan hukum.¹⁵

¹⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. xiv-xvi.

B A B

2

KONSEP HUKUM STATIS (“NOMOSTATICS”)

A. KONSEP HUKUM

1. Hukum dan Keadilan

Perilaku Manusia sebagai Obyek dari Aturan

Hukum adalah tata aturan (*order*) sebagai suatu sistem aturan-aturan (*rules*) tentang perilaku manusia. Dengan demikian hukum tidak menunjuk pada satu aturan tunggal (*rule*), tetapi seperangkat aturan (*rules*) yang memiliki suatu kesatuan sehingga dapat dipahami sebagai suatu sistem. Konsekuensinya, adalah tidak mungkin memahami hukum jika hanya memperhatikan satu aturan saja.¹⁶

Pernyataan bahwa hukum adalah suatu tata aturan tentang perilaku manusia tidak berarti bahwa tata hukum (*legal order*) hanya terkait dengan perilaku manusia, tetapi juga dengan kondisi tertentu yang terkait dengan perilaku manusia. Suatu aturan menetapkan pembunuhan sebagai delik terkait dengan tindakan manusia dengan kematian sebagai hasilnya. Kematian bukan merupakan tindakan, tetapi kondisi fisiologis. Setiap aturan hukum mengharuskan manusia melakukan tindakan

¹⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 3. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 30-31.

tertentu atau tidak melakukan tindakan tertentu dalam kondisi tertentu. Kondisi tersebut tidak harus berupa tindakan manusia, tetapi dapat juga berupa suatu kondisi. Namun, kondisi tersebut baru dapat masuk dalam suatu aturan jika terkait dengan tindakan manusia, baik sebagai kondisi atau sebagai akibat.¹⁷ Perbedaan pengaturan apakah suatu perbuatan, suatu kondisi yang dihasilkan, ataukah keduanya memiliki pengaruh terhadap pertanggungjawaban atas perbuatan tersebut menentukan unsur-unsur suatu delik.¹⁸

Dalam kehidupan sosial terdapat berbagai macam tata aturan selain hukum, seperti moral atau agama. Jika masing-masing tata aturan tersebut berbeda-beda, maka definisi hukum harus spesifik sehingga dapat digunakan untuk membedakan hukum dari tata aturan yang lain.¹⁹ Masing-masing tata aturan sosial tersebut terdiri dari norma-norma yang memiliki karakteristik berbeda-beda.

Obyek dari ilmu hukum adalah norma hukum yang di dalamnya mengatur perbuatan manusia, baik sebagai kondisi atau sebagai konsekuensi dari kondisi tersebut. Hubungan antar manusia hanya menjadi obyek dari ilmu hukum sepanjang hubungan tersebut diatur dalam norma hukum.²⁰

Konsep hukum dapat dirumuskan dengan menjawab pertanyaan-pertanyaan; apakah fenomena sosial yang umumnya disebut "hukum" menunjukkan karakteristik umum yang membedakannya dari fenomena sosial lain yang sejenis? Dan apakah karakteristik tersebut begitu penting dalam kehidupan sosial sehingga bermanfaat sebagai pengetahuan tentang kehidupan sosial? Untuk menjawab pertanyaan tersebut dapat

¹⁷ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 3. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 31-32.

¹⁸ *Ibid.*, hal. 99-100.

¹⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 4.

²⁰ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 70.

dimulai dari penggunaan istilah hukum yang paling umum. Mungkin saja tidak ditemukan karakteristik khusus ataupun manfaat kepentingannya bagi masyarakat. Dalam kajian ini hukum akan didefinisikan dalam terma yang digunakan sebagai alat dalam aktivitas intelektual. Jadi pertanyaannya adalah apakah definisi tersebut dapat memenuhi tujuan teoritis yang dimaksudkan.²¹

Konsep hukum seringkali secara luas digunakan dengan mengalami bias politik dan bias ideologis. Pendapat yang menyatakan bahwa hukum dalam rezim Bolshevism, sosialisme nasional, atau fasisme yang menindas kebebasan adalah bukan hukum, menunjukkan bagaimana bias politik dapat mempengaruhi definisi hukum. Akhirnya konsep hukum dibuat terkait dengan cita keadilan, yaitu demokrasi dan liberalisme. Padahal dari optik ilmu yang bebas dari penilaian moral dan politik, demokrasi dan liberalisme hanyalah dua prinsip yang mungkin ada dalam suatu organisasi sosial, seperti halnya juga otokrasi dan sosialisme yang juga mungkin ada pada masyarakat yang lain.²² Sedangkan bias ideologis terkait dengan masih kuatnya pengaruh aliran hukum alam dalam perkembangan hukum.²³

Masalah hukum sebagai ilmu adalah masalah teknik sosial, bukan masalah moral. Tujuan dari suatu sistem hukum adalah mendorong manusia dengan teknik tertentu agar bertindak dengan cara yang ditentukan oleh aturan hukum.²⁴ Namun pernyataan bahwa "*tata aturan masyarakat tertentu yang memiliki karakter hukum adalah suatu tata hukum*" tidak memiliki implikasi penilaian moral bahwa tata aturan tersebut baik atau adil. Hu-

²¹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 4.

²² *Ibid.*, hal. 4-5.

²³ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 18.

²⁴ *Ibid.*, hal. 29.

kum dan keadilan adalah dua konsep yang berbeda.²⁵ Hukum yang dipisahkan dari keadilan adalah hukum positif.²⁶

Teori hukum murni (*the Pure Theory of Law*) adalah teori hukum positif tetapi bukan hukum positif suatu sistem hukum tertentu melainkan suatu teori hukum umum (*general legal theory*). Sebagai suatu teori tujuan utamanya adalah pengetahuan terhadap subyeknya untuk menjawab pertanyaan apakah hukum itu dan bagaimana hukum dibuat. Bukan pertanyaan apakah hukum yang seharusnya (*what the law ought to be*) atau bagaimana seharusnya dibuat (*ought to be made*).²⁷ Teori hukum

²⁵ Cara berpikir dan rasio hukum ini oleh Zoran Jelic disebut berdasarkan pada prinsip *Forma dat esse rei*, yaitu pendapat bahwa masalah dapat dilihat lebih nyata jika dibangun secara lebih formal. Hal ini berarti cara berpikir yang tidak secara langsung berhubungan dengan manusia, hak dan kebebasan manusia, negara, masyarakat, kolektivitas atau demokrasi. Konsepsi filosofis tersebut saat ini terwujud dalam strukturalisme khususnya Michel Foucault dan Claude Levi-Strauss. Jelic, *Op.Cit.*, hal. 147.

²⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 5.

²⁷ Hukum dan nilai-nilai yang bersifat subyektif dan sering dijadikan dasar pembenaran hukum dijelaskan tersendiri dalam Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 17–23. Disebut juga dengan aliran formal reduksionis (*formal reductionism*). Lihat Jelic, *Op.Cit.* hal. 1.

²⁸ *Legal Science (Rechtswissenschaft)* sering digunakan oleh Kelsen dalam arti "penyelidikan akademis terhadap hukum positif." Namun terkait dengan teori hukum murni, dia memperluas terma sehingga asumsi-asumsi umum teoritis yang mendasari hukum termasuk di dalamnya. Dalam arti yang luas ini ilmu hukum juga meliputi teori hukum. Istilah ini semula digunakan berasal dari bahasa latin "*Jurisprudentia*" menjadi bahasa Jerman "*Jurisprudenz*" yang kadang-kadang menekankan pada ketrampilan hukum dan pengetahuan hukum. Pendekatan selain *legal science* yang dikemukakan oleh Kelsen adalah sejarah hukum (*legal history*) dan perbandingan hukum (*comparative law*). Namun pandangan Kelsen lebih tepat disebut sebagai *Legal Theory* Lihat Appendix I: Supplementary Notes pada Kelsen, *Introduction... , Op.Cit.*, hal. 127-129. Masalah bangunan logika dari sistem hukum yang digunakan oleh Kelsen serta pengaruh dari Imanuel Kant dapat dilihat pada artikel Green, *Op.Cit.*, hal. 365–413.

murni adalah ilmu hukum (*legal science*),²⁸ bukan kebijakan hukum (*legal policy*).^{29, 30}

Konsep Hukum dan Ide Keadilan

Membebaskan konsep hukum dari ide keadilan cukup sulit karena secara terus-menerus dicampur-adukkan secara politis terkait dengan tendensi ideologis untuk membuat hukum terlihat sebagai keadilan. Jika hukum dan keadilan identik, jika hanya aturan yang adil disebut sebagai hukum, maka suatu tata aturan sosial yang disebut hukum adalah adil, yang berarti suatu justifikasi moral. Tendensi mengidentikan hukum dan keadilan adalah tendensi untuk menjustifikasi suatu tata aturan sosial. Hal ini merupakan tendensi dan cara kerja politik, bukan tendensi ilmu pengetahuan. Pertanyaan apakah suatu hukum adalah adil atau tidak dan apa elemen esensial dari keadilan, tidak dapat dijawab secara ilmiah, maka *the pure theory of law* sebagai analisis yang ilmiah tidak dapat menjawabnya. Yang dapat dijawab hanyalah bahwa tata aturan tersebut mengatur perilaku manusia yang berlaku bagi semua orang dan semua orang menemukan kegembiraan di dalamnya. Maka keadilan sosial adalah kebahagiaan sosial.³¹

Jika keadilan dimaknai sebagai kebahagiaan sosial, maka kebahagiaan sosial tersebut akan tercapai jika kebutuhan indi-

²⁹ Kebijakan Hukum atau *Legal Policy (Rechtspolitik)* dapat dibandingkan dengan kebijakan luar negeri (*foreign policy*), kebijakan moneter (*monetary policy*). *Legal policy* secara umum arti dan tujuannya adalah terkait dengan pertanyaan apa yang seharusnya ditetapkan sebagai hukum (*what ought to be enacted as law*). *Ibid.*, hal. 7 fn. 2.

³⁰ *Ibid.*, hal. 7. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 1. *Pure Theory of Law* disebut oleh Joseph Raz telah mengeksplorasi dasar-dasar bagi the *sciences of social norms*. Lihat Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An introduction to the Theory of a Legal System*, (Oxford: Clarendon Press, 1978), hal. 45.

³¹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 5-6.

vidu sosial terpenuhi. Tata aturan yang adil adalah tata aturan yang dapat menjamin pemenuhan kebutuhan tersebut. Namun tidak dapat dihindarkan adanya fakta bahwa keinginan seseorang atas kebahagiaan dapat bertentangan dengan keinginan orang lain. Maka keadilan adalah pemenuhan keinginan individu dalam suatu tingkat tertentu. Keadilan yang paling besar adalah pemenuhan keinginan sebanyak-banyaknya orang. Sampai di manakah batasan tingkat pemenuhan tersebut agar dapat memenuhi kebahagiaan sehingga layak disebut keadilan? Pertanyaan tersebut tidak dapat dijawab berdasarkan pengetahuan rasional. Jawaban pertanyaan tersebut adalah suatu pembenaran nilai (*a judgment of value*), yang ditentukan oleh faktor emosional dan tunduk pada karakter subyektif sehingga bersifat relatif. *A judgment of value* adalah pernyataan di mana sesuatu dideklarasikan sebagai suatu tujuan. *Statement* semacam itu selalu ditentukan oleh faktor emosional.³²

Suatu sistem nilai positif tidak diciptakan secara bebas oleh individu tersendiri, tetapi selalu merupakan hasil saling mempengaruhi antarindividu dalam suatu kelompok. Setiap sistem moral dan ide keadilan merupakan produk masyarakat dan berbeda-beda tergantung pada kondisi masyarakatnya. Fakta bahwa terdapat nilai-nilai yang secara umum diterima oleh masyarakat tertentu tidak bertentangan dengan karakter subyektif dan relatif dari pembenaran nilai. Demikian pula halnya dengan banyaknya persetujuan individu terhadap pembenaran tersebut tidak membuktikan bahwa pembenaran tersebut adalah benar. Hal ini sama dengan fakta bahwa banyaknya orang percaya matahari mengelilingi bumi tidak dengan sendirinya membuktikan kebenarannya.³³

³² *Ibid.*, hal. 6.

³³ *Ibid.*, hal. 7-8.

Kriteria keadilan, seperti halnya kriteria kebenaran, tidak tergantung pada frekuensi dibuatnya pembenaran tersebut. Karena manusia terbagi menjadi banyak bangsa, kelas, agama, profesi, dan sebagainya, yang berbeda-beda, maka terdapat banyak ide keadilan yang berbeda-beda pula. Terlalu banyak untuk menyebut salah satunya sebagai *keadilan*.³⁴

Justifikasi rasional atas suatu postulat yang didasarkan pada pembenaran nilai subyektif adalah menipu diri sendiri (*self deception*) atau merupakan suatu ideologi. Bentuk tipikal dari ideologi semacam ini adalah penekanan adanya suatu tujuan akhir dan adanya semacam regulasi perbuatan manusia yang telah ditentukan sebelumnya (*definite*) sebagai proses alam atau kondisi alami dari rasio manusia atau kehendak Tuhan.³⁵ Kehendak Tuhan dalam doktrin hukum alam identik dengan alam karena alam diciptakan oleh Tuhan, dan hukum adalah ekspresi alami kehendak Tuhan. Hukum alam tidak diciptakan oleh tindakan manusia, tidak artifisial ataupun kehendak bebas manusia. Hukum alam dapat dan harus dideduksikan dari alam oleh kerja pikiran.³⁶

Namun hukum alam juga belum mampu menentukan isi dari tata aturan yang adil. Keadilan hanya dirumuskan dalam formula kosong seperti *sum cuique* atau tautologi yang tidak bermakna seperti kategori imperatif Kant yang menyatakan bahwa tindakan seseorang harus ditentukan hanya oleh prinsip yang akan mengikat semua orang.

³⁴ *Ibid.*, hal. 8.

³⁵ Ilmu sebagai pengetahuan selalu mengikuti tendensi internal untuk mengetahui subyeknya, tetapi ideologi politik menyembunyikan realitas karena berakar pada kehendak dan bukan pengetahuan, pada emosi dan bukan elemen kesadaran rasional. Ideologi politik berasal dari kepentingan tertentu atau paling tidak pada kepentingan selain kepentingan kebenaran itu sendiri. Jelic, *Op.Cit.*, hal. 148.

³⁶ *Ibid.*, hal. 8.

Beberapa penulis mendefinisikan keadilan dengan formula "kamu harus melakukan yang benar dan tidak melakukan yang salah." Tetapi apa yang dimaksud "benar" dan "salah"?³⁷ Jawaban pertanyaan tersebut diberikan oleh hukum positif. Konsekuensinya semua formula keadilan memiliki akibat menjustifikasi tata hukum positif. Mereka hendak mengungkapkan tata hukum positif sebagai sesuatu yang adil. Namun mungkin saja suatu aturan hukum positif adalah tidak adil. Prinsip hukum alam validitasnya berpijak pada pembenaran nilai yang tidak obyektif. Analisis kritis selalu menunjukkan bahwa hal itu hanya merupakan ekspresi dari kepentingan kelas sosial tertentu.³⁸

Teori ini tidak menolak dalil bahwa hukum harus baik dan sesuai dengan moral. Yang ditolak adalah pandangan bahwa hukum merupakan bagian dari moral dan semua hukum adalah arti tertentu atau derajat tertentu dari moral. Menyatakan bahwa hukum adalah wilayah tertentu dari moralitas sama halnya dengan menyatakan bahwa hukum harus sesuai dengan moralitas.³⁹

³⁷ Charles E. Rice menyatakan bahwa Ilmu Hukum yang dikembangkan oleh Kelsen berdasarkan pada paham relativisme filosofis (*philosophical relativism*) yang mendukung doktrin empiris bahwa realitas hanya eksis dalam pengetahuan manusia dan merupakan obyek dari pengetahuan. Yang absolut adalah realitas itu sendiri yang berada di luar pengalaman manusia. Realitas ini tidak dapat diakses oleh pengetahuan manusia (*inaccessible dan unknowable*). Kelsen percaya bahwa absolutisme filosofis (*philosophical absolutism*) akan berujung pada absolutisme politik, sedangkan relativisme filosofis berujung pada relativisme politik, yaitu demokrasi. Karena hukum terlepas dari nilai benar dan salah atau keadilan secara absolut, maka hukum adalah pemenuhan kepentingan individu yang setara dan diformulasikan sebagai kehendak mayoritas. Hampir semua aliran positivisme menolak kemampuan rasio manusia untuk mengetahui apa yang benar dan salah. Charles E. Rice, *The Role Of Legal Ethics And Jurisprudence In National Building*, Makalah tanpa tahun, hal. 1 dan 2.

³⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 10-11.

³⁹ Kelsen, *Introduction ... , Op.Cit.*, hal. 15.

Doktrin hukum alam memiliki karakteristik dasar berupa dualisme antara hukum positif dan hukum alam. Di atas hukum positif yang tidak sempurna, eksis hukum alam yang sempurna. Hukum positif hanya dibenarkan (*justified*) sepanjang sesuai dengan hukum alam. Akibat adanya dualisme ini memunculkan dualisme metafisik antara realitas dan ide Platonik. Inti filsafat Plato adalah doktrinnya tentang *idea* yang membagi dunia menjadi dua wilayah (*sphere*); pertama adalah dunia yang terlihat, yang disebut dengan realitas; dan kedua adalah dunia yang tidak terlihat, yaitu dunia ide. Sesuatu dalam realitas hanyalah tiruan yang tidak sempurna dari ide dalam dunia yang tidak terlihat. Ini adalah dualisme antara *nature* dan *supernature*.⁴⁰ Karakteristik ini juga disebut sebagai konsep transendental hukum yang berkaitan dengan karakter metafisik dari hukum alam.⁴¹

Dualisme ini memiliki karakter *optimistic-conservatif* atau *pessimistic-revolutionary* terkait dengan apakah terdapat kesesuaian atau kontradiksi antara realitas empiris dan ide transendental. Tujuan dari metafisik ini adalah tidak untuk menjelaskan realitas secara rasional, tetapi menolak atau menerimanya secara emosional. Jika dikatakan bahwa dunia ide adalah pengetahuan yang dapat diketahui, atau jika ada keadilan yang diakui secara obyektif, maka tidak akan ada hukum positif dan negara, karena tidak dibutuhkan lagi untuk membuat manusia bahagia.⁴²

Keadilan adalah sesuatu diluar rasio karena itu bagaimanapun pentingnya bagi tindakan manusia, tetap bukan subyek pengetahuan. Bagi pengetahuan rasional yang ada

⁴⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 12.

⁴¹ Namun harus diperhatikan bahwa konsep "transenden" di sini maksudnya adalah diluar batas pengalaman manusia. Hal ini berbeda dengan konsep "transendental" Kantian yang digunakan oleh Kelsen untuk menyebutkan penelitian terhadap pengalaman yang memungkinkan. Kelsen, *Introduction... , Op.Cit.*, hal. 21 dan fn. No. 16.

⁴² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 12-13.

dalam masyarakat yang ada hanyalah kepentingan dan konflik kepentingan. Solusinya dapat diberikan oleh tata aturan yang memenuhi satu kepentingan atas pengorbanan kepentingan lain, atau membuat suatu kompromi antara kepentingan yang bertentangan. Di antara dua pilihan tersebut mana yang disebut adil tidak dapat ditentukan oleh pengetahuan secara rasional. Pengetahuan tersebut hanya dapat muncul berdasarkan ketentuan hukum positif berupa undang-undang yang ditentukan secara obyektif. Tata aturan ini adalah hukum positif. Inilah yang dapat menjadi obyek ilmu, bukan hukum secara metafisik. Teori ini disebut *the pure theory of law* yang mempresentasikan hukum sebagaimana adanya tanpa mempertahankan dengan menyebutnya adil, atau menolaknya dengan menyebut tidak adil. Teori ini mencari hukum yang riil dan mungkin, bukan hukum yang benar.⁴³

Berdasarkan pengalaman, hanya suatu tata hukum yang membawa kompromi antara kepentingan yang bertentangan dan dapat meminimalisir kemungkinan friksi. Hanya tata aturan demikian yang akan menyelamatkan perdamaian sosial dalam masalah tertentu. Walaupun ide keadilan yang dibangun berbeda dengan ide perdamaian, namun terdapat tendensi nyata untuk mengidentikkan kedua ide tersebut, atau setidaknya untuk mensubsitusikan ide perdamaian terhadap keadilan.⁴⁴

Keadilan dapat dimaknai sebagai legalitas. Adalah adil jika suatu aturan diterapkan pada semua kasus di mana menurut isinya memang aturan tersebut harus diaplikasikan. Adalah tidak adil jika suatu aturan diterapkan pada satu kasus tetapi tidak pada kasus lain yang sama.⁴⁵ Keadilan dalam arti legalitas adalah suatu kualitas yang tidak berhubungan dengan isi tata aturan positif, tetapi dengan pelaksanaannya. Menurut legalitas,

⁴³ *Ibid.*, hal. 13.

⁴⁴ *Ibid.*, hal. 14.

⁴⁵ Kelsen, *Introduction ...*, *Op.Cit.*, hal. 16 dan 25.

pernyataan bahwa tindakan individu adalah adil atau tidak adil berarti *legal* atau *illegal*, yaitu tindakan tersebut sesuai atau tidak dengan norma hukum yang valid untuk menilai sebagai bagian dari tata hukum positif. Hanya dalam makna legalitas inilah keadilan dapat masuk ke dalam ilmu hukum.⁴⁶

2. Kriteria Hukum: Hukum Sebagai Teknik Sosial

Jika melakukan investigasi terhadap hukum positif dan membandingkannya dengan semua tatanan sosial yang disebut hukum, baik sekarang maupun masa lalu, akan ditemukan karakteristik umum yang tidak terdapat pada tatanan sosial lain. Karakteristik ini menunjukkan fakta yang penting bagi kehidupan sosial dan studi ilmu pengetahuan. Dan karakteristik ini membedakan hukum dari fenomena sosial lain seperti moral dan agama. Perbedaan antara hukum dengan tatanan norma sosial lain dapat dilihat dari sudut fungsinya sebagai motivasi langsung atau tidak langsung, konsekuensi dalam bentuk sanksi berupa hukuman dan imbalan, monopoli penggunaan sanksi, dan faktor kepatuhan terhadap norma.

Motivasi Langsung dan Tidak Langsung

Fungsi dari setiap tatanan sosial adalah untuk mewujudkan tindakan timbal balik dalam masyarakat, untuk membuat orang tidak melakukan tindakan yang mengganggu masyarakat, dan untuk melakukan sesuatu yang bermanfaat bagi masyarakat. Terkait dengan cara agar perilaku sosial dipatuhi, terdapat berbagai tipe aturan sosial. Tipe-tipe ini memiliki karakteristik berupa motivasi spesifik yang diberikan oleh aturan untuk membujuk orang agar melakukan sesuatu yang diinginkan.

⁴⁶ Kelsen, *General Theory*, *Op.Cit.*, hal. 14.

Motivasi mungkin bersifat langsung atau tidak langsung. Tata aturan dapat memberikan keuntungan tertentu untuk kepatuhan dan kerugian tertentu untuk ketidakpatuhan, dan atau menjanjikan keuntungan atau ketakutan akan diperlakukan secara merugikan sebagai motif tindakan. Perilaku sesuai dengan aturan yang berlaku dan diikuti dengan sanksi ditentukan oleh aturan itu sendiri.⁴⁷ Prinsip ganjaran dan hukuman (*reward and punishment*), sebagai prinsip redistribusi yang sangat mendasar dalam kehidupan sosial, diterapkan sesuai dengan perilaku tertentu yang sesuai dengan aturan dan yang tidak sesuai dengan aturan dengan suatu janji keuntungan atau perlakuan merugikan yang disebut sebagai sanksi.⁴⁸

Terdapat tata aturan sosial yang tidak menyediakan sanksi, tetapi hanya menyatakan bahwa perilaku tertentu seharusnya dilakukan oleh individu sebagai hal yang menguntungkan, adalah suatu norma yang menentukan bahwa tindakan tersebut mencukupi sebagai motif untuk melakukan sesuatu sesuai dengan norma. Tipe ini merupakan bentuk motivasi langsung dalam bentuknya yang benar-benar murni dan jarang dijumpai dalam realitas sosial.⁴⁹

Hampir tidak ada norma yang memiliki bentuk sebagai motivasi secara langsung bagi individu. Lebih dari itu, perilaku sosial selalu terkait dengan pembenaran nilai yang menentukan bahwa tindakan sesuai aturan adalah *baik* dan yang bertentangan adalah *buruk*. Jadi kesesuaian dengan tata aturan biasanya terkait dengan persetujuan orang banyak sebagai reaksi. Reaksi dari kelompok sosial terhadap perilaku seseorang inilah yang menjadi sanksi dari tata aturan tersebut.⁵⁰

⁴⁷ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 24–26.

⁴⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 15.

⁴⁹ *Ibid.*, hal. 15.

⁵⁰ *Ibid.*, hal. 16.

Dari sudut pandang realistik, perbedaan yang menentukan adalah tidak antara tata aturan yang keberlakuannya tergantung pada sanksi dan yang tidak tergantung pada sanksi. Semua tatanan sosial paling tidak memiliki sanksi berupa reaksi spesifik dari komunitas atas perbuatan anggotanya.⁵¹ Perbedaannya adalah bahwa tata aturan sosial tertentu di dalamnya menentukan sanksi tertentu, sedangkan dalam tata aturan yang lain sanksinya adalah reaksi otomatis dari komunitas.⁵²

Sanksi yang Terorganisasi secara Sosial dan Sanksi Transendental

Sanksi yang dibuat oleh tatanan sosial dapat bersifat transendental, yaitu religius, atau yang bersifat sosialimanen. Tatanan sosial awal (primitif) memiliki karakter sepenuhnya religius. Tidak ada sanksi lain selain yang religius berasal dari otoritas di atas manusia. Belakangan, di samping yang transendental, muncul sanksi yang bersifat sosialimanen yang diorganisasikan dan dilaksanakan oleh individu tertentu yang ditentukan oleh tatanan sosial sesuai dengan ketentuan aturan tersebut. Namun pada awalnya sanksi yang diorganisasikan secara sosial ini dijamin oleh sanksi yang transendental. Hukuman mati terhadap pelaku pembunuhan dilakukan oleh organ masyarakat pada masa lalu dengan pembenaran bahwa hukuman tersebut dibenarkan secara religius.⁵³

Perkembangan berikutnya menunjukkan bahwa fungsi tatanan religius hanya merupakan tambahan dan pendukung bagi tata aturan sosial. Sanksi menjadi tindakan eksklusif manusia yang diatur oleh tata aturan sosial itu sendiri. Sanksi transendental hanya merupakan motivasi bagi individu untuk

⁵¹ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 27–28.

⁵² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 16

⁵³ *Ibid.*, hal. 16–17. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 28–30.

⁵⁴ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 17.

patuh terhadap tata aturan tertentu, walaupun sanksi tersebut tidak dilaksanakan dalam realitas oleh manusia.⁵⁴

Dua bentuk sanksi yang telah dikemukakan adalah perlakuan yang merugikan terkait dengan ketidakpatuhan atau janji keuntungan dalam hal kepatuhan. Realitas sosial menunjukkan bahwa yang pertama memainkan peran paling penting dari pada yang kedua. Hal ini dapat dilihat dengan adanya sanksi sebagai hal yang selalu ada dalam norma aturan sosial. Teknik imbalan (*reward*) memainkan peran signifikan hanya dalam hubungan privat antarindividu yang selalu disertai dengan sanksi hukuman terhadap ketidakpatuhan salah satu pihak.⁵⁵

Hukum sebagai Perintah yang Memaksa ("a Coercive Order")

Tindakan yang dilakukan terhadap pelanggar aturan sebagai sanksi yang diorganisasikan secara sosial dapat berupa sesuatu yang mengganggu kondisi orang tersebut seperti kehidupan, kesehatan, kebebasan, atau kepemilikan. Karena diambil tanpa keinginannya, maka sanksi memiliki karakter sebagai paksaan yang terukur. Hal ini tidak selalu berarti bahwa pelaksanaan sanksi menghendaki adanya kekuatan fisik.⁵⁶

Suatu tata aturan sosial yang menghendaki perilaku individu tertentu dan dilakukan dengan menetakannya sebagai paksaan terukur disebut sebagai suatu perintah yang memaksa (*a coercive order*).⁵⁷ Hal ini berlawanan dengan semua aturan sosial lain yang lebih memberikan imbalan dari pada hukuman sebagai

⁵⁴ *Ibid.*, hal. 17.

⁵⁶ *Ibid.*, hal. 18.

⁵⁷ Pada edisi pertama, Kelsen menggunakan istilah *Coercive Norm*. Lihat, Kelsen, *Introduction ...*, *Op.Cit.*, hal. 26. Bandingkan dengan H.L.A. Hart yang menyebutnya dengan istilah "*order backed by threat*" dan "*coerced order*" sebagai spesies dari genus "*imperative mood*". Lihat H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Tenth Impression, (Oxford: Oxford University Press, 1979), hal. 18-20.

sanksi, ataupun yang tidak memberikan sanksi sama sekali dan hanya berdasarkan motivasi langsung. Tata aturan selain yang merupakan *a coercive order*, keberlakuannya tidak berdasarkan pada paksaan, tetapi pada kepatuhan sukarela.⁵⁸

Hukum adalah *a coercive order*. Inilah elemen umum yang dapat dipahami pada penggunaan kata hukum di berbagai tata hukum di dunia sehingga merupakan terminologi yang dapat dibenarkan serta merupakan konsep yang sangat signifikan artinya bagi kehidupan sosial.⁵⁹

Hukum, Moralitas, dan Agama

Ketika mengakui hukum sebagai teknik sosial yang spesifik, sebagai *a coercive order*, kita dapat melawankannya dengan tatanan sosial lain yang sama-sama merupakan bagian dari masyarakat tetapi berbeda artinya. Hukum adalah suatu alat sosial yang spesifik, bukan tujuan. Hukum, moralitas, dan agama, semuanya melarang pembunuhan. Tetapi hukum melakukannya dengan menentukan bahwa jika seseorang melakukan pembunuhan, maka orang lain yang ditentukan oleh aturan hukum, harus melakukan paksaan yang terukur tertentu kepada pembunuh tersebut seperti yang ditentukan aturan hukum. Sedangkan moralitas terbatas dengan menyatakan bahwa "Kamu dilarang membunuh" (*thou shalt not kill*) tanpa menentukan reaksi moral tertentu.⁶⁰

Karakter sosial dari moral adalah bahwa norma moral yang menentukan suatu perbuatan lebih ditujukan untuk diri

⁵⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 18-19. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 33-35.

⁵⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 19. Maka hukum dipahami sebagai *a normative coercive order* untuk membedakannya dengan jenis perintah paksaan lain (misalnya perintah perampok) dan dengan norma sosial lainnya. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 44- 50.

⁶⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 20.

sendiri, bukan sebagai perintah terhadap orang lain. Perbuatan yang dilakukan atas dasar moralitas biasanya ditujukan untuk memenuhi kepentingan tuntutan moral diri sendiri. Hal ini berarti moral hanya merujuk kepada motif dari tindakan seseorang. Moralitas tidak memiliki organ tertentu untuk melaksanakan norma moral. Pelaksanaan norma moral adalah hanya merupakan evaluasi individu lain terhadap suatu perbuatan tertentu. Moralitas seringkali mempostulasikan adanya kebenaran absolut. Karena hal inilah maka moral harus dibedakan dengan hukum, karena suatu norma hukum tidak selalu memenuhi justifikasi moral. Validitas norma hukum positif tidak tergantung pada moralitas. Hal ini seperti berlaku pada hubungan antara hukum dan keadilan, karena keadilan merupakan suatu postulat moral.⁶¹

Norma agama lebih mendekati norma hukum daripada norma moral karena mengancam (*threatened*) pembunuh dengan hukuman oleh otoritas di atas manusia. Tetapi sanksi tersebut memiliki karakter transendental, bukan sanksi yang diorganisasikan secara sosial. Mungkin saja norma agama lebih efektif dari pada norma hukum karena keberlakuannya mensyaratkan kepercayaan terhadap eksistensi dan kekuasaan otoritas di atas manusia. Jadi masalahnya bukan pada efektivitas sanksi, tetapi hanya pada apakah dan bagaimana sanksi tersebut ditentukan oleh tata aturan sosial.⁶²

Sanksi yang terorganisasi secara sosial adalah suatu tindakan paksaan yang dilakukan oleh individu yang ditentukan secara langsung oleh aturan sosial, dengan cara yang juga telah ditentukan, terhadap individu yang bertanggungjawab atas tindakan yang bertentangan dengan aturan tersebut. Tindakan yang bertentangan tersebut disebut delik (*delict*). Delik dan sank-

si ditentukan oleh aturan hukum. Sanksi adalah reaksi aturan hukum terhadap delik, atau reaksi komunitas yang ditentukan oleh aturan hukum, terhadap pelaku kejahatan (*delinquent*). Individu yang melakukan tindakan sanksi merupakan agen dari aturan hukum.⁶³

Terdapat keberatan terhadap definisi hukum sebagai perintah yang memaksa didasarkan pada fakta adanya hukum yang tidak memberikan sanksi, tetapi hanya memberikan otoritas. Adalah benar terdapat bagian hukum yang tidak mengatur perbuatan dengan menyediakan sanksi sebagai konsekuensinya. Namun harus diingat bahwa aturan yang dimaksud adalah aturan prosedural, bukan material. Hukum modern sangat jarang sekali mengatur suatu perbuatan tertentu tanpa membuat tindakan sebaliknya sebagai kondisi bagi suatu sanksi. Selain itu, definisi hukum yang tidak menentukan hukum sebagai perintah yang memaksa harus ditolak karena (1) hanya dengan memasukkan elemen sanksilah hukum dapat dibedakan secara jelas dengan tatanan sosial lainnya; (2) paksaan adalah faktor yang sangat penting sebagai pengetahuan hubungan sosial dan menjadi karakter utama dari hukum; dan (3) adanya sanksi adalah karakter utama dari hukum modern dalam hubungannya antara hukum dan negara.⁶⁴

Monopoli Penggunaan Kekuatan

Penggunaan paksaan oleh seseorang pada prinsipnya adalah suatu delik atau sanksi.⁶⁵ Paksaan dalam sanksi adalah tindakan yang dilakukan untuk mencegah penggunaan paksaan dalam delik. Kekuatan digunakan untuk mencegah penggunaan kekuatan dalam masyarakat. Hal ini terlihat seperti suatu

⁶¹ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 59–69.

⁶² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 20.

⁶³ *Ibid.*, hal. 20–21.

⁶⁴ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 50–54.

⁶⁵ *Ibid.*, hal. 42.

antinomy; dan usaha untuk menghindari antinomy sosial ini akan berujung pada anarkisme absolut yang melarang penggunaan kekuatan paksaan bahkan untuk sanksi. Anarkisme hendak membuat aturan sosial yang sepenuhnya berdasarkan kepatuhan sukarela dan menolak menggunakan hukum sebagai *a coercive order*.⁶⁶

Namun antinomy tersebut hanya kelihatannya saja. Hukum adalah suatu tatanan untuk mewujudkan perdamaian sehingga melarang penggunaan kekuatan paksaan dalam hubungan masyarakat. Hukum tidak sama dengan penggunaan kekuatan biasa. Hukum adalah suatu kekuatan yang terorganisasi digunakan dalam hubungan antarmanusia hanya oleh orang tertentu dan hanya dalam kondisi tertentu. Sehingga dapat dikatakan bahwa hukum membuat penggunaan kekuatan paksaan menjadi monopoli dari komunitas yang dengan itu berarti mendamaikan komunitas.⁶⁷

Damai adalah suatu kondisi di mana tidak ada penggunaan kekuatan. Hukum dapat mewujudkan damai secara relatif, bukan damai yang absolut dengan cara melarang individu menggunakan kekuatan tetapi memberikannya pada komunitas. Kedamaian hukum bukan merupakan kondisi tidak adanya kekuatan secara absolut atau suatu anarki, tetapi kondisi monopoli kekuatan oleh komunitas. Hukum adalah suatu aturan di mana penggunaan kekuatan secara umum dilarang kecuali

⁶⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 21. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 35–36.

⁶⁷ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 21. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 36–37.

⁶⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 22. Dalam *Pure Theory of Law* Kelsen menyebutkan bahwa kekuatan digunakan secara monopoli untuk mewujudkan keamanan kolektif (*collective security*) yang dalam derajat tertentu merupakan prasyarat bagi terwujudnya perdamaian. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 37–39.

dalam kondisi tertentu dan untuk individu tertentu diijinkan sebagai suatu sanksi.⁶⁸

Sepanjang tidak ada monopoli komunitas untuk secara paksa dengan kekuatan mencampuri kepentingan individual, atau sepanjang aturan sosial tidak menentukan bahwa kekuatan paksaan atas kepentingan individu hanya dapat dilakukan dalam kondisi khusus sebagai sanksi, maka tidak akan ada kepentingan individu yang dilindungi oleh aturan sosial. Dengan kata lain tidak ada hukum dan dalam hal ini berarti tidak ada kedamaian.⁶⁹

Hukum dan Tekanan Psikis

Pandangan bahwa paksaan adalah elemen esensial hukum seringkali secara salah ditafsirkan bahwa efektivitas sanksi hukum adalah bagian dari konsep hukum. Sanksi dikatakan efektif jika individu subyek hukum bersikap sesuai hukum atau sanksi dilaksanakan terhadap delik, sehingga dikatakan bahwa hukum adalah aturan yang dapat ditegakkan (*enforcible rule*) seperti yang dikemukakan oleh Holland.⁷⁰

Kata paksaan dalam pandangan mereka adalah suatu tekanan psikis (*psychic compulsion*) yang menentukan bahwa tindakan seseorang diatur oleh hukum. Dikatakan suatu paksaan jika memenuhi sebagai motif untuk melakukan tindakan sesuai aturan hukum. Jika diartikan sebagai tekanan psikis, maka hukum tidak berbeda dengan norma moral atau agama yang juga menitikberatkan pada bentuk sanksi sebagai tekanan fisik. Hal ini karena dalam agama dan moralitas, sanksi tidak diorganisasikan secara sosial dan lebih merupakan tekanan psikis.⁷¹

⁶⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 21–22.

⁷⁰ *Ibid.*, hal. 23.

⁷¹ *Ibid.*, hal. 23.

Sebagai tambahan bahwa tekanan psikis sebagai elemen esensial konsep hukum memiliki banyak kelemahan adalah karena tidak diketahui secara pasti apa motif seseorang untuk mematuhi hukum.⁷² Tidak ada tata hukum positif yang pernah menginvestigasi secara ilmiah secara memuaskan tentang hal ini. Bahwa suatu tata hukum adalah berlaku secara ketat hanya berarti bahwa tindakan banyak orang sesuai dengan aturan hukum. Tidak ada informasi spesifik yang dapat diberikan tentang motif tindakan orang-orang tersebut dan tentang tekanan psikis yang berasal dari aturan hukum.⁷³

Argumentasi menentang Hukum sebagai Perintah yang Memaksa

Doktrin tentang paksaan sebagai elemen esensial hukum sering menimbulkan perselisihan, khususnya dari sudut pandang sosiologis. Keberatan tersebut terkait dengan fakta bahwa orang mematuhi aturan hukum dan memenuhi kewajiban hukumnya dalam banyak kasus tidak karena takut kepada sanksi yang ada dalam aturan hukum, tetapi karena alasan lain. Eugen Ehrlich adalah salah satu tokoh sosiologi hukum (*sociology of law*) yang mengemukakan hal tersebut.⁷⁴

Pernyataan bahwa individu subyek hukum menyesuaikan perbuatannya dengan aturan tersebut tidak semata-mata karena keinginan untuk menghindar dari akibat yang tidak dapat diterimanya berupa sanksi hukum, tidak diragukan lagi adalah benar. Tetapi pernyataan ini tidak seluruhnya tidak sesuai dengan doktrin bahwa paksaan adalah elemen esensial hukum. Doktrin perintah yang memaksa tidak menunjuk pada motif sesungguhnya dari tindakan individu yang diatur hukum, tetapi

⁷² Kelsen, *Introduction ...*, *Op.Cit.*, hal. 31.

⁷³ Kelsen, *General Theory*, *Op.Cit.*, hal. 24.

⁷⁴ *Ibid.*, hal. 24–25.

isinya secara khusus digunakan oleh aturan hukum untuk menentukan perilaku individu tertentu sebagai teknik khusus dari aturan sosial. Doktrin bahwa paksaan adalah elemen esensial hukum menunjuk pada hukum itu sendiri sebagai suatu fakta bahwa aturan hukum menetapkan sanksi. Fakta ini berupa teknik sosial khusus yang membedakannya dengan aturan sosial lain.⁷⁵

Jika kita mengkarakteristikan perilaku manusia dari sudut pandang motifnya, maka merupakan wilayah studi sosiologi agama, bukan sosiologi hukum. Jika aturan hukum menentukan hukuman dalam kasus seorang melakukan pembunuhan, pencurian, zina, adalah karena legislatif menentukan demikian, maka kepercayaan pada Tuhan dan perintahnya sebagai motif tidak mencukupi untuk memaksa orang tidak melakukan kejahatan tersebut. Jika terdapat aturan hukum yang menetapkan sanksi khusus, maka adalah semata-mata karena orang yang membuat dan melaksanakan aturan hukum ini berpendapat, benar atau salah, bahwa aturan sosial lainnya yang tidak memiliki sanksi atau memiliki bentuk sanksi lain, tidak cukup efektif untuk mewujudkan perilaku yang diharapkan oleh pembuat dan pelaksana aturan hukum.⁷⁶

Apa yang membedakan aturan hukum dari semua aturan sosial lainnya adalah fakta bahwa aturan hukum mengatur perilaku manusia sebagai suatu teknik khusus. Jika tidak mengakui elemen khusus hukum ini, jika tidak meyakini hukum sebagai suatu teknik sosial spesifik, jika mendefinisikan hukum secara sederhana sebagai aturan atau organisasi, dan bukan suatu aturan atau organisasi yang memaksa, maka akan kehilangan kemungkinan membedakan hukum dari fenomena sosial lain-

⁷⁵ *Ibid.*, hal. 26.

⁷⁶ *Ibid.*, hal. 25.

nya. Maka sama artinya dengan mengidentikkan hukum dengan masyarakat, dan sosiologi hukum dengan sosiologi umum.

Hal tersebut adalah tipikal kekeliruan dari banyak *legal sociologist* khususnya sosiologi hukum Eugen Ehrlich. Tesis utamanya adalah bahwa hukum adalah suatu aturan yang memaksa hanya jika mengidentikkan hukum sebagai keputusan pengadilan tentang perselisihan hukum yang diajukan kepadanya. Tetapi hukum tidak, dan tidak hanya, aturan tersebut. Hukum adalah aturan terkait dengan perbuatan yang seharusnya dilakukan orang. Terhadap pendapat ini dapat dikemukakan keberatan bahwa tidak semua aturan terkait dengan *men actually behave* adalah aturan hukum. Lalu apa perbedaan antara aturan sosial lain dengan aturan hukum?⁷⁷

Argumen lain melawan doktrin bahwa paksaan adalah elemen esensial hukum atau bahwa sanksi membentuk elemen yang dibutuhkan dalam struktur hukum, adalah sebagai berikut; jika untuk menjamin keberlakuan suatu norma yang melarang perilaku tertentu diperlukan norma lain yang memberikan sanksi dalam kasus yang pertama tidak dipatuhi, maka suatu rangkaian sanksi tanpa akhir (*regressus ad infinitum*) tidak dapat dihindarkan.⁷⁸

Pernyataan bahwa untuk menjamin keberlakuan suatu aturan diperlukan aturan lain dan adalah tidak mungkin menjamin keberlakuan semua aturan hukum dengan aturan yang memiliki sanksi adalah benar. Tetapi aturan hukum adalah bukan aturan keberlakuan yang dijamin oleh aturan lain yang memiliki sanksi. Suatu aturan adalah aturan hukum tidak karena keberlakuannya dijamin oleh aturan lain yang memiliki sanksi tetapi semata-mata karena aturan tersebut memiliki sanksi.

⁷⁷ *Ibid.*, hal. 26–28.

⁷⁸ *Ibid.*, hal. 28.

⁷⁹ *Ibid.*, hal. 29.

Masalah paksaan bukan masalah menjamin keberlakuan aturan, tetapi masalah isi aturan.⁷⁹

Akhirnya, salah satu keberatan terhadap doktrin bahwa paksaan adalah elemen esensial hukum adalah dengan menyatakan bahwa diantara norma-norma dalam tata hukum terdapat banyak aturan yang tidak memiliki sanksi. Norma-norma konstitusi disebut sebagai norma hukum walaupun tidak memiliki sanksi. Hal ini akan dibahas pada bab selanjutnya.⁸⁰

3. Validitas dan Keberlakuan (“Validity and Efficacy”)

Elemen *paksaan* yang esensial dalam hukum tidak merupakan *psychic compulsion*, tetapi fakta bahwa sanksi sebagai tindakan spesifik ditentukan dalam kasus spesifik oleh aturan yang membentuk aturan hukum. Elemen paksaan relevan hanya sebagai bagian dari isi norma hukum, bukan sebagai suatu proses dalam pikiran individu subyek norma. Hal ini tidak dimiliki oleh sistem moralitas. Apakah orang benar-benar bertindak sesuai aturan untuk menghindari sanksi aturan hukum atau tidak, dan apakah sanksi itu sungguh dilaksanakan atau tidak, adalah masalah yang terkait dengan keberlakuan hukum. Yang menjadi pertanyaan di sini adalah validitas hukum, bukan keberlakuan hukum.⁸¹

Apa yang membedakan validitas dengan keberlakuan? Suatu aturan hukum melarang pencurian dengan menyatakan bahwa setiap pencuri harus dihukum oleh hakim. Aturan ini *valid* untuk semua orang yang harus mematuhi aturan tersebut (subyek). Bagi mereka mencuri itu dilarang namun dapat dikatakan bahwa aturan hukum ini valid terutama untuk orang

⁸⁰ *Ibid.*, hal. 29.

⁸¹ *Ibid.*, hal. 29–30.

⁸² *Ibid.*, hal. 30.

yang mencuri, yang berarti melanggar aturan. Jadi dapat dikatakan bahwa aturan hukum adalah valid walaupun dalam kasus aturan tersebut kurang berlaku dalam kasus tetap adanya pencurian.⁸²

Aturan ini memang harus dilaksanakan oleh hakim tidak hanya terhadap subyeknya tetapi juga berlaku bagi organ yang harus melaksanakan. Namun dalam kondisi tertentu bisa saja organ tersebut tidak mampu melaksanakan sanksi terhadap orang yang melanggar aturan. Pada kasus tertentu aturan tetap valid bagi hakim walaupun tanpa keberlakuan.

Validitas adalah eksistensi norma secara spesifik.⁸³ Suatu norma adalah valid merupakan suatu pernyataan yang mengasumsikan eksistensi norma tersebut dan mengasumsikan bahwa norma itu memiliki kekuatan mengikat (*binding force*) terhadap orang yang perilakunya diatur. Aturan adalah hukum, dan hukum yang jika valid adalah norma. Jadi hukum adalah norma yang memberikan sanksi. Tetapi apakah norma itu?⁸⁴

Kritik Terhadap Teori Austin: Hukum sebagai Perintah yaitu suatu Ekspresi Kehendak

Norma sebagai kategori yang dikualifikasi sebagai suatu keharusan adalah genus, bukan *differentia specifica* dari hukum. Sebaliknya, norma hukum adalah bagian dari norma secara umum.⁸⁵ Dalam memberikan penjelasan tentang norma, dapat diasumsikan bahwa norma adalah perintah seperti Austin yang mengkarakteristikan hukum atau aturan sebagai suatu perintah. Tepatnya hukum atau aturan sebagai spesies dari perintah. Suatu perintah adalah ekspresi kehendak individu dan obyeknya adalah individu yang lainnya. Perintah berbeda

dari permintaan. Perintah merupakan ekspresi kehendak dalam bentuk imperatif bahwa orang lain harus bertindak dengan cara tertentu. Apakah suatu perintah mengikat atau tidak tergantung pada apakah individu yang memerintahkan memiliki otoritas untuk membuat perintah atau tidak.⁸⁶

Austin kemudian mengidentikkan dua konsep, perintah dan perintah yang mengikat. Hal ini keliru karena tidak semua perintah yang dibuat oleh seseorang yang memiliki kekuasaan superior adalah mengikat. Perintah penjahat untuk memberikan uang adalah tidak mengikat, walaupun penjahat tersebut benar-benar dapat memaksakan keinginannya. Suatu perintah adalah mengikat bukan karena individu yang memerintah memiliki superioritas kekuasaan, tetapi karena dia diotorisasi atau diberi kekuasaan untuk membuat perintah yang mengikat. Dan diotorisasi atau dikuasakan terjadi hanya jika suatu aturan normatif memberikan kapasitas untuk itu. Selanjutnya ekspresi keinginan tersebut adalah suatu perintah yang mengikat walaupun jika individu yang memerintah tidak memiliki kekuasaan nyata melebihi individu yang diperintah. Aturan hukum adalah perintah yang mengikat karena dibuat oleh otoritas yang kompeten.⁸⁷

Suatu perintah yang mengikat akan tetap mengikat walaupun keinginan yang menjadi dasar perintah tersebut sudah tidak ada. Hal ini misalnya dapat dilihat dalam kasus pembuatan wasiat, di mana perintah tersebut masih tetap mengikat walaupun yang memiliki keinginan telah meninggal. Bahkan meninggalnya orang yang memberikan wasiat menjadi dasar berlakunya wasiat.⁸⁸

Untuk membuat suatu kontrak yang mengikat, dua indi-

⁸³ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 12.

⁸⁴ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 30.

⁸⁵ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 26.

⁸⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 30–31.

⁸⁷ *Ibid.*, hal. 31.

⁸⁸ *Ibid.*, hal. 32.

vidu harus mengekspresikan persetujuannya. Kontrak adalah produk dari kehendak dua pihak. Walaupun demikian, kontrak tetap berlaku jika kemudian salah satu pihak berubah pikiran dan tidak lagi menginginkan apa yang telah dikatakan sebagai keinginannya ketika kontrak dibuat. Jadi kontrak mengikat para pihak walaupun bertentangan dengan keinginannya yang sesungguhnya. Jadi kekuatan mengikat tidak berpijak pada adanya kehendak para pihak, atau dalam hal yang lebih luas pemberi perintah, sebab tetap valid dan mengikat walaupun keinginan telah berubah.⁸⁹

Suatu undang-undang ada karena keputusan parlemen dan eksis pada saat ketika keputusan sudah dibuat sehingga jika dianggap sebagai ekspresi keinginan, maka undang-undang berlaku pada saat keinginan sudah tidak ada. Keinginan adalah suatu fenomena psikologis yang berakhir setelah suatu tindakan selesai dilakukan. Seorang yuris yang hendak mencari keberadaan hukum tidak dapat dilakukan dengan mencoba membuktikan adanya fenomena psikologis tersebut. Seorang yuris menyatakan bahwa suatu undang-undang eksis walaupun ketika individu yang menciptakannya tidak lagi menginginkan isi undang-undang tersebut, bahkan juga ketika tidak seorang pun menginginkan isi aturan tersebut.⁹⁰

Jika kita menganalisa secara psikologis prosedur pembuatan undang-undang, maka isi undang-undang tidak harus merupakan tindakan berdasarkan keinginan. Undang-undang dibuat oleh keputusan parlemen sebagai otoritas yang kompeten dengan prosedur pengambilan keputusan utamanya adalah *voting* terhadap suatu rancangan undang-undang. Undang-undang diputuskan berdasarkan suara mayoritas anggota. Anggota yang menentang rancangan tersebut otomatis keinginannya tidak

⁸⁹ *Ibid.*, hal. 32–33.

⁹⁰ *Ibid.*, hal. 33. Kelsen, *Pure Theory, Op. Cit.*, hal. 4–5.

⁹¹ Kelsen, *General Theory, Op. Cit.*, hal. 33–34.

menjadi isi atau bertentangan dengan isi undang-undang.⁹¹

Terlepas dari fakta bahwa anggota yang tidak setuju berarti keinginannya bertentangan dengan isi undang-undang, tetapi ekspresi dari keinginannya tersebut tetap merupakan sesuatu yang esensial dalam pembuatan undang-undang karena merupakan keputusan seluruh parlemen, termasuk minoritas yang berbeda. Bahkan mungkin ada anggota parlemen yang sama sekali tidak mengetahui isi undang-undang yang disetujui atau ditolaknya.⁹²

Karakteristik khayalan bahwa aturan hukum adalah suatu perintah masih dapat dilihat dalam kasus hukum kebiasaan. Kita tidak akan pernah dapat menyatakan bahwa hukum kebiasaan adalah keinginan atau perintah dari orang-orang yang tindakannya diatur dalam kebiasaan. Eksistensi kebiasaan tidak melibatkan keinginan isi aturan dari yang masyarakat yang memiliki aturan tersebut.⁹³

“Keharusan” (The “Ought”)

Ketika hukum digambarkan sebagai “perintah” atau “ekspresi kehendak” legislator, dan ketika tata hukum dikatakan sebagai perintah atau keinginan negara, maka harusnya dipahami sebagai *a figurative mode of speech*. Jika aturan hukum adalah suatu perintah, maka merupakan perintah yang *depsychologized*. Suatu perintah yang tidak mengimplikasikan makna adanya keinginan secara psikologis. Perbuatan yang ditentukan dalam aturan hukum “dituntut” tanpa adanya kebutuhan adanya keinginan dalam makna psikologis. Hal ini diekspresikan dengan kata *one “shall”* atau *one “ought”* untuk mengikuti perbuatan yang ditentukan oleh hukum. Suatu norma adalah suatu aturan yang

⁹² *Ibid.*, hal. 34.

⁹³ *Ibid.*, hal. 34–35.

⁹⁴ *Ibid.*, hal. 35. Kelsen, *Pure Theory, Op. Cit.*, hal. 6.

mengekspresikan fakta bahwa seseorang harus (*ought*) bertindak dengan cara tertentu, tanpa mengimplikasikan bahwa sungguh-sungguh menginginkan orang tersebut bertindak demikian.⁹⁴ Kategori ini memiliki karakter yang sepenuhnya formal yang membedakannya dengan prinsip ide hukum yang transenden. Kategori hukum ini yang dalam terminologi Kantian adalah teoritis transenden (*theoretically transcendental*) bukan merupakan transenden yang metafisis.⁹⁵

Perbandingan antara "keharusan" suatu norma dan suatu perintah hanya dalam arti yang terbatas. Menurut Austin, adalah sifat mengikat dari hukum yang membuatnya sebagai suatu perintah. Maka tidak ada perbedaan antara hukum yang dibuat parlemen, kontrak dua pihak, atau wasiat individu. Namun sungguh tidak mungkin menyebut kontrak atau wasiat sebagai suatu perintah, karena dalam hal ini berarti pembuat perintah memerintahkan diri sendiri. Tetapi adalah mungkin bahwa suatu norma dibuat oleh individu yang sama yang terikat dengan norma ini.⁹⁶

Berdasarkan hal tersebut muncul keberatan bahwa sesungguhnya kontrak tidak mengikat para pihak. Adalah hukum negara yang mengikat para pihak untuk bertindak sesuai kontrak. Namun kadang-kadang hukum memang berdekatan dengan kontrak. Hal ini merupakan esensi dari demokrasi bahwa hukum dibuat oleh individu yang juga terikat dengan hukum tersebut. Namun hukum yang dibuat dengan jalan

⁹⁴ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 25. Imanuel Kant membuat perbedaan fundamental antara manusia sebagai bagian alam yang tunduk pada hukum sebab akibat, dan manusia sebagai makhluk berakal yang mengatur perilakunya dengan perintah-perintah yang menghasilkan perbedaan antara "yang seharusnya ada" dan "yang ada" (*sollen-und sein*). Teori ini dibatasi oleh Kant khusus mengenai pengetahuan, yang oleh Kelsen diperluas hingga hukum. Lihat, W. Friedmann, *Op.Cit.*, hal. 170.

⁹⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 35–36. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 7.

demokrasi tidak dapat disebut sebagai perintah sebab tidak dibuat oleh individu tertentu yang berada di atas individu lain tetapi dibuat oleh sesuatu yang impersonal, otoritas yang berbeda dari individu. Inilah otoritas hukum yang berada di atas individu yang diperintah dan memberi perintah. Ide ini menunjukkan bahwa kekuatan mengikat bukan berasal dari orang yang memerintah, tetapi dari perintah impersonal anonim yang diekspresikan dalam istilah "*non sub homine, sed sub lege*". Perintah yang impersonal dan anonymus ini disebut dengan norma.⁹⁷

Ringkasnya, untuk mengatakan bahwa suatu norma adalah valid untuk individu tertentu adalah tidak sama dengan mengatakan bahwa individu tertentu menginginkan individu lain untuk melakukan tindakan tertentu. Norma adalah valid juga bukan karena eksistensi kehendak. Norma tetap valid walaupun individu tersebut tidak melaksanakan norma tersebut. Perbedaan antara "*ought*" dan "*is*" bersifat fundamental dalam mendeskripsikan hukum.⁹⁸

Norma: Umum–Individual, "Conditional–Unconditional"

Laws of nature adalah pernyataan tentang peristiwa nyata, sedangkan aturan hukum adalah perintah tentang perilaku manusia. *Laws of nature* adalah aturan yang mendeskripsikan bagaimana peristiwa alam sesungguhnya terjadi dan mengapa terjadi. Aturan hukum menunjuk hanya pada perilaku manusia, menentukan bagaimana seharusnya manusia bertindak, dan tidak menyatakan tentang tindakan aktual dan mengapa melakukannya. Untuk mencegah kesalahmengertian maka sebaiknya tidak digunakan istilah aturan (*rule*), tetapi menggunakan istilah norma (*norm*) untuk mengkarakteristikan hukum. Alasan lain

⁹⁷ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 36.

⁹⁸ *Ibid.*, hal. 37. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 9–10.

⁹⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 37–38.

adalah karena *rule* membawa konotasi sesuatu yang "umum" (*general*). Suatu aturan (*rule*) tidak menunjuk pada satu peristiwa tertentu tetapi pada keseluruhan peristiwa yang sama.⁹⁹

Kenyataan menunjukkan bahwa hukum sering dijelaskan sebagai aturan umum (*general rule*). Austin mengidentikkan hukum dan aturan sehingga memahami hukum hanya sebagai norma umum (*general norms*). Tetapi tidak diragukan lagi bahwa hukum tidak hanya terdiri dari norma umum, tetapi juga meliputi norma individual, yaitu norma yang menentukan tindakan seorang individu dalam satu situasi tertentu dan norma tersebut valid hanya pada kasus tertentu serta mungkin dipatuhi atau dilaksanakan sekali saja. Norma semacam ini adalah "hukum" karena merupakan bagian dari tata hukum secara keseluruhan. Contoh norma individual adalah keputusan pengadilan yang kekuatan mengikatnya terbatas pada kasus tertentu dan orang tertentu. Dengan demikian kekuatan mengikat atau validitas hukum secara intrinsik tidak terkait dengan kemungkinan karakter umumnya, tetapi hanya karena karakternya sebagai norma.¹⁰⁰

Norma hukum umum selalu memiliki bentuk pernyataan yang hipotetis. Sanksi yang ditentukan oleh norma ditetapkan untuk kondisi tertentu. Juga suatu norma hukum individual mungkin memiliki bentuk hipotesisnya. Suatu keputusan pengadilan dapat menentukan bahwa dalam hal tergugat tidak melakukan tindakan yang diputuskan, maka sanksi akan diberikan. Inilah *conditional norms* atau *hypothetical norm*. *Unconditional norms* atau *categorical norm* dapat dilihat pada kasus pengadilan pidana menjatuhkan hukuman atas delik pembunuhan. Maka

⁹⁹ *Ibid.*, hal. 38.

¹⁰¹ Dalam *General Theory of Law and State* Kelsen menyebutnya dengan istilah *conditional norm* dan *unconditional norm*, sedangkan dalam *Pure Theory of Law* disebut dengan istilah *hypothetical norm* dan *categorical norm*. *Ibid.*, hal. 38–39. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 100–101.

hukuman tersebut harus dijalankan tanpa adanya konsekuensi jika hukuman tersebut tidak dijalankan.¹⁰¹

Norma dan Tindakan

Pelaksanaan keputusan pengadilan tidak dengan sendirinya merupakan suatu norma hukum. Jika menyebutnya sebagai tindakan hukum (*legal act*) atau sebagai hukum, maka definisi hukum sebagai suatu sistem norma akan menjadi sempit. Tidak hanya pelaksanaan suatu norma hukum, tetapi semua tindakan yang membentuk norma hukum adalah tindakan hukum.¹⁰²

Suatu tindakan dengan mana norma umum atau norma individual dibuat adalah tindakan yang ditentukan oleh aturan hukum sebagai tindakan pelaksanaan norma hukum. Suatu tindakan adalah tindakan hukum secara eksklusif karena ditentukan oleh suatu norma hukum. Kualitas legal dari suatu tindakan identik dengan kaitannya dengan suatu norma hukum. Suatu tindakan adalah tindakan hukum hanya karena dan hanya sepanjang ditentukan oleh suatu norma hukum.¹⁰³

Keberlakuan hukum berarti bahwa orang bertindak sebagaimana seharusnya bertindak sebagai bentuk kepatuhan dan pelaksanaan norma. Jika validitas adalah kualitas hukum, maka keberlakuan adalah kualitas perbuatan manusia sebenarnya dan bukan tentang hukum itu sendiri. Pernyataan bahwa hukum adalah efektif berarti tindakan manusia sebenarnya sesuai dengan aturan hukum. Maka validitas dan keberlakuan menunjuk pada fenomena yang sangat berbeda. Hukum sebagai norma yang valid ditemukan pada ekspresinya dalam pernyataan bahwa orang harus bertindak dengan cara tertentu. Pernyataan ini tidak memberikan kita sesuatu tentang peristiwa sebenarnya. Keberlakuan hukum terdiri dari fakta bahwa orang menyesuaikan-

¹⁰² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 39.

¹⁰³ *Ibid.*, hal. 39.

¹⁰⁴ *Ibid.*, hal. 39–40.

kan tindakannya sesuai dengan suatu norma.¹⁰⁴

Penilaian bahwa perbuatan aktual sesuai dengan suatu norma atau bahwa tindakan seseorang adalah seharusnya menurut suatu norma, dapat dikarakteristikkan sebagai *a judgment of value*. Penilaian semacam ini dapat juga mengekspresikan ide tentang kesesuaian perbuatan dengan suatu norma. Norma dalam hal ini digunakan sebagai suatu standar valuasi. Dapat dinyatakan bahwa fakta ditafsirkan menurut suatu norma. Norma menjadi suatu skema penafsiran.¹⁰⁵

Penafsiran suatu tindakan individu bertentangan dengan suatu norma bukan merupakan *a logical contradiction*. Tindakan yang disebut bertentangan dengan norma adalah tindakan yang tidak memenuhi norma, bukan tindakan yang semata-mata berlawanan dengan norma.¹⁰⁶ Tindakan tersebut kemudian menjadi suatu kondisi spesifik menurut hukum untuk adanya suatu konsekuensi.¹⁰⁷

Keberlakuan ("Efficacy") sebagai Kondisi bagi Validitas

Walaupun validitas dan keberlakuan adalah konsep yang berbeda, namun terdapat hubungan yang penting antara keduanya. Suatu norma dikatakan valid hanya dalam hal menjadi bagian dari suatu sistem norma yang secara keseluruhan berlaku. Maka keberlakuan adalah suatu kondisi bagi validitas.¹⁰⁸

Wilayah ("Sphere") Validitas Norma

Karena norma mengatur perilaku manusia, dan perilaku manusia berada pada waktu dan ruang, maka norma adalah valid untuk waktu tertentu dan di tempat tertentu. Validitas suatu

¹⁰⁵ *Ibid.*, hal. 40.

¹⁰⁶ *Ibid.*, hal. 41.

¹⁰⁷ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 27.

¹⁰⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 42.

norma berawal dari suatu waktu dan berakhir pada waktu lain. Demikian pula halnya bahwa norma valid untuk suatu wilayah sosial tertentu dan tidak untuk wilayah sosial yang lain. Kita dapat menyebutnya sebagai wilayah validitas temporal dan wilayah validitas spasial dari suatu norma. Untuk menentukan bagaimana seharusnya orang bertindak, seseorang harus menentukan kapan dan di mana mereka bertindak. Sedangkan bagaimana mereka seharusnya bertindak, dan tindakan apa yang harus dilakukan dan tidak boleh dilakukan, adalah wilayah materiil dari validitas suatu norma. Selain itu isi dari norma juga meliputi elemen personal siapa yang harus bertindak menurut norma tersebut. Jadi terdapat empat wilayah validitas suatu norma, yaitu personal, material, teritorial, dan spasial.¹⁰⁹

Kadang-kadang ditekankan bahwa norma dapat memperoleh validitasnya tidak untuk masa lalu, tetapi untuk masa depan. Tetapi norma juga dapat menunjuk pada perbuatan masa lalu. Masa lalu dan masa depan bersifat relatif untuk suatu waktu. Tidak ada halangan apapun yang dapat mencegah kita jika mengaplikasikan suatu norma sebagai skema penafsiran, suatu standar evaluasi, terhadap fakta yang terjadi sebelum norma tersebut ada. Apa yang dilakukan seseorang di masa lalu dapat kita evaluasi dengan norma yang baru ada kemudian. Hal ini akan berimplikasi bahwa secara hukum tidak ada halangan untuk memberlakukan suatu norma secara retroaktif. Sebagai perbandingan, pada masa lalu adalah kewajiban religius untuk mengorbankan manusia pada Tuhan, dan perbudakan adalah institusi legal. Saat ini kita mengatakan bahwa pengorbanan manusia dan perbudakan adalah kejahatan dan perbudakan sebagai institusi hukum adalah *immoral*.¹¹⁰

¹⁰⁹ *Ibid.*, hal. 42., Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 12-13. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 10-15.

¹¹⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 43.

Hukum Retroaktif dan Ketidaktahuan Hukum

Nilai politik dan moral atas hukum retroaktif mungkin dipermasalahkan, tetapi kemungkinannya tidak dapat diragukan. Konstitusi Amerika misalnya menyatakan dalam Artikel I Seksi 9 klausul 3: "*No...ex post facto law shall be passed.*" Terma *ex post facto law* ditafsirkan sebagai hukum pidana yang berlaku retroaktif. Hukum retroaktif menuai keberatan dan tidak diinginkan karena melukai perasaan keadilan atas sanksi, terutama hukuman, terhadap individu karena suatu tindakan atau omisi di mana individu tersebut tidak dapat mengetahui bahwa hal itu akan dikenai sanksi.¹¹¹

Namun, kita mengenal prinsip dasar dalam semua tata hukum positif bahwa ketidaktahuan hukum tidak merupakan pemaaf seseorang (*ignorantia juris neminem excusat*). Fakta bahwa seorang individu tidak tahu bahwa hukum memuat sanksi pada perbuatannya atau omisinya adalah bukan alasan untuk tidak mengenakan sanksi kepadanya. Kadang-kadang prinsip tersebut ditafsirkan secara restriktif yaitu "*ketidaktahuan hukum bukan pemaaf jika individu tidak tahu hukumnya walaupun memungkinkan (possible) untuk mengetahui hukum*". Maka prinsip ini menjadi tidak sesuai dengan penolakan hukum retroaktif. Pemisahan antara kasus di mana individu dapat mengetahui hukum yang valid pada waktu dia melakukan delik, dan kasus di mana individu tidak dapat mengetahui hukum adalah sesuatu yang problematik.¹¹²

Kenyataannya, secara umum dipresuposisikan bahwa hukum yang valid dapat diketahui oleh individu yang perilakunya diatur oleh hukum tersebut. Ini adalah *presumptio juris et de jure*, yaitu suatu dugaan hukum yang tidak membutuhkan

¹¹¹ *Ibid.*, hal. 44.

¹¹² *Ibid.*, hal. 44.

bukti. Hal ini adalah tidak benar; praduga tersebut merupakan bentuk dari fiksi hukum. Sesuai dengan kemungkinan dan ketidakmungkinan mengetahui hukum tersebut, maka tidak ada perbedaan yang esensial antara suatu hukum yang retroaktif dan dalam banyak kasus hukum yang tidak retroaktif tapi tidak dapat diketahui oleh individu yang menjadi subyek hukum.¹¹³

4. Norma Hukum

Norma Hukum dan Aturan Hukum dalam Arti Deskriptif

Jika paksaan (*coercion*) adalah elemen esensial hukum, maka norma yang membentuk tata hukum harus norma yang menentukan suatu *coercive act*, yaitu sanksi. Sebagai bagiannya, norma umum harus norma di mana sanksi tertentu dibuat tergantung pada kondisi tertentu. Ketergantungan ini diekspresikan dengan konsep keharusan (*ought*). Hal ini tidak menyebabkan bahwa perumusan norma dilakukan dalam bentuk keharusan atau preskripsi.¹¹⁴ Pembuat hukum dapat juga menentukan dengan bentuk kalimat akan datang (*future tense*) seperti "*a thief will be punished*". Frase akan dihukum tidak mengimplikasikan prediksi peristiwa yang akan datang, tetapi suatu imperatif atau perintah dalam makna figuratif.¹¹⁵

Adalah tugas dari ilmu hukum mewakili hukum suatu komunitas, yaitu materi yang diproduksi oleh otoritas hukum dalam prosedur pembuatan hukum, menjelaskan akibat bentuk pernyataan bahwa jika hal tertentu dan kondisi tertentu terpenuhi, maka sanksi tertentu akan mengikuti. Pernyataan

¹¹³ *Ibid.*, hal. 44.

¹¹⁴ Keharusan atau preskripsi ini dapat diatur baik secara positif maupun negatif dalam bentuk perintah (*commanding*), otorisasi (*authorizing*) dan juga *permitting*. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 15–17.

¹¹⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 45.

ini harus tidak dicampurkan dengan norma yang dibuat oleh otoritas pembuat hukum. Norma hukum yang ditetapkan oleh otoritas pembuat hukum adalah deskriptif, sedangkan aturan hukum yang diformulasikan oleh ilmu hukum adalah deskriptif.¹¹⁶

Aturan Hukum dan Hukum tentang Alam ("Law of Nature")

Hukum adalah suatu fenomena sosial, yaitu sesuatu yang dapat diamati dalam masyarakat. Masyarakat sebagai obyek amatan adalah hal yang berbeda dari fenomena alam. Jika ilmu hukum tidak sama dengan ilmu alam, maka harus memiliki perbedaan sebanyak mungkin dengan ilmu alam. Perbedaan tersebut adalah pada interpretasi data sosial berupa tindakan sebagai tindakan itu sendiri dan bukan sebagai fakta material eksternal yang ditangkap dari suatu obyek.¹¹⁷

Aturan hukum, terma yang digunakan dalam makna deskriptif, adalah suatu *hypothetical judgment (hypo-thetisches Urteil)*¹¹⁸ yang memberikan konsekuensi tertentu atas kondisi tertentu. Hal ini juga merupakan bentuk logis dari *law of nature*. Seperti halnya hukum alam, ilmu alam mendeskripsikan obyeknya dalam kalimat yang memiliki karakter *hypothetical judgment*. Dan seperti halnya aturan hukum, *law of nature* juga menghubungkan dua faktor di mana satu sebagai kondisi dan yang lain sebagai konsekuensi. Kondisi dalam hal ini adalah *sebab* sedangkan konsekuensi adalah *akibat*. Bentuk fundamental *law of nature* adalah hukum kausalitas. Perbedaan antara aturan hukum dan *law of nature* adalah bahwa aturan hukum mengenai manusia dan perbuatannya, sedangkan *law of nature* mengenai sesuatu dan

reaksinya. *Law of nature* menentukan bahwa jika A terjadi, maka B terjadi (atau akan terjadi). Aturan hukum menyatakan; jika A terjadi, B harus terjadi. Aturan hukum adalah suatu norma.¹¹⁹

Biasanya perbedaan antara *law of nature* dengan norma dikarakteristikan dengan pernyataan bahwa *law of nature* tidak dapat memiliki perkecualian, sedangkan norma dapat. Namun hal ini tidak benar. Suatu fakta memiliki karakter sebagai perkecualian terhadap suatu aturan jika pernyataan yang membentuk fakta tersebut adalah secara logis bertentangan dengan aturan. Karena suatu norma adalah bukan pernyataan tentang realitas, maka tidak ada pernyataan fakta riil yang dapat dikontradiksikan dengan suatu norma. Maka tidak ada perkecualian dalam suatu norma.¹²⁰

Norma Hukum sebagai Standar Valuasi

Norma hukum dapat diaplikasikan tidak hanya dalam arti dilaksanakan oleh organ atau dipatuhi oleh subyeknya, tetapi juga dalam arti membentuk dasar bagi suatu penilaian spesifik untuk mengkualifikasikan perbuatan organ, atau subyek sebagai *lawful* atau *unlawful*. Suatu tindakan dikualifikasikan sebagai perbuatan tertentu menurut norma, seperti tindakan menghilangkan nyawa dikualifikasikan sebagai pembunuhan. Ini adalah penilaian spesifik yang juristik di mana norma berfungsi sebagai skema penilaian tindakan (*scheme of interpretation*).¹²¹ Namun aktivitas penilaian hakim juga terkait dengan adil atau tidak adil, tetapi hanya sepanjang kapasitasnya dalam menjalankan fungsi pembuatan hukum. Sepanjang dia terlihat mengaplikasikan hukum, tindakannya dimaknai sebagai *lawful* atau *unlawful* seperti tindakan orang lain sebagai subyek dari hukum.¹²²

¹¹⁶ *Ibid.*, hal. 45. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 71–75.

¹¹⁷ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 8–9.

¹¹⁸ *Ibid.*, hal. 23.

¹¹⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 45–46.

¹²⁰ *Ibid.*, hal. 46.

¹²¹ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 10-11. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 3-4.

Suatu penilaian hukum yang menentukan hubungan positif atau negatif antara perbuatan manusia tertentu dengan norma hukum, mengimplikasikan keyakinan eksistensi suatu norma hukum. Keyakinan ini dapat diverifikasi dengan kenyataan keberadaan norma tersebut. Maka penilaian hukum memiliki karakter obyektif sehingga eksistensi nilai hukum adalah sesuatu yang dapat diverifikasi secara obyektif.¹²³

B. SANKSI

Pada awalnya hanya terdapat satu macam sanksi, yaitu sanksi kriminal berupa hukuman dalam arti sempit terkait dengan kehidupan, kesehatan, atau kepemilikan. Namun kemudian juga muncul sanksi perdata bersamaan dengan perkembangan hukum perdata. Perbedaan antara hukum perdata dan hukum pidana adalah perbedaan karakter sanksinya. Sanksi dalam hukum perdata bertujuan untuk memberikan reparasi (*reparation*), sedangkan hukum pidana tujuannya adalah retributif atau menurut pandangan modern adalah adanya pencegahan (*deterrence, prevention*).¹²⁴

Perbedaan lebih lanjut dapat dilihat dalam prosedur agar sanksi dapat diberikan. Dalam hukum perdata hanya dilakukan dengan tindakan oleh subyek tertentu yang berkepentingan atas pelaksanaan sanksi tersebut. Sedangkan dalam hukum pidana berlaku prosedur di pengadilan yang dilakukan secara *ex officio* dengan tindakan organ, yaitu *public prosecutor*.¹²⁵

¹²³ *Ibid.*, hal. 48–49.

¹²⁴ *Ibid.*, hal. 50.

¹²⁵ *Ibid.*, *Op.Cit.*, hal. 50–51.

C. DELIK

1. “Mala In Se” dan “Mala Prohibita”

Delik adalah suatu kondisi di mana sanksi diberikan berdasarkan norma hukum yang ada. Tindakan manusia dikatakan sebagai suatu delik karena aturan hukum mengenakan suatu sanksi sebagai konsekuensi dari tindakan tersebut. Adalah delik kriminal jika memiliki sanksi kriminal, dan adalah suatu delik perdata jika memiliki suatu sanksi perdata sebagai konsekuensinya. Berdasarkan pandangan hukum positif, tidak ada kriteria lain yang dapat menentukan suatu fakta sebagai delik selain adanya sanksi menurut aturan hukum. Tidak ada delik tanpa adanya sanksi, dan karenanya tidak ada delik karena perbuatan itu sendiri.¹²⁶

Dalam teori hukum pidana tradisional, terdapat perbedaan antara *mala in se* dan *mala in prohibita*. *Mala in se* adalah tindakan yang jahat karena tindakan itu sendiri (*evil in itself*), sedangkan *mala prohibita* adalah tindakan yang disebut jahat karena dilarang oleh tata hukum positif. Perbedaan ini adalah perbedaan yang merupakan elemen tipikal dalam doktrin hukum alam, yang tidak dapat diterapkan dalam teori hukum positif.¹²⁷

Selanjutnya perlu membedakan antara pertanyaan hukum bagaimana mendefinisikan konsep delik dalam teori hukum positif, dari pertanyaan moral politik perbuatan apa yang oleh legislator harus dikaitkan dengan suatu sanksi secara adil. Tentu saja legislator pertama kali harus mengidentifikasi perbuatan yang merugikan atau melukai, *a malum*, untuk diberikan sanksi. Sebelum sanksi ditetapkan, maka perbuatan tersebut bukan

¹²⁶ *Ibid.*, hal. 51.

¹²⁷ *Ibid.*, hal. 51–52.

malum dalam arti hukum karena perbuatan hanya menjadi *malum* hanya jika dilarang (*prohibitum*). Hal ini adalah konsekuensi dari prinsip hukum pidana "*nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*". Tidak ada sanksi tanpa norma hukum yang memberikan sanksi. Tidak ada delik tanpa norma hukum yang menentukan bahwa itu delik.¹²⁸

2. Delik Sebagai Suatu Kondisi Bagi Sanksi

Dari pandangan yang murni hukum, delik dikarakteristikan sebagai kondisi bagi sanksi. Namun delik tidak hanya merupakan kondisi karena dalam kasus perdata dikenakannya sanksi sebagai konsekuensi adanya delik masih membutuhkan tindakan lain dari pihak yang berkepentingan untuk menuntut dilaksanakannya sanksi.¹²⁹ Hubungan antara delik dan sanksi ini meskipun dapat dianalogikan dengan hukum sebab dan akibat, tetapi bukan merupakan hukum sebab akibat karena ilmu hukum membicarakan norma sebagai keharusan dan bukan peristiwa aktual. Hubungan ini merupakan ketentuan normatif yang dapat disebut sebagai imputasi (*imputation*).¹³⁰

Namun jelas bahwa berdasarkan pandangan hukum, delik bukan merupakan pelanggaran hukum (*violation of law*) karena validitas norma hukum tidak terancam oleh delik. Delik juga bukan merupakan sesuatu yang bertentangan dengan hukum (*contrary to the law*) atau menegasikan hukum (*a negation to the law*). Bagi ahli hukum, delik adalah suatu kondisi yang ditentukan oleh hukum.¹³¹

¹²⁸ *Ibid.*, hal. 52.

¹²⁹ *Ibid.*, hal. 53.

¹³⁰ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 75–81. Pembahasan tentang konsep imputasi pada bagian lain.

¹³¹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal 53. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 111–114.

Definisi hukum atas delik harus secara keseluruhan berdasarkan norma hukum. Maka delik normalnya adalah tindakan individu terhadap mana dikenakan sanksi sebagai konsekuensi tindakan tersebut. Kreteria konsep delik adalah elemen yang ditentukan dalam materi norma hukum, bukan yang dimaksudkan oleh legislator.¹³²

Harus pula diingat bahwa fakta adanya delik tidak hanya terkait dengan suatu tindakan tertentu, tetapi juga terkait dengan akibat dari tindakan tersebut. Aturan hukum menambahkan suatu sanksi terhadap tindakan individu karena akibat perbuatan tersebut terhadap orang lain. Delik *pembunuhan* terdiri dari tindakan individu yang dimaksudkan untuk membawa kematian individu lain dan kematian itu sendiri. Perbuatan (*behavior*) tidak harus berupa tindakan (*action*), dalam beberapa kasus juga berbentuk pembiaran (*omission*) atau tindakan tidak aktif (*non-performance action*).¹³³

Menurut hukum kriminal masyarakat yang beradab, sanksi biasanya diberikan hanya dalam kasus di mana akibat yang tidak diinginkan oleh masyarakat tersebut memang dimaksudkan atau disengaja oleh pelaku. Jika *maksud* adalah esensial dalam tindakan kejahatan, maka suatu sikap atau pendirian mental sebagai bagian dari pelaku adalah unsur material dari delik. Dalam kasus ini delik dikualifikasikan secara psikologis.¹³⁴

3. Identifikasi "Delinquent" dengan Anggota Kelompoknya

Telah dijelaskan bahwa salah satu wilayah validitas hukum adalah personal, yaitu bahwa sanksi diberikan kepada individu

¹³² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 54.

¹³³ *Ibid.*, hal. 54

¹³⁴ *Ibid.*, hal. 55.

pelaku (*delinquent*). Namun terdapat perkecualian dalam hukum primitif yang mengenakan sanksi tidak hanya pada individu, tetapi pada keluarga dan komunitas di mana *delinquent* merupakan anggotanya. Teknik hukum ini merupakan karakter kolektif dari cara berpikir primitif. Orang primitif tidak melihat dirinya sebagai individu independen, tetapi sebagai bagian integral dari kelompok. Dalam kasus ini mungkin terjadi subyek delik dan obyek delik adalah sama atau bersinggungan.¹³⁵

4. Delik Pribadi Hukum ("Juristic Person")

Situasi yang mirip dengan masyarakat primitif tersebut juga dijumpai dalam masyarakat beradab dalam kasus suatu *juristic person*, suatu korporasi. Dalam kasus tertentu korporasi bertindak sebagai pelaku delik yang dilakukan secara langsung oleh seorang individu yang menjadi organ organisasi. Maka sanksi dikenakan tidak hanya terhadap individu yang bertanggungjawab, tetapi terhadap semua anggota korporasi. Kasus ini juga dapat dilihat dalam hukum internasional.¹³⁶

Untuk memasukkan kasus ini dalam definisi teori Kelsen, maka harus mendefinisikan delik sebagai tindakan individu terhadap mana sanksi dikenakan atau terhadap siapa yang memiliki hubungan tertentu yang ditentukan secara hukum dengan individu yang dikenai sanksi.¹³⁷

¹³⁵ *Ibid.*, hal. 56–57.

¹³⁶ *Ibid.*, hal. 57.

¹³⁷ *Ibid.*, hal. 58.

D. KEWAJIBAN HUKUM

1. Kewajiban dan Norma Hukum

Terkait erat dengan konsep delik adalah konsep kewajiban hukum (*legal duty*). Konsep kewajiban awalnya adalah suatu konsep moral yang spesifik dan merupakan pengertian norma moral dalam hubungannya dengan individu yang tindakannya diperintahkan atau dilarang.¹³⁸ Konsep kewajiban (*obligation or duty*) di sini adalah dalam makna hukum positif yang harus dibedakan dengan konsep kewajiban dalam bahasa Jerman *Pflicht* yang oleh etika Kantian dijadikan sebagai konsep nilai moral absolut, yaitu bahwa setiap orang harus memenuhi kewajibannya.¹³⁹

Konsep kewajiban hukum juga merupakan pasangan dari konsep norma hukum, bahkan pada awal karyanya Kelsen menyebutkan norma hukum sebagai kewajiban hukum karena dalam setiap norma selalu menimbulkan kewajiban hukum tertentu.¹⁴⁰ Namun hubungannya lebih kompleks karena norma hukum memiliki struktur yang lebih *complicated* dibanding norma moral. Norma hukum tidak menunjukkan pada perbuatan satu individu seperti norma moral. Norma hukum setidaknya menunjuk pada perbuatan dua individu, yaitu pelaku atau yang mungkin melakukan delik atau *delinquent* dan individu yang harus melaksanakan sanksi. Jika sanksi dikenakan terhadap individu lain selain *delinquent*, maka norma hukum menunjuk pada tiga individu. Konsep kewajiban hukum sebagaimana biasa digunakan dalam ilmu hukum dan sebagaimana didefinisikan oleh

¹³⁸ *Ibid.*, hal. 58.

¹³⁹ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 117–119.

¹⁴⁰ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 43.

¹⁴¹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 58–59.

¹⁴² Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 114–117.

Austin menunjuk hanya pada individu yang dikenakan sanksi dalam hal melakukan delik. Maka memiliki kewajiban hukum berarti kondisi sebagai subyek suatu delik, atau *deliquent*.¹⁴¹

Namun harus diingat bahwa kewajiban hukum tidak harus berarti semata-mata berpotensi dikenai sanksi,¹⁴² sebab yang dapat dikenai sanksi tidak semata-mata *deliquent*, tetapi juga yang memiliki hubungan hukum dengan *deliquent*. Maka eksistensi kewajiban hukum adalah semata-mata validitas suatu norma hukum yang membuat sanksi tergantung kepada tindakan sebaliknya dari kewajiban hukum. Kewajiban hukum tidak berarti tanpa norma hukum. Kewajiban hukum adalah kewajiban untuk tidak melakukan delik, atau kewajiban subyek untuk mematuhi norma hukum.¹⁴³

Berdasarkan definisi kewajiban hukum tersebut, maka norma hukum yang mewajibkan subyek untuk tidak melakukan delik dengan memberikan sanksi jika dilakukan, tidak membebaskan kewajiban hukum eksekusi sanksi atau aplikasi sanksi itu sendiri. Hakim dapat diwajibkan secara hukum mengeksekusi sanksi hanya jika terdapat norma lebih lanjut yang memberikan sanksi terhadap tidak adanya eksekusi atas sanksi pertama. Jadi tidak diharuskan oleh norma yang mengatur delik dan sanksi itu sendiri. Maka harus ada dua norma yang berbeda, pertama menyatakan bahwa suatu organ harus mengeksekusi suatu sanksi terhadap subyek, dan kedua yang menyatakan bahwa organ lain harus mengeksekusi sanksi terhadap organ pertama jika sanksi pertama tidak dieksekusi.¹⁴⁴

Bagaimanapun serial norma hukum tersebut tidak dapat dibiarkan tanpa akhir. Harus ada norma akhir yang terkait dengan sanksi yang dibuat namun bukan merupakan kewajiban hukum dalam arti tersebut. Jika arti dari norma akhir ini

¹⁴³ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 59.

¹⁴⁴ *Ibid.*, hal. 59–60.

juga diekspresikan dengan menyatakan bahwa dalam kondisi tertentu suatu sanksi *harus (ought to)* ditetapkan, maka konsep *harus (ought)* tidak identik dengan konsep kewajiban hukum. Suatu organ yang *harus* menetapkan sanksi mungkin, atau mungkin tidak, diwajibkan secara hukum untuk melakukannya. Hal ini juga terdapat dalam tata hukum primitif dan hukum internasional di mana tidak ada kewajiban hukum untuk mengeksekusi sanksi hukum.¹⁴⁵

Jika norma hukum diekspresikan dengan menyatakan bahwa kondisi tertentu terpenuhi maka organ harus memerintahkan pelaksanaan sanksi, maka kata *harus* hanya bermakna secara spesifik bahwa sanksi telah ditetapkan atau ditentukan dalam norma. Maka konsep kewajiban hukum juga mengimplikasikan suatu keharusan. Bahwa seseorang diharuskan secara hukum atas tindakan tertentu berarti bahwa suatu organ *harus* mengaplikasikan suatu sanksi kepadanya jika bertindak sebaliknya. Tetapi konsep kewajiban hukum berbeda dengan kewajiban moral berdasarkan fakta bahwa kewajiban hukum bukan merupakan tuntutan norma yang *harus* dipenuhi. Kewajiban hukum adalah perbuatan dengan mana jika dilakukan berarti menghindari delik, yaitu kebalikan dari perbuatan yang membentuk suatu kondisi adanya sanksi.¹⁴⁶

Jika dikatakan bahwa kewajiban hukum atas *keharusan* dilakukan, maka keharusan ini merupakan epifenomena dari *keharusan* sanksi. Pernyataan ini mempresuposisilam norma hukum terbagi menjadi dua norma yang terpisah atau dua pernyataan *keharusan*. Yang pertama adalah keharusan yang mengakibatkan individu tertentu menyesuaikan tindakannya, yang kedua adalah keharusan yang mengakibatkan individu lain

¹⁴⁵ *Ibid.*, hal. 60.

¹⁴⁶ *Ibid.*, hal. 60.

¹⁴⁷ Dalam *Pure Theory of Law* disebut sebagai "*Dependent Legal Norms*". Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 54–58.

harus mengeksekusi suatu sanksi dalam kasus norma pertama dilanggar. Norma yang pertama tergantung kepada norma kedua yang menetapkan sanksi. Hubungan antara norma primer dan sekunder dapat diekspresikan sebagai ketergantungan.¹⁴⁷ Norma kedua disebut sebagai norma primer (*primary norm*) dan norma pertama adalah norma sekunder (*secondary norm*).¹⁴⁸ Ini adalah bentuk utama konstruksi norma hukum.¹⁴⁹

Norma sekunder memuat tindakan yang menurut tata hukum membawa konsekuensi suatu sanksi. Jika kita membuat konsep penunjang tentang norma sekunder, maka kebalikan dari delik terlihat sebagai *lawful behavior*, atau tindakan yang sesuai dengan norma sekunder, dan delik merupakan *unlawful behavior*, atau perbuatan yang bertentangan dengan norma sekunder. Ketika delik didefinisikan secara sederhana sebagai *unlawful behavior*, maka hukum dipahami sebagai suatu sistem dari norma sekunder. Namun hal ini tidak dapat dipertahankan jika kita memahami karakter hukum sebagai *coercive order* yang memberikan sanksi. Hukum adalah norma primer yang menentukan sanksi dan norma ini tidak bertentangan dengan delik yang dilakukan oleh subyek. Delik adalah kondisi spesifik dari sanksi.¹⁵⁰

2. Mematuhi dan Mengaplikasikan Norma Hukum

Hanya organ, secara terbatas, yang dapat mematuhi atau tidak mematuhi norma hukum, dengan mengaplikasikan atau tidak mengaplikasikan sanksi yang ditentukan. Sebagaimana biasa digunakan, kata *mematuhi norma* dan *tidak mematuhi norma* menunjuk pada tindakan subyek. Subyek dapat *patuh* atau *tidak patuh* hanya terhadap norma sekunder. Jika kita menyetujui model ekspresi umum terkait dengan subyek mematuhi atau

¹⁴⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 60–61.

¹⁴⁹ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 30.

¹⁵⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 61.

tidak mematuhi hukum, maka dengan sendirinya menyatakan bahwa organ *mengaplikasikan* atau *tidak mengaplikasikan* hukum. Hanya dengan mengadopsi perbedaan terminologi semacam ini kita dapat melihat dengan jelas perbedaan antara hukum kaitannya dengan subyek (*deliquent*) dan kaitannya dengan organ.¹⁵¹

Sepanjang hukum dipahami secara *genuine*, sebagai norma primer, hukum berlaku jika diaplikasikan oleh organ, jika organ mengaplikasikan sanksi. Dan organ harus mengaplikasikan hukum khususnya dalam kasus di mana subyek *tidak mematuhi* hukum, yaitu kasus di mana sanksi dikenakan. Walaupun demikian, ada hubungan tertentu antara kepatuhan faktual dan aplikasi faktual dari hukum. Jika suatu norma hukum secara permanen tidak dipatuhi oleh subyek, maka mungkin juga tidak lagi diaplikasikan oleh organ. Maka keberlakuan hukum utamanya diaplikasikan oleh organ tertentu, selanjutnya keberlakuan juga dapat berarti dipatuhi oleh subyeknya.¹⁵²

Menurut Hart, hal ini berarti tidak ada hukum yang melarang pembunuhan. Yang ada adalah hukum yang memerintahkan petugas untuk melaksanakan sanksi tertentu dalam kondisi tertentu terhadap seseorang yang melakukan pembunuhan. Dalam pandangan ini, yang biasanya disebut sebagai materi hukum sebagai pedoman untuk bertindak adalah suatu *antecedent* (hal mendahului yang dibutuhkan) atau *klausula jika* (*if-clause*) dalam suatu aturan yang ditujukan bukan kepada pelaku tetapi kepada petugas dan memerintahkannya untuk mengaplikasikan sanksi tertentu jika kondisi tertentu terpenuhi. Bentuknya adalah "*jika sesuatu X terjadi, dilakukan, atau tidak dilakukan, maka dilaksanakan sanksi Y*". Klausul *jika* ini dapat dielaborasi dan diperluas hingga pada kewenangan pengadilan

¹⁵¹ *Ibid.*, hal. 61.

¹⁵² *Ibid.*, hal. 62.

dan legislatif pun merupakan kondisi umum yang diperlukan untuk melaksanakan sanksi, atau sebagai *antecedent* dari *if-clause*. Maka aturan yang memberikan kekuasaan tertentu tersebut juga merupakan bagian tertentu dari hukum (*power-covering rules as fragments of law*).¹⁵³

3. Kritik terhadap Pendapat Austin

Salah satu kelemahan dari teori Austin adalah tidak adanya kejelasan karakter sekunder dari norma, yaitu yang menentukan perbuatan subyek yang dimaksudkan oleh aturan hukum. Dia menyatakan; “*Suatu hukum adalah suatu perintah yang mewajibkan seseorang.*” Karakteristik fungsi suatu perintah legal adalah dari munculnya kewajiban hukum (suatu keharusan). Dikatakan; “*Perintah dan kewajiban adalah terma yang korelatif.*” “*Divajibkan untuk melakukan atau tidak melakukan, atau untuk berada di bawah suatu kewajiban atau keharusan melakukan atau tidak melakukan sesuatu*” adalah untuk bertanggungjawab atas suatu sanksi dalam hal tidak dipatuhinya perintah.¹⁵⁴

Jika Austin menduga bahwa kewajiban hukum adalah konsekuensi dari sanksi, maka perbuatan yang harus dilakukan menurut kewajiban hukum tidak dapat diidentikkan dengan perbuatan yang diperintahkan oleh aturan hukum. Apa yang diperintahkan adalah sanksi. Norma hukum tidak menentukan tindakan yang membentuk kewajiban hukum. Perbuatan yang dinyatakan sebagai *salah, unlawful, injury* terjadi dalam norma hukum sebagai kondisi dari sanksi yang ditentukan oleh norma hukum. Hal ini karena norma hukum memberikan suatu sanksi tertentu terhadap suatu perbuatan yang perbuatannya sebaliknya adalah kewajiban hukum.¹⁵⁵

¹⁵³ H.L.A. Hart, *Op.Cit.*, hal. 35–38.

¹⁵⁴ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 62

¹⁵⁵ *Ibid.*, hal. 63.

Dalam konsepsi Austin, perintah menentukan perbuatan yang membentuk kewajiban hukum. Tidak ada ruang untuk sanksi. Konsep ini telah dikaji sebagai norma sekunder. Jika menyadari bahwa sanksi adalah elemen esensial hukum, maka harus mendefinisikan aturan hukum sebagai suatu perintah yang menetapkan suatu sanksi. Inilah kekeliruannya menyamakan antara kewajiban hukum dengan konsep perintah.¹⁵⁶

E. PERTANGGUNGJAWABAN HUKUM

1. “Culpability” dan “Absolute Liability”

Suatu konsep terkait dengan konsep kewajiban hukum adalah konsep tanggungjawab hukum (*liability*). Seseorang dikatakan secara hukum bertanggungjawab untuk suatu perbuatan tertentu adalah bahwa dia dapat dikenakan suatu sanksi dalam kasus perbuatan yang berlawanan. Normalnya, dalam kasus sanksi dikenakan terhadap *deliquent* adalah karena perbuatannya sendiri yang membuat orang tersebut harus bertanggungjawab. Dalam kasus ini subyek *responsibility* dan subyek kewajiban hukum adalah sama. Menurut teori tradisional, terdapat dua macam pertanggungjawaban yang dibedakan, yaitu pertanggungjawaban berdasarkan kesalahan (*based on fault*) dan pertanggungjawaban mutlak (*absolut responsibility*).¹⁵⁷

Hukum primitif melihat bahwa hubungan antara perbuatan dan efeknya tidak memiliki kualifikasi psikologis. Apakah tindakan individu telah diantisipasi atau dilakukan dengan maksud menimbulkan akibat atau tidak adalah tidak relevan. Adalah cukup bahwa perbuatannya telah membawa efek yang dinyatakan oleh legislator sebagai *harmful*, yang berarti me-

¹⁵⁶ *Ibid.*, hal. 64.

¹⁵⁷ *Ibid.*, hal. 65. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 119–123.

nunjukkan hubungan eksternal antara perbuatan dan efeknya. Tidak dibutuhkan adanya sikap mental pelaku dan efek dari perbuatan tersebut. Pertanggungjawaban semacam ini disebut dengan pertanggungjawaban absolut.¹⁵⁸

Teknik hukum terkini menghendaki suatu pembedaan antara kasus ketika tindakan individu telah direncanakan dan dimaksudkan untuk efek tertentu dari perbuatan tersebut dan kasus ketika tindakan seorang individu membawa akibat *harmful* tanpa direncanakan atau dimaksudkan demikian oleh pelaku. Ide keadilan individualis mensyaratkan bahwa suatu sanksi harus diberikan kepada tindakan individu hanya jika *harmful effect* dari perbuatan tersebut telah direncanakan dan dimaksudkan demikian oleh individu pelaku, dan maksud tersebut merupakan perbuatan terlarang. Akibat yang oleh legislator dianggap sebagai *harmful* mungkin secara sengaja dilakukan oleh individu tanpa maksud menyakiti individu lain. Sebagai contohnya, seorang anak mungkin membunuh ayahnya yang sakitnya tidak sembuh-sembuh dengan tujuan untuk menghentikan penderitaan. Maka maksud anak atas kematian ayahnya tersebut adalah bukan tindakan yang terlarang (*malicious*).¹⁵⁹

Prinsip pemberian sanksi terhadap tindakan individu hanya karena akibat perbuatan tersebut telah direncanakan dan dengan maksud yang salah tidak sepenuhnya diterima dalam hukum modern. Individu secara hukum bertanggungjawab tidak hanya jika secara obyektif *harmful effect* dilakukan secara terlarang, tetapi juga jika akibat perbuatan tersebut telah dimaksudkan walaupun tanpa niat yang salah, atau jika akibat tersebut terjadi tanpa adanya maksud atau direncanakan oleh individu pelaku. Namun sanksinya mungkin berbeda dalam kasus yang berbeda-beda.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 65.

¹⁵⁹ *Ibid.*, hal. 65.

¹⁶⁰ *Ibid.*, hal. 65–66.

Suatu sikap mental *deliquent* tersebut, atau disebut *mens rea*, adalah suatu elemen delik. Elemen ini disebut dengan terma *kesalahan (fault)* (dalam arti lebih luas disebut *dolus* atau *culpa*). Ketika sanksi diberikan hanya terhadap delik dengan kualifikasi psikologis inilah disebut dengan pertanggungjawaban berdasarkan kesalahan (*responsibility based on fault* atau *culpability*). Dalam hukum modern juga dikenal bentuk lain dari kesalahan yang dilakukan tanpa maksud atau perencanaan, yaitu kealpaan (*negligance*). Kealpaan adalah suatu delik omisi, dan pertanggungjawaban terhadap kealpaan lebih merupakan pertanggungjawaban *absolut* dari pada *culpability*.¹⁶¹

2. Tanggungjawab Individual dan Kolektif

Pembedaan terminologis antara kewajiban hukum dan pertanggungjawaban hukum diperlukan ketika sanksi tidak atau tidak hanya dikenakan terhadap *deliquent* tetapi juga terhadap individu yang secara hukum terkait dengannya. Hubungan tersebut ditentukan oleh aturan hukum. Pertanggungjawaban korporasi terhadap suatu delik yang dilakukan oleh organnya dapat menjadi contoh.¹⁶²

Suatu sanksi dapat dikenakan terhadap individu yang tidak melakukan sendiri suatu delik tetapi berposisi dalam suatu hubungan hukum tertentu dengan pelaku delik. Dalam bahasa hukum, korporasi atau negara dipersonifikasikan; mereka adalah *juristic person* sebagai lawan dari *natural person*. Ketika suatu sanksi dikenakan terhadap individu-individu yang memiliki komunitas hukum yang sama dengan individu yang melakukan delik sebagai organ komunitas tersebut, maka disebut sebagai pertanggungjawaban kolektif yang merupakan

¹⁶¹ *Ibid.*, hal. 66–67.

¹⁶² *Ibid.*, hal. 68. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 121.

¹⁶³ *Ibid.*, hal. 122.

elemen karakteristik hukum primitif.¹⁶³ Pertanggungjawaban individual terjadi pada saat sanksi dikenakan hanya pada *delinquent*.¹⁶⁴ Baik pertanggungjawaban individual maupun kolektif dapat diberlakukan dengan mengingat fakta bahwa tidak ada individu dalam masyarakat yang sepenuhnya independen. Bahkan dikatakan bahwa mempertentangkan antara individu dan komunitas adalah dalil ideologis dari sistem liberal, yang harus ditempatkan sama dengan dalil-dalil ideologi komunis.¹⁶⁵

Ketika sanksi tidak diterapkan kepada *delinquent*, tetapi kepada individu yang memiliki hubungan hukum dengan *delinquent*, maka pertanggungjawaban individu tersebut memiliki karakter pertanggungjawaban absolut.¹⁶⁶ Pertanggungjawaban kolektif selalu merupakan pertanggungjawaban absolut.¹⁶⁷

3. Kritik terhadap Konsep Austin tentang Kewajiban

Tidak ada Pembedaan antara Kewajiban dan Pertanggungjawaban

Konsep kewajiban yang dikembangkan di sini adalah konsep yang dimaksudkan oleh teori analitis Austin, tetapi tidak pernah benar-benar berhasil mencapainya. Argumentasi Austin berdasarkan pada asumsi bahwa sanksi selalu dikenakan pada *delinquent* dan tidak diperhatikan kasus di mana sanksi juga dikenakan kepada individu dalam hubungan hukum tertentu dengan *delinquent*. Dia tidak menyadari perbedaan antara *divajibkan* (*being obligated*) dengan *bertanggungjawab*. Definisinya tentang kewajiban hukum adalah: "*divajibkan melakukan atau tidak melakukan sesuatu, atau ditempatkan di bawah kewajiban atau keharusan melakukan atau tidak melakukan, adalah menjadi dapat*

¹⁶⁴ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 68.

¹⁶⁵ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 51–52.

¹⁶⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 70.

¹⁶⁷ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 125.

dimintai pertanggungjawaban untuk suatu sanksi dalam hal tidak mematuhi suatu perintah." Tetapi bagaimana dengan kasus di mana orang selain yang tidak mematuhi hukum, dalam bahasa Austin perintah, bertanggungjawab terhadap suatu sanksi?¹⁶⁸

Kewajiban Hukum tidak Mengikat secara Psikologis

Pernyataan bahwa seorang individu diharuskan secara hukum untuk perbuatan tertentu adalah suatu penekanan tentang isi suatu norma hukum, bukan tentang peristiwa nyata, khususnya bukan tentang sikap mental individu tersebut. Dalam menentukan kewajiban, yaitu dengan memberikan sanksi pada pelanggaran kewajiban (delik), aturan hukum mungkin dengan maksud agar individu memenuhi kewajibannya karena takut akan sanksi. Tetapi pertanyaan apakah orang benar-benar takut atau tidak terhadap sanksi dalam melaksanakan kewajibannya tidak relevan bagi teori hukum. Jika keharusan hukum diekspresikan dengan mengatakan bahwa seorang individu terikat dengan aturan hukum, model ekspresi ini tidak boleh dipahami secara psikologis bahwa hal tersebut merupakan motif perbuatannya. Ini hanya bermakna bahwa dalam suatu norma hukum yang valid, perbuatan tertentu dari individu terkait dengan suatu sanksi. Pernyataan hukum bahwa seorang individu diharuskan secara hukum atas perbuatan tertentu mengikat walaupun jika individu tersebut tidak peduli bahwa dia diharuskan. Bahkan dalam hukum positif terdapat kemungkinan di mana individu yang diharuskan oleh norma hukum tidak mungkin dapat mengetahui norma tersebut, yaitu dalam kasus norma yang berlaku surut.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 71.

¹⁶⁹ *Ibid.*, hal. 71–72.

Kewajiban sebagai Ketakutan terhadap Sanksi

Austin menyatakan bahwa orang terikat dengan keharusan melakukan atau tidak melakukan sesuatu adalah karena hal itu jahat dan orang itu takut akan sanksi. Namun Apakah seseorang bertanggungjawab terhadap suatu sanksi atau tidak tidak bergantung pada apakah dia takut atau tidak terhadap sanksi. Jika benar bahwa seseorang terikat atau diharuskan karena takut pada sanksi, maka seharusnya definisinya berkembang menjadi "*to be obliged is to fear the sanction.*" Tetapi definisi ini tidak sesuai dengan prinsip teori hukum analisis yang menekankan pada perintah.¹⁷⁰

F. HAK HUKUM

1. Hak dan Kewajiban

Konsep kewajiban biasanya dilawankan dengan konsep hak. Terma hak yang dimaksud di sini adalah hak hukum (*legal right*), yang harus didefinisikan dari titik pandang *pure theory of law*. Penggunaan linguistik membuat dua perbedaan antara *hak atas suatu perbuatan sendiri* dan *hak atas perbuatan orang lain* serta perbedaan lain yaitu terkait dengan hak atas suatu benda. Kepemilikan adalah contoh tipikal hak atas suatu benda. Saya memiliki suatu benda berarti saya memiliki hak atas benda ini.¹⁷¹

Pembedaan yang telah ada dan berkembang adalah "*jus in rem*" dan "*jus in personam*". "*Jus in rem*" adalah hak atas suatu benda, sedangkan "*jus in personam*" adalah hak yang menuntut

¹⁷⁰ *Ibid.*, hal. 72–73.

¹⁷¹ *Ibid.*, hal. 75.

¹⁷² *Ibid.*, hal 75. Dalam *Pure Theory of Law* disebut dengan istilah "*jus ad rem*" dan "*jus in personam*". Bahasa Jermannya adalah "*Sachenrecht*" dan "*Personenrecht*". Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 130.

orang lain atas suatu perbuatan atau hak atas perbuatan orang lain.¹⁷² Perbedaan ini sesungguhnya juga bersifat ideologis berdasarkan kepentingan melindungi kepemilikan privat dalam hukum perdata.¹⁷³ "*Jus in rem*" tidak lain adalah hak atas perbuatan orang lain untuk tidak melakukan tindakan yang mengganggu kepemilikan.

Suatu hak hukum mempresuposisikan kewajiban hukum orang lain.¹⁷⁴ Kreditor memiliki suatu hak hukum untuk menuntut bahwa debitor harus membayar sejumlah uang, jika debitor diwajibkan secara hukum atau memiliki kewajiban hukum untuk membayar sejumlah uang. Pernyataan bahwa saya memiliki hak melakukan perbuatan tertentu, mungkin hanya memiliki makna negatif, yaitu bahwa saya tidak diwajibkan untuk melakukan suatu perbuatan. Namun demikian, saya secara hukum tidak bebas melakukan apa yang ingin saya lakukan jika orang lain tidak diwajibkan secara hukum membiarkan saya melakukan apa yang ingin saya lakukan. Kebebasan hukum saya selalu terkait dengan urusan hukum orang lain. Hak hukum saya adalah selalu merupakan kewajiban hukum orang lain.¹⁷⁵

Jika saya dikatakan memiliki hak atas suatu perbuatan sendiri, maka orang lain memiliki kewajiban membiarkan saya melakukannya. Jika mereka menghalangi saya, maka mereka melanggar kewajiban yang telah dibebankan oleh aturan hukum dan dikenai sanksi. Bahwa saya memiliki suatu benda, dari sudut pandang hukum artinya semua orang diwajibkan untuk tidak mengintervensi atas perbuatan saya terhadap benda tersebut. Jika mereka mengganggu atau merusaknya maka dikategorikan sebagai delik. Jadi tidak ada hak hukum tanpa

¹⁷³ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 42.

¹⁷⁴ Oleh Hari Chand disebutkan Kelsen berpandangan bahwa kewajiban adalah dasar dari hak. Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, (Kuala Lumpur: International Law Book Services, 1994), hal. 95.

¹⁷⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 75.

adanya kewajiban hukum orang lain. Isi hak hukum pada akhirnya ditentukan oleh pemenuhan kewajiban hukum orang lain. Kewajiban seorang individu selalu merupakan suatu kewajiban berupa suatu perbuatan terhadap individu lain.¹⁷⁶

Hak berbuat sesuatu kadang-kadang ditafsirkan sebagai suatu ijin (*permission*) untuk melakukan perbuatan tertentu. Memiliki hak untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu juga dapat diekspresikan dengan menyatakan bahwa hukum mempersilahkan melakukan atau tidak melakukan sesuatu.¹⁷⁷ Karena itu terdapat perbedaan antara norma hukum yang memberi perintah atau melarang, dengan norma hukum yang mengizinkan. Maka hukum adalah *imperative* atau *permissive*. Namun perbedaan ini tidak berlaku karena hukum hanya dapat mengizinkan suatu hak dengan cara membebaskan kewajiban pada orang lain dengan mengenakan sanksi. Jika pengenaan sanksi disebut sebagai imperatif, maka salah jika disebutkan bahwa hukum adalah imperatif atau permisif, tetapi imperatif dan permisif.¹⁷⁸

2. Hak Hukum dalam Arti Sempit

Hak lebih dari sekedar sesuatu yang Berhubungan dengan Kewajiban

Jika hak seseorang adalah kewajiban orang lain, maka hak adalah kaitan dari kewajiban (*the correlative of a duty*). Austin menyebut sebagai kewajiban relatif (*relative duty*) dengan menyatakan "*terma hak dan terma kewajiban relatif adalah ekspresi yang berhubungan. Keduanya memiliki nuansa yang sama dalam aspek*

¹⁷⁶ *Ibid.*, hal. 76.

¹⁷⁷ Disebut sebagai the "*right*" as a positive permission. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 138.

¹⁷⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 77.

yang berbeda". Teori Austin tidak mengakui konsep yang berbeda antara hak dan kewajiban. Inilah hak dalam arti yang sempit bahwa hak selalu merupakan kewajiban orang lain, sedangkan kewajiban tidak selalu mengakibatkan hak orang lain.¹⁷⁹

Dari sisi hukum, hak hukum adalah norma hukum dalam hubungannya dengan individu tertentu yang ditentukan oleh norma itu sendiri. Fakta bahwa norma hukum mewajibkan seseorang untuk berbuat sesuatu kepada orang lain, tidak dengan sendirinya mengimplikasikan bahwa orang yang terakhir memiliki hak atas suatu perbuatan dari orang yang pertama. Norma hukum harus menentukan secara spesifik isi hak yang ditentukan secara teknis.¹⁸⁰ Hak sebagai hukum dalam arti subjektif terkait erat dengan otorisasi baik bagi seseorang yang ditentukan secara khusus oleh hukum atau kepada organ tertentu untuk melakukan sesuatu.¹⁸¹

Definisi yang biasa digunakan untuk hak hukum tidak memuaskan tuntutan metodologis *pure theory of law* atau hukum analitis. Bahasa Inggris menggunakan dua kata yang berbeda, yaitu *law* dan *right*. Namun bahasa Jerman dan Perancis hanya menggunakan satu kata yaitu *recht* dan *droit*. Perbedaan antara hukum dan hak digunakan dengan menggunakan frase "*objectives recht*" dan "*subjektives recht*", "*droit objectif*" dan "*droit subjectif*".¹⁸² Namun istilah ini juga memiliki makna yang sangat berbeda. *Objectives recht* dan *droit objectif* adalah aturan atau norma, sedangkan *subjektives recht* dan *droit subjectif* adalah *kepentingan* atau

¹⁷⁹ *Ibid.*, hal. 77. Berdasarkan teori ini Friedmann menyatakan bahwa hakikat hukum adalah kewajiban-kewajiban hukum, sebab hukum adalah suatu sistem *keharusan*. Sedangkan hak-hak hukum hanya sesuatu yang kebetulan dan dapat dihapuskan oleh hukum. Friedmann, *Op.Cit.*, hal. 174.

¹⁸⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 78.

¹⁸¹ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 126-130.

¹⁸² Dalam *Pure Theory of Law* juga disebutkan istilah "*Recht im subjectiven Sinne*" and "*Recht im objectiven Sinne*". *Ibid.*, hal. 125.

keinginan. Hak hukum tidak ditafsirkan sebagai suatu keinginan atau kepentingan yang tidak dikualifikasi, tetapi sebagai kepentingan yang dilindungi oleh aturan hukum, atau suatu keinginan yang diakui dan dibuat efektif oleh aturan hukum. Pengertian ini masih mengandung dualisme karena hak dilihat sebagai sesuatu yang *logically* dan *temporally* dari hukum.¹⁸³ Dualisme tersebut merupakan salah satu akar pendapat dari teori hukum alam yang juga mempengaruhi ilmu hukum positif abad ke sembilan belas seperti halnya dualisme antara hukum publik dan hukum privat.¹⁸⁴

Pandangan lain dikemukakan oleh aliran sejarah bahwa pada awalnya yang ada hanyalah hak. Baru kemudian masuk tahapan hukum sebagai aturan negara yang dibuat dengan tujuan memberikan sanksi dan melindungi hak. Namun konsep hukum tidak dapat dipenuhi berdasarkan persepsi dari hak yang telah ada dengan proses abstraksi gradual. Hal ini adalah tidak benar secara historis dan logis untuk mengasumsikan bahwa hak adalah emanasi hukum. Aturan hukum menjamin dan melindungi hak hukum, tetapi tidak membuatnya.¹⁸⁵

Konsep Hak sebagai Keinginan yang Diakui atau Kepentingan yang Dilindungi

Pernyataan bahwa seorang individu memiliki atau tidak memiliki hak atas suatu benda adalah suatu *value-judgment* yang baik secara logis maupun psikologis hanya mungkin jika individu yang membuat pernyataan ini mempresuposisikan eksis-

¹⁸³ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 78.

¹⁸⁴ Pembagian antara hukum publik dan hukum privat menurut Kelsen mengandung signifikansi ideologis sebagai konsekuensi pembedaan antara hukum dan kekuasaan, antara hukum dan negara. Lihat Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 37, 91–96.

¹⁸⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 78–79.

tensi, berarti juga validitas, suatu norma umum terkait dengan kepemilikan. Tanpa suatu norma umum yang mengatur perilaku, tidak mungkin ada pernyataan tentang keberadaan atau ketiadaan hak.¹⁸⁶

Definisi hak hukum sebagai kepentingan yang dilindungi oleh hukum,¹⁸⁷ atau keinginan yang diakui hukum, diragukan dengan adanya kenyataan bahwa tidak akan ada hak hukum sebelum adanya hukum. Sepanjang suatu hak belum dijamin oleh aturan hukum, maka belum menjadi hak hukum. Maka hal ini berarti bahwa hukum mendahului, atau bersamaan dengan hak.¹⁸⁸

Teori yang memprioritaskan hak adalah bersifat politis yang bertujuan untuk mempengaruhi pembentukan hukum, bukan analisis terhadap keberadaan hukum positif. Jika aturan hukum tidak dapat menciptakan tetapi menjamin hak, maka konsekuensinya hukum juga tidak dapat menghapuskan hak yang telah ada. Maka adalah tidak mungkin untuk menghapuskan hak milik. Legislatif tidak dapat mencampuri hak kepemilikan tertentu dari individu tertentu. Semua konsekuensi dari doktrin prioritas hukum tersebut bertentangan dengan realitas hukum. Doktrin prioritas hak bukan deskripsi ilmiah tetapi ideologi politik.¹⁸⁹

Mendefinisikan hak hukum sebagai kepentingan yang dilindungi atau keinginan yang diakui oleh hukum adalah salah. Adalah tidak benar bahwa seseorang memiliki hak hukum untuk menuntut perbuatan tertentu orang lain hanya sepanjang orang

¹⁸⁶ *Ibid.*, hal. 79.

¹⁸⁷ *The "Right" as a legally Protected Interest*. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 132–134.

¹⁸⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 80. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 44.

¹⁸⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 80. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 40–41.

tersebut memiliki kepentingan aktual atas perbuatan tersebut. Seseorang memiliki suatu hak walaupun jika orang tersebut tidak memiliki kepentingan. Seseorang mungkin memiliki hak atas perbuatan tertentu individu lain tanpa memiliki kepentingan atas perbuatan tersebut, dan mungkin juga memiliki kepentingan tanpa memiliki hak.¹⁹⁰

Legislator dapat mengasumsikan bahwa orang memiliki kepentingan tertentu dalam kondisi tertentu dan dia bermaksud melindunginya. Namun suatu hak ada walaupun dalam kasus tidak ada kepentingan. Maka hak, bukan pada kepentingan yang diasumsikan, tetapi pada perlindungan hukum. Maka hak, singkatnya adalah hukum itu sendiri.¹⁹¹

Hak sebagai Kemungkinan Hukum untuk Menjalankan Sanksi

Dengan mewajibkan individu untuk tidak membunuh individu lain, hukum pidana tidak memberikan hak untuk tidak dibunuh kepada orang yang dilindungi oleh norma ini. Aturan hukum secara teknis terdapat dalam hal kreditur memiliki hak untuk mendapatkan kembali uangnya dari debitor, dan hak untuk secara eksklusif menggunakan kepemilikan. Hak dalam arti awalnya adalah sama dengan *hukum*.¹⁹²

Doktrin bahwa suatu hak hukum adalah keinginan yang diakui hukum, atau suatu kekuasaan yang diberikan oleh hukum, lebih mendekati untuk menyelesaikan masalah dari pada doktrin bahwa hak adalah kepentingan yang dilindungi hukum. Kekuasaan adalah esensi hak individu yang terbentuk dari adanya aturan hukum. Aturan hukum benar-benar memberikan semacam *kekuasaan*, salah satunya kekuasaan mengatur hubun-

gan ekonominya melalui transaksi hukum, khususnya kontrak. Persetujuan (*agreement*) artinya bahwa keinginan dari para pihak diekspresikan dalam bentuk persetujuan tindakan yang saling menguntungkan. Suatu kontrak memiliki akibat hukum bahwa para pihak diwajibkan untuk berbuat sesuai dengan kontrak. Setiap pihak memiliki *hak* bahwa pihak lain harus berbuat sesuai kontrak, namun hak ini bukan merupakan keinginannya yang diekspresikan dalam pembuatan kontrak. Hak ini ada tidak karena keinginan atau ekspresinya, tetapi karena persetujuan yang menciptakan kewajiban bagi para pihak. Keinginan atau ekspresi dari satu individu tidak memiliki kekuasaan untuk mewajibkan.¹⁹³

Satu pihak dalam kontrak memiliki hak terhadap pihak lain, dan pihak lain memiliki kewajiban hukum untuk berbuat tertentu terhadap pihak pertama, hanya jika aturan hukum memberikan sanksi dalam kasus tindakan yang bertentangan dengan kewajiban tersebut. Namun hal ini tidak cukup untuk membentuk hak hukum salah satu pihak. Salah satu pihak memiliki hak hukum terhadap pihak lain karena aturan hukum membuat pelaksanaan sanksi tergantung tidak hanya pada fakta bahwa suatu kontrak telah dibuat dan satu pihak gagal memenuhinya, tetapi juga pada pihak lain yang mengekspresikan keinginan agar sanksi dilaksanakan terhadap *delinquent* dengan cara menuntutnya di hadapan pengadilan. Dalam kasus ini norma yang digunakan adalah *hukumnya* yang berarti *haknya*.¹⁹⁴

Maka konsep hak hukum tidak selalu ada bersama dengan konsep kewajiban hukum. Adalah hak A atas perbuatan tertentu dari B tidak identik dengan kewajiban B untuk me-

¹⁹⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 80.

¹⁹¹ *Ibid.*, hal. 81.

¹⁹² *Ibid.*, hal. 81.

¹⁹³ *Ibid.*, hal. 81–82.

¹⁹⁴ *Ibid.*, hal. 82.

¹⁹⁵ *Ibid.*, hal. 83. Dalam *Pure Theory of Law* disebutkan the "right as legal power". Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 134–138.

lakukan perbuatan tersebut kepada A. Terdapat kasus di mana terbuka bagi individu untuk memiliki kemungkinan hukum memberlakukan (*enforcing*) dengan menuntut kewajiban hukum individu lain.¹⁹⁵

Hak sebagai Perwakilan

Pernyataan bahwa subyek hak adalah yang berpotensi menjadi penuntut tidak berlaku pada semua kasus. Melalui transaksi hukum tertentu individu mungkin menyatakan bahwa deklarasi dari individu lain, *agen*-nya, memiliki akibat yang sama dengan deklarasi yang dia nyatakan sendiri, *principal*. Jika seseorang menggunakan lembaga hukum ini, yang disebut *consensual representation*, dia mungkin juga mengajukan tuntutan ke pengadilan melalui *agen*-nya.¹⁹⁶

Terdapat individu tertentu yang menurut hukum modern harus memiliki wakil, seperti individu yang mengalami kekurangan atau ketidakmampuan secara mental. Dalam kasus *non-consensual representation* ini, yang mewakili, disebut *guardian*, tidak diinstitusikan oleh transaksi hukum antara dia dengan yang diwakili, *ward*, tetapi ditentukan oleh aturan hukum tanpa tindakan penunjuk. ¹⁹⁷

3. Hak Sebagai Suatu Teknik Hukum yang Spesifik

Dalam kasus perdata, jika pelaksanaan norma hukum tergantung pada deklarasi keinginan individu tertentu, berarti legislatif telah menunjuk kepentingan individu ini sebagai hal yang menentukan. Namun sering kali pelaksanaan norma hukum tersebut lebih merupakan kepentingan dari semua anggota masyarakat hukum, dan tidak hanya satu individu ter-

¹⁹⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 83. Hubungan perwakilan ini menimbulkan kapasitas hukum. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 158–163.

¹⁹⁷ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 83–84.

tentu. Pelaksanaan sanksi yang ditentukan oleh aturan hukum terhadap debitor yang gagal memenuhi kewajibannya adalah kepentingan semua orang yang mungkin menjadi kreditor, atau setiap orang yang ingin aturan hukum dilaksanakan. Adalah kepentingan komunitas hukum bahwa semua norma hukum dipatuhi dan dilaksanakan.¹⁹⁸

Teknik hukum perdata yang menentukan bahwa legislator tidak menghargai kepentingan kolektif dalam pelaksanaan norma dan hanya mengakui kepentingan individu tertentu sebagai hal yang penting adalah bentuk tata hukum yang berdasarkan pada kapitalisme privat. Di sisi lain, hukum kriminal menunjukkan teknik yang berbeda, karena prosesnya tidak dapat dilakukan oleh orang yang kepentingannya paling dirugikan oleh delik. Adalah otoritas publik sebagai organ masyarakat yang kompeten melakukan tindakan yang dibutuhkan. Karena sanksi kriminal tidak bergantung pada tuntutan hukum individu, maka tidak ada individu privat yang memiliki "hak" untuk tidak menjadi korban delik kriminal. Sebaliknya karena pelaksanaan sanksi tergantung pada tindakan organ yang kompeten, maka dapat dikatakan sebagai *hak* negara bahwa anggota komunitas harus terlindungi dari kejahatan.¹⁹⁹

Namun demikian antara proses kriminal dan perdata memiliki kesamaan bentuk, paling tidak dalam penampakan keluar. Keduanya menunjukkan perselisihan antara dua pihak. Proses kriminal adalah perselisihan antara komunitas hukum, di mana negara diwakili oleh organ publik, dengan individu privat atau terdakwa (*accused*). Sedangkan proses perdata adalah perselisihan antara dua individu privat, penggugat (*plaintiff*) dan tergugat (*defendant*).²⁰⁰

¹⁹⁸ *Ibid.*, hal. 84.

¹⁹⁹ *Ibid.*, hal. 84–85.

²⁰⁰ *Ibid.*, hal. 85.

4. Hak Absolut dan Hak Relatif

Sepanjang hak seorang individu hanya mungkin dalam hubungannya dengan kewajiban orang lain, maka semua hak tersebut adalah hak relatif. Terma *absolut* dan *relatif* dipahami dengan cara lain ketika membedakan antara kewajiban absolut dan relatif. Kewajiban relatif adalah kewajiban yang dimiliki oleh individu tertentu, sedangkan kewajiban absolut adalah kewajiban yang secara relatif dimiliki oleh sejumlah individu tidak tertentu terhadap semua individu lain. Tidak membunuh, tidak mencuri, tidak mengganggu individu lain adalah kewajiban absolut. Sedangkan kewajiban debitor mengembalikan pinjaman pada kreditor adalah kewajiban relatif.²⁰¹

Bentuk tipikal hak relatif adalah pada hak kreditor terhadap kreditor, dan hanya dari debitor itulah dia memiliki hak untuk menuntut pengembalian hutang. Sedangkan properti adalah bentuk tipikal dari hak absolut. Pemilik memiliki suatu hak untuk menuntut setiap orang membiarkan dan tidak mengganggu kepemilikannya. Hak absolut terkait dengan kewajiban absolut, hak relatif terkait dengan kewajiban relatif.²⁰²

Berdasarkan pemikiran di atas, jika pembagian "*jus in rem*" dan "*jus in personam*" dikaitkan dengan hak absolut dan relatif, maka terma "*jus in rem*" adalah *misleading*. "*Jus in rem*" secara pasti adalah "*jus in personam*", yaitu suatu hak terhadap orang dan bukan hak atas benda. Properti adalah hak individu terhadap individu lain bahwa mereka harus tidak berbuat (*refrain*) yang mengganggu (*interference*) penguasaan dan perbuatan pihak pertama atas benda tertentu.²⁰³

²⁰¹ *Ibid.*, hal. 85–86.

²⁰² *Ibid.*, hal. 86.

²⁰³ *Ibid.*, hal. 86.

5. Hak Sipil dan Hak Politik

Tata aturan hukum memberikan hak kepada individu atau wakilnya, untuk kemungkinan ikut dalam proses hukum yang berakhir pada pelaksanaan sanksi. Hal ini terutama dapat dilihat dalam pembuatan norma individual dalam kasus perdata. Dari sudut pandang dinamis, penggugat memainkan bagian yang esensial dalam pembuatan norma individual. Norma individual juga merupakan bagian dan memiliki karakter hukum.²⁰⁴

Jika dari sudut pandang dinamis hak adalah kapasitas berpartisipasi dalam pembuatan hukum, maka perbedaan antara hak dalam hukum perdata dan hak dalam hukum publik tidak lagi mendasar. Hak politik dipahami sebagai kemungkinan terbuka bagi warga negara untuk mengambil bagian dalam pemerintahan, yaitu dalam pembentukan *kebendak* negara. Hal ini berarti warga negara dapat berpartisipasi dalam pembuatan tata hukum, khususnya dalam proses legislasi. Hal ini berarti mendefinisikan hak sebagai kekuasaan untuk mempengaruhi kehendak negara tersebut dalam bentuk partisipasi dalam pembuatan hukum.²⁰⁵ Partisipasi individu dalam legislasi adalah karakteristik demokrasi, yang membedakannya dari otokrasi di mana individu dikeluarkan dari proses legislasi, atau tidak memiliki hak politik. Demokrasi dapat dilaksanakan secara langsung oleh rakyat dalam majelis utama, atau hanya oleh parlemen yang dipilih, atau dengan bekerja sama dengan kepala negara yang dipilih.²⁰⁶

Demokrasi dapat berupa demokrasi langsung (*direct*) atau tidak langsung (*indirect*). Dalam demokrasi langsung, hak poli-

²⁰⁴ *Ibid.*, hal. 87.

²⁰⁵ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 138.

²⁰⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 87–88.

tik yang utama adalah hak warga negara berpartisipasi dalam perdebatan dan pengambilan keputusan di majelis umum. Dalam demokrasi tidak langsung, pembentukan kehendak negara, yaitu norma umum, dilakukan dalam dua tahap; pertama, pemilihan parlemen dan kepala negara; dan kedua, pembentukan norma umum atau undang-undang baik oleh parlemen sendiri atau bekerjasama dengan kepala negara. Jadi hak politik utama dalam demokrasi tidak langsung adalah pemungutan suara (*voting*) yaitu hak warga berpartisipasi dalam pemilihan parlemen, kepala negara, dan organ pembuat hukum lain.²⁰⁷

Hak seseorang untuk memberikan suara adalah hak atas suaranya untuk diterima dan dihitung oleh petugas pemilihan berdasarkan hukum. Hak warga untuk memberikan suara terkait dengan kewajiban petugas pemilihan. Kewajiban ini dijamin dengan sanksi tertentu. Pemilih dapat mengajukan gugatan pada semacam pengadilan pemilihan (*electoral court*) dalam kasus haknya dilanggar. Jadi hak memilih adalah hak hukum yang sama dengan hak privat.²⁰⁸

Hak politik sesungguhnya juga merupakan hak berpartisipasi dalam proses pembuatan hukum. Perbedaannya hanya bahwa hak untuk memilih adalah partisipasi tidak langsung dalam proses pembuatan hukum. Pemilih mengambil bagian hanya dalam pembentukan organ yang berfungsi menciptakan norma hukum.²⁰⁹

Organ untuk membuat norma individual juga kadang-kadang dipilih. Dalam kasus ini, perbedaan antara fungsi yang disebut hak politik dan hak sipil direduksi oleh fakta bahwa hak untuk memilih hanya berarti hak berpartisipasi secara tidak langsung dalam pembuatan norma hukum. Dari sudut pandang

²⁰⁷ *Ibid.*, hal. 88. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 46.

²⁰⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 88.

²⁰⁹ *Ibid.*, hal. 88

keseluruhan proses pembuatan hukum, tidak ada perbedaan esensial antara hak sipil dan politik. Keduanya mempersilahkan pemegangnya mengambil bagian dalam pembuatan aturan hukum. Suatu hak sipil pada akhirnya juga merupakan hak politik. Karakter politis hak sipil semakin menonjol dengan fakta bahwa pengaturan hak sipil dilakukan melalui teknik khusus dalam hukum perdata, dan hukum perdata adalah teknik hukum khusus dari kapitalisme privat. Maka pada waktu yang sama adalah suatu sistem politik.²¹⁰

Jika hak hukum dilihat sebagai sebagian fungsi dari proses pembuatan hukum, maka dualisme hukum dan hak menghilang. Ketika kewajiban adalah fungsi esensial dari setiap norma hukum, maka hak hukum adalah elemen spesifik dari sistem hukum tertentu, yaitu hak sipil sebagai institusi kapitalis dan hak politik sebagai institusi tata hukum demokratis.²¹¹

G. KOMPETENSI (KAPASITAS HUKUM)

Jika hukum mengatur tindakan manusia, maka hukum hanya bermakna bagi orang-orang yang dapat melakukan tindakan (*Handlungsfähigkeit*) baik sebagai delik atau sebagai sanksi, baik melakukan sesuatu ataupun tidak melakukan sesuatu. Namun kemampuan bertindak tersebut tidak secara langsung sama dengan kemampuan melakukan delik (*Deliktsfähigkeit*) karena dalam hukum modern mensyaratkan adanya kondisi mental tertentu. Secara hukum, kemampuan bertindak utamanya adalah kemampuan melakukan hubungan hukum (*Geschäftsfähigkeit*) serta kemampuan untuk mempengaruhi prosedur yudisial melalui tuntutan atau banding (*Prozessfähigkeit*).²¹²

²¹⁰ *Ibid.*, hal. 89.

²¹¹ *Ibid.*, hal. 89–90. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 46.

²¹² Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 148.

²¹³ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 90.

Ketika suatu norma mengkualifikasikan tindakan individu tertentu sebagai suatu kondisi hukum atau konsekuensi hukum, hal ini berarti bahwa hanya individu inilah yang *dapat dan mungkin (capable)* melakukan atau tidak melakukan suatu tindakan hukum. Hanya dialah yang kompeten. Hanya jika individu yang kapabel dan kompeten ini melakukan tindakan atau tidak melakukan, suatu tindakan melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu tersebut adalah suatu kondisi hukum atau konsekuensi hukum menurut suatu norma tertentu.²¹³

Telah dijelaskan bahwa perbuatan manusia sebagaimana diatur oleh norma hukum terdiri dari dua elemen, yaitu elemen material dan personal. Elemen material adalah sesuatu yang harus dilakukan atau tidak dilakukan. Elemen personal adalah individu yang harus melakukan atau tidak melakukan. Dalam menentukan perbuatan manusia sebagai suatu kondisi hukum atau konsekuensi hukum, norma hukum menentukan kedua elemen tersebut. Hubungan antara elemen material dan personal dalam terminologi Jerman dan Perancis disebut dengan kompetensi (*competence*).²¹⁴

Bahwa seorang individu kompeten atas suatu tindakan tertentu berarti bahwa tindakan tersebut dikualifikasikan sebagai kondisi hukum atau konsekuensi hukum hanya jika dilakukan oleh individu ini. Bahkan delik mempresuposisikan kompetensi dalam diri *delinquent*. Jadi tidak semua orang dapat melakukan delik. Dalam tata hukum masyarakat beradab, hanya manusia yang dapat dan mungkin melakukan delik, berbeda dengan hukum primitif di mana binatang bahkan makhluk halus dapat dan mungkin melakukan delik.²¹⁵ Dalam hukum

²¹⁴ *Ibid.*, hal. 90.

²¹⁵ Dengan demikian menurut pemikiran primitif hukum dapat diimputasikan bukan hanya manusia, tetapi juga benda, binatang, bahkan roh halus. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 82–84.

²¹⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 91.

modern juga terdapat ketentuan bahwa tidak semua manusia dapat dihukum. Anak-anak dan orang gila tidak bertanggung-jawab (*liable*) terhadap sanksi dan mereka tidak kapabel melakukan delik.²¹⁶

Terma *kompeten* umumnya digunakan dalam makna yang sempit, yaitu bahwa seseorang hanya kompeten terhadap suatu tindakan, bukan kompeten atas pembiaran. Selanjutnya, terma ini juga biasa digunakan untuk menunjuk pada kapasitas hukum melakukan suatu tindakan selain delik, yaitu tindakan di mana norma hukum dibuat seperti pernyataan bahwa parlemen kompeten membuat undang-undang atau hakim kompeten membuat suatu keputusan.²¹⁷

Konsep yurisdiksi sebagaimana digunakan dalam terminologi hukum Inggris adalah konsep umum dari kompeten yang diaplikasikan terhadap suatu kasus khusus. Yurisdiksi tempatnya disebut sebagai kompetensi pengadilan. Namun demikian, otoritas administratif dan bahkan setiap organ negara juga memiliki yurisdiksinya, yaitu kapasitas untuk melakukan tindakan yang ditentukan oleh aturan hukum.²¹⁸

²¹⁷ *Ibid.*, hal. 91.

²¹⁸ *Ibid.*, hal. 91.

²¹⁹ "Imputation" adalah terjemahan dari istilah Jerman "Zurechnung" yang juga meliputi arti "ascription" dan "accounting". "Imputation" digunakan karena Kelsen juga menggunakan istilah "imputieren" untuk menggantikan "Zurechnung". Kelsen membedakan dua macam imputasi, yaitu imputasi periperal (*peripheral imputation*) dan imputasi sentral (*central imputation*). Imputasi periperal adalah atribusi suatu fakta material (delik) terhadap seseorang sebagai subyek hukum, yang berarti pertanggung-jawaban subyek hukum telah ditetapkan. Hal ini merupakan analogi dari konsep imputasi moral yang biasa digunakan oleh Kant dan tradisi filsafat lainnya. Sedangkan imputasi sentral adalah atribusi suatu tindakan terhadap legal person melalui suatu norma yang kompleks. Hal ini dapat dilihat dalam kasus imputasi suatu perbuatan oleh korporasi atau negara. Lihat Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 24 dan 50, fn. 22 dan 39, dan Appendix I No. 6. Perbedaan antara imputasi dan hukum kausalitas dibahas secara khusus dalam Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 89–99 dan catatan kaki no. 43 hal. 150.

H. IMPUTASI ("IMPUTABILITY")

Kapasitas melakukan delik sering diekspresikan dengan konsep imputasi (*imputation*²¹⁹) yang dalam bahasa Jermannya *Zurechnung*. Sanksi, khususnya sanksi kriminal, diberikan hanya kepada perbuatan individu dalam kualifikasi khusus, suatu usia minimum tertentu dan suatu kapasitas mental tertentu. Biasanya delik tidak dapat diimputasikan kepada anak-anak atau orang gila. Di Jerman, seorang anak atau orang gila dikarakteristikan sebagai *unzurechnungsfähig (irresponsible)*.²²⁰

Pernyataan bahwa suatu delik tidak dapat diimputasikan kepada anak-anak atau orang gila adalah *misleading* karena perbuatan mereka sama sekali bukan delik. Hanya akan menjadi delik jika mereka mencapai umur tertentu atau memiliki kemampuan mental tertentu. Jadi seorang individu adalah *unzurechnungsfähig (irresponsible)* berarti bahwa tidak ada sanksi yang dapat dikenakan terhadapnya karena dia tidak memenuhi persyaratan personal tertentu sebagai kondisi untuk suatu sanksi. *An individual's legal irresponsibility is simply his non-liability to sanctions.*²²¹

I. PRIBADI HUKUM ("THE LEGAL PERSON")

Konsep *legal person* adalah konsep umum lain yang digunakan dalam presentasi hukum positif dan terkait erat dengan konsep kewajiban dan hak hukum. Konsep *legal person* per definisi adalah subyek kewajiban dan hak hukum. *Legal person* adalah substansi hukum yang memiliki kewajiban dan hak hukum sebagai suatu kualitas hukum. Kenyataannya, *legal*

²¹⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 91–92.

²²¹ *Ibid.*, hal. 92.

²²² *Ibid.*, hal. 93.

person bukan merupakan entitas yang terpisah dari kewajiban dan haknya, tetapi merupakan personifikasi dari kesatuan seperangkat norma hukum.²²²

1. Pribadi Fisik ("The Physical Person")

Apa yang membentuk kesatuan seperangkat hukum tersebut? Kapan seperangkat kewajiban dan hak, seperangkat norma hukum, memiliki bentuk sebagai kesatuan? Terdapat dua kriteria berbeda dari analisis terhadap dua tipe pribadi hukum (*legal person*), yaitu pribadi alamiah (*physical (natural)*) dan pribadi yuridis (*juristic person*).²²³

Cara paling umum untuk membedakan keduanya adalah bahwa *physical person* adalah manusia, sedangkan *juristic person* bukan manusia. Austin misalnya, memberikan definisi: "*seorang manusia disebut sebagai dipenuhi dengan hak, atau merupakan subyek kewajiban*". Seseorang, dengan kata lain, adalah manusia sebagai subyek kewajiban dan hak. Untuk menyatakan bahwa seseorang adalah subyek kewajiban dan hak tertentu, berarti bahwa perbuatan tertentu dari individu tersebut merupakan isi dari kewajiban hukum. Untuk menyatakan bahwa seseorang adalah subyek hak tertentu, berarti bahwa perbuatan tertentu orang tersebut adalah obyek dari hak hukum. Artinya bahwa perbuatan tertentu orang tersebut, secara khusus adalah isi dari norma hukum. Dalam pertimbangan hukum kita memperhatikan seseorang hanya sepanjang perbuatannya menjadi isi dari aturan hukum. Seseorang eksis hanya sepanjang dia memiliki kewajiban dan hak.²²⁴

Mendefinisikan *physical (natural) person* sebagai seorang manusia (*human being*) adalah tidak benar karena manusia (*man*)

²²³ *Ibid.*, hal. 93–94.

²²⁴ *Ibid.*, hal 94. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 171–174.

dan orang (*person*) tidak hanya merupakan dua konsep berbeda tetapi juga merupakan hasil dari dua pertimbangan yang berbeda. Manusia (*man*) adalah konsep biologis dan fisiologis, singkatnya ilmu alam. Orang (*person*) adalah konsep ilmu hukum, yaitu analisis norma hukum. Secara lebih tepat, *physical person* adalah personifikasi seperangkat norma hukum yang menyusun kewajiban dan hak berisi perbuatan seseorang yang mengatur perbuatan dari keberadaannya (*the physical (natural) person is the personification of a set of legal norms which by constituting duties and rights containing the conduct of one and the same human being regulate the conduct of this being*).²²⁵

Pernyataan bahwa seorang manusia memiliki kewajiban dan hak berarti bahwa norma hukum mengatur perbuatan manusia dalam bentuk yang spesifik. Sedangkan pernyataan bahwa orang memiliki kewajiban dan hak adalah tidak bermakna atau merupakan tautologi yang kosong. Maka *physical person* bukan merupakan realitas alam, tetapi konstruksi berpikir yuridis.²²⁶

2. Pribadi Hukum ("The Juristic Person")

Karena konsep *physical person* adalah suatu konstruksi yuridis, dan karena perbedaannya secara total dengan manusia (*man*), maka *physical person* sesungguhnya adalah *juristic person*. Jika yang dikatakan *physical person* adalah *juristic person* maka tidak ada perbedaan esensial antara *physical (natural) person* dengan apa yang biasanya secara eksklusif disebut sebagai "*juristic*" *person*.

²²⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 95. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 47. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 168–171.

²²⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 95–96.

²²⁷ *Ibid.*, hal. 96. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 174–176.

²²⁸ Friedmann, *Op.Cit.*, hal. 174.

²²⁹ Pada edisi pertama, Kelsen menggunakan istilah *legal person* dalam arti asosiasi atau korporasi dalam pembahasan tersendiri yang berbeda dengan pembahasan *physical person*. Lihat Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 48–49.

Bahwa setiap *legal person* adalah pada dasarnya *juristic person*.²²⁷ Hukum adalah suatu sistem hubungan norma-norma yang menggunakan personifikasi sebagai alat teknis untuk menyusun unifikasi norma-norma hukum. Perbedaan antara *physical person* dan *juristic person* adalah tidak relevan karena semua *person* menurut hukum adalah buatan dan kebenarannya bersumber pada norma-norma yang lebih tinggi.²²⁸

Korporasi

Kasus tipikal dari *juristic person* (dalam arti sempit yang teknis) adalah suatu korporasi (*corporation*).²²⁹ Korporasi biasa didefinisikan sebagai "*sekelompok individu yang diperlakukan oleh hukum sebagai satu kesatuan, yaitu person yang memiliki hak dan kewajiban terpisah dari hak dan kewajiban individu yang membentuknya*". Suatu korporasi dianggap sebagai *person* karena terdapat aturan hukum yang menentukan hak dan kewajiban hukum tertentu terkait dengan kepentingan anggota korporasi tetapi tidak terlihat sebagai hak dan kewajiban anggotanya, dan karenanya ditafsirkan sebagai hak dan kewajiban korporasi itu sendiri. Hak dan kewajiban tersebut sebagian dibuat oleh organ korporasi. Jika organ korporasi melakukan delik, maka sanksi dikenakan kepada korporasi, bukan kepada anggotanya sebagai individu. Maka alasan utama mengapa korporasi diakui sebagai *legal person* adalah karena fakta bahwa pertanggungjawaban delik perdata yang dilakukan oleh korporasi pada prinsipnya terbatas pada kekayaan korporasi itu sendiri.²³⁰

²³⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 96.

²³¹ Laurent Pech, "Rule of Law in France", dalam Randall Peerenboom (ed.), *Asia Discourses of Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries*, Frances and the U.S., (London and New York: Routledge, 2004), hal. 80.

Korporasi dapat berbentuk mulai dari asosiasi hingga negara. Negara merupakan perwujudan keseluruhan sistem hukum, atau personifikasi dari suatu sistem hukum. Maka antara negara dan hukum bukan suatu entitas yang berbeda dan dapat dibedakan. Konsekuensinya penyebutan istilah negara hukum (*Rechtstaat*) adalah pengulangan yang tidak perlu. Pembedaan tersebut mengisyaratkan adanya pembedaan antara hukum yang benar dan hukum yang salah yang telah ditolak.²³¹

Kewajiban dan Hak Pribadi Hukum sebagai Kewajiban dan Hak Manusia

Ketika membicarakan tindakan atau *forbearances juristic person*, maka di dalamnya selalu terlibat tindakan dan *forbearances* manusia. Sesungguhnya tindakan dari *juristic person* adalah selalu tindakan manusia yang ditetapkan sebagai tindakan *juristic person*. Yaitu tindakan individual yang bertindak sebagai organ *juristic person*. Ilmu hukum memiliki tugas menentukan kapan seorang individu disebut bertindak sebagai organ *juristic person*.²³²

Sejak aturan hukum dapat membebani kewajiban dan memberikan hak hanya kepada manusia, karena hanya perbuatan manusia yang dapat diatur oleh aturan hukum, maka kewajiban dan hak suatu korporasi sebagai *juristic person* harus juga merupakan kewajiban dan tugas manusia individual. Jadi masalah yang muncul adalah menentukan kapan kewajiban dan hak individual disebut sebagai kewajiban dan hak *juristic person*.²³³

Tindakan seorang individu adalah sebagai suatu organ korporasi jika perbuatannya memiliki hubungan tertentu

²³² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 97. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 49–50. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 176–178.

²³³ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 97–98. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 178–185.

²³⁴ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 98.

kepada aturan khusus yang membentuk korporasi. Beberapa individu membentuk suatu kelompok, suatu asosiasi, hanya ketika mereka diorganisasikan, yaitu jika setiap individu memiliki fungsi spesifik dalam hubungannya dengan yang lain. Aturan tersebutlah yang membentuk asosiasi. Bahwa asosiasi memiliki organ artinya sama dengan bahwa individu membentuk asosiasi yang diorganisasikan dengan aturan normatif. Aturan atau organisasi yang membentuk korporasi adalah undang-undangnya yang disebut dengan *by-law* korporasi, yaitu suatu norma yang kompleks yang mengatur perilaku anggotanya. Harus diingat bahwa korporasi secara hukum ada hanya melalui ketentuannya.²³⁴

Korporasi dan ketentuan-ketentuannya, yaitu aturan normatif yang mengatur perbuatan beberapa individu dan asosiasi yang dibentuk dengan aturan, bukan merupakan dua entitas berbeda. Menyatakan bahwa korporasi adalah suatu asosiasi atau suatu komunitas adalah cara lain untuk mengekspresikan kesatuan aturan. Individu adalah *milik* suatu asosiasi atau membentuk asosiasi hanya sepanjang perbuatannya diatur dengan aturan asosiasi. Jika tidak, maka bukan merupakan *milik* atau anggota asosiasi. Asosiasi atau komunitas dibuat hanya dari tindakan-tindakan individual yang ditentukan oleh aturan. Tindakan-tindakan ini *milik* asosiasi atau komunitas hanya sepanjang membentuk norma aturan. Asosiasi atau komunitas bukan apa-apa kecuali aturannya itu sendiri.²³⁵

Korporasi sebagai suatu komunitas mewujudkan eksistensinya hanya pada tindakan manusia individu yang merupakan organnya. Seorang individu adalah bertindak sebagai suatu

²³⁵ *Ibid.*, hal. 98.

²³⁶ *Ibid.*, hal 99. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 150–158.

²³⁷ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 99.

²³⁸ Lihat catatan kaki no. 176. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 50.

organ komunitas hanya ketika tindakannya ditentukan secara khusus oleh aturan. Jadi kualitas individu sebagai organ secara keseluruhan berpijak pada hubungannya dengan aturan korporasi.²³⁶

Imputasi tindakan atau *forbearance* seorang individu terhadap komunitas yang terkait dengan fakta bahwa aturan hukum menentukannya dengan cara khusus, maka aturan hukum melihat sebagai suatu unit. Imputasi terhadap komunitas melibatkan personifikasi aturan yang dilihat sebagai suatu unit.²³⁷ Model imputasi ini disebut sebagai imputasi sentral (*central imputation*).²³⁸

Pribadi Hukum Sebagai Personifikasi Aturan

Juristic person, dalam arti sempit, adalah personifikasi dari suatu aturan yang mengatur perilaku beberapa individu. *Physical person* adalah personifikasi sejumlah norma yang mengatur perilaku satu individu yang sama. Korporasi adalah tata aturan hukum parsial dalam keseluruhan tata aturan hukum yang membentuk negara. Hubungan antara *total legal order* dan korporasi sebagai *juristic person* adalah hubungan antara dua tata aturan hukum, tata aturan hukum parsial dan total, antara hukum negara dan *by-laws* korporasi. Secara lebih spesifik hal ini adalah kasus delegasi.²³⁹

Total legal order yang membentuk negara menentukan hanya elemen material dari perbuatan, dan meninggalkan elemen personal untuk menjadi tugas *partial legal order* yang membentuk korporasi. Aturan inilah yang menentukan individu sebagai organ yang harus melakukan tindakan dengan mana kewajiban dan hak korporasi dibuat, dan dengan mana hak korporasi dilaksanakan dan kewajibannya dipenuhi.²⁴⁰

²³⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 99–100.

²⁴⁰ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 180–185.

²⁴¹ *Ibid.*, hal. 190–191.

Seorang *juristic person*, dalam arti sempit dan teknis, diasumsikan ketika organ komunitas diakui sebagai *person* dapat secara hukum mewakili korporasi, yaitu para anggotanya, dalam transaksi hukum atas nama komunitas, dan ketika pertanggungjawaban komunitas secara terbatas pada kekayaan *juristic person* yang merupakan kekayaan kolektif anggotanya. Hal ini hanya mungkin jika hukum negara memberikan korporasi status badan hukum (*legal personality*).²⁴¹

Kewajiban dan Hak Kolektif

Bahwa korporasi yang dipahami sebagai *juristic person* memiliki kewajiban memperhatikan perilaku tertentu berarti; *pertama*, bahwa hukum negara membuat perbuatan tertentu sebagai isi suatu kewajiban, tetapi bahwa individu yang perbuatannya merupakan isi dari kewajiban tersebut adalah dalam kapasitasnya sebagai organ korporasi untuk memenuhi kewajiban yang ditentukan oleh ketentuan korporasi. Kewajiban adalah pada individu tertentu. Tetapi pada saat individu ini ditentukan oleh aturan parsial yang membentuk korporasi, dan sejak individu ini harus melaksanakan kewajiban sebagai organ korporasi, maka dimungkinkan mengimputasi kewajibannya kepada korporasi dan menyebutnya sebagai *kewajiban korporasi*. Fakta bahwa korporasi memiliki kewajiban memperhatikan perbuatan tertentu juga berarti bahwa jika kewajiban tidak dipenuhi, suatu sanksi dapat dikenakan terhadap kekayaan korporasi.²⁴²

Kedua, bahwa suatu korporasi sebagai *juristic person* memiliki hak relatif atau absolut berarti bahwa individu tertentu atau sejumlah individu tertentu diwajibkan oleh hukum negara atas suatu perbuatan tertentu terhadap korporasi dan jika kewajiban tidak terpenuhi, suatu sanksi akan dieksekusikan ber-

²⁴² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 101–102.

²⁴³ *Ibid.*, hal. 102.

²⁴⁴ *Ibid.*, hal. 102.

dasarkan tuntutan yang dibawa oleh korporasi.²⁴³

Memiliki kewajiban terhadap korporasi berarti memiliki kewajiban terhadap anggotanya. Namun terdapat perbedaan antara memiliki kewajiban terhadap seorang individu dengan terhadap beberapa individu dalam kapasitasnya sebagai anggota korporasi. Perbedaannya berdasarkan cara kewajiban tersebut berhubungan dengan hak dalam kasus adanya pelanggaran. Dalam kasus hak korporasi, sanksi tidak dapat dilakukan atas dasar tindakan tiap individu anggota korporasi, tetapi hanya oleh yang diotorisasi oleh korporasi untuk menuntut atas nama korporasi.²⁴⁴

Dalam rumusan yang lebih umum, hak *juristic person* adalah hak individu-individu yang perbuatannya diatur oleh *partial legal order* yang membentuk komunitas sebagai *person*. Hak tidak dilaksanakan oleh individu berdasarkan keinginan mereka, tetapi berdasarkan ketentuan korporasi. Mereka memiliki hak tetapi dalam arti hak kolektif. Suatu hak *juristic person* adalah hak kolektif dari individu yang perbuatannya diatur oleh *partial legal order*.²⁴⁵

Delik Perdata Pribadi Hukum

Apa yang dilakukan atau tidak dilakukan oleh individu, dapat diterapkan pada *juristic person* hanya jika perbuatan individual ini ditentukan oleh *partial legal order* yang membentuk *juristic person*. Akibatnya, ketika organ *juristic person* melakukan delik, maka korporasi dapat dikenai sanksi. Namun hal ini jarang sekali karena validitas *partial legal order* yang membentuk *juristic person* pada akhirnya bergantung pada hukum negara sehingga

²⁴³ *Ibid.*, hal 103. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 187–190.

²⁴⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 103. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 185–187.

²⁴⁷ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 104.

ketentuan yang dibuat korporasi tentang organ dan perbuatan yang harus dilakukan jarang merupakan delik.²⁴⁶

Suatu korporasi mungkin bertanggungjawab atas suatu delik yang dilakukan oleh anggotanya jika delik tersebut memiliki hubungan dengan fungsi yang dijalankan anggota tersebut sebagai organ korporasi. Dalam kasus ini, sanksi dapat dikenakan terhadap kekayaan korporasi. Hal ini berarti anggota korporasi bertanggungjawab secara kolektif terhadap delik yang dilakukan oleh satu diantara mereka.²⁴⁷

Delik Kriminal Pribadi Hukum

Kadang-kadang doktrin bahwa asosiasi tidak dapat melakukan kejahatan (*societas non potest delinquere*) berdasarkan pada fakta bahwa *juristic person* tidak dapat memiliki pikiran yang salah. Argumen ini tidak konklusif sebab *mens rea* tidak tanpa pengecualian. Pertanggungjawaban absolut tidak dikecualikan dalam hukum modern. Di samping itu, jika adalah mungkin untuk menerapkan tindakan fisik yang dilakukan oleh manusia kepada *juristic person* walaupun tidak memiliki tubuh, maka harus mungkin menerapkan tindakan fisik terhadap *juristic person* walaupun tidak memiliki jiwa.²⁴⁸

Jika hukum menentukan sanksi kriminal terhadap *juristic person* dalam kondisi hanya organnya yang bertindak dengan sengaja secara melawan hukum, maka adalah mungkin untuk mengatakan bahwa *juristic person* harus memiliki pikiran bersalah untuk dihukum. Penerapan kepada *juristic person* adalah konstruksi hukum, bukan deskripsi dari realitas alam.²⁴⁹

²⁴⁸ *Ibid.*, hal. 104.

²⁴⁹ *Ibid.*, hal. 105.

²⁵⁰ *Ibid.*, hal. 107.

²⁵¹ *Ibid.*, hal. 107.

Pribadi Hukum dan Perwakilan

Juristic person memang tidak memiliki keinginan sendiri, tetapi yang menjadi keinginannya adalah keinginan organ-nya. Organ korporasi dapat dilihat seperti wali (*guardian*) bagi korporasi, seperti halnya wali bagi anak-anak dan orang gila. Keinginan organ diatribusikan kepada korporasi sama halnya dengan keinginan *guardian* diatribusikan sebagai keinginan *ward*.²⁵⁰

Namun hubungan antara *guardian* dengan *ward* adalah hubungan antara dua individu, sedangkan antara organ dan *juristic person* tidak demikian. Organ adalah suatu perwakilan. Tetapi dalam hal ini mewakili anggota korporasi dan bukan korporasi itu sendiri. Hubungan antara organ dengan korporasi adalah hubungan antara individu dengan tata aturan hukum khusus. Organ menciptakan hak dan kewajiban kolektif untuk anggota korporasi melalui transaksi yang dilakukan.²⁵¹

Hubungan antara organ dan korporasi dan anggotanya, setidaknya dalam korporasi yang demokratis, adalah perwakilan konsensual seperti hubungan antara *agent* dan *principal* karena organ dibuat mewakili anggota korporasi dengan pengangkatan, khususnya berdasarkan pemilihan anggota.²⁵²

²⁵² *Ibid.*, hal. 108.

B A B

3

KONSEP HUKUM DINAMIS (“NOMODINAMICS”)

A. TATA HUKUM (“THE LEGAL ORDER”)

1. Kesatuan Tata Normatif

(“The Unity of A Normative Order”)

a. Norma Dasar Sebagai Landasan Validitas

Suatu pernyataan tentang realitas dikatakan *benar*, karena pernyataan tersebut berhubungan dengan realitas atau karena pengalaman kita menunjukkan kesesuaian dengan realitas tersebut. Suatu norma adalah bukan pernyataan tentang realitas sehingga tidak dapat dikatakan *benar* atau *salah* dengan ukuran realitas. Validitas norma tidak karena keberlakuannya. Pertanyaan mengapa sesuatu seharusnya terjadi tidak pernah dapat dijawab dengan penekanan pada akibat bahwa sesuatu harus terjadi, tetapi hanya oleh penekanan bahwa sesuatu seharusnya terjadi.²⁵³

Kita menyatakan suatu norma bahwa “*Kamu dilarang membunuh karena Tuhan melarangnya*” atau “*Kamu harus pergi ke sekolah, karena ayahmu memerintahkannya.*” Alasan validitas norma *kamu dilarang membunuh* adalah norma umum yaitu *kamu harus mematuhi*

²⁵³ *Ibid.*, hal. 110.

perintah Tuhan. Alasan validitas norma *kamu harus pergi ke sekolah* adalah norma umum bahwa *anak harus mematuhi ayahnya*. Jadi alasan validitas norma adalah selalu suatu norma, bukan fakta. Pertanyaan alasan validitas norma bersandar kembali kepada norma lain yang darinya norma pertama diturunkan.²⁵⁴

Kita menerima pernyataan bahwa *kamu harus membantu pengikutmu yang membutuhkan* sebagai norma yang valid karena norma ini berasal dari pernyataan *kamu harus mencintai tetanggamu*. Norma ini kita terima sebagai norma yang valid karena merupakan norma akhir yang validitasnya ada pada norma itu sendiri (*self-evident*).²⁵⁵

Suatu norma yang validitasnya tidak dapat diturunkan dari suatu norma yang lebih tinggi disebut norma dasar (*basic norm*). Validitas semua norma dapat dilacak pada satu atau beberapa norma dasar yang membentuk suatu sistem norma atau aturan. Norma dasar ini membentuk, sebagai sumber bersama, suatu ikatan antara semua norma-norma yang berbeda yang menjadi isi dari aturan.²⁵⁶

Bahwa suatu norma adalah milik suatu sistem norma tertentu dapat diuji hanya dengan meyakinkan bahwa norma tersebut menderivasikan validitasnya dari norma dasar yang membentuk tata hukum. Jadi alasan validitas suatu norma adalah suatu preposisi bahwa terdapat suatu norma akhir yang valid, yaitu norma dasar. Uraian alasan validitas norma ini bukan sesuatu penjelasan yang tiada akhir (*regressus ad infinitum*), tetapi berakhir pada suatu norma tertinggi yang menjadi alasan akhir validitas di dalam sistem normatif.²⁵⁷

b. Sistem Norma Statis dan Dinamis

²⁵⁴ *Ibid.*, hal. 110. Kelsen, *Pure Theory of Law*, *Op.Cit.*, hal. 193.

²⁵⁵ Kelsen, *General Theory*, *Op.Cit.*, hal. 110–111.

²⁵⁶ *Ibid.*, hal. 111.

²⁵⁷ *Ibid.*, hal. 111.

Teori hukum dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu teori hukum statis dan teori hukum dinamis. Perbedaan ini tergantung pada penekanan pandangan apakah pada perbuatan manusia yang diatur oleh norma (*the human behavior regulated by norms*) atau pada norma yang mengatur perbuatan manusia (*norms regulating human behavior*).²⁵⁸ Dalam teori statis, suatu norma adalah valid dan hal ini berarti kita mengasumsikan bahwa individu yang perbuatannya diatur oleh norma *harus* berbuat sesuai dengan yang ditentukan norma, yang berdasarkan nilai isinya merupakan suatu bukti yang menjamin validitasnya. Sedangkan teori dinamis obyeknya adalah aktivitas proses pembuatan dan pelaksanaan hukum.

Berdasarkan pembagian tersebut dan dengan melihat tipe norma dasarnya, dapat dibedakan dua prinsip atau sistem norma yaitu sistem statis dan dinamis. Suatu norma adalah norma tipe statis karena ditentukan oleh norma dasar baik validitasnya maupun materinya. Validitas norma dan kualitas norma ini karena dapat diderivasikan atau dideduksikan secara logis langsung dari norma dasar tertentu. Bentuk umum dari norma yang valid berdasarkan nilai substansinya, adalah norma moral. Norma dasar dari moralitas memiliki karakter substansi yang statis. Tipe kedua yaitu sistem norma yang dinamis terdapat pada suatu sistem di mana validitas suatu norma tidak dapat digantungkan pada isi dari norma itu sendiri, tetapi valid karena dibuat dengan cara tertentu. Karakter dinamis ini menjadi karakter dari norma hukum di mana norma dasar dari suatu sistem hukum adalah aturan dasar yang mengatur pembuatan norma-norma dalam sistem tersebut.²⁵⁹

²⁵⁸ Kelsen, *Pure Theory*, *Op.Cit.*, hal. 70–71.

²⁵⁹ Dalam *General Theory of Law and State* digunakan istilah "system" atau "type", sedangkan dalam *Pure Theory of Law* digunakan istilah "principle". Kelsen, *Introduction*, *Op.Cit.*, hal. 55–56. Kelsen, *General Theory*, *Op.Cit.*, hal. 112. Kelsen, *Pure Theory*, *Op.Cit.*, hal. 195–196.

Norma dasar menetapkan otoritas tertentu yang dapat memberikan kekuasaan pembuatan norma kepada beberapa otoritas lain. Norma dengan sistem dinamis harus dibuat melalui tindakan individual yang telah diotorisasikan untuk membuat norma oleh norma yang lebih tinggi. Otorisasi ini adalah suatu delegasi. Norma yang menciptakan kekuasaan didelegasikan dari satu otoritas kepada otoritas lain, di mana otoritas yang pertama lebih tinggi dan yang kedua lebih rendah.²⁶⁰ Berbagai macam norma membentuk suatu kesatuan, suatu sistem, suatu tatanan, jika validitas norma dapat dilacak kembali kepada suatu norma tunggal sebagai dasar akhir validitasnya. Karakter dinamis dari sistem hukum dapat disebutkan sebagai rantai pembuatan hukum (*chain²⁶¹ of creation*).²⁶²

2. Hukum Sebagai Sistem Dinamis

a. Positivisasi Hukum

Sistem norma yang disebut sebagai tata hukum adalah suatu sistem dinamis. Validitas norma hukum tidak karena dirinya sendiri atau karena norma dasar memilikinya dan memiliki kekuatan mengikat dengan sendirinya. Validitas norma hukum tidak dapat dipertanyakan atas dasar isinya tidak sesuai dengan beberapa nilai moral atau politik. Suatu norma adalah norma hukum yang valid oleh nilai fakta bahwa norma tersebut telah dibuat sesuai dengan aturan tertentu.²⁶³

²⁶⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 113.

²⁶¹ "Chain" (*Zusammenhang*) adalah terminologi yang diambil oleh penterjemah Inggris dari Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, 2nd edn, (Oxford: Clarendon Press, 1980), hal. 97–100. Menurut Merkl, konsep "chain" membantu dalam mengkonsepsikan ide tentang suatu tata hirarkis. Lihat Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 64, fn., no. 48.

²⁶² *Ibid.*, hal. 55–56.

²⁶³ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 113.

Norma dasar suatu tata aturan hukum dipostulasikan sebagai aturan akhir tentang penetapan dan pembatalan (menerima dan kehilangan validitas) norma dalam tata aturan hukum tersebut. Hukum adalah selalu hukum positif, dan positivisasi tersebut berdasarkan pada fakta bahwa hukum tersebut dibuat dan dibatalkan dengan tindakan manusia yang bebas dari sistem moralitas dan norma sejenis lainnya. Hal ini membedakan antara hukum positif dengan hukum alam yang deduksikan dari norma dasar tidak nyata yang dianggap sebagai ekspresi dari kehendak alam atau rasio alam. Norma dasar tata aturan hukum positif adalah semata-mata aturan fundamental di mana diatur pembuatan berbagai macam norma. Inilah titik awal proses pembuatan hukum dan secara keseluruhan memiliki karakter dinamis.²⁶⁴ Apapun isi dari suatu norma, dan apapun perbuatan manusia memungkinkan untuk menjadi isi suatu norma, dapat memperoleh validitasnya. Suatu norma adalah valid dan mengikat hanya berdasarkan persyaratan bahwa telah dibuat dalam bentuk tertentu dan lahir dengan prosedur dan aturan tertentu.²⁶⁵

b. Hukum Kebiasaan dan Undang-Undang

Norma hukum mungkin dibuat dengan cara-cara yang berbeda; norma umum melalui kebiasaan atau legislasi, norma individual melalui tindakan judicial dan administratif atau transaksi hukum. Hukum selalu dibuat dengan suatu tindakan secara sengaja sebagai pembuatan hukum, kecuali dalam kasus ketika hukum berasal dari kebiasaan. Kebiasaan adalah tindakan umum yang dilakukan secara sadar dan diakui sebagai norma mengikat dan bukan merupakan pilihan bebas. Inilah

²⁶⁴ *Ibid.*, hal. 114.

²⁶⁵ Rice, *Op.Cit.*, hal. 2.

persyaratan yang disebut dengan *opinio juris sive necessitatis*. Penafsiran atas persyaratan ini adalah bahwa individu yang perbuatannya diatur oleh kebiasaan harus menyadari perbuatannya sebagaimana ditentukan oleh aturan hukum. Mereka harus percaya bahwa mereka melaksanakan kewajiban hukum atau memenuhi hak hukum. Doktrin tersebut adalah tidak benar karena aturan hukum yang dibuat melalui tindakannya tersebut tidak dengan sendirinya merupakan aturan hukum.²⁶⁶

Di sini dapat dibedakan antara hukum undang-undang (*statutory law*) dan hukum kebiasaan (*customary law*) sebagai dua bentuk dasar hukum. Hukum undang-undang harus dipahami sebagai hukum yang dibuat dengan cara selain kebiasaan, yaitu oleh legislatif, yudisial, atau tindakan administratif, atau oleh transaksi hukum, khususnya kontrak dan perjanjian internasional.²⁶⁷

Raz memahami pemikiran Kelsen dengan membagi dua macam norma, yaitu norma original dan norma derivatif, berdasarkan model pembuatan dan berhentinya sebagai norma. Norma original adalah norma dasar yang dibuat dengan cara dipresuposisikan valid. Sedangkan norma derivatif dibuat dengan dua macam kondisi, yaitu (1) adanya eksistensi suatu norma tertentu (disebut sebagai *a norm creating norm*); dan (2) terjadinya peristiwa tertentu (*norm creating events*). Berhentinya status norma terjadi dalam dua cara, yaitu tidak pernah berlaku atau pernah berlaku di suatu waktu tetapi kemudian gagal.²⁶⁸

²⁶⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 114.

²⁶⁷ *Ibid.*, hal. 115.

²⁶⁸ Raz, *Op.Cit.*, hal. 60–67.

3. Norma Dasar Suatu Tata Hukum

a. Norma Dasar dan Konstitusi

Derivasi norma-norma tata aturan hukum dari norma dasar ditemukan dengan menunjukkan bahwa norma partikular telah dibuat sesuai dengan norma dasar. Terhadap pertanyaan mengapa suatu ketentuan yang memaksa adalah ketentuan hukum, jawabannya adalah karena diatur dalam norma individual, suatu keputusan pengadilan. Terhadap pertanyaan mengapa norma individual ini valid sebagai bagian tata aturan hukum tertentu, jawabannya adalah karena norma tersebut telah dibuat sesuai dengan undang-undang kriminal. Undang-undang ini, pada akhirnya menerima validitasnya dari konstitusi karena dibuat oleh organ yang kompeten sebagaimana diatur dalam konstitusi.²⁶⁹

Jika bertanya mengapa konstitusi itu valid, mungkin kita menunjuk pada konstitusi lama. Akhirnya kita mencapai beberapa konstitusi hingga konstitusi pertama yang ditetapkan oleh individu atau semacam majelis. Validitas konstitusi pertama adalah presuposisi terakhir, postulat yang final, di mana validitas semua norma dalam tata aturan hukum kita bergantung. Dokumen yang merupakan wujud konstitusi pertama adalah konstitusi sesungguhnya, suatu norma mengikat, hanya dalam kondisi bahwa norma dasar dipresuposisikan sebagai valid.²⁷⁰ Presuposisi inilah yang disebut dengan istilah *transcendental-logical presupposition*.²⁷¹

Semua norma hukum adalah milik satu tata aturan hukum yang sama karena validitasnya dapat dilacak kembali,

²⁶⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 115. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 194.

²⁷⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 115.

²⁷¹ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 201–205.

²⁷² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 115

secara langsung atau tidak, kepada konstitusi pertama. Bahwa konstitusi pertama adalah norma hukum yang mengikat adalah sesuatu yang dipreposisi, dan formulasi preposisi tersebut adalah norma dasar dari tata aturan hukum ini.²⁷²

b. Fungsi Spesifik dari Norma Dasar

Bahwa norma yang telah diuraikan di atas adalah norma dasar dari suatu tata hukum nasional tidak mengimplikasikan bahwa tidak mungkin untuk memasuki wilayah dibelakang norma. Tentu saja seseorang mungkin bertanya mengapa seseorang harus menghormati konstitusi pertama sebagai suatu norma yang mengikat. Jawabannya mungkin bahwa bapak konstitusi pertama diberi kekuasaan oleh Tuhan. Namun karakteristik positivisme hukum adalah bebas dari pembenaran religius terhadap tata hukum. Hipotesis akhir positivisme adalah bahwa norma yang memberikan otoritas pada legislator pertama. Norma dasar hanyalah presuposisi yang dibutuhkan oleh penafsiran positivis terhadap materi hukum.²⁷³

Norma dasar tidak dibuat dalam prosedur hukum oleh organ pembuat hukum. Norma ini valid tidak karena dibuat dengan cara tindakan hukum, tetapi valid karena dipresuposisikan valid, dan dipresuposisikan valid karena tanpa presuposisi ini tidak ada tindakan manusia dapat ditafsirkan sebagai hukum, khususnya norma pembuat hukum.²⁷⁴

c. Prinsip Legitimasi

Validitas norma hukum mungkin terbatas waktunya, dan adalah penting untuk memperhatikan bahwa akhir sebagai-

²⁷³ *Ibid.*, hal 116. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 58.

²⁷⁴ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 116. Kelsen, *Pure Theory of Law, Op.Cit.*, hal. 195.

²⁷⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 117.

mana awal validitas ini ditentukan hanya oleh tata aturan di mana norma tersebut ada. Norma tetap valid sepanjang belum dinyatakan invalid dengan cara yang ditentukan oleh tata hukum itu sendiri. Inilah prinsip legitimasi. Prinsip legitimasi ini tidak berlaku pada kasus revolusi atau juga disebut dengan *coup d'Etat*. Suatu revolusi terjadi ketika tata hukum suatu komunitas ditiadakan (*nullified*) dan diganti dengan suatu tata aturan baru dengan cara yang tidak dapat dilegitimasi dengan tata aturan yang digantikan tersebut.²⁷⁵

Secara hukum adalah tidak relevan apakah revolusi itu berdarah atau tidak, atau dilakukan oleh massa atau oleh elit pemerintahan. Dalam pandangan hukum, kriteria utama suatu revolusi adalah bahwa tata aturan yang berlaku disingkirkan dan digantikan dengan tata aturan baru dengan cara yang tidak diatur dalam tata aturan pertama. Biasanya, orang yang berhasil melakukan revolusi hanya meniadakan konstitusi dan hukum tertentu yang memiliki signifikansi besar secara politik dan menggantinya dengan norma lain. Sedangkan sebagian besar bagian dari tata hukum lama *tetap* valid dalam bingkai tata aturan yang baru. Namun sesungguhnya yang tetap sama hanyalah isi dari norma-norma tersebut, bukan alasan validitasnya. Norma-norma tersebut tidak lagi valid karena dibuat dengan cara yang ditentukan oleh konstitusi lama, tetapi karena validitasnya diberikan baik secara jelas maupun diam-diam oleh konstitusi yang baru. Fenomena ini disebut resepsi (*reception*) di mana tata aturan yang baru menerima, atau mengadopsi, norma dari tata aturan lama. Hal ini berarti tata aturan baru memberikan validitas terhadap tata norma yang isinya merupakan norma dari tata aturan lama. Resepsi adalah prosedur pembuatan hukum yang diperluas.²⁷⁶

²⁷⁶ *Ibid.*, hal. 117.

²⁷⁷ *Ibid.*, hal. 118. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 208–209.

Karena validitasnya diperoleh dari tata aturan baru, maka revolusi dikatakan tidak hanya merubah konstitusi, tetapi seluruh tata hukum. Hal ini menunjukkan bahwa tata aturan lama telah dihilangkan validitasnya dan tidak lagi sesuai dengan prinsip legitimasi. Hal ini berlaku baik secara *de facto* maupun *de jure*. Setiap ahli hukum akan mengasumsikan bahwa tata aturan lama telah kehilangan validitasnya, dan semua norma yang valid dalam tata aturan baru, menerima validitasnya secara eksklusif dari konstitusi baru.²⁷⁷

d. Perubahan Norma Dasar

Misalkan ada suatu kelompok individu mengambil alih kekuasaan dengan kekuatan untuk mengganti pemerintahan negara monarki yang *legitimate* dengan bentuk pemerintahan republik. Jika mereka berhasil, jika tata aturan lama terhenti, dan tata aturan baru mulai berlaku, karena perbuatan individu diatur menurut tata aturan baru, maka tata aturan ini menjadi tata aturan yang valid. Mulai saat itu perbuatan individu dinilai sebagai *legal* atau *illegal* menurut tata aturan baru ini. Hal ini berarti dipresuposisikan tata aturan baru, berdasarkan konstitusi pemerintahan republik yang menggantikan konstitusi pemerintahan monarki yang sudah tidak valid. Jika revolusi gagal, jika tata aturan yang coba dibentuk tetap tidak berlaku, maka tindakan mereka ditafsirkan tidak sebagai tindakan pembuatan hukum yang *legal*, tetapi sesuai dengan konstitusi adalah tindakan *illegal*, suatu kejahatan pengkhianatan.²⁷⁸

Terkait dengan keabsahan pemerintahan revolusioner, Hakim Haynes menyatakan bahwa pemerintahan tersebut hanya diakui sebagai legal jika memenuhi empat kondisi, yaitu:²⁷⁹

²⁷⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 118.

²⁷⁹ Hari Chand, *Op.Cit.*, hal. 94–95.

1. a succesful revolution must have taken place, i.e. the government is firmly established administratively;
2. the government is in effective control, i.e. there is by and large conformity with is mandates;
3. such conformity was due to popular support not mere tacit submission to ceorcion; and
4. the regime must not be oppressive or undemocratic.

e. Prinsip Efektifitas

Setiap satu norma kehilangan validitasnya ketika keseluruhan tata hukum norma tersebut kehilangan keberlakuannya.²⁸⁰ Keberlakuan tata hukum secara keseluruhan adalah kondisi yang dibutuhkan untuk validitas setiap norma dalam tata aturan. Suatu *conditio sine qua non*, tetapi bukan *conditio per quam*. Keberlakuan tata hukum secara total adalah suatu kondisi, bukan alasan, bagi validitas norma-norma yang menyusunnya.²⁸¹ Norma-norma ini valid bukan karena tata hukum secara keseluruhan berlaku, tetapi karena dibuat dengan cara konstitusional. Jadi prinsip legitimasi dibatasi oleh prinsip efektifitas.²⁸²

f. "Desuetudo"

Terkait dengan hal sebelumnya, harus diingat bahwa suatu norma tunggal tidak kehilangan validitasnya jika norma itu sendiri tidak efektif. Dalam suatu tata hukum yang secara keseluruhan berlaku, mungkin terdapat norma yang valid tetapi

²⁸⁰ Menurut Friedman, keberlakuan (*efficacy*) ini merupakan unsur non formal dan non normatif yang terpaksa dimasukkan oleh kelsen untuk mengatasi masalah pertentangan suatu norma yang tidak dicabut oleh pengadilan dengan norma dasar. Friedmann, *Op.Cit.*, hal. 172.

²⁸¹ Kelsen, *Pure Theory of Law, Op.Cit.*, hal. 194.

²⁸² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 119. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 211 – 212.

²⁸³ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 119. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 213.

tidak berlaku efektif (tidak dipatuhi dan tidak dilaksanakan). Jika norma tersebut secara permanen tidak berlaku, maka kehilangan validitasnya oleh *desuetudo*. *Desuetudo* adalah efek hukum negatif dari kebiasaan. Suatu norma mungkin ditindakan (*annulled*) oleh kebiasaan, yaitu kebiasaan yang bertentangan dengan norma. *Desuetudo* meniadakan suatu norma dengan membuat norma lain identik dengan karakter fungsi undang-undang mencabut undang-undang yang valid.²⁸³

Apakah suatu undang-undang juga mungkin menjadi tidak valid karena *desuetudo* pada akhirnya tergantung pada apakah kebiasaan sebagai sumber hukum dapat di kesampingkan oleh undang-undang dalam suatu tata hukum. Harus diasumsikan bahwa setiap norma hukum, walaupun itu adalah norma undang-undang, dapat kehilangan validitasnya karena *desuetudo*.²⁸⁴

Namun demikian, adalah tetap merupakan kesalahan untuk mengidentikkan validitas dan keberlakuan karena keduanya adalah fenomena yang berbeda. Norma yang diiadakan oleh *desuetudo* adalah valid untuk waktu tertentu tanpa memiliki keberlakuan. Kasus ini menunjukkan bahwa tidak adanya keberlakuan tanpa akhir yang berakibat pada validitas.²⁸⁵

Hubungan antara validitas dan keberlakuan adalah sebagai berikut: Suatu norma adalah norma hukum yang valid jika (a) norma tersebut telah dibuat dengan cara yang ditentukan oleh tata hukumnya;²⁸⁶ dan (b) jika norma tersebut belum dibatalkan baik dengan cara yang ditentukan oleh tata hukum atau dengan *desuetudo* atau dengan fakta bahwa tata hukum sebagai keseluruhan kehilangan keberlakuannya.²⁸⁷

²⁸⁴ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 119.

²⁸⁵ *Ibid.*, hal. 119

²⁸⁶ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 35–36.

²⁸⁷ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 120.

²⁸⁸ *Ibid.*

g. "Ought" dan "Is"

Norma dasar suatu tata hukum nasional bukan merupakan produk arbiter dari imajinasi hukum. Fungsi norma dasar adalah membuat penafsiran normatif terhadap fakta tertentu mungkin dilakukan, dan hal ini berarti bahwa penafsiran fakta merupakan pembuatan dan pelaksanaan norma yang valid. Norma hukum, sebagaimana telah dijelaskan, dinyatakan valid hanya jika dimiliki oleh suatu tata aturan yang berlaku. Maka isi dari norma dasar ditentukan oleh fakta melalui mana suatu aturan dibuat dan dilaksanakan.²⁸⁸

Norma dasar dari setiap tata hukum positif memberikan otoritas hukum hanya berdasarkan fakta di mana suatu aturan dibuat dan dilaksanakan yang secara keseluruhan efektif. Hal ini tidak membutuhkan kenyataan bahwa perbuatan aktual individu secara absolut sesuai dengan aturan.²⁸⁹ Namun demikian suatu aturan normatif kehilangan validitasnya ketika realitas tidak lagi sesuai dengannya, paling tidak pada tingkat tertentu. Maka validitas suatu aturan hukum tergantung pada kesesuaiannya dengan realitas, yaitu pada *keberlakuan*. Hubungan yang ada antara validitas dan keberlakuan suatu tata hukum, juga disebut antara *ought* dan *is*, dapat ditentukan dengan garis batas atas dan bawah.²⁹⁰

h. Hukum dan Kekuasaan

Keberlakuan hukum adalah wilayah mewujudkan kenyataan dan sering disebut sebagai kekuasaan hukum (*the power of law*). Jika untuk adanya keberlakuan diberikan kekuasaan, maka masalah validitas dan keberlakuan ditransformasi men-

²⁸⁹ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 32.

²⁹⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*

²⁹¹ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 60–61.

²⁹² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 121.

jadi masalah yang lebih umum, yaitu *right and might*. Kalaupun hukum tidak dapat eksis tanpa kekuasaan, maka hukum dan kekuasaan, *right and might*, tetap bukan sesuatu yang sama.²⁹¹ Hukum adalah tata aturan spesifik atau suatu organisasi kekuasaan.²⁹²

i. Prinsip Efektivitas sebagai Norma Hukum Positif (Hukum Internasional dan Nasional)

Prinsip bahwa suatu tata hukum harus berlaku agar valid adalah suatu norma positif. Ini merupakan prinsip efektifitas hukum internasional. Menurut prinsip hukum internasional, suatu otoritas yang benar-benar *establish* adalah pemerintahan yang *legitimate*, yaitu *coercive order* yang ditetapkan oleh pemerintahan sebagai aturan hukum di mana masyarakat yang membentuk tata aturan ini adalah negara dalam hal hukum internasional, sepanjang tata aturan ini berlaku secara keseluruhan.²⁹³

Dari sudut pandang hukum internasional, konstitusi negara adalah valid hanya jika tata hukum didasari konstitusi tersebut secara keseluruhan berlaku. Inilah prinsip umum efektifitas, suatu norma positif dalam hukum internasional, yang diaplikasikan terhadap keadaan kongkret individu tata hukum nasional. Maka norma dasar dari tata hukum nasional yang berbeda-beda adalah suatu norma umum tata hukum internasional.²⁹⁴

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ *Ibid.*, Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 71.

²⁹⁵ Pandangan ini mengharuskan bahwa hukum internasional harus memiliki suatu norma dasar sebagai konsekuensi sebagai suatu sistem hukum yang oleh Hart disebut sebagai *rule of recognition*. Terdapat pandangan lain bahwa hukum internasional hanyalah seperangkat aturan yang terpisah (*a set of separate rules*), bukan suatu sistem yang utuh. Hart, *Op.Cit.*, hal. 228.

²⁹⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 121–122. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 214–217. Maka yang disebut sebagai norma dasar dalam hukum internasional adalah *Pacta Sunt Servanda*. Hari Chand, *Op.Cit.*, hal. 96.

Jika kita meyakini hukum internasional sebagai suatu tata hukum di mana semua negara adalah sub-ordinat, maka norma dasar tata hukum nasional bukan sesuatu yang dipresuposisikan dengan pemikiran hukum, tetapi suatu norma hukum positif, suatu norma hukum internasional yang diaplikasikan terhadap tata hukum suatu negara. Mengasumsikan primasi hukum internasional atas hukum nasional, berarti masalah norma dasar pindah dari tata hukum nasional ke tata hukum internasional.²⁹⁵ Maka norma dasar yang benar hanyalah suatu norma yang tidak dibuat oleh prosedur hukum, tetapi dipresuposisikan dengan pikiran juridis secara internasional.²⁹⁶

j. Validitas dan Keberlakuan

Bahwa validitas suatu tata hukum bergantung kepada keberlakuannya tidak mengimplikasikan bahwa validitas satu norma tunggal bergantung pada keberlakuannya. Satu norma masih tetap valid sepanjang merupakan bagian dari tata aturan yang valid. Ketidakberlakuan suatu norma namun tetap valid karena dan sepanjang menjadi bagian dari rantai pembuatan dari suatu sistem hukum yang valid.²⁹⁷ Hanya norma yang dapat menjadi dasar validitas norma yang lain.²⁹⁸ Pertanyaan apakah suatu norma individual adalah valid dijawab dengan kembali pada konstitusi pertama. Jika valid, maka semua norma yang telah dibuat dengan cara konstitusional adalah juga valid. Prinsip efektifitas yang ada pada hukum internasional menunjuk secara langsung hanya kepada konstitusi pertama suatu tata hukum nasional.²⁹⁹

²⁹⁷ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 63.

²⁹⁸ Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), hal. 73.

²⁹⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 122.

³⁰⁰ Hari Chand, *Op.Cit.*, hal. 95–96.

Berdasarkan konsep validitas hukum secara dinamis tersebut, Hari Chand mengemukakan bahwa suatu norma yang valid harus memenuhi kondisi (1) harus merupakan bagian dari suatu sistem norma; dan (2) sistem norma tersebut harus berlaku efektif (*efficacious*). Lebih lanjut Chand mengutip pendapat Starke dalam *Fundamental Views and Ideas of Hans Kelsen (1881–1973)* bahwa konsep validitas dapat dipahami dengan mempelajari empat arti yang diberikan oleh Kelsen, yaitu:³⁰⁰

1. Suatu norma eksis dengan kekuatan mengikat;
2. Norma partikuler tersebut dapat diidentifikasi sebagai bagian dari suatu tata hukum (*legal order*) yang berlaku (*efficacious*);
3. Suatu norma dikondisikan oleh norma lain yang lebih tinggi dalam hirarki norma;
4. Suatu norma yang dijustifikasi kesesuaiannya dengan norma dasar.

4. Konsep Hukum Statis dan Dinamis

Jika melihat tata hukum dari sudut pandang dinamis, maka mungkin untuk mendefinisikan konsep hukum secara berbeda dari yang coba didefinisikan dalam teori ini. Terdapat kemungkinan untuk mengabaikan elemen paksaan dalam mendefinisikan konsep hukum.³⁰¹

Adalah fakta bahwa legislator dapat menetapkan perintah tanpa perlu memberikan sanksi kriminal atau sanksi perdata terhadap pelanggarnya. Jika norma semacam ini juga disebut sebagai norma hukum, adalah karena dibuat oleh oto-

³⁰¹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 122.

³⁰² *Ibid.*, hal. 122.

³⁰³ *Ibid.*, hal. 122.

ritas yang menurut konstitusi memiliki kompetensi membuat hukum. Berdasarkan konsep ini, maka hukum adalah apapun yang ada dibuat dengan jalan yang telah ditentukan oleh konstitusi sebagai pembuatan hukum. Konsep dinamis ini berbeda dari konsep hukum yang didefinisikan sebagai perintah yang memaksa.³⁰²

Namun konsep dinamis ini hanya kelihatannya saja sebagai konsep hukum. Di dalamnya tidak mengandung jawaban apa esensi hukum, apa kriteria di mana hukum dapat dipisahkan dari norma sosial lainnya. Konsep dinamis ini memenuhi jawaban hanya terhadap pertanyaan apakah suatu norma dalam sistem norma hukum yang valid membentuk suatu bagian aturan hukum tertentu atau tidak, dan mengapa?³⁰³

Bagaimanapun harus diperhatikan bahwa tidak hanya suatu norma yang dapat dibuat dengan cara yang ditentukan oleh konstitusi sebagai pembentukan hukum. Tahapan penting dalam proses pembuatan hukum adalah prosedur di mana norma umum dibuat, yaitu prosedur legislasi. Proses pembuatan hukum tidak hanya merupakan proses legislatif, tetapi juga prosedur otoritas yudisial dan administratif.³⁰⁴

³⁰⁴ *Ibid.*, hal. 123.

³⁰⁵ Beberapa penulis menyatakan bahwa teori hirarki norma ini dipengaruhi oleh teori Adolf Merkl, atau paling tidak Merkl telah menulis teori terlebih dahulu yang disebut Jeliæ dengan *stairwell structure of legal order*. Teori Merkl ini adalah tentang tahapan hukum (*die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung*) yaitu bahwa hukum adalah suatu sistem tata aturan hirarkis, suatu sistem norma yang mengkondisikan dan dikondisikan dan tindakan hukum. Norma yang mengkondisikan berisi kondisi untuk pembuatan norma lain atau tindakan. Pembuatan hirarkis ini termanifestasi dalam bentuk regresi dari sistem tata hukum yang lebih tinggi ke sistem tata hukum yang lebih rendah. Proses ini selalu merupakan proses konkretisasi dan individualisasi. Lihat Jelic, *Op.Cit.*, hal. 149. Bandingkan dengan Stewart, *Op.Cit.*, hal. 283.

³⁰⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 123–124.

B. HIRARKI NORMA³⁰⁵

1. Norma Superior dan Inferior

Analisis hukum, yang menyingkap karakter dinamis dari sistem normatif dan fungsi norma dasar, juga menunjukkan kekhususan lebih lanjut dari hukum, yaitu: Hukum mengatur kreterianya sendiri sepanjang suatu norma hukum menentukan cara norma lain dibuat, dan juga isi dari norma tersebut. Sejak suatu norma hukum adalah valid karena dibuat dengan cara yang ditentukan oleh norma hukum lain, maka norma terakhir merupakan alasan validitas yang pertama.³⁰⁶

Hubungan antara norma yang mengatur pembuatan norma lain dan norma lain tersebut dapat disebut sebagai hubungan super dan sub-ordinasi dalam konteks spasial. Norma yang menentukan pembuatan norma lain adalah superior, sedangkan norma yang dibuat adalah inferior. Tata hukum, khususnya sebagai personifikasi negara bukan merupakan sistem norma yang dikordinasikan satu dengan lainnya, tetapi suatu hirarki dari norma-norma yang memiliki level berbeda. Kesatuan norma ini disusun oleh fakta bahwa pembuatan norma, yang lebih rendah, ditentukan oleh norma lain, yang lebih tinggi. Pembuatan yang ditentukan oleh norma lebih tinggi menjadi alasan utama validitas keseluruhan tata hukum yang membentuk kesatuan.³⁰⁷

³⁰⁷ *Ibid.*, hal. 124.

³⁰⁸ Hal ini dilihat oleh Heinrich A. Rommen sebagai kritisi dari konsep kedaulatan absolut melalui pembatasan kekuasaan pemegang kedaulatan. Heinrich A. Rommen, *The Natural Law: A Study in Legal And Social History And Philosophy*, Judul Asli: *Die ewige des Naturrecht*, Penerjemah: Thomas R. Hanley, (Indiana-polis: Liberty Fund, 1998), hal., 128.

³⁰⁹ Konstitusi dalam arti material atau substantif adalah hukum yang hidup (*living law*), yaitu norma yang benar-benar berlaku dalam hukum konstitusi (meskipun tidak tertulis). Lihat Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 63, fn. no. 45.

2. Tingkat-Tingkat dalam Tata Hukum

a. Konstitusi

Konstitusi dalam arti Materiil dan Formal

Struktur hierarkis tata hukum suatu negara adalah sebagai berikut: Dipresuposisikan sebagai norma dasar, konstitusi adalah level paling tinggi dalam hukum nasional.³⁰⁸ Konstitusi dalam arti formal adalah suatu dokumen nyata sebagai seperangkat norma hukum yang mungkin diubah hanya menurut ketentuan khusus yang dimaksudkan agar perubahan norma ini sulit dilakukan. Konstitusi dalam arti material terdiri dari aturan-aturan yang mengatur pembuatan norma hukum umum,³⁰⁹ khususnya pembuatan undang-undang. Konstitusi formal biasanya juga berisi norma lain, yaitu norma yang bukan merupakan bagian materi konstitusi.³¹⁰ Tetapi hal ini adalah untuk menjaga norma yang menentukan organ dan prosedur legislasi bahwa suatu dokumen nyata yang khusus dirancang dan bahwa perubahan aturannya dibuat secara khusus lebih sulit. Hal ini karena materi konstitusi adalah dalam bentuk hukum konstitusional yang harus dipisahkan dari hukum biasa. Terdapat prosedur khusus untuk pembuatan, perubahan, dan pencabutan hukum konstitusi.³¹¹

Konstitusi dalam arti formal, khususnya ketentuan yang menentukan bahwa perubahan konstitusi lebih sulit dari pada perubahan hukum biasa, adalah mungkin hanya jika terdapat konstitusi tertulis. Terdapat negara yang tidak memiliki kons-

³¹⁰ *Ibid.*, hal. 59–60. Sistem atau prinsip statis dan dinamis dapat disatukan jika materi konstitusi meliputi dua hal tersebut, yaitu substansi dan prosedur hukum yang akan dibuat. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 197–201.

³¹¹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 124–125. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 221–224.

³¹² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 125.

titusi tertulis, yaitu Inggris, yang berarti tidak ada konstitusi formal. Maka konstitusi memiliki karakter hukum kebiasaan dan tidak ada perbedaan antara konstitusi dengan hukum biasa. Sedangkan konstitusi dalam arti material dapat berupa konstitusi tertulis atau tidak tertulis.³¹²

Penentuan Isi Norma Umum oleh Konstitusi

Materi konstitusi mungkin ditentukan tidak hanya organ dan prosedur legislasi, tetapi juga pada tingkat tertentu isi dari hukum yang akan datang. Konstitusi dapat menentukan secara negatif apa materi yang dilarang sebagai isi hukum, misalnya parlemen dilarang menyetujui setiap rancangan undang-undang yang membatasi kebebasan beragama. Dengan cara negatif ini, tidak hanya isi undang-undang tetapi juga semua norma dari tata hukum ditentukan oleh konstitusi. Konstitusi juga dapat menentukan secara positif isi tertentu dari undang-undang yang akan datang baik berupa materi delik, sanksi, maupun prosedur.³¹³

Kebiasaan sebagaimana ditentukan oleh Konstitusi

Jika dalam suatu tata hukum terdapat hukum undang-undang dan kebiasaan secara berdampingan, jika organ pelaksana hukum khususnya pengadilan harus mengaplikasikan tidak hanya norma yang dibuat oleh organ legislatif tetapi juga norma umum yang dibuat oleh kebiasaan, maka kebiasaan diakui sebagai fakta pembuat hukum sebagaimana dalam legislasi. Hal ini hanya mungkin jika konstitusi, dalam arti kata material, menginstitusikan kebiasaan, seperti halnya institusi legislasi, sebagai proses pembuatan hukum. Maka kebiasaan seperti

³¹³ *Ibid.*, hal. 125. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 224–225.

³¹⁴ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 126.

³¹⁵ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 226.

³¹⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 126.

halnya legislasi adalah institusi konstitusional.³¹⁴

Konstitusi mungkin secara jelas mengatur kebiasaan sebagai institusi dan hubungannya dengan ketentuan undang-undang. Bahkan konstitusi itu sendiri, baik secara keseluruhan maupun sebagian, dapat tidak tertulis atau kebiasaan. Hal ini karena berdasarkan kebiasaan bahwa kebiasaan adalah suatu fakta pembuatan hukum. Jika suatu tata hukum memiliki suatu konstitusi tertulis yang tidak menginstitusikan kebiasaan sebagai suatu fakta pembuat hukum, namun tata hukum tersebut juga berisi hukum kebiasaan di samping hukum undang-undang, maka sebagai tambahan bagi konstitusi tertulis pasti ada norma konstitusi tidak tertulis, yaitu suatu kebiasaan pembentukan hukum di mana norma umum yang mengikat organ pelaksana hukum dapat dibuat melalui kebiasaan yang disebut dengan "*petitio principii*".³¹⁵ Hukum mengatur pembuatannya sendiri, dan inilah hukum kebiasaan.³¹⁶

Kadang-kadang dikonstruksikan bahwa kebiasaan bukan sesuatu yang konstitutif (*a law-creating fact*) tetapi hanya suatu deklarasi yang mengindikasikan adanya eksistensi aturan hukum yang mendahului. Menurut doktrin hukum alam, aturan hukum ini dibuat oleh Tuhan atau alam. Menurut madzhab hukum sejarah Jerman, dibuat oleh semangat rakyat (*volksgeist*). Dalam ilmu hukum modern Perancis doktrin *volksgeist* digantikan oleh solidaritas sosial (*solidarité sociale*). Inilah yang menurut Léon Duguit disebut sebagai hukum obyektif (*droit objectif*) yang merupakan implikasi dari solidaritas sosial. Doktrin Jerman tentang *Volksgeist* dan doktrin *Solidarité sociale* Perancis adalah variasi dari doktrin hukum alam yang memiliki karakteristik dualisme antara suatu hukum "sebenarnya" dengan hukum positif.³¹⁷

³¹⁷ *Ibid.*, hal. 126–127.

³¹⁸ *Ibid.*, hal. 127.

³¹⁹ *Ibid.*, hal. 128.

Tidak ada perbedaan antara suatu aturan hukum kebiasaan dan suatu aturan hukum undang-undang dalam hubungannya kepada organ pelaksana hukum. Pernyataan bahwa suatu aturan kebiasaan menjadi hukum hanya melalui pengakuan sebagai bagian pelaksanaan hukum oleh pengadilan adalah tidak benar. Sebab hukum undang-undang pun dapat dikatakan dengan cara yang sama. Baik kebiasaan maupun undang-undang sudah merupakan hukum sebelum menerima pengakuan dari pengadilan, karena keduanya merupakan prosedur pembuatan hukum.³¹⁸

Perbedaan nyata antara hukum kebiasaan dan undang-undang berisi fakta bahwa yang pertama merupakan pembuatan hukum yang terdesentralisasi sedangkan yang kedua tersentralisasi. Hukum kebiasaan dibuat oleh individu subyek hukum yang dibuat tersebut, sedangkan hukum undang-undang dibuat oleh organ khusus yang dibuat untuk tujuan itu.³¹⁹

b. Norma Umum Dibuat Berdasarkan Konstitusi: Undang-Undang dan Kebiasaan

Norma umum yang ditetapkan dengan cara legislasi atau kebiasaan, membentuk suatu tingkatan di bawah konstitusi dalam hirarki hukum. Norma-norma umum ini diaplikasikan oleh organ yang kompeten, khususnya pengadilan dan otoritas administratif. Organ pelaksana hukum harus diinstitusikan sesuai dengan tata hukum, yang juga menentukan prosedur yang harus diikuti organ pada saat mengaplikasikan hukum. Maka norma umum hukum undang-undang atau kebiasaan memiliki dua fungsi besar, yaitu: (1) menentukan organ pelaksana hukum dan prosedur yang harus diikuti; dan (2) menentukan tindakan

³²⁰ *Ibid.*, hal. 128. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 229.

³²¹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 129.

yudisial dan administratif organ tersebut. Tindakan inilah yang menciptakan norma individual, yaitu penerapan norma hukum pada kasus nyata.³²⁰

c. Hukum Substantif dan Ajektif

Kedua fungsi di atas berhubungan dua jenis hukum yang biasa dibedakan, yaitu hukum material atau substantif dan hukum formal atau ajektif. Di samping hukum pidana substantif terdapat hukum prosedur kriminal ajektif, dan demikian pula halnya dengan hukum perdata dan hukum administratif. Bagian dari hukum prosedural adalah juga norma yang menentukan organ pelaksana hukum.³²¹

Kedua jenis norma umum ini selalu terlibat dalam aplikasi hukum oleh suatu organ, yaitu: (1) norma formal yang menentukan pembuatan organ dan prosedur yang harus diikuti; dan (2) norma material yang menentukan isi dari tindakan yudisial atau administratif.³²² Tidak mungkin dilakukan aplikasi norma jenis kedua tanpa aplikasi norma jenis pertama. Kedua jenis norma tersebut tidak dapat dipisahkan.³²³

d. Penentuan Organ Pelaksana Hukum oleh Norma Umum

Norma umum yang dibuat oleh legislasi atau kebiasaan, dalam hubungannya dengan aplikasi melalui otoritas pengadilan dan administrasi bekerja seperti halnya konstitusi bekerja dalam

³²² Pada *Introduction* disebut sebagai bentuk hukum material (*substantive*) dan hukum formal (*procedural*). Sedangkan dalam *Pure Theory of Law* disebut dengan istilah *Material and Formal Law*. Lihat Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 65. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 230–232.

³²³ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 129.

³²⁴ *Ibid.*, hal. 129–130.

³²⁵ *Ibid.*, hal. 130.

pembuatan norma umum melalui legislasi dan kebiasaan. Kedua fungsi tersebut, yaitu aplikasi dan pembuatan hukum, ditentukan oleh norma yang lebih tinggi secara formal dan material sesuai dengan prosedur dan isi dari fungsi yang dijalankan. Proporsi penentuan pelaksanaan atau pembuatan hukum, baik secara formal maupun material, ditentukan berbeda-beda. Materi konstitusi utamanya menentukan oleh organ mana dan melalui prosedur apa norma umum dibuat. Biasanya konstitusi tidak menentukan isi dari norma yang akan dibuat, atau paling tidak hanya menentukan secara negatif.³²⁴

Sedangkan norma umum menentukan tidak hanya organ yudisial dan administratif dan prosedurnya, tetapi juga isi dari norma individual sebagai tindakan dari organ tersebut. Tingkat penentuan materi tersebut mungkin berbeda-beda. Pengadilan biasanya lebih terikat secara ketat oleh hukum pidana dan perdata materil yang harus diaplikasikan dibanding dengan otoritas administratif.³²⁵

e. Peraturan ("Ordinances")

Kadang-kadang pembuatan norma umum dibagi menjadi dua atau lebih tahapan. Beberapa konstitusi memberikan otoritas administratif tertentu, misalnya kepala negara, kekuasaan untuk menetapkan norma umum yang dengannya ketentuan dalam suatu undang-undang dijabarkan. Norma umum semacam ini, yang tidak dibuat oleh legislatif tetapi oleh organ lain berdasarkan norma umum yang dibuat oleh legislatif, ditetapkan sebagai peraturan (*regulation*) atau ordonansi (*ordinances*). Beberapa konstitusi juga memberikan kekuasaan pada organ administratif, khususnya kepala negara atau perdana

³²⁴ *Ibid.*, hal. 130–131.

³²⁷ *Ibid.*, hal. 131.

³²⁸ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 232–233.

menteri, pada kondisi yang tidak biasa menetapkan norma umum untuk mengatur masalah yang biasanya diatur oleh organ legislatif melalui undang-undang.³²⁶

f. Sumber Hukum

Pembuatan hukum dengan kebiasaan dan undang-undang sering disebut sebagai dua sumber hukum. Dalam konteks ini, hukum hanya dipahami sebagai norma umum, mengabaikan norma individual yang bagaimanapun merupakan bagian dari hukum seperti yang lainnya.³²⁷

Sumber hukum adalah ekspresi yang figuratif dan ambigu. Istilah tersebut tidak hanya digunakan untuk menyebut metode pembuatan hukum, yaitu kebiasaan dan legislasi, tetapi juga untuk mengkaraktirikan alasan validitas hukum khususnya alasan paling akhir. Maka norma dasar menjadi sumber hukum. Namun dalam arti yang lebih luas, setiap norma hukum adalah sumber bagi norma yang lain, karena memuat prosedur pembuatan norma atau isi norma yang akan dibuat.³²⁸ Maka setiap norma hukum yang lebih tinggi adalah sumber bagi norma hukum yang lebih rendah. Jadi sumber hukum adalah hukum itu sendiri.³²⁹

Ekspresi *sumber hukum* pada akhirnya digunakan juga pada keseluruhan makna yuridis. Juga mungkin mengartikan sumber hukum sebagai ide-ide yang mempengaruhi organ pembuat hukum, misalnya norma moral, prinsip politik, doktrin

³²⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 131–132.

³³⁰ J.W. Harris menyebut bahwa eksistensi standar non-hukum mungkin diberikan sebagai alasan untuk membuat suatu aturan hukum baru, tetapi tidak menciptakan suatu standar hukum sebagai sumber hukum legislatif. J.W. Harris, *Law and Legal Science: An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, (Oxford: Clarendon Press, 1979), hal. 72.

³³¹ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 217–221.

³³² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 132. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 65–67.

hukum, pendapat ahli hukum, dan lain-lain.³³⁰ Menurut hukum alam, norma dasar adalah hukum yang seharusnya dengan sifat absolut.³³¹ Berbeda dengan sumber hukum menurut teori hukum murni yang telah diuraikan, sumber ini tidak memiliki kekuatan mengikat karena bukan merupakan norma hukum. Namun tetap memungkinkan bagi tata hukum mewajibkan organ pembuat hukum untuk mentransformasi norma-norma tersebut menjadi norma hukum, yang berarti menjadi sumber hukum.³³²

g. Pembuatan dan Pelaksanaan Hukum

Suatu norma yang mengatur pembuatan norma lain adalah *dilaksanakan* dalam pembuatan norma lain tersebut. Pembuatan hukum (*law-creating*) adalah selalu merupakan pelaksanaan hukum (*law-applying*). Adalah tidak benar mengklasifikasi tindakan hukum sebagai tindakan pembuatan hukum dan tindakan pelaksanaan hukum. Normalnya, pembuatan hukum dan pelaksanaan hukum terjadi dalam waktu yang sama. Pembuatan norma hukum adalah suatu pelaksanaan dari norma yang lebih tinggi, dan pelaksanaan norma hukum yang lebih tinggi normalnya adalah pembuatan suatu norma lebih rendah. Legislasi adalah proses pembuatan hukum menurut konstitusi sehingga juga merupakan pelaksanaan hukum (konstitusi). Pembuatan konstitusi pertama dapat dilihat sebagai suatu pelaksanaan norma dasar. Dengan demikian aktivitas hukum selalu melibatkan baik pembuatan maupun pelaksanaan.³³³ Hal ini berlaku baik pada legislatif, pengadilan, maupun organ administratif dalam suatu negara.³³⁴

³³³ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal 133. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 70. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 233–236.

³³⁴ *Ibid.*, hal. 262–267.

³³⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 133.

Seperti telah dijelaskan bahwa pembuatan norma hukum dapat ditentukan dalam dua cara, yaitu (1) organ dan prosedur yang akan membuat norma yang lebih rendah; dan (2) isi dari norma yang lebih rendah. Walaupun jika norma yang lebih tinggi hanya menentukan organ dan ini berarti otorisasi organ ini untuk menentukan dalam keleluasaannya proses pembuatan norma yang lebih rendah dan isinya, maka berarti norma yang lebih tinggi sudah diaplikasikan dalam pembuatan norma yang lebih rendah. Norma yang lebih tinggi paling tidak harus menentukan organ yang akan membuat norma yang lebih rendah. Suatu pembuatan norma yang tidak ditentukan sama sekali oleh norma lain tidak dapat menjadi bagian dari tata hukum. Maka fungsi pembuatan norma harus disebut sebagai fungsi pelaksanaan norma walaupun jika hanya elemen personal yang ditentukan oleh norma yang lebih tinggi.³³⁵

Bahwa pembuatan hukum pada waktu yang sama adalah pelaksanaan hukum, adalah konsekuensi dari fakta bahwa setiap tindakan pembuatan hukum harus ditentukan oleh tata hukum. Hanya tindakan di mana tidak ada norma yang dibuat mungkin disebut sebagai pelaksanaan hukum saja. Pada kasus lain adalah norma dasar yang menentukan konstitusi pertama dan karena dipresuposisikan dengan pemikiran hukum, maka juga dipresuposisikan bahwa pembuatan ini tidak ditentukan oleh norma hukum lain yang lebih tinggi, dan ini berarti tidak ada unsur pelaksanaan hukum.³³⁶

³³⁶ *Ibid.*, hal. 134.

³³⁷ Terminologi *adjudication* secara literal berarti "*declaring or pronouncing the law*", dan "*finding or discovering the law*". Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 68, fn., no. 52.

³³⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 134.

h. Norma Individu yang Dibuat Berdasarkan Norma Umum

Tindakan Yudisial sebagai Pembuatan Norma Individual

Ketika pengadilan memutuskan suatu perselisihan atau ketika menetapkan hukuman seorang terdakwa, pengadilan mengaplikasikan suatu norma umum. Tetapi secara simultan pengadilan juga membuat suatu norma individual yang menentukan sanksi tertentu harus dieksekusikan terhadap individu tertentu dalam proses adjudikasi.³³⁷ Norma individual ini terkait dengan norma umum sebagaimana suatu undang-undang terkait dengan konstitusi. Fungsi yudisial seperti halnya legislasi, keduanya merupakan pembuatan dan pelaksanaan hukum.³³⁸

Dari sudut pandang dinamis, norma individual yang dibuat oleh keputusan yudisial adalah suatu tahapan dalam suatu proses yang dimulai dengan penetapan konstitusi pertama, dilanjutkan dengan legislasi dan kebiasaan, dan menuju pada proses yudisial. Proses ini menjadi lengkap dengan eksekusi sanksi individual. Hukum undang-undang dan kebiasaan adalah produk setengah jadi yang diselesaikan hanya melalui keputusan pengadilan dan eksekusinya. Proses di mana hukum secara konstan memperbaharui diri dari umum dan abstrak menuju individual dan konkret. Ini adalah suatu proses peningkatan menuju individualisasi dan konkretisasi.³³⁹

Norma umum yang memuat kondisi dan konsekuensi yang abstrak harus diindividualisasi dan dikonkretisasi agar dapat bersentuhan dengan kehidupan sosial atau diaplikasikan dalam realitas. Untuk tujuan ini, dalam suatu kasus harus

³³⁹ *Ibid.*, hal. 134–135. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 68.

³⁴⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 135.

³⁴¹ *Ibid.*, hal. 135–136.

diyakini apakah kondisi yang ditentukan *in abstracto* dalam norma umum, ada di dalam kasus *in concreto*, untuk adanya suatu sanksi yang ditentukan *in abstracto* dalam norma umum dapat dieksekusikan *in concreto*. Kedua hal tersebut merupakan elemen esensial dari fungsi yudisial.³⁴⁰

Keputusan yudisial adalah konstitutif sepanjang memerintahkan sanksi konkret dieksekusikan terhadap individu *deliquent*. Karakter konstitutif juga ada sepanjang menentukan fakta sebagai kondisi adanya sanksi. Dalam dunia hukum, tidak ada fakta pada dirinya sendiri (*no fact in itself*), tidak ada fakta absolut. Yang ada hanyalah fakta yang ditentukan oleh organ yang berkompeten melalui prosedur yang ditentukan hukum. Ketika memberikan konsekuensi tertentu terhadap fakta tertentu, tata hukum harus juga menentukan organ yang harus menentukan fakta dalam kasus konkret dan memberikan prosedur yang harus diikuti organ tersebut. Tata hukum dapat mengotorisasikan organ ini untuk mengatur prosedurnya sendiri, tetapi organ dan prosedur yang menentukan kondisi sebagai suatu fakta harus ditentukan oleh aturan hukum agar dapat dilaksanakan dalam kehidupan sosial.³⁴¹

Jika keputusan yudisial telah ditetapkan berlaku sebagai hukum, jika telah tidak mungkin lagi mengganti keputusan ini dengan lainnya karena adanya status *res judicata* (kasus telah diputuskan secara tetap oleh pengadilan terakhir), maka pendapat bahwa terdakwa adalah tidak bersalah tidak memiliki signifikansi hukum lagi. Formulasi yang tepat aturan hukum terkait dengan kasus di atas, bukan "*jika subyek telah melakukan delik, suatu organ harus mengenakan sanksi terhadap deliquent*", tetapi "*jika organ kompeten telah menetapkan sesuai aturan bahwa subyek telah melakukan delik, maka suatu organ harus mengenakan sanksi terhadap subyek ini.*"

³⁴² *Ibid.*, hal. 136.

3. Tindakan/Transaksi Hukum ("Juristic Act")

a. Transaksi Hukum sebagai Tindakan Pembuatan dan Pelaksanaan Hukum

Telah dijelaskan bahwa pengadilan harus memerintahkan suatu sanksi konkret dalam prosedur hukum kriminal berdasarkan tuntutan organ komunitas, yaitu penuntut umum, sedangkan menurut prosedur hukum perdata berdasarkan gugatan salah satu pihak, yaitu penggugat.

Adalah karakteristik khusus dari hukum perdata bahwa suatu transaksi hukum mungkin muncul di antara kondisi sanksi. Delik dalam hukum perdata adalah fakta bahwa satu pihak gagal memenuhi suatu kewajiban yang dibebankan kepadanya oleh transaksi hukum. Transaksi hukum adalah suatu tindakan dengan mana individu diotorisasikan oleh tata hukum untuk mengatur hubungan tertentu secara hukum. Hal ini adalah suatu tindakan pembuatan hukum karena menghasilkan kewajiban hukum dan hak para pihak yang masuk dalam transaksi. Namun pada waktu yang sama tindakan tersebut adalah suatu tindakan pelaksanaan hukum.³⁴² Proses yang dimulai dengan pembuatan konstitusi berlangsung berurutan dan fase akhirnya adalah realisasi tindakan paksaan sebagai konsekuensi dari suatu tindakan yang tidak sesuai dengan hukum.³⁴³

Dengan memberikan individu kemungkinan mengatur hubungan antar para pihak melalui transaksi hukum, maka tata hukum memberi individu suatu otonomi hukum tertentu. Inilah yang disebut dengan otonomi privat (*private autonomy*) di mana dengan transaksi hukum, norma individual atau bahkan norma

³⁴³ Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 70.

³⁴⁴ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 137.

³⁴⁵ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 256–258.

³⁴⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 137.

³⁴⁷ *Ibid.*, hal. 138.

umum dibuat untuk mengatur hubungan antar para pihak.³⁴⁴ Maka transaksi hukum berdasarkan norma hukum yang valid merupakan tindakan pembuatan hukum (*law-creating act*).³⁴⁵

Norma Sekunder sebagai Produk Transaksi Hukum

Norma yang dibuat oleh transaksi hukum adalah norma sekunder karena menimbulkan kewajiban dan hak hukum hanya dalam hubungannya dengan norma primer umum yang memberikan suatu sanksi terhadap pelanggaran transaksi. Jadi norma sekunder adalah isi dari tindakan hukum yang oleh norma umum primer dijadikan sebagai kondisi bagi sanksi.³⁴⁶

Dalam wilayah hukum pidana, kewajiban hukum ditentukan secara langsung oleh norma umum primer, sedangkan dalam hukum perdata norma umum primer hanya menentukan kewajiban hukum individual secara tidak langsung yaitu melalui media transaksi hukum. Namun terdapat pengecualian dalam hukum perdata tersebut, yaitu dalam kasus kewajiban untuk memperbaiki kerusakan karena tindakan *illegal*.³⁴⁷

Sanksi yang ditetapkan oleh norma hukum umum hukum perdata tidak hanya dikondisikan oleh perbuatan individu yang berlawanan dengan norma sekunder yang dibuat dalam transaksi hukum, tetapi juga oleh fakta bahwa kerusakan yang disebabkan oleh pelanggaran tersebut tidak diperbaiki. Dalam terminologi lain, antara pelanggaran norma sekunder dan sanksi, suatu kewajiban untuk memperbaiki kerusakan akibat tindakan *illegal* biasanya disisipkan. Pada setiap tata hukum ada suatu kewajiban untuk memperbaiki kerusakan yang diakibatkan secara ilegal bukan sebagai kasus perbuatan *illegal* yang dapat dikategorikan sebagai pelanggaran norma sekunder, tetapi suatu norma hukum umum yang memberikan sanksi secara langsung terhadap fakta bahwa seorang individu tidak

³⁴⁸ *Ibid.*, hal. 138–140. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 123–124.

³⁴⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 140.

memperbaiki suatu kerugian karena perbuatannya meskipun tidak ada transaksi hukum. Maka kewajiban memperbaiki suatu kerugian (*injury*) yang disebabkan oleh perbuatan yang bukan pelanggaran terhadap norma sekunder biasanya dikarakteristikkan bukan sebagai kewajiban *ex contractu* tetapi suatu kewajiban *ex delictu*.³⁴⁸

Transaksi Hukum dan Delik

Transaksi hukum dan delik, keduanya adalah kondisi bagi suatu sanksi. Namun transaksi hukum adalah suatu fakta pembuatan hukum, sedangkan delik tidak. Sesuai dengan maksud transaksi hukum, maka jika norma dilanggar dan kerusakan yang diakibatkannya tidak diperbaiki maka suatu sanksi harus dieksekusikan. Transaksi hukum adalah suatu kondisi dari suatu delik sipil dan hanya merupakan kondisi tidak langsung bagi sanksi sipil. Delik sipil atau kriminal adalah kondisi langsung dari sanksi yang dieksekusikan walaupun berlawanan dengan keinginan *deliquent*.³⁴⁹

b. Kontrak

Bentuk umum transaksi hukum dalam hukum perdata adalah kontrak. Kontrak merupakan deklarasi keinginan yang sama dari dua atau lebih individu tentang perbuatan tertentu dari pihak-pihak. Tata hukum mungkin, tetapi tidak harus, menentukan suatu bentuk khusus dari deklarasi ini. Suatu ketidaksesuaian dapat eksis antara keinginan aktual dari para pihak dengan ekspresinya. Ilmu hukum teoritis tidak dapat memutuskan apakah konsekuensi yang akan dimiliki oleh ketidaksesuaian tersebut. Ilmu hukum mungkin lebih mementingkan keinginan aktual atau pada deklarasi. Kontrak mungkin ditetapkan tidak

³⁵⁰ *Ibid.*, hal. 140–141. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 258–262.

berlaku (*void*) jika salah satu pihak dapat menunjukkan bahwa keinginan sebenarnya tidak sesuai dengan apa yang ditafsirkan dalam suatu deklarasi keinginannya. Atau validitas dari kontrak mungkin dianggap independen, sehingga kontrak ditetapkan sebagai valid. Yang mana di antara kedua solusi tersebut yang dipilih tergantung pada politik hukum sebagai *value judgment*.³⁵⁰

Penawaran dan Penerimaan

Bahwa pihak-pihak membuat deklarasi yang sama biasanya tidak mencukupi untuk pembuatan suatu kontrak. Deklarasi salah satu pihak harus ditujukan dan diterima oleh pihak lain. Maka suatu kontrak dapat dikatakan terdiri dari suatu penawaran dan suatu penerimaan. Perbedaan antara penawaran dan penerimaan ini mempresuposisikan bahwa dua deklarasi tersebut tidak dibuat secara simultan. Pertanyaan yang kemudian muncul adalah apakah yang menawarkan harus memberlakukannya hingga saat penerimaan. Haruskah kedua pihak memiliki keinginan yang sebenarnya untuk membuat kontrak pada satu saat yang sama? Jika yang menawarkan menunjukkan bahwa dia tidak lagi memiliki keinginan terhadap kontrak pada saat pihak lain menerima penawaran tersebut? Dapatkah yang menawarkan membatalkan penawarannya sebelum ada penerimaan? Pertanyaan ini kembali merupakan pertanyaan bagi tata hukum itu sendiri, dan teori hukum tidak dapat menyelesaikannya.³⁵¹

Norma yang dibuat oleh Kontrak

Keinginan sebenarnya dari para pihak dan deklarasinya adalah sesuatu yang penting dalam tindakan yang kita sebut sebagai pembuatan suatu kontrak. Setiap pihak harus menginginkan yang sama atau memiliki keinginan yang paralel. Na-

³⁵¹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 141.

³⁵² *Ibid.*, hal. 141–142.

mun norma yang dibuat dengan tindakan ini bukan merupakan keinginan. Norma ini tetap valid, walaupun ketika satu atau kedua pihak tidak lagi memiliki keinginan terkait dengannya. Norma ini tetap eksis dengan validitasnya sampai dibatalkan melalui kontrak yang lain yang berarti norma yang bertentangan dibuat oleh kontrak lain. Norma yang dibuat melalui kontrak mungkin individual atau umum. Kontrak umum memainkan peran utama dalam hukum perburuhan dan hukum internasional.³⁵²

Transaksi Satu Segi dan Dua Segi

Suatu kontrak adalah tindakan hukum dua segi sepanjang sebagai norma sekunder yang mewajibkan dan mengotorisasikan para pihak dibuat oleh kolaborasi setidaknya dua individu. Tetapi juga terdapat tindakan hukum satu segi di mana norma sekunder dibuat hanya oleh satu individu. Ini adalah karakteristik hukum perdata yang normalnya seorang individu dapat mewajibkan dirinya sendiri dengan tindakan hukum satu segi. Dalam hukum perdata, prinsip otonomi privat sangat menonjol, di mana tidak ada orang yang dapat dikenai kewajiban tanpa persetujuannya. Contoh tindakan hukum satu segi adalah penawaran yang mengikat si penawar sendiri untuk waktu tertentu sebelum penerimaan.³⁵³

4. Hukum Konstitusi

Karena fungsi pengadilan dalam kapasitasnya sebagai organ pelaksana hukum adalah mengaplikasikan norma umum undang-undang atau kebiasaan terhadap kasus konkret, maka

³⁵³ *Ibid.*, hal. 142.

³⁵⁴ *Ibid.*, hal. 143.

³⁵⁵ *Ibid.*, hal. 143. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 237.

pengadilan harus memutuskan apakah norma umum memberikan sanksi kepada perbuatan yang diklaim oleh penuntut sebagai delik, atau diklaim oleh penggugat sebagai delik sipil, dan apakah sanksinya.³⁵⁴

Pengadilan harus menjawab tidak hanya pertanyaan tentang fakta (*quaestio facti*) tetapi juga pertanyaan tentang hukum (*quaestio juris*), dilakukan dengan menentukan apakah norma umum tersebut yang diaplikasikan adalah valid yang berarti mempertanyakan apakah norma tersebut telah dibuat dengan cara yang ditentukan oleh konstitusi. Fungsi pengadilan ini menonjol khususnya ketika terdapat keraguan apakah perbuatan tergugat atau terdakwa sungguh-sungguh merupakan suatu delik. Pengadilan harus menentukan keberadaan norma tersebut seperti halnya menentukan eksistensi delik. Fungsi menentukan eksistensi norma umum yang diaplikasikan oleh pengadilan mengimplikasikan pentingnya fungsi penafsiran norma tersebut, yaitu menentukan maknanya.³⁵⁵

Norma konstitusi yang mengatur pembuatan norma umum yang diaplikasikan oleh pengadilan dan organ pelaksana hukum lain adalah bukan norma lengkap yang independen. Norma konstitusi secara intrinsik adalah bagian dari semua aturan hukum yang harus diaplikasikan oleh pengadilan dan organ lain. Maka hukum konstitusi tidak dapat dikutip sebagai suatu contoh norma yang tidak memberikan sanksi. Norma dari materi konstitusi adalah hukum hanya dalam kaitan organiknya dengan norma yang memberikan sanksi yang dibuat berdasarkan norma konstitusi tersebut. Dalam pandangan dinamis pembuatan norma umum ditentukan oleh norma yang lebih tinggi, yaitu konstitusi. Sedangkan dalam pandangan statis norma yang lebih tinggi, atau konstitusi, diproyeksikan sebagai bagian dari norma yang lebih rendah.³⁵⁶

³⁵⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 143–144.

³⁵⁷ *Ibid.*, hal. 144.

5. Tindakan Yudisial dan Penerapan Norma yang Ada

Dari sudut pandang dinamis, keputusan pengadilan yang mengadakan norma individual yang dibuat berdasarkan norma umum undang-undang atau kebiasaan adalah cara yang sama halnya dengan norma umum tersebut dibuat berdasarkan konstitusi. Pembuatan norma hukum individual oleh organ pelaksana hukum, khususnya pengadilan, harus selalu ditentukan oleh satu atau lebih norma umum yang ada terlebih dahulu (*preëxistent*). Penentuan ini dapat dilakukan secara berbeda derajatnya. Normalnya, pengadilan terikat oleh norma umum yang menentukan prosedur sebagaimana pula isi dari keputusannya. Namun mungkin pula legislator mengotorisasi pengadilan untuk memutuskan kasus konkret berdasarkan dikresinya. Ini adalah prinsip yang dalam negara ideal Plato disebut *royal judges* dengan kekuasaan yang hampir tidak terbatas.³⁵⁷

Namun demikian, harus diingat bahwa pengadilan bukan hanya organ pembuat hukum, tetapi juga organ pelaksana hukum. Dalam setiap keputusan yudisial, norma umum hukum ajektif diaplikasikan dalam tindakan sebagai hakim dan untuk memutuskan kasus konkret atas diskresinya atau berdasarkan norma umum hukum substantif. Norma umum hukum ajektiflah yang mendelegasikan kekuasaan yudisial kepada pengadilan. Tanpa norma ini, adalah tidak mungkin menagahi individu sebagai hakim yang memutus kasus konkret, sebagai organ komunitas hukum dan keputusannya sebagai hukum yang merupakan norma mengikat dalam tata hukum yang membentuk komunitas hukum.³⁵⁸

³⁵⁸ *Ibid.*, hal. 144.

³⁵⁹ *Ibid.*, hal. 145.

Jika fungsi pengadilan diatur baik oleh hukum substantif dan hukum ajektif, yang berarti baik prosedur maupun isi keputusannya telah ditentukan oleh norma umum yang telah ada, maka pengadilan terikat dalam derajat yang berbeda. Jika tidak ada norma umum yang memberikan kewajiban dalam kasus yang diajukan, maka kompetensi pengadilan dapat ditentukan dalam dua cara. Pengadilan dapat membebaskan terdakwa atau menolak gugatan penggugat. Dalam kasus ini pengadilan juga menerapkan hukum substantif sepanjang berkaitan dengan pernyataan bahwa tata hukum positif tidak mewajibkan terdakwa atau tergugat untuk berbuat sesuatu yang diklaim oleh penuntut atau penggugat. Hal ini berarti bahwa sesuai dengan hukum yang berlaku, terdakwa atau tergugat diijinkan untuk bertindak sebagaimana yang mereka lakukan.³⁵⁹

Diskresi Pengadilan (Hakim sebagai Legislator)

Cara lain menentukan kompetensi pengadilan dalam kasus tidak adanya norma umum yang menentukan kewajiban terdakwa atau tergugat seperti yang diklaim oleh penuntut atau penggugat adalah sebagai berikut: Pengadilan diotorisasi oleh tata hukum untuk memutuskan kasus dalam diskresinya sendiri, untuk menghukum atau membebaskan terdakwa, untuk menerima atau menolak tuntutan, untuk memerintahkan atau menolak memerintahkan suatu sanksi kepada terdakwa atau tergugat. Pengadilan diotorisasi untuk memerintahkan

³⁶⁰ *Ibid.* Kasus di mana pengadilan di otorisasi ini merupakan alternatif pada saat tidak terdapatnya norma umum substansial. Jika ada norma umum, maka hakim harus melaksanakannya. Berdasarkan pandangan ini muncul aliran penafsiran konstitusi *formalism* yang berpendapat bahwa ruang penafsiran adalah secara semantik berdasarkan norma-norma dalam konstitusi. Lihat Charles Sampford and Kim Preston (eds.), *Interpreting Constitution: Theories, Principles, and Institutions*, (NSW: The Federation Press, 1996), hal. 232–234.

³⁶¹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 146. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 81–82.

suatu sanksi terhadap terdakwa atau tergugat walaupun tidak ada norma umum yang dilanggar berdasarkan klaim bahwa perbuatan tersebut tidak menyenangkan, tidak adil, atau tidak seimbang. Hal ini berarti pengadilan diotorisasikan untuk membuat kasus konkret menjadi norma hukum substantif yang menyenangkan, adil, atau seimbang. Maka pengadilan kemudian berfungsi sebagai suatu legislatif.³⁶⁰

Bahkan pengadilan selalu merupakan legislatif dalam hal sanksi karena membuatnya menjadi hukum. Individualisasi norma umum oleh keputusan yudisial selalu merupakan penentuan elemen yang belum ditentukan oleh norma umum dan tidak dapat secara lengkap menentukannya. Hakim adalah selalu merupakan legislator dalam arti bahwa isi keputusannya tidak pernah dapat ditentukan secara lengkap oleh norma hukum substantif yang telah ada.³⁶¹

6. Kekosongan Hukum

Otoritas untuk memberikan suatu sanksi yang tidak ditentukan oleh norma hukum yang sudah ada sering dikatakan diberikan secara tidak langsung, yaitu melalui suatu fiksi. Fiksi ini adalah bahwa tata hukum memiliki suatu kekosongan (*gaps*), artinya bahwa hukum yang berlaku tidak dapat diterapkan pada kasus konkret karena tidak ada norma umum yang sesuai dengan kasus ini. Ide ini secara logis berarti tidak mungkin mengaplikasikan hukum valid yang ada kepada kasus konkret karena tidak adanya premis yang dibutuhkan.³⁶²

Namun tata hukum tidak mungkin memiliki kekosongan. Jika hakim diotorisasi untuk memutuskan suatu perselisihan sebagai seorang legislator dalam kasus tata hukum tidak berisi

³⁶² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 146–147.

³⁶³ *Ibid.*, hal. 147–148. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 85–86. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 245–247.

norma umum yang mewajibkan tergugat atau terdakwa seperti diklaim oleh penuntut, hakim tidak mengisi kekosongan hukum, tetapi dia menambahkan kepada hukum yang valid tersebut suatu norma individual yang tidak berhubungan dengan norma umum. Hukum valid yang ada dapat saja diterapkan terhadap kasus konkret dengan menolak tuntutan. Hakim, bagaimanapun, diotorisasi merubah hukum untuk kasus konkret. Dia memiliki kekuasaan untuk mengikat secara hukum individu yang sebelumnya secara hukum bebas. Namun kapan seharusnya hakim menolak gugatan, dan kapan harus membuat suatu norma baru, sangat tergantung pada fakta bahwa pelaksanaan hukum valid yang ada adalah sesuai dengan pendapat hakim baik secara hukum maupun politik.³⁶³

Legislatif menyadari kemungkinan bahwa norma umum yang dibuat mungkin dalam beberapa kasus menjadi tidak adil atau menghasilkan sesuatu yang tidak diharapkan. Hal ini karena legislator tidak dapat melihat semua kasus konkret yang mungkin dapat terjadi. Maka dia kemudian mengotorisasi organ pelaksana hukum tidak untuk mengaplikasikan norma umum yang dibuat tersebut, tetapi untuk membuat suatu norma baru dalam kasus pelaksanaan norma umum yang dibuat legislatif tersebut akan memiliki hasil yang tidak memuaskan. Kesulitannya adalah bahwa tidak mungkin menentukan sebelumnya kasus-kasus yang akan menjadikan hakim bertindak sebagai legislator. Jika legislator dapat mengetahui kasusnya, maka dia akan dapat memformulasikan norma umum sehingga mengotorisasi tindakan hakim sebagai legislatif adalah berlebih-lebihan. Formula "*Hakim diotorisasi untuk bertindak sebagai legislatif jika aplikasi norma umum yang ada terlibat tidak adil*" memberikan terlalu banyak keleluasaan pada hakim karena mungkin hakim

³⁶⁴ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 148. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 247–250.

³⁶⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 148–149.

menemukan banyak kasus di mana norma yang dibuat legislator tidak cocok. Formula tersebut berarti menurunkan sebagian besar legislator menjadi urusan hakim. Inilah alasan mengapa legislator menggunakan fiksi "kekosongan hukum".³⁶⁴

Fiksi ini membatasi otorisasi hakim dengan dua jalan. *Pertama*, membatasi otorisasi kepada kasus di mana kewajiban yang diklaim oleh penggugat telah dilanggar oleh tergugat, tidak ditentukan dalam norma umum. Batasan *kedua* adalah pada kasus dimana aplikasi hukum yang ada akan menjadi tidak adil atau tidak sesuai dengan yang diharapkan oleh hukum itu sendiri. Teori tentang kekosongan hukum adalah suatu fiksi karena selalu mungkin secara logis, walaupun kadang-kadang tidak cocok, untuk mengaplikasikan tata hukum yang ada pada saat keputusan yudisial dibuat.³⁶⁵

7. Norma Umum yang Dibuat oleh Aktivitas Yudisial

Preseden

Keputusan yudisial mungkin juga menciptakan norma umum. Keputusan mungkin memiliki kekuatan mengikat tidak hanya untuk kasus yang ditangani tetapi juga kasus serupa yang mungkin akan diputuskan pengadilan. Suatu keputusan yudisial dapat memiliki karakter sebagai preseden, yaitu keputusan yang mengikat keputusan yang akan datang pada kasus yang serupa. Karakter preseden hanya dapat terjadi jika keputusan tersebut bukan merupakan aplikasi norma umum hukum substantif yang ada, yaitu jika pengadilan bertindak sebagai legislator.³⁶⁶

Fungsi pembuatan hukum (*law-creating function*) dari pengadilan mewujudkan khususnya ketika keputusan yudisial memiliki karakter preseden, dan ini artinya ketika keputusan yudisial

³⁶⁶ *Ibid.*, hal. 149.

³⁶⁷ *Ibid.*, hal. 149–150. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 250–256.

menciptakan norma umum. Dalam suatu sistem hukum yang memberikan karakter preseden terhadap putusan yudisial yang menciptakan norma baru, pengadilan adalah legislatif sama dengan organ yang disebut legislatif dalam arti sempit dan biasa. Pengadilan adalah pembuat norma hukum umum.³⁶⁷

Tidak ada Keputusan Hakim Tanpa Norma yang Sudah Ada Sebelumnya: Kritik Terhadap Doktrin J.C. Gray

Analisis tentang fungsi yudisial menunjukkan bahwa pandangan tentang pengadilan hanya mengaplikasikan hukum tidak sesuai dengan kenyataan. Pandangan sebaliknya bahwa tidak ada hukum yang eksis sebelum keputusan yudisial dan bahwa semua hukum dibuat oleh pengadilan, adalah sama salahnya. Pandangan ini diyakini oleh satu ahli teori ilmu hukum Amerika yang penting, John Chipman Gray. Dia menulis "*Hukum negara atau badan terorganisasi lain dari manusia adalah terdiri dari aturan yang oleh pengadilan sebagai organ yudisial badan ini, dibuat untuk menentukan hak dan kewajiban hukum.*" Dia melanjutkan "*badan aturan yang dibuat tidak merupakan ekspresi dari hukum yang sudah ada, tetapi hukum itu sendiri.*" Hakim lebih merupakan pembuat hukum daripada penemu hukum. Kadang-kadang dikatakan bahwa hukum terdiri dari dua bagian, yaitu hukum legislatif dan *judge-made law*, tetapi sesungguhnya semua hukum adalah *judge-made law*.³⁶⁸

Untuk membuktikan doktrin tersebut Gray mencontohkan: Henry Pitt telah membuat suatu penampungan air di tanahnya dan mengisinya dengan air; dan tanpa kesengajaannya dan juga tanpa kesalahan pembangunannya, penampungan air itu rusak sehingga air menggenangi semuanya, mengalir dan

³⁶⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 150.

³⁶⁹ *Ibid.*, hal. 150–151.

³⁷⁰ *Ibid.*, hal. 151.

merusak tanah tetangga Pitt, Thomas Underhill. Apakah Underhill memiliki hak untuk memperoleh kompensasi dari Pitt? Gray mengasumsikan bahwa tidak ada undang-undang, tidak ada keputusan, tidak ada kebiasaan untuk masalah ini di negara tempat kasus ini terjadi (Nevada). Bagaimanapun pengadilan harus memutuskan kasus tersebut dan ketika harus memutuskan, pengadilan tidak memperoleh pedoman dari norma yang sudah ada.³⁶⁹

Pengadilan Nevada mungkin memutuskan di antara dua alternatif. Pertama, mungkin menolak gugatan Underhill karena menurut hukum positif tidak ada kewajiban hukum Pitt untuk memperbaiki kerusakan yang diakibatkan oleh rusaknya penampungan tersebut, yang berarti tidak ada norma hukum yang membenarkan klaim Underhill. Pada kasus ini tidak diragukan lagi bahwa pengadilan mengaplikasikan norma substantif yang telah ada di Nevada. Pelaksanaan hukum dapat dilakukan tidak hanya dalam arti positif tetapi juga negatif, tidak hanya dengan memerintahkan dan melaksanakan sanksi tetapi juga dengan menolak untuk melaksanakan sanksi.³⁷⁰

Kedua, pengadilan Nevada mungkin memutuskan bahwa Gray bersalah meskipun tidak ada norma substantif yang ada sebelumnya yang dilanggarnya. Keputusan ini dengan sendirinya mempresuposisikan bahwa pengadilan diotorisasi oleh hukum Nevada, tidak hanya untuk melaksanakan norma umum substantif yang telah ada, tetapi juga untuk merubah hukum tersebut dalam kondisi tertentu. Maka pengadilan kemudian akan mengaplikasikan norma yang sudah ada tersebut dalam kasus ini. Harus ada norma yang eksis di Nevada dalam hal ini agar kasus dapat diputuskan oleh pengadilan. Hanya dengan pelaksanaan hukum Nevadalah pengadilan tersebut bertindak sebagai pengadilan Nevada. Pengadilan selalu mengaplikasikan

³⁷¹ *Ibid.*, hal. 151–152.

hukum yang sudah ada, namun yang diaplikasikan mungkin bukan hukum substantif tetapi hukum ajektif.³⁷¹

8. Konflik Norma

a. Kesesuaian antara Keputusan Yudisial dengan Norma Umum

Keyakinan Gray bahwa hukum hanya terdiri dari keputusan yudisial juga berdasarkan pertimbangan berikut ini: Aturan perbuatan yang ditetapkan dan diaplikasikan pengadilan suatu negara adalah sama dalam isi dan waktunya dengan hukum negara tersebut. Jika yang pertama berubah, maka yang kedua juga mengikuti. Bishop Hoadly berkata: *“Siapapun memegang otoritas absolut untuk menginterpretasikan segala hukum tertulis atau tidak tertulis, maka orang inilah pemberi hukum yang sesungguhnya dengan segala maksud dan tujuan, dan bukan orang yang pertama menulis atau membicarakannya; a fortiori, siapapun yang memegang suatu otoritas absolut tidak hanya untuk menginterpretasikan hukum, tetapi juga untuk mengatakan apakah hukumnya, maka adalah benar-benar pemberi hukum (Law-giver).”* Sesuai dengan pandangan Bishop Hoadly, Gray berusaha menunjukkan bahwa bahkan undang-undang yang diaplikasikan oleh pengadilan pun adalah suatu hukum yang dibuat hakim. Pengadilan memberikan kehidupan kepada kata-kata mati undang-undang.³⁷²

Sulit memahami mengapa kata-kata suatu undang-undang yang mengikat pengadilan harus disebut mati, sedangkan kata-kata dalam keputusan yudisial yang mengikat pihak-pihak disebut hidup. Namun masalahnya bukan pada mengapa undang-undang itu mati sedangkan keputusan yudisial hidup. Masalahnya adalah kenyataan bahwa norma yang lebih tinggi menentukan, baik besar ataupun kecil, pembuatan dan isi dari

³⁷² *Ibid.*, hal. 153–154.

keputusan yudisial sebagai norma yang lebih rendah. Norma yang lebih rendah dan norma yang lebih tinggi adalah milik tata hukum yang sama sepanjang yang pertama sesuai (*corresponds*) dengan yang terakhir. Tetapi, siapa yang memutuskan apakah norma yang lebih rendah sesuai dengan yang lebih tinggi, apakah norma individual keputusan yudisial sesuai dengan norma umum hukum undang-undang atau kebiasaan? Hanya suatu organ yang harus mengaplikasikan norma yang lebih tinggilah yang dapat membentuk keputusan semacam itu dalam prosedur tertentu yang ditentukan oleh tata hukum. Jika penggugat atau tergugat percaya bahwa keputusan pengadilan tidak sesuai dengan norma umum hukum undang-undang atau kebiasaan yang harus diterapkan pengadilan dalam kasus tersebut, mereka dapat mengajukan banding kepada pengadilan lain yang lebih tinggi. Pengadilan ini memiliki kekuasaan untuk membatalkan keputusan pengadilan tersebut atau menggantinya dengan keputusan lain yang menurut pengadilan yang lebih tinggi tersebut sesuai dengan norma umum yang harus diaplikasikan dalam kasus ini. Namun proses ini tidak dapat berlangsung tanpa kepastian. Harus ada akhir yang sekaligus mengakhiri perselisihan para pihak. Harus ada suatu pengadilan terakhir yang memberikan keputusan final dengan otoritas keputusan yang tidak dapat dibatalkan atau dirubah lagi. Dengan keputusan tersebut, kasus menjadi *res judicata*.³⁷³

Tidak akan pernah ada jaminan absolut bahwa norma yang lebih rendah sesuai dengan norma yang lebih tinggi. Kemungkinan bahwa norma yang lebih rendah tidak sesuai dengan norma yang lebih tinggi yang menentukan pembuatan dan isi dari norma yang lebih rendah tetap ada. Hal ini khususnya dalam kasus norma yang lebih rendah memiliki isi lain selain

³⁷³ *Ibid.*, hal. 153–154.

³⁷⁴ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 205, 242–245, 267–270.

dari yang ditentukan oleh norma yang lebih tinggi. Namun hal ini tidak berarti bahwa terjadi konflik norma. Ketika kasus telah menjadi *res judicata*, pendapat bahwa norma individu tidak sesuai dengan norma umum yang harus diaplikasikan tidak memiliki makna yuridis lagi. Organ pelaksana hukum memiliki, berdasarkan aturan hukum, baik otoritas untuk membuat hukum substantif baru ataupun mengaplikasikan hukum substantif yang sudah ada.³⁷⁴

Dari sudut pandang hukum, tidak dapat terjadi kontradiksi antara suatu keputusan yudisial yang berlaku sebagai hukum dengan hukum undang-undang atau kebiasaan yang harus diaplikasikan dalam keputusan tersebut. Keputusan pengadilan yang final tidak dapat dikatakan *illegal*. Adalah kenyataan bahwa apakah terdapat suatu norma umum yang harus diaplikasikan pengadilan dan apakah isi norma tersebut merupakan otoritas pengadilan untuk menjawabnya. Namun fakta tersebut tidak menjustifikasi asumsi bahwa tidak ada norma hukum umum yang menentukan keputusan pengadilan atau bahwa hukum hanya terdiri dari keputusan pengadilan.³⁷⁵

b. Kesesuaian antara Undang-Undang dengan Konstitusi

Masalah kemungkinan konflik antara norma yang lebih tinggi dengan norma yang lebih rendah muncul tidak hanya dalam hubungan antara hukum undang-undang atau kebiasaan dan keputusan pengadilan, tetapi juga dalam hubungan antara konstitusi dan undang-undang. Ini adalah masalah undang-undang yang tidak konstitusional (*unconstitutional statute*). Biasanya

³⁷⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 155.

³⁷⁶ *Ibid.*, hal. 155. Kelsen, *Introduction, Op.Cit.*, hal. 71–75.

³⁷⁷ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 155–156. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 271–276

dikatakan bahwa suatu undang-undang yang tidak konstitusional adalah invalid (*void*), namun ini merupakan pernyataan yang tidak bermakna karena undang-undang yang *invalid* berarti sama sekali bukan undang-undang. Suatu norma yang tidak valid adalah sesuatu yang tidak eksis sebagai norma, adalah bukan sesuatu entitas hukum.³⁷⁶

Ekspresi undang-undang yang tidak konstitusional terhadap suatu undang-undang yang diakui valid adalah suatu terma yang kontradiktif. Undang-undang adalah valid hanya karena sesuai dengan konstitusi; dan tidak dapat valid jika bertentangan dengan konstitusi. Satu-satunya alasan untuk validitas suatu undang-undang adalah karena telah dibuat dengan cara yang ditentukan oleh konstitusi. Maka arti dari ekspresi tersebut adalah bahwa suatu undang-undang, sesuai dengan konstitusi, mungkin untuk alasan tertentu dapat dibatalkan (*annuled*) dengan cara lain selain yang biasanya. Biasanya, suatu undang-undang tidak diberlakukan dengan undang-undang lain sesuai dengan prinsip *lex posterior derogat priori* atau tidak diberlakukan dengan aturan hukum kebiasaan yang bertentangan (*desuetudo*).³⁷⁷

Jika konstitusi menentukan suatu prosedur tertentu yang harus diikuti dalam menetapkan undang-undang dan jika juga menentukan aturan tertentu tentang isinya, maka ada kemungkinan bahwa di suatu waktu legislatif tidak mengikuti petunjuk tersebut. Maka konstitusi dapat menentukan organ yang harus memutuskan apakah ketentuan yang mengatur fungsi legislatif tersebut diikuti atau tidak. Jika organ ini berbeda dari organ legislatif, maka membentuk suatu otoritas di atas legislatif. Hal ini mungkin menjadi sesuatu yang tidak dikehendaki secara politik, apalagi jika memiliki kekuasaan untuk tidak memberlakukan suatu undang-undang yang dipandang tidak konstitusional. Jika tidak ada organ yang berbeda dari legislatif untuk menyelidiki konstitusionalitas undang-undang,

³⁷⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 156.

pertanyaan apakah suatu undang-undang konstitusional atau tidak harus diputuskan secara eksklusif oleh organ legislatif itu sendiri yang berarti tidak akan ada undang-undang yang ditetapkan legislatif disebut sebagai tidak konstitusional. Selain itu dapat dimungkinkan juga pada saat tertentu ketika pengadilan diotorisasi sebagai legislator, maka legislator yang biasa dapat diotorisasi bertindak sebagai legislator konstitusional.³⁷⁸

c. Garansi Konstitusional

Pelaksanaan aturan konstitusional tentang legislasi dapat secara efektif dijamin hanya jika suatu organ selain badan legislatif diberikan tugas untuk menguji apakah suatu hukum itu konstitusional atau tidak, dan tidak memberlakukannya jika sesuai dengan pendapat organ ini tidak konstitusional. Dapat diadakan organ khusus yang dibentuk untuk tujuan ini, seperti pengadilan khusus yang disebut mahkamah konstitusi (*constitutional court*), atau kontrol terhadap konstitusionalitas undang-undang (*judicial review*) mungkin diberikan kepada pengadilan biasa, khususnya mahkamah agung. Organ yang mengontrol tersebut dapat menghapuskan secara keseluruhan undang-undang yang tidak konstitusional sehingga tidak dapat diaplikasikan oleh organ lain. Jika suatu pengadilan biasa memiliki kompetensi menguji konstitusionalitas undang-undang, mungkin hanya dalam bentuk menolak untuk menerapkannya dalam kasus konkret ketika menyatakan bahwa undang-undang tersebut tidak konstitusional sedangkan organ lain tetap diwajibkan menerapkannya. Sepanjang suatu undang-undang

³⁷⁹ *Ibid.*, hal. 157.

³⁸⁰ Disebut juga dengan *the centralized system of judicial review*. Lihat Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, (New Heaven and London: Yale University Press, 1999), hal. 225.

belum dibatalkan (*annuled*) maka adalah konstitusional. Yang dikatakan sebagai hukum tidak konstitusional adalah bukan batal *ab initio*, tetapi hanya dapat dibatalkan, yaitu dapat tidak diberlakukan berdasarkan alasan tertentu.³⁷⁹

George Jellinek pada akhir abad ke-19 mengembangkan gagasan agar kewenangan *judicial review* tersebut diterapkan di Austria, seperti yang telah diterapkan oleh John Marshal di Amerika. Pada tahun 1867, Mahkamah Agung Austria mendapatkan kewenangan menangani sengketa yuridis terkait dengan perlindungan hak-hak politik berhadapan dengan pemerintah. Pemikiran Kelsen yang telah diungkapkan di atas, mendorong dibentuknya suatu lembaga yang diberi nama *Verfassungsgerichtshoft* atau Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) yang berdiri sendiri di luar Mahkamah Agung, sehingga model ini sering disebut sebagai "The Kelsenian Model."³⁸⁰ Gagasan ini diajukan ketika Kelsen diangkat sebagai anggota lembaga pembaharu Konstitusi Austria (*Chancelery*) pada tahun 1919–1920 dan diterima dalam Konstitusi Tahun 1920. Inilah Mahkamah Konstitusi pertama di dunia. Model ini menyangkut hubungan antara prinsip supremasi konstitusi (*the principle of the supremacy of the Constitution*) dan prinsip supremasi parlemen (*the principle of the supremacy of the Parliament*). Mahkamah konstitusi ini melakukan pengujian baik terhadap norma-norma yang bersifat abstrak (*abstract review*) dan juga memungkinkan pengujian terhadap norma kongkrit (*concrete review*). Pengujian biasanya dilakukan secara *a posteriori*, meskipun tidak menutup kemungkinan dilakukan pengujian *a priori*.³⁸¹

³⁸¹ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hal. 28, 29, 64–66, 108 dan 109. Terhadap peran Kelsen dalam hal ini masih ada perbedaan pandangan antara mana yang lebih penting perannya antara Georg Jellinek dan Adolf Merkl atau Hans Kelsen. Lihat *end note* bagian pertama halaman 51 nomor 32.

³⁸² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 157–158.

Pertanggungjawaban Organ Secara Personal

Jika suatu undang-undang berbeda dari apa yang ditentukan secara langsung dalam konstitusi, maka konstitusi mungkin mengizinkan untuk mengotorisasi organ lain selain legislatif untuk tidak memberlakukan undang-undang ini berdasarkan alasan tersebut, tetapi konstitusi dapat menentukan bahwa organ tertentu tersebut yang ikut serta dalam pembuatan hukum yang tidak konstitusional, misalnya kepala negara, dapat dimintai pertanggungjawaban dan menghukum untuk alasan tersebut. Pertanggungjawaban personal organ pembuat hukum terhadap legalitas norma yang dibuat hanya berlaku sebagai jaminan legalitas prosedur pembuatan hukum. Tetapi hal ini lebih banyak digunakan dalam hubungan antara undang-undang dengan peraturan (*ordinances*) yang dibuat oleh organ administratif berdasarkan undang-undang, dari pada antara undang-undang dengan konstitusi.³⁸²

Jika organ administratif menetapkan peraturan yang ilegal, maka dapat dihukum oleh organ yang kompeten untuk menguji legalitas peraturan. Tetapi yang disebut peraturan *illegal* tersebut hanya dapat dihapuskan dengan cara yang normal, tidak dengan tindakan organ khusus yang dikuasakan untuk menilai norma tersebut. Jika aturan hukum hanya menentukan suatu pertanggungjawaban personal organ pembuat hukum untuk konstitusionalitas atau legalitas norma yang dibuat oleh organ yang bertanggungjawab, dan bukan kemungkinan pembatalan norma yang disebut tidak konstitusional atau ilegal, maka tindakan pembuatan suatu undang-undang yang tidak konstitusional atau peraturan yang *illegal* adalah suatu delik karena merupakan kondisi bagi sanksi, namun delik ini memunculkan suatu norma yang valid. Jika suatu tata hukum menyatakan demikian maka tujuannya adalah untuk mencegah pembuatan hukum yang

³⁸³ *Ibid.*, hal. 158.

tidak konstitusional atau peraturan yang ilegal. Namun jika organ yang bertanggungjawab memilih membuatnya, maka dapat dikenai sanksi, tetapi tindakannya tersebut menciptakan hukum (*Ex injuria jus oritur*). Lawannya adalah tesis *Ex injuria jus non oritur* yang bukan tanpa pengecualian. Contohnya adalah pencurian mungkin menimbulkan kepemilikan, atau revolusi mungkin menciptakan suatu konstitusi baru.³⁸³

“Res Judicata”

Keputusan yudisial menciptakan suatu norma individual yang valid dan legal sepanjang tidak dibatalkan dengan cara yang telah ditentukan oleh hukum karena ilegalitasnya ditemukan oleh organ yang berkompeten. Hukum tidak hanya menentukan bahwa pengadilan harus mengikuti prosedur tertentu untuk membuat keputusan dan bahwa keputusan harus memiliki isi tertentu, hukum juga menentukan bahwa suatu keputusan yudisial yang tidak sesuai dengan ketentuan secara langsung tetap berlaku sampai dibatalkan oleh keputusan pengadilan lain dengan prosedur tertentu karena dianggap *illegal*. Ini adalah cara umum pembatalan keputusan yudisial di mana suatu undang-undang karena tidak memenuhi unsur konstitusionalitas tidak dibatalkan dengan cara yang biasa, yaitu oleh undang-undang lain, tetapi dengan cara yang tidak biasa yaitu *judicial review*. Jika prosedur ini berjalan dengan sepenuhnya, atau jika tidak ada prosedur tertentu yang telah ditentukan, maka menjadi *res judicata*.³⁸⁴

³⁸⁴ *Ibid.*, hal. 159.

³⁸⁵ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 277.

³⁸⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 159. Menurut Hart *nullity* dapat disebut sebagai bentuk sanksi dengan memperluas konsep sanksi sebagai *threatened evil*. Hart, *Op.Cit.*, hal. 33–35.

d. “Nullity” dan “Annullability”

Suatu norma hukum selalu valid, bukan sesuatu yang tidak ada (*nul*), tetapi dapat dibatalkan atau ditiadakan. Terdapat perbedaan tingkat pembatalan. Aturan hukum dapat mengotorisasi organ khusus untuk mendeklarasikan suatu norma batal, artinya untuk membatalkan norma secara retroaktif sehingga akibat hukumnya sejak norma itu ditetapkan dihapuskan. Hal ini biasanya, tetapi tidak secara benar, dikarakteristikan dengan pernyataan bahwa norma tersebut adalah tidak berlaku (*void ab initio* atau dinyatakan *batal dan tidak berlaku*). Pernyataan tersebut bukan sesuatu yang deklaratif (Jerman: *Nichtigkeitsserklärung*³⁸⁵) tetapi konstitutif. Tanpa adanya pernyataan oleh organ kompeten ini, norma tidak dapat dinyatakan tidak berlaku.³⁸⁶

Aturan hukum dapat mengotorisasi setiap subyek untuk membatalkan norma hukum dengan kekuatan retroaktif. Namun hukum nasional modern mengecualikan hal ini. Suatu status di mana setiap orang diotorisasikan untuk menyatakan setiap norma batal adalah status anarkhi. Ini adalah karakter tata hukum primitif yang tidak mengenal organ kompeten dalam pembuatan dan pelaksanaan hukum. Hal yang sama terjadi pada tata hukum internasional yang terdesentralisasi. Hukum nasional modern memiliki karakter yang relatif tersentralisasi, yang memberikan kompetensi untuk menyatakan suatu norma adalah batal kepada organ tertentu.³⁸⁷

Apakah perbedaan antara suatu norma yang dapat dibatalkan dengan sesuatu yang wujudnya adalah suatu norma tetapi bukan norma sama sekali atau batal *ab initio*? Dalam kondisi apakah sesuatu yang wujudnya adalah norma dikatakan sebagai suatu norma yang batal *ab initio* dan bukan norma

³⁸⁷ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 160.

³⁸⁸ *Ibid.*, hal. 160–161. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 277–278.

yang dibatalkan dengan prosedur hukum? Hanya tata hukum itu sendiri yang dapat menjawab pertanyaan ini. Suatu tata aturan hukum mungkin menentukan, sebagai contoh, bahwa sesuatu yang wujudnya suatu norma adalah *nul ab initio* jika norma ini belum ditetapkan oleh organ yang kompeten, atau telah ditetapkan oleh individu yang tidak memiliki kompetensi. Jika aturan hukum harus menentukan kondisi tertentu sesuatu yang wujudnya norma adalah *nul ab initio* maka tidak perlu lagi dibatalkan dengan prosedur hukum namun aturan hukum masih harus menentukan prosedur untuk menentukan apakah kondisi tersebut ada atau tidak. Keputusan yang dibuat oleh otoritas kompeten bahwa sesuatu yang wujudnya norma adalah norma yang *nul ab initio* adalah suatu tindakan konstitutif dan memiliki efek hukum. Tanpa adanya tindakan semacam ini fenomena yang dipertanyakan tidak dapat dianggap *nul*. Maka fenomena yang dipertanyakan tersebut tidak dapat dianggap sebagai sesuatu yang tidak ada *ab initio* yang berarti secara hukum bukan apa-apa.³⁸⁸

e. Non Kontradiksi antara Norma Inferior dengan Superior

Karakter lain dari norma yang lebih tinggi menentukan norma yang lebih rendah adalah menghindarkan dari kontradiksi nyata antara norma yang lebih tinggi dengan norma yang lebih rendah. Ketidakkonstitusionalan dan ilegalitas suatu norma berdasarkan suatu alasan harus tetap dipresuposisikan

³⁸⁹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 161–162. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 205–208. Salah satu yang dipandang oleh Harris sebagai theorem dari ilmu hukum murni adalah "A legal systems is to be equated with collection of pure norms interpreted by legal scientists as a non-contradictori field of meaning—such interpretation entailing the logical postulate that legal norms must originate in a definite number of sources" yang selanjutnya disebut sebagai prinsip derogasi (*derogation*) dan *non-contradiction*. J.W. Harris, *Op.Cit.*, hal. 24, 41.

³⁹⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 162.

sebagai valid, yang berarti adanya kemungkinan dibatalkan dan tidak berlaku. Pembatalan artinya menegasikan keberadaannya dengan pengetahuan hukum. Kesatuan tata hukum tidak pernah dapat dibahayakan oleh kontradiksi antara norma yang lebih tinggi dengan norma yang lebih rendah dalam hierarki hukum.³⁸⁹

C. ILMU HUKUM NORMATIF DAN SOSIOLOGIS

1. Ilmu Hukum Sosiologis Bukan Sekedar Ilmu Hukum

Teori hukum yang telah disajikan di sini adalah teori yuristik yang diberikan secara tautologi. Teori tersebut menunjukkan bahwa hukum sebagai suatu sistem norma yang valid. Obyeknya adalah norma, umum dan individual. Sesuatu disebut sebagai fakta sepanjang ditentukan demikian oleh norma. Maka teori ini juga dapat disebut suatu teori normatif.³⁹⁰

Pada awal abad ini muncul tuntutan adanya teori hukum lain yang mendeskripsikan apa yang nyatanya dilakukan orang dan apa yang seharusnya dilakukan, sebagai suatu fenomena alam fisik. Melalui observasi kehidupan sosial yang nyata seseorang dapat menentukan suatu sistem aturan yang menggambarkan perbuatan nyata manusia sebagai fenomena dari hukum. Aturan-aturan ini sejenis dengan *laws of nature* dalam arti ilmu alam menggambarkan obyeknya. Sosiologi hukum dibutuhkan untuk menyelidiki hukum dalam arti aturan yang nyata, bukan aturan keharusan atau aturan tertulis. Teori ini juga disebut sebagai ilmu hukum realistik (*realistic jurisprudence*).³⁹¹

³⁹¹ *Ibid.*, hal. 162.

³⁹² *Ibid.*, hal. 162.

Walaupun teori yang demikian dapat dibuat, namun tetap tidak mungkin menjadi ilmu hukum sebagaimana diyakini oleh para pendukungnya. Kepercayaan tersebut hanya mungkin muncul jika seseorang mengidentikkan ilmu dengan ilmu alam dan menempatkan masyarakat secara umum dan hukum sebagai bagian dari alam. Maka kehidupan sosial juga harus dilihat sebagai subyek dari hukum probabilitas. Walaupun jika terdapat kemungkinan mendeskripsikan fenomena hukum dengan cara demikian, suatu ilmu hukum normatif sebagai analisis struktural hukum sebagai suatu sistem norma yang valid juga tetap dapat dilakukan dan tidak dapat di kesampingkan.³⁹²

2. Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Empiris Deskriptif

Adalah salah untuk mengkarakteristikkan *sociological jurisprudence* sebagai suatu disiplin yang empiris dan deskriptif berlawanan dengan *normative jurisprudence* sebagai sesuatu yang preskriptif atau tidak empiris. Konotasi terma empiris terkait dengan pertentangan antara pengalaman dan metafisik. Suatu deskripsi yang analitis dari hukum positif sebagai sistem norma yang valid tidak kurang empirisnya dibanding dengan ilmu alam yang terbatas pada material yang diberikan oleh alam. Suatu teori hukum kehilangan karakter empirisnya dan menjadi metafisik hanya jika pembahasannya melampaui hukum positif dan membuat pernyataan tentang sesuatu yang dianggap sebagai hukum alam. *Normative jurisprudence* mendeskripsikan obyek tertentu yaitu norma, bukan pola perbuatan nyata. Pernyataan ilmu hukum, seperti ilmu alam, adalah pernyataan hipotesis umum. Perbedaannya terletak pada konsekuensi yang terkait dengan kondisi, bukan sebab akibat.³⁹³

³⁹³ *Ibid.*, hal. 163–64.

³⁹⁴ *Ibid.*, hal. 165.

3. Fungsi Prediksi dari Hukum: Suatu Kritik

Dengan mengasumsikan bahwa esensi hukum kausal untuk membuat prediksi, pendukung *sociological jurisprudence* menyatakan bahwa adalah tugas yuris untuk memprediksi perbuatan anggota masyarakat sesuai dengan aturan yang riil seperti halnya fisikawan memprediksi gerakan suatu badan sesuai hukum alam. T.H. Huxley mempercayai aturan hukum seperti hukum alam. "*Suatu hukum manusia (law of men) memberitahukan pada kita apa yang kita harapkan dilakukan oleh masyarakat dalam kondisi tertentu; dan hukum alam memberitahu kita apa yang akan dilakukan obyek alam dalam kondisi tertentu. Masing-masing berisi informasi buat intelektualitas kita.*"³⁹⁴

Terlihat meragukan apakah hukum alam (*laws of nature*) benar-benar mengimplikasikan prediksi kejadian masa depan, di samping lebih memberikan penjelasan kejadian saat ini berdasarkan kejadian masa lalu. Prediksi semacam itu hanya mungkin secara ilmiah yang didasarkan pada presuposisi bahwa yang lalu akan berulang di masa depan. Dengan hukum alam (*laws of nature*), kita membuat pernyataan tentang pengalaman kita, dan pengalaman tersebut berdasarkan masa lalu, bukan masa depan.³⁹⁵

Ketika mengkarakteristikkan *law of men* sebagai pernyataan tentang apa yang akan dilakukan masyarakat di masa depan, Huxley tidak membayangkan hukum yang dibuat oleh otoritas hukum. Mereka tidak memberikan informasi bagi pikiran kita, tetapi preskripsi terhadap keinginan kita, hal ini sama dengan gambaran ilmu hukum normatif, hanya saja ilmu hukum normatif memberitahukan pada kita bukan apa yang akan dilakukan oleh masyarakat di masa depan tetapi apa yang

³⁹⁵ *Ibid.*, hal. 165.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ *Ibid.*, hal. 165–166.

seharusnya dilakukan sesuai aturan hukum.³⁹⁶

Pernyataan Huxley bahwa hukum alam (*laws of nature*) adalah bukan penyebab tatanan alam, tetapi hanya cara kita memahami tatanan tersebut adalah benar. Namun Huxley secara salah melanjutkan: "*Hukum alam (laws of nature) pada faktanya seperti hukum di mana manusia membuat pedoman perbuatan mereka terhadap yang lainnya.*" Huxley mencampuradukkan (*confuses*) antara hukum sebagai norma hukum dengan aturan hukum yang digunakan dalam bentuk deskriptif. Jika norma hukum yang ditetapkan oleh legislator memberikan sanksi, dan jika hukum semacam itu menjadi isi dari kesadaran manusia, maka akan menjadi motif dari perbuatannya. Namun legislator menetapkan norma hanya karena dia percaya bahwa norma-norma ini, sebagai motif dalam pikiran manusia, dapat mengikuti perbuatan yang dikehendaki oleh legislator.³⁹⁷

Hakim Oliver Wendell Holmes juga menyatakan bahwa adalah tugas dari ilmu hukum untuk memprediksikan apa yang organ masyarakat, khususnya pengadilan, akan lakukan. Definisi hukumnya yang sungguh-sungguh merupakan definisi ilmu hukum adalah: "*Ramalan apa yang akan dilakukan oleh pengadilan dalam kenyataan, dan tidak lebih dari itu adalah apa yang saya maksud dengan hukum.*" Dia mendefinisikan konsep konsep kewajiban dan hak sebagai berikut: "*Hak dan kewajiban primer dengan mana ilmu hukum disibukkan sendiri tidak lain adalah ramalan.*" Hakim B.N. Cardozo mendukung pandangan yang sama. Cardozo setuju dengan pernyataan Wu bahwa secara psikologis adalah ilmu tentang prediksi *par excellence*.³⁹⁸

Fakta bahwa suatu pengadilan memerintahkan sanksi tertentu terhadap individu yang didakwa melakukan delik

³⁹⁸ *Ibid.*, hal. 166–167.

³⁹⁹ *Ibid.*, hal. 167–168.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, hal. 168.

⁴⁰¹ J.W. Harris, *Op.Cit.*, hal. 34.

bergantung pada berbagai kondisi, tetapi khususnya pada kemampuan pengadilan menentukan bahwa individu melakukan delik. Jadi keputusan pengadilan hanya dapat diprediksikan pada tingkat tertentu saja.³⁹⁹

Definisi Holmes tentang hukum sebagai ramalan apa yang akan dilakukan pengadilan, adalah hampir sejajar dengan kasus di mana pengadilan bertindak sebagai legislator dan membuat hukum substantif untuk kasus yang tidak terikat oleh hukum substantif yang sudah ada. Untuk memprediksi dengan tingkat probabilitas yang rasional apa yang akan dilakukan pengadilan ketika bertindak sebagai legislator adalah sama tidak mungkin-nya (*impossible*) dengan memprediksi dengan tingkat probabilitas yang rasional hukum apa yang akan diloloskan oleh legislatif.⁴⁰⁰ J.W. Harris memahami argumen tersebut dengan menyatakan bahwa pernyataan dalam ilmu hukum tentang eksistensi aturan tidak dapat diinterpretasikan sebagai pernyataan tentang perbuatan masa lalu dari legislatif atau perbuatan masa depan dari petugas hukum atau tentang kejadian lain.⁴⁰¹

4. Hukum Bukan Sebagai Suatu Sistem Doktrin ("Theorems")

Jelas bahwa aturan yang sudah ada yang diaplikasikan pengadilan dalam keputusannya adalah bukan ramalan apa yang akan sesungguhnya dilakukan pengadilan. Aturan yang diaplikasikan hakim dalam suatu kasus konkret tidak memberitahu hakim bagaimana dia dalam kenyataannya akan memutuskan, tetapi bagaimana dia harus memutuskan. Makna subyektif suatu aturan yang diharapkan individu akan menyesuaikan perbu-

⁴⁰² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 168–169. Harris menyebutnya sebagai reifikasi norma (*the reification of norms*), yaitu norma dilihat sebagai suatu entitas mandiri. Harris, *Op.Cit.*, hal. 36.

⁴⁰³ *Ibid.*, hal. 169.

tannya, yang dia rasakan diwajibkan untuk melaksanakan atau mematuhi, hanya dapat berupa suatu keharusan *ought*, bukan sesuatu yang nyata *is*. Hal ini bisa dibandingkan dengan pernyataan hukum alam (*laws of nature*) *Jika suatu benda dipanaskan, maka mengembang* tidak dapat dilaksanakan atau dipatuhi. Hanya preskripsi yang dapat dilaksanakan atau dipatuhi yaitu *jika kamu ingin mengembang suatu benda, kamu harus memanaskannya*.⁴⁰²

Hukum yang diaplikasikan oleh pengadilan bukan persetujuan ilmiah yang menggambarkan dan menjelaskan fakta aktual. Hukum bukan suatu sistem theorem yang merupakan produk pengetahuan ilmiah, tetapi seperangkat preskripsi yang mengatur perilaku subyek dan organ komunitas hukum, suatu sistem norma produk dari tindakan keinginan.⁴⁰³

5. Perbedaan Antara Pernyataan Ilmu Hukum Normatif dan Sosiologis

Untuk memprediksi apa yang akan dilakukan pengadilan, *sociological jurisprudence* harus mempelajari perbuatan aktual pengadilan untuk mendapatkan aturan riil yang secara aktual menentukan perbuatan pengadilan. Secara *a priori* mungkin yang didapatkan akan berbeda dengan norma umum yang dibuat oleh legislatif dan kebiasaan yang dijelaskan oleh *normative jurisprudence* dalam pernyataan keharusan. Berbeda tidak hanya dalam hal makna pernyataan, tetapi juga isinya. Tetapi perbedaan tersebut akan sangat jarang dan hanya dalam situasi tertentu karena fakta bahwa suatu aturan hukum diterima sebagai valid oleh *normative jurisprudence* hanya jika aturan tersebut secara keseluruhan berlaku, yaitu jika terdapat derajat probabilitas bahwa sanksi yang ditentukan oleh aturan akan

benar-benar dijalankan dalam situasi yang telah ditentukan oleh aturan tersebut.⁴⁰⁴

Seperti telah dikatakan bahwa fungsi legislatif tidak dapat diprediksikan. Fungsi dari suatu komunitas hukum hanya dapat diprediksi sepanjang telah ditentukan oleh aturan hukum dalam makna *normative jurisprudence*. Apa yang *sociological jurisprudence* dapat prediksi adalah secara mendasar hanya keberlakuan atau ketidakberlakuan aturan hukum. Keberlakuan bagaimanapun adalah hal yang esensial bagi validitasnya dan ketidakberlakuan untuk invaliditasnya menurut pandangan *normative jurisprudence*.⁴⁰⁵

Apa yang akan diputuskan oleh hakim tertentu pada suatu kasus tertentu bergantung pada fakta aktual dari berbagai macam keadaan. Hingga saat ini kita masih tidak memiliki metode ilmiah untuk melengkapi investigasi situasi tersebut sehingga masih merupakan pertanyaan yang tidak dapat dijawab. Alasan lainnya adalah bahwa tidak mungkin memberikan hakim suatu investigasi semacam itu sebelum mengumumkan keputusannya. Semua kekhususan kasus konkret, termasuk karakter hakim, disposisinya, filosofinya, dan kondisi fisiknya, adalah benar merupakan fakta yang esensial bagi pemahaman sesungguhnya terhadap rantai kausal. Tetapi hal-hal tersebut tidak penting untuk memperkirakan (*estimation*) probabilitas keputusan hakim di masa depan yang diminati oleh *sociological jurisprudence*. Pertanyaan yang relevan adalah apakah hakim akan menerapkan hukum dalam kasus konkret. Dan prediksi yang mungkin berdasarkan pengetahuan kita atas fakta adalah bahwa sepanjang keseluruhan tata hukum berlaku secara keseluruhan, probabilitas tertentu ada bahwa hakim akan benar-benar menerapkan hukum.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ *Ibid.*, hal. 169–171.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, hal. 172–173.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, hal. 173–174.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, hal. 174.

Untuk menginvestigasi penyebab keberlakuan aturan hukum tertentu adalah masalah yang penting dalam sosiologi. Tetapi hampir tidak dapat ditentukan bahwa kita hari ini dalam posisi menyelesaikannya. Namun adalah mungkin berhasil menyelesaikan masalah sosiologi khususnya yang terkait dengan fenomena hukum. Jika kita menguji motif orang yang membuat, menerapkan, dan mematuhi hukum kita menjumpai dalam pikirannya ideologi tertentu di mana ide keadilan memainkan bagian yang esensial. Adalah tugas yang penting untuk menganalisis secara kritis ideologi ini untuk membangun suatu sosiologi keadilan. Masalah keadilan, secara alami, bersandar pada kerangka *normative jurisprudence* yang melahirkan teori hukum positif; tetapi kepercayaan pada keadilan adalah subyek yang tepat bagi *sociological jurisprudence*; bahkan mungkin subyek khususnya.⁴⁰⁷

6. Ilmu Hukum Sosiologis Mempresuposisikan Konsep Hukum Secara Normatif

Nilai deskripsi hukum positif dalam terma sosiologis selanjutnya dikurangi dengan fakta bahwa sosiologi dapat mendefinisikan fenomena hukum hanya dari konsep hukum yang dibuat oleh *normative jurisprudence*. *Sociological jurisprudence* mempresuposisikan konsep ini. Obyek *sociological jurisprudence* bukan norma yang valid, yang membentuk obyek *normative jurisprudence*, tetapi perbuatan manusia. Apakah perbuatan manusia? Hanyalah perbuatan yang terkait dengan hukum. Apa perbedaan perbuatan tersebut secara sosiologis dengan perbuatan yang berada di luar bidang studi sosiologi hukum? Tidak lain adalah hanyalah sepanjang perbuatan yang terkait

⁴⁰⁸ *Ibid.*, hal. 175.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, hal. 175–176.

dengan hukum, yaitu perbuatan yang diatur dan berkaitan dengan aturan hukum yang ada.⁴⁰⁸

Yang paling berhasil mendefinisikan obyek sosiologi hukum adalah Max Weber. Dia menulis: “Ketika kita concern dengan hukum, tata hukum, aturan hukum, kita harus secara ketat memperhatikan perbedaan antara pandangan yuristik dan sosiologis. Ilmu hukum mempertanyakan norma hukum valid secara ideal. Sosiologi mencari apa yang sebenarnya terjadi dalam masyarakat karena terdapat kemungkinan tertentu bahwa anggotanya percaya pada validitas suatu aturan dan menyesuaikan (*orientieren*) perilakunya dengan aturan ini. Maka sesuai dengan definisi ini, obyek sosiologi hukum adalah perbuatan manusia yang harus ditentukan oleh ide aturan yang valid.”⁴⁰⁹

Sosiologi hukum sebagaimana didefinisikan oleh Weber adalah mungkin hanya terhadap perbuatan manusia yang menjadi obyek hukum sebagaimana dia eksis dalam pikiran manusia sebagai isi idenya. Dalam pikiran manusia, hukum eksis sebagai suatu fakta, sebagai suatu badan norma yang valid, sebagai suatu sistem normatif. Hanya dengan menunjuk pada perbuatan manusia yang ada dalam suatu sistem norma yang valid, di mana hukum didefinisikan oleh *normative jurisprudence*, *sociological jurisprudence* dapat membatasi obyek khususnya dari sosiologi umum. Hanya dengan hal inilah mungkin dibedakan secara sosiologis antara fenomena hukum dan fenomena non hukum, antara negara dengan gerombolan manusia.⁴¹⁰

Perbuatan manusia menjadi wilayah sosiologi hukum bukan karena diorientasikan kepada aturan hukum, tetapi karena ditentukan oleh norma hukum sebagai kondisi atau konsekuensi.⁴¹¹ Perbuatan yang masuk sebagai delik adalah obyek

⁴¹⁰ *Ibid.*, hal. 176–177.

⁴¹¹ Salah satu prinsip dari teori hukum murni dikemukakan oleh Harris dengan *theorem* bahwa “suatu aturan hukum positif disamakan dengan suatu norma murni dengan isi berupa keharusan. Harris, *Op.Cit.*, hal. 25.

⁴¹² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 178.

dari sosiologi hukum walaupun jika *deliquent* telah melakukannya tanpa berfikir tentang hukum. Hanya karena ditentukan oleh aturan hukumlah suatu perbuatan menjadi suatu fenomena hukum.⁴¹²

B A B

4

KRITIK DAN PENGEMBANGAN TERHADAP TEORI HUKUM HANS KELSEN

Seperti halnya teori pada umumnya, teori hukum Hans Kelsen juga tidak terlepas dari berbagai keberatan maupun kritik baik yang berasal dari aliran hukum sebelumnya (khususnya hukum alam dan positivisme empiris), maupun dari aliran hukum yang berkembang belakangan. Kritik terhadap teori hukum yang dikemukakan Kelsen pada umumnya antara lain terkait dengan metode formal yang digunakan dalam *Pure Theory of Law*, konsep hukum sebagai perintah yang memaksa namun tidak secara psikologis, postulasi validitas norma dasar, hubungan hukum dan negara, dan masalah konsep hukum internasional sebagai suatu sistem.

Kritik-kritik dikemukakan oleh banyak ahli hukum sesuai dengan pokok masalah yang menjadi pusat perhatian, dan masing-masing menggunakan perspektif tertentu yang berbeda-beda. Pada bagian ini akan dikemukakan kritik dari tiga orang ahli hukum yaitu Joseph Raz dalam buku *The Concept of a Legal System: An introduction to the Theory of a Legal System*⁴¹³, Hari Chand dalam buku *Modern Jurisprudence*⁴¹⁴, dan J.W. Harris dalam buku *Law and Legal Science: An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*.⁴¹⁵

⁴¹³ Raz, *Op.Cit.*

⁴¹⁴ Chand, *Op.Cit.*

⁴¹⁵ Harris, *Op. Cit.*

A. KRITIK JOSEPH RAZ

Raz dalam buku *The Concept of a Legal System: An introduction to the Theory of a Legal System* membahas tentang konsep hukum dan sistem hukum berdasarkan dua kriteria yaitu kriteria eksistensi dan kriteria identitas. Kriteria eksistensi terkait dengan substansi norma, sedangkan kriteria identitas terkait dengan sistem hukum tertentu yang menjadi identitas suatu norma sebagai bagian dari sistem hukum tersebut. Pembahas Raz dilakukan dengan mengelaborasi, mengkaitkan, dan membandingkan konsep hukum dan sistem hukum yang telah dikembangkan oleh Bentham, Austin, dan Kelsen. Tentu saja Raz di banyak tempat memberikan kritik kepada teori-teori tersebut baik berdasarkan teori lain maupun dengan mengemukakan pendapatnya sendiri. Kritik terhadap teori hukum Kelsen dilakukan dari berbagai aspek, mulai dari penggunaan bahasa pernyataan normatif (*normative statements*), struktur norma, eksistensi norma, masalah individuasi, sampai pada masalah sistem hukum. Di sini akan diuraikan kritik Raz terhadap teori hukum Kelsen terkait dengan prinsip individuasi dan identitas sebagai pemikiran utama dari Raz.

1. Eksistensi suatu Sistem Hukum

Kreteria Kelsen tentang eksistensi suatu norma hukum dapat diformulasikan dengan cara berikut: Suatu sistem hukum eksis jika, dan hanya jika, sistem tersebut mencapai tingkat keberlakuan (*efficacy*) minimum tertentu. Keberlakuan suatu sistem adalah fungsi keberlakuan dari hukumnya, namun Kelsen tidak berbicara apapun tentang bagaimana hubungannya dan bagaimana tingkat keberlakuan tersebut ditentukan. Keberlakuan suatu norma dapat mewujudkan melalui dua cara, yaitu (a) dengan kepatuhan kepada siapa suatu kewajiban dibebankan

oleh norma itu; dan (b) dengan pelaksanaan sanksi yang dibolehkan oleh norma tersebut. Tidak dijelaskan hubungan kedua perwujudan keberlakuan tersebut dan bagaimana menentukan suatu norma adalah berlaku.⁴¹⁶

2. Kriteria Identitas dan Norma Dasar

Kreteria identitas Kelsen adalah bahwa suatu hukum milik suatu sistem jika, dan hanya jika, hukum tersebut ditetapkan dengan penggunaan kekuasaan yang diatur dalam norma dasar.⁴¹⁷ Dalam bahasa Kelsen disebutkan “*That a norm belongs to certain system of norms...can be tested only by ascertaining that it derives its validity from the basic norm constituting the order.*”⁴¹⁸

Identitas suatu sistem hukum, sebagaimana keanggotaan suatu hukum dalam suatu sistem, ditentukan benar-benar hanya oleh fakta pembuatannya. Sumber kesatuan suatu sistem tidak lagi pada satu lembaga legislatif seperti dalam teori Austin, tetapi pada suatu norma yang memberikan kekuasaan. Jadi sesungguhnya tidak ada yang berubah dari teori Austin kecuali merubah kedaulatan dengan norma dasar.⁴¹⁹

Kelsen cenderung mengalah pada godaan untuk membuat norma dasar sebagai kesimpulan dari semua teorinya. Godaan ini wajar karena bagi Kelsen norma dasar adalah norma dan kondisi yang dibutuhkan untuk memahami hukum. norma dasar dari setiap sistem hukum menjamin kohensi internal sistem tersebut. Prinsip non-kontradiksi ada di dalam norma dasar itu sendiri. Konsep norma dasar adalah satu dari dua konsep di mana kriteria identitas Kelsen ditemukan. Konsep yang lain adalah rantai validitas (*chain of validity*).⁴²⁰

⁴¹⁶ Raz, *Op.Cit.*, hal. 93–94.

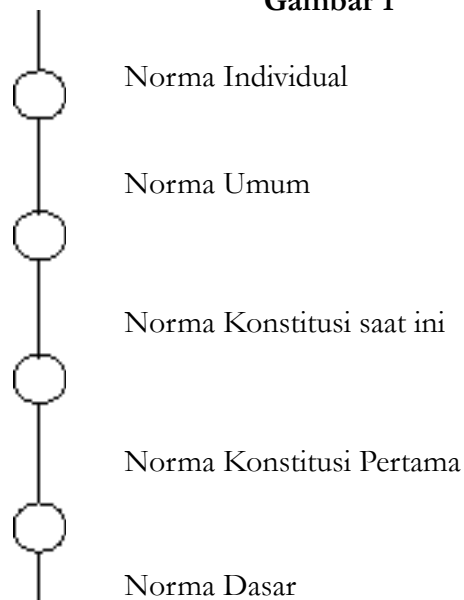
⁴¹⁷ *Ibid.*, hal. 95.

⁴¹⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 111., Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 195.

⁴¹⁹ Raz, *Op.Cit.*

⁴²⁰ *Ibid.*, hal. 95–97.

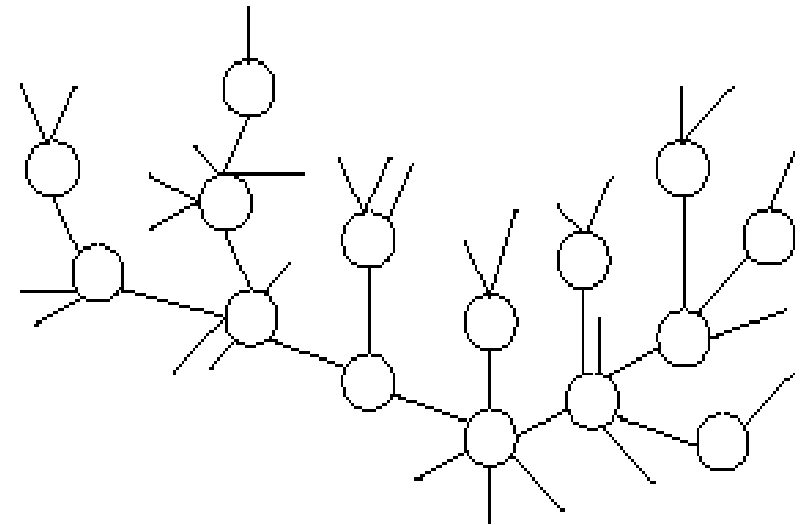
Rantai validitas adalah seperangkat dari semua norma yang (1) masing-masing mengotorisasi pembuatan hanya satu perangkat norma, kecuali satu norma yang pada umumnya tidak mengotorisasi pembuatan suatu norma; dan (2) pembuatan masing-masing norma tersebut diotorisasi oleh hanya satu norma, kecuali satu norma yang pembuatannya tidak diotorisasi norma lain dalam rantai tersebut. Rantai validitas dapat ditunjukkan dalam **gambar 1**. Setiap garis mewakili suatu norma yang mengotorisasi pembuatan norma lain di atasnya. Lingkaran mewakili kekuasaan legislatif, di mana satu orang dapat memiliki kekuasaan legislatif berdasarkan beberapa norma.⁴²¹

Gambar 1

Rantai validitas lain mungkin berbeda pada lebih dari satu norma. Kelsen menekankan bahwa (1) paling tidak ada satu

⁴²¹ *Ibid.*, hal. 97–98.

norma yang dimiliki oleh dua rantai validitas dalam satu sistem hukum yang sama; (2) terdapat satu norma yang merupakan bagian dari semua rantai validitas dalam satu sistem; dan (3) Dalam setiap sistem hukum norma yang dimiliki oleh semua rantai validitas adalah norma dasar yang merupakan norma akhir dari setiap rantai validitas. Hal ini dapat ditunjukkan dalam **gambar 2** berikut ini:⁴²²

Gambar 2

Norma dasar memiliki peran ganda, yaitu menyediakan jawaban terhadap dua pertanyaan berbeda; apakah yang membuat suatu sistem dapat memiliki norma yang berbeda-beda?

⁴²² *Ibid.*, hal. 98–99.

Kapankah suatu norma dimiliki oleh suatu sistem norma tertentu? Pertanyaan ini terkait dengan pertanyaan tentang alasan validitas suatu norma. Peran kedua adalah sebagai alasan akhir bagi validitas norma hukum yang lain. Fungsi suatu norma dasar menurut Kelsen adalah mengotorisasi pembuatan konstitusi pertama.⁴²³

Kesalahan dari argumen ini adalah bahwa konstitusi pertama tidak harus satu norma, tetapi mungkin dan sering, merupakan seperangkat norma yang diberlakukan dengan penggunaan kekuasaan satu lembaga legislatif. Suatu konstitusi pertama dapat berisi beberapa norma yang masing-masing mengatur kekuasaan legislatif yang berbeda pada lembaga yang berbeda pula. Sebagai contoh, satu norma dari konstitusi pertama mungkin menentukan kekuasaan legislatif parlemen federal, sedangkan norma lain dalam konstitusi tersebut menentukan kekuasaan parlemen negara bagian. Lebih dari itu, konstitusi pertama mungkin tidak hanya mengatur kekuasaan legislatif, tetapi juga norma biasa yang membebankan kewajiban dan memberikan sanksi untuk mendukungnya. Jadi norma dasarlah yang dimiliki oleh setiap rantai validitas sebagai alasan akhir validitas, bukan konstitusi pertama.⁴²⁴

3. Norma: Statis dan Dinamis

Pembahasan berikutnya adalah terkait dengan dua pandangan dalam teori Kelsen yaitu; pertama, bahwa setiap norma membebankan kewajiban dengan mengizinkan pelaksanaan sanksi (sudut pandang statis); dan kedua, bahwa beberapa norma tidak membebankan kewajiban tetapi memberikan kekuasaan legislatif (sudut pandang dinamis). Pandangan

⁴²³ *Ibid.*, hal. 100–101.

⁴²⁴ *Ibid.*, hal. 101.

hukum secara statis dari Kelsen menyatakan bahwa setiap norma membebankan kewajiban dengan memberikan sanksi. Namun dia merasa perlu untuk menambahkan pandangan dan menyesuaikannya dengan adanya norma yang memberikan kekuasaan legislatif.⁴²⁵

Adanya dua sudut pandang merupakan dua prinsip individuasi yang berbeda, yaitu prinsip statis individuasi berdasarkan konsep sanksi yang memaksa (*coercived sanction*) dan prinsip individuasi dinamis berdasarkan konsep kekuasaan legislatif. Prinsip individuasi pertama jelas seperti digambarkan sebagai sudut pandang statis bahwa setiap hukum adalah suatu norma yang membebankan kewajiban dengan menentukan suatu sanksi. Sedangkan prinsip dinamis kurang jelas, yang hanya berarti bahwa norma dapat berisi pemberian kekuasaan legislatif sebagaimana norma yang membebankan kewajiban dengan menentukan sanksi.⁴²⁶

Kelsen hanya menjelaskan kekuasaan legislatif terkait dengan prinsip individuasi statis dan tidak menunjukkan sebagai dasar bagi prinsip lain yang berbeda. Karena tidak adanya definisi independen dari kekuasaan legislatif, sudut pandang dinamis Kelsen tidak pernah lebih dari suatu rencana (program) adanya suatu prinsip individuasi dinamis. Rencana ini sendiri diakui oleh Kelsen sebagai berikut:⁴²⁷ *“If one looks upon the legal order from the dynamic point of view...it seems possible to define the concept of law in a way quite different from that in which we have tried to defined it in this theory. It seems especially possible to ignore the element of coercion in defining the concept of law.”*⁴²⁸

Jika prinsip individuasi dinamis dan statis merupakan dua jalan penyusun dan pembagian sistem hukum yang sama,

⁴²⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 143–144., Raz, *Op.Cit.*, hal. 109.

⁴²⁶ *Ibid.*, hal. 110–111.

⁴²⁷ *Ibid.*, hal. 111.

⁴²⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 122.

maka harus dapat memproyeksikan atau memetakan satu bagian ke dalam bagian lain. Hal ini karena hubungan satu dan lainnya harus eksis antara elemen-elemen dan bagian lain. Kelsen menyatakan *“Dalam penyajian hukum secara statis, konstitusi sebagai norma yang lebih tinggi adalah diproyeksikan sebagai bagian dari norma yang lebih rendah.”*⁴²⁹ Hal ini berarti norma statis, misalnya *jika konstitusi mengotorisasi parlemen untuk menetapkan hukum kriminal, dan jika parlemen memberikan suatu sanksi untuk pencurian, maka jika ada seseorang melakukan pencurian dia harus dihukum*, diproyeksikan menjadi dua norma dinamis, yaitu *parlemen diotorisasi untuk menetapkan hukum kriminal, dan petugas diotorisasi untuk melaksanakan sanksi kepada pencuri*. Maka setiap hukum statis diproyeksikan menjadi beberapa hukum dinamis. Sebaliknya satu hukum dinamis juga dapat diproyeksikan menjadi beberapa hukum statis.⁴³⁰

Berdasarkan kemungkinan proyeksi tersebut, Raz secara tidak langsung menyatakan bahwa prinsip dinamis bukan merupakan prinsip individuasi karena ketika kekuasaan legislatif diproyeksikan dalam suatu pernyataan hukum secara statis akan menjadi kompetensi atau kapasitas hukum, yaitu kondisi bagi suatu sanksi.⁴³¹ Kelsen tidak menentukan kriteria untuk memisahkan kompetensi legislasi dari bentuk kompetensi lain baik untuk melakukan delik atau untuk mengklaim hak. Di sinilah Kelsen dipandang gagal merumuskan definisi statis dari kekuasaan legislatif.⁴³²

Selanjutnya Raz menyatakan bahwa proyeksi antara norma statis dan norma dinamis tidak selalu dapat dilakukan. Pada kenyataannya norma statis tidak selalu berhubungan dengan

⁴²⁹ *Ibid.*, hal. 144.

⁴³⁰ Raz, *Op.Cit.*, hal. 111.

⁴³¹ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 90., Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 146.

⁴³² Raz, *Op.Cit.*, hal. 112.

norma dinamis. Jika suatu norma memberikan kekuasaan legislatif, dan jika kekuasaan tersebut tidak digunakan yang berarti tidak ada norma yang dibuat berdasarkan kekuasaan tersebut, maka tidak ada norma statis sebagai pasangannya. Jika dikatakan bahwa kekuasaan legislatif adalah suatu kondisi bagi pelaksanaan sanksi, berarti jika tidak ada sanksi yang ditentukan, maka kekuasaan legislatif dengan sendirinya tidak eksis sepanjang menurut sudut pandang statis.⁴³³

Hal ini berarti bahwa prinsip individuasi statis dan dinamis diterapkan untuk materi hukum yang berbeda. Prinsip statis dapat terkait dengan suatu undang-undang yang memberikan kekuasaan legislatif sebagai bagian dari materi hukum setidaknya hanya sesudah suatu sanksi telah ditentukan oleh penggunaan kekuasaan tersebut. Suatu norma dinamis adalah norma hukum hanya jika norma tersebut dapat diproyeksikan ke dalam norma statis.⁴³⁴ Kelsen menyatakan; *“the norms of the material constitution are law only in their organic connection with those sanction-stipulating norms which are created in their basis.”*⁴³⁵

Hal tersebut mengindikasikan primasi (sifat primer atau utama) dari prinsip individuasi statis. Hal ini sesuai dengan pendapat Kelsen bahwa norma hukum ditentukan oleh pemberian sanksi yang memaksa. Tidak semua yang dibuat berdasarkan prosedur adalah hukum dalam arti suatu norma hukum. Adalah suatu norma hukum jika mengatur perbuatan manusia dengan menyiapkan suatu tindakan paksaan sebagai sanksi. Maka norma dinamis bukan merupakan norma sama sekali, tetapi suatu penyelidikan terhadap pembagian norma statis ke dalam bagian-bagian yang bukan merupakan hukum ataupun norma.⁴³⁶

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 144.

⁴³⁶ Raz, *Op.Cit.*, hal. 112–113

B. KRITIK HARI CHAND

Hari Chand membahas secara khusus *Pure Theory of Law* dalam bab kelima buku *Modern Jurisprudence*. Setelah menguraikan pokok-pokok pikiran dari teori tersebut, Chand memberikan kritik terhadap teori yang dikemukakan oleh Kelsen tersebut sebagai berikut.

1. Tentang Norma Dasar

Menurut Chand, konsep norma dasar yang dikemukakan oleh Kelsen tidak jelas. Yang disebut dengan norma dasar tersebut bukan merupakan hukum positif tetapi suatu presuposisi pengetahuan yuridis, atau sesuatu yang meta-legal tetapi memiliki suatu fungsi hukum. Sulit untuk melihat kontribusi *Pure Theory of Law* terhadap suatu sistem dengan mengasumsikan hukum berasal dari norma dasar yang tidak dapat ditemukan.⁴³⁷

Norma dasar yang dikemukakan oleh Kelsen tidak lebih dari suatu presuposisi moral yang memerintahkan kepatuhan. Julius Stone menduga bahwa norma dasar tersebut hanya merupakan *norma puncak* (*apex norm*) dan digunakan untuk tujuan seperti konstitusi menggantikan supremasi parlemen. Penekanan bahwa kita harus mematuhi konstitusi harus didukung oleh landasan fakta sosial, moralitas dan etika umum masyarakat. Tidak ada realitas makna lain yang dapat diterapkan. Validitas suatu norma dasar pada akhirnya adalah suatu prinsip moral atau tidak bermakna sama sekali.⁴³⁸

⁴³⁷ Chand, *Op.Cit.*, hal. 97.

⁴³⁸ *Ibid.*, hal. 97-98.

2. Metodologi

Suatu sistem hukum bukan merupakan koleksi abstrak dari kategori yang mati, tetapi suatu susunan hidup yang bergerak secara konstan dan terdapat bahaya yang besar jika hanya melihat potongan-potongan dan menganalisis masing-masing bagian. Tidak akan didapatkan gambaran menyeluruh yang menunjukkan bagaimana sistem tersebut beroperasi.⁴³⁹ Pendekatan Kelsen hanya pada satu sisi ketertarikan, yaitu pada bentuk hukum sembari meletakkan isinya sebagai hal yang sekunder.

3. Kemurnian

Kelsen sangat menekankan pada analisis kemurnian sehingga pendekatan lain terhadap penyelidikan yuridis diabaikan. Metodenya menjadi tidak murni sepanjang mengenai norma dasar karena dia gagal menjelaskan bagaimana norma tersebut dan eksis. Untuk menjelaskan hakekat norma dasar membutuhkan pengetahuan lain dari bidang lain seperti sejarah, ilmu politik, ekonomi, dan lain-lain yang ditolak oleh Kelsen. Pendekatan tidak murni juga digunakan dalam *pure theory*. Pada level norma subordinat, dalam menentukan fakta di mana norma harus diterapkan, fakta harus ditentukan, pembuktian dan penghakiman mengambil peran. Penemuan hukum ada bersama penemuan fakta.⁴⁴⁰

Teori Kelsen mengasumsikan bahwa norma puncak adalah suatu data yang kadang-kadang dapat ditemukan. Namun

⁴³⁹ Ini adalah kritik Lloyd yang dikutip oleh Chand. *Ibid.*, hal. 98.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ *Ibid.*

jasel bahwa norma puncak ditentukan dan dipastikan dengan metode yang tidak murni. Penentuan tingkatan norma sebagai bentuk kehendak hukum yang berbeda dengan sendirinya mengimplikasikan adanya valuasi sosial tertentu.⁴⁴¹

4. Keadilan

Salah satu dalil *Pure Theory of Law* adalah bahwa hukum tidak dapat menjawab pertanyaan apakah suatu hukum itu adil atau tidak adil, atau apakah keadilan itu. Keadilan adalah sesuatu yang di luar rasio. Keadilan ditolak menjadi jiwa dari hukum atas nama kemurnian hukum. Apakah dengan begitu Kelsen tidak kehilangan pusat dari permasalahan yang dibahas? Zaman ini menangis karena masalah keadilan, baik sosial maupun politik, namun Kelsen menolak dan menyatakannya sebagai sesuatu ide yang irasional. Teori Kelsen tidak berbicara apapun tentang ketidakadilan berupa penindasan kulit putih minoritas terhadap kulit hitam di Afrika Selatan atau penindasan terhadap etnis asia di Inggris, demikian pula dengan ketidakadilan ekonomi dan politik dalam hubungan internasional. Apa artinya suatu studi jika substansinya diabaikan? Teori Kelsen hanyalah kulit dari sistem hukum, meninggalkan kehidupan dan aktivitasnya pada sosiolog dan ilmuwan sosial lain. Teorinya adalah bentuk lain dari kekaburan dan penghindaran.⁴⁴²

5. Keberlakuan

Kelsen tidak memberikan sesuatu yang dapat digunakan untuk membedakan keberlakuan suatu norma tunggal dan keberlakuan sistem hukum secara keseluruhan. Apa yang dimaksud dengan keberlakuan minimum? Bagaimana hal itu

⁴⁴² *Ibid.*, hal. 99.

⁴⁴³ *Ibid.*

dapat dibuktikan selain dengan suatu penyelidikan terhadap fakta-fakta sosial dan politik? Jika Kelsen menerima efektifitas sebagai suatu faktor validitas, mengapa tidak juga menerima faktor yang lain seperti moralitas, ekonomi, dan politik.⁴⁴³

Menurut kelsen, keberlakuan adalah suatu kondisi bagi validitas. Pertanyaan krusialnya adalah bagaimana menentukan keberlakuan tersebut? Misalnya penguasa militer mengambil alih kekuasaan dan menahan perdana menteri dan presiden negara tersebut dan kemudian mengumumkan bahwa dialah kepala negara saat itu. Dia mengesampingkan konstitusi dan menetapkan suatu keputusan yang ditandatangani. Bagaimanakah dapat menentukan eksistensi suatu norma dasar dalam kondisi seperti ini? Dengan dasar apa suatu penilaian tentang keberlakuan atau ketidakberlakuan suatu sistem hukum?⁴⁴⁴

6. Hirarki Norma

Terdapat sumber hukum seperti kebiasaan, undang-undang, dan preseden, yang salah satunya tidak dapat dikatakan lebih tinggi dari yang lain. Di samping norma, dalam sistem hukum juga terdapat standar, prinsip-prinsip, kebijakan, asas (*maxim*), yang sama pentingnya dengan norma, namun tidak diperhatikan oleh Kelsen.⁴⁴⁵

C. KRITIK J.W. HARRIS

1. Norma

Pandangan utama dari Kelsen adalah bahwa ilmu hukum harus terbebas dari hal-hal yang tidak dapat dianalisis secara obyektif menurut hukum dan hal-hal yang bukan merupakan

⁴⁴⁴ *Ibid.*, hal. 99–100.

⁴⁴⁵ Baris pertama mengutip pendapat C.K. Allen., *Ibid.*, hal. 100.

hukum. Harris menyatakan bahwa Kelsen telah gagal menjelaskan bahwa hukum adalah norma yang murni karena teori Kelsen adalah praktek dari ilmuwan hukum. Dengan kata lain teori norma murni tentang hukum adalah bukan tentang *hukum*, tetapi tentang disiplin institusional dari ilmu hukum. Deskripsi yang diberikan adalah aktivitas dari ilmu hukum bukan tentang hukum itu sendiri.⁴⁴⁶

Kelsen lebih memilih istilah *norma* daripada *aturan* dengan dua alasan. Pertama, dia khawatir penggunaan istilah *aturan* dapat berujung pada kebingungan dengan ilmu alam. Namun dalam bahasa Inggris sesungguhnya istilah *law* juga ambigu. Bahkan istilah *norm* juga memiliki ambiguitas khusus karena juga digunakan dalam ilmu sosial untuk mendeskripsikan *rule situations*. Kedua, Kelsen berpendapat bahwa penggunaan kata *aturan* tidak cocok untuk meliputi kasus norma tertentu yang menentukan tindakan tertentu tanpa harus terpenuhinya kondisi tertentu (*act unconditionally*). Argumen ini lebih dapat diterima walaupun dalam ilmu hukum sangat jarang terdapat deskripsi tentang *act unconditionally*.⁴⁴⁷

Kelsen mendefinisikan suatu norma sebagai “*ekspresi dari ide... bahwa seorang individu harus (ought) untuk berbuat sesuatu dengan cara tertentu.*”⁴⁴⁸ *Ought* adalah simbol mewakili kelas khusus dari kosa kata yang digunakan untuk membuat suatu norma. Namun kategori dari bahasa *ought* ini tidak dijelaskan, kecuali dengan melawankannya dengan kategori *is*. Kelsen secara terus-menerus menambahkan untuk mengkaitkan dengan pandangannya bahwa aturan hukum adalah entitas abstrak yang berbeda dari legislasi masa lalu atau pelaksanaannya di masa depan, dengan

⁴⁴⁶ Harris, *Op.Cit.*, hal. 35.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, hal. 35–36.

⁴⁴⁸ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 110–112., Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 6.

silogisme yang tidak dapat dibuat antara *ought* dan *is*. Pada bagian lain Kelsen juga mendefinisikan *ought* sebagai maksud dari tindakan kehendak (*meaning of act of will*) yang berarti menolak argumen awalnya tentang pembuatan hukum bukan sebagai ekspresi kehendak dalam legislasi.⁴⁴⁹

2. Norma Dasar

Norma dasar dibutuhkan sebagai sumber legislatif akhir sama dengan kontruksi metaforis suatu kehendak yang berdaulat, suatu presuposisi atau hipotesis dari ilmu hukum. Berbagai formulasi norma dasar menunjukkan bahwa Kelsen bermaksud untuk melakukan simplifikasi untuk suatu teori keberlanjutan konstitusional.⁴⁵⁰

Dalam formulasi tersebut, sistem hukum yang memiliki norma dasar puncak dapat dipahami sebagai sesuatu yang terdiri dari semua norma yang berasal dari suatu rentang waktu dari pengesahan konstitusi di suatu waktu termasuk dalam hal perubahan konstitusi secara konstitusional; dan sistem selalu berubah ketika, dan hanya ketika, suatu pelanggaran konstitusi terjadi secara terus-menerus. Doktrin ini menunjukkan kegagalan Kelsen untuk membedakan antara sistem hukum *momentary* dan *non-momentary*.⁴⁵¹

D. HANS NAWIASKY DAN ANALISIS KEDUDUKAN PANCASILA

Salah satu teori Hans Kelsen yang mendapat banyak perhatian adalah hierarki norma hukum dan rantai validitas yang

⁴⁴⁹ Harris, *Op.Cit.*, hal. 36–41.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, hal. 42.

⁴⁵¹ *Ibid.*, hal. 42–43

membentuk piramida hukum (*stufentheorie*). Salah satu tokoh yang mengembangkan teori tersebut adalah murid Hans Kelsen, yaitu Hans Nawiasky. Namun karya dari Hans Nawiasky, yaitu *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*,⁴⁵² tidak banyak dibahas dalam literatur-literatur berbahasa Inggris.

Teori Nawiasky disebut dengan *theorie von stufenaufbau der rechtsordnung*. Susunan norma menurut teori tersebut adalah:⁴⁵³

1. Norma fundamental negara (*Staatsfundamentalnorm*);
2. Aturan dasar negara (*staatsgrundgesetz*);
3. Undang-undang formal (*formell gesetz*); dan
4. Peraturan pelaksanaan dan peraturan otonom (*verordnung en autonome satzung*).

Staatsfundamentalnorm adalah norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar (*staatsverfassung*) dari suatu negara. Posisi hukum dari suatu *Staatsfundamentalnorm* adalah sebagai syarat bagi berlakunya suatu konstitusi. *Staatsfundamentalnorm* ada terlebih dahulu dari konstitusi suatu negara.⁴⁵⁴

Menurut Nawiasky, norma tertinggi yang oleh Kelsen disebut sebagai norma dasar (*basic norm*) dalam suatu negara sebaiknya tidak disebut sebagai *staatsgrundnorm* melainkan *Staatsfundamentalnorm*, atau norma fundamental negara. *Grundnorm* pada dasarnya tidak berubah-ubah, sedangkan norma tertinggi berubah misalnya dengan cara kudeta atau revolusi.⁴⁵⁵

⁴⁵² Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*. Cetakan kedua, (Einsiedeln/Zürich/Köln: Benziger, 1948).

⁴⁵³ *Ibid.*, hal. 37. A. Hamid A. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara; Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I–Pelita IV*, Disertasi Ilmu Hukum Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia, Jakarta, 1990, hal., 287.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ *Ibid.*, hal. 359. Nawiasky, *Op. Cit.*, hal. 31–37.

Berdasarkan teori Nawiasky tersebut, A. Hamid S. Attamimi membandingkannya dengan teori Kelsen dan menerapkannya pada struktur tata hukum di Indonesia. Hamid menggambarkan perbandingan antara Kelsen dan Nawiasky tersebut dalam bentuk piramida.⁴⁵⁶

Attamimi menunjukkan struktur hierarki tata hukum Indonesia dengan menggunakan teori Nawiasky. Berdasarkan teori tersebut, struktur tata hukum Indonesia adalah:⁴⁵⁷

1. *Staatsfundamentalnorm*: Pancasila (Pembukaan UUD 1945).
2. *Staatsgrundgesetz*: Batang Tubuh UUD 1945, Tap MPR, dan Konvensi Ketatanegaraan.
3. *Formell gesetz*: Undang-Undang.
4. *Verordnung en Autonome Satzung*: Secara hirarkis mulai dari Peraturan Pemerintah hingga Keputusan Bupati atau Walikota.

Penempatan Pancasila sebagai *Staatsfundamentalnorm* pertama kali disampaikan oleh Notonagoro.⁴⁵⁸ Pancasila dilihat sebagai cita hukum (*rechtsidee*) merupakan bintang pemandu. Posisi ini mengharuskan pembentukan hukum positif adalah untuk mencapai ide-ide dalam Pancasila, serta dapat digunakan untuk menguji hukum positif. Dengan ditetapkannya Pancasila sebagai *Staatsfundamentalnorm* maka pembentukan hukum, penerapan, dan pelaksanaannya tidak dapat dilepaskan dari nilai-nilai Pancasila.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ Attamimi, *Op. Cit.*, hal. 291.

⁴⁵⁷ *Ibid.* Tata urutan yang dipakai oleh Attamimi adalah berdasarkan Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966. Ketetapan tersebut diganti dengan Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan. Pada Tahun 2003 telah ditetapkan Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang.

⁴⁵⁸ Notonagoro, “Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 (Pokok Kaidah Fundamental Negara Indonesia)” dalam *Pancasila Dasar Falsafah Negara*, Cetakan Keempat, (Jakarta: Pantjuran Tudjuh, tanpa tahun).

⁴⁵⁹ Attamimi, *Op. Cit.*, hal. 309.

Namun, dengan penempatan Pancasila sebagai *Staatsfundamentalnorm* berarti menempatkannya di atas Undang-Undang Dasar. Jika demikian, Pancasila tidak termasuk dalam pengertian konstitusi, karena berada di atas konstitusi. Untuk membahas permasalahan ini dapat dilakukan dengan melacak kembali konsepsi norma dasar dan konstitusi menurut Kelsen dan pengembangan yang dibuat oleh Nawiasky, serta melihat hubungan antara Pancasila dan UUD 1945.

Kelsen membahas validitas norma-norma hukum dengan menggambarannya sebagai suatu rantai validitas yang berujung pada konstitusi negara. Jika bertanya mengapa konstitusi itu valid, mungkin dapat menunjuk pada konstitusi lama. Akhirnya mencapai beberapa konstitusi hingga konstitusi pertama yang ditetapkan oleh individu atau semacam majelis. Validitas konstitusi pertama adalah presuposisi terakhir, postulat yang final, di mana validitas semua norma dalam tata aturan hukum bergantung. Dokumen yang merupakan wujud konstitusi pertama adalah konstitusi sesungguhnya, suatu norma mengikat, hanya dalam kondisi bahwa norma dasar dipresuposisikan sebagai valid.⁴⁶⁰ Presuposisi inilah yang disebut dengan istilah *transcendental logical presupposition*.⁴⁶¹

Semua norma hukum adalah milik satu tata aturan hukum yang sama karena validitasnya dapat dilacak kembali, secara langsung atau tidak, kepada konstitusi pertama. Bahwa konstitusi pertama adalah norma hukum yang mengikat adalah sesuatu yang diprepositisikan, dan formulasi preposisi tersebut adalah norma dasar dari tata aturan hukum ini.⁴⁶²

Kalimat terakhir jelas menunjukkan adanya dua hal, yaitu norma dasar dan presuposisi validitasnya sebagai konstitusi

⁴⁶⁰ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 115.

⁴⁶¹ Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 201–205.

⁴⁶² Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 115

pertama. Norma dasar tidak dibuat dalam prosedur hukum oleh organ pembuat hukum. Norma ini valid tidak karena dibuat dengan cara tindakan hukum, tetapi valid karena dipresuposisikan valid, dan dipresuposisikan valid karena tanpa presuposisi ini tidak ada tindakan manusia dapat ditafsirkan sebagai hukum, khususnya norma pembuat hukum.⁴⁶³

Logika Kelsen tersebut sering dipahami secara salah dengan mencampuradukkan antara presuposisi validitas dan konstitusi, manakah yang merupakan norma dasar (*grundnorm*)?. Hal inilah yang selanjutnya diselesaikan oleh Nawiasky dengan membedakan antara *staatsfundamentalnorm* dengan *grundnorm* dengan alasan bahwa *grundnorm* pada dasarnya tidak berubah sedangkan *staatsfundamentalnorm* dapat berubah seperti melalui kudeta atau revolusi.⁴⁶⁴

Pendapat Nawiasky tersebut sebenarnya sejalan dengan pandangan Kelsen. Kelsen juga menyatakan bahwa Konstitusi memang dibuat sulit untuk diubah karena dengan demikian menjadi berbeda dengan norma hukum biasa.⁴⁶⁵ Selain itu, Kelsen juga menyatakan bahwa suatu tata hukum kehilangan validitasnya secara keseluruhan jika terjadi kudeta atau revolusi. Kudeta atau revolusi adalah perubahan tata hukum selain dengan cara yang ditentukan oleh tata hukum itu sendiri. Kudeta atau revolusi menjadi fakta hilangnya presuposisi validitas konstitusi pertama dan digantikan dengan presuposisi yang lain. Tata hukum yang berlaku adalah sebuah tata hukum baru meskipun dengan materi yang sama dengan tata hukum lama.⁴⁶⁶

Berdasarkan uraian antara pandangan Kelsen dan Nawi-

⁴⁶³ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 116. Kelsen, *Pure Theory of Law, Op.Cit.*, hal. 195.

⁴⁶⁴ Attamimi, *Op.Cit.*, hal. 359. Nawiasky, *Op.Cit.*, hal. 31–37.

⁴⁶⁵ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 124–125. Kelsen, *Pure Theory, Op.Cit.*, hal. 221–224.

⁴⁶⁶ Kelsen, *General Theory, Op.Cit.*, hal. 117.

asky tersebut dapat disimpulkan bahwa *staatsfundamentalnorm* yang dikemukakan oleh nawiasky adalah presuposisi validitas norma dasarnya Kelsen. Sedangkan *staatsgrundgesetz*-nya Nawiasky adalah konstitusi atau *grundnorm* dalam pandangan Kelsen. Pertanyaan selanjutnya adalah apakah Pancasila merupakan *staatsfundamentalnorm* atau merupakan bagian dari konstitusi?

Pancasila lahir dan dirumuskan dalam persidangan Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) pada saat membahas dasar negara, khususnya dalam pidato Soekarno tanggal 1 Juni 1945. Soekarno menyebut dasar negara sebagai *Philosophische grondslag* sebagai fondamen, filsafat, pikiran yang sedalam-dalamnya yang di atasnya akan didirikan bangunan negara Indonesia. Soekarno juga menyebutnya dengan istilah *Weltanschauung* atau pandangan hidup. Pancasila adalah lima dasar atau lima asas.⁴⁶⁷

Pidato yang dikemukakan Soekarno pada saat itu adalah rangkaian persidangan BPUPKI yang membahas dasar negara. Selain Soekarno, anggota-anggota yang lain juga mengemukakan pendapatnya baik secara lisan maupun tertulis. Dari berbagai pendapat yang dikemukakan dalam persidangan tersebut, kemudian ditunjuk tim perumus yang terdiri dari 8 orang, yaitu: Ir. Soekarno, Drs. M. Hatta, Mr. M. Yamin, M. Soetardjo Kartohadikoesoemo, R. Otto Iskandardinata, Mr. A. Maramis, Ki Bagoes Hadikoesoemo, dan K.H. Wachid Hasyim. Tim ini menghasilkan rumusan yang kemudian dikenal dengan Piagam Jakarta dan diterima oleh BPUPKI pada tanggal 10 Juli 1945.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ Saafroedin Bahar, Ananda B. Kusuma, dan Nannie Hudawati (peny.), *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan (BPUPKI) Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) 28 Mei 1945-22 Agustus 1945*, (Jakarta: Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1995), hal. 63, 69, dan 81. RM. A.B. Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004), hal. 117, 121, 128-129.

⁴⁶⁸ Kusuma, *Op. Cit.*, hal. 130, catatan kaki no. 229.

Dokumen inilah yang menjadi Pembukaan UUD 1945 setelah terjadi kompromi dengan pencoretan tujuh kata. Walaupun pengaruh Soekarno cukup besar dalam perumusan dokumen ini, namun dokumen ini adalah hasil perumusan BPUPKI yang dengan sendirinya merepresentasikan berbagai pemikiran anggota BPUPKI. Dokumen ini di samping memuat lima dasar negara yang dikemukakan oleh Soekarno, juga memuat pokok-pokok pikiran yang lain.

Jika masalah dasar negara disebutkan oleh Soekarno sebagai *Philosophische grondslag* ataupun *Weltanschauung*, maka hasil dari persidangan-persidangan tersebut, yaitu Piagam Jakarta yang selanjutnya menjadi dan disebut dengan Pembukaan UUD 1945, yang merupakan *Philosophische grondslag* dan *Weltanschauung* bangsa Indonesia. Seluruh nilai-nilai dan prinsip-prinsip dalam Pembukaan UUD 1945 adalah dasar negara Indonesia, termasuk di dalamnya Pancasila.

Selain Pancasila, telah banyak dikenal adanya empat pokok pikiran Pembukaan UUD 1945, yaitu; (1) bahwa negara Indonesia adalah negara yang melindungi dan meliputi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, serta mencakupi segala paham golongan dan paham perseorangan; (2) bahwa negara Indonesia hendak mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh warganya; (3) bahwa negara Indonesia menganut paham kedaulatan rakyat. Negara dibentuk dan diselenggarakan berdasarkan kedaulatan rakyat; dan (4) bahwa negara Indonesia adalah negara yang berke-Tuhan-an Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab.⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ Pokok-pokok pikiran Pembukaan UUD 1945 ini dimuat dalam Penjelasan UUD 1945 sebelum perubahan UUD 1945 yang menghilangkan penjelasan ini. Lihat juga Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004), hal. 51.

Jika mencermati Pembukaan UUD 1945, masing-masing alenia mengandung pula cita-cita luhur dan filosofis yang harus menjwai keseluruhan sistem berpikir materi Undang-Undang Dasar. Alenia pertama menegaskan keyakinan bangsa Indonesia bahwa kemerdekaan adalah hak asasi segala bangsa, dan karena itu segala bentuk penjajahan di atas dunia harus dihapuskan karena tidak sesuai dengan peri kemanusiaan dan peri keadilan. Alenia kedua menggambarkan proses perjuangan bangsa Indonesia yang panjang dan penuh penderitaan yang akhirnya berhasil mengantarkan bangsa Indonesia ke depan pintu gerbang negara Indonesia yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur. Alenia ketiga menegaskan pengakuan bangsa Indonesia akan ke-Maha Kuasaan Tuhan Yang Maha Esa, yang memberikan dorongan spiritual kepada segenap bangsa untuk memperjuangkan perwujudan cita-cita luhurnya sehingga rakyat Indonesia menyatakan kemerdekaannya. Terakhir alenia keempat menggambarkan visi bangsa Indonesia mengenai bangunan kenegaraan yang hendak dibentuk dan diselenggarakan dalam rangka melembagakan keseluruhan cita-cita bangsa untuk merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur dalam wadah Negara Indonesia. Dalam alenia keempat inilah disebutkan tujuan negara dan dasar negara.⁴⁷⁰

Keseluruhan Pembukaan UUD 1945 yang berisi latar belakang kemerdekaan, pandangan hidup, tujuan negara, dan dasar negara dalam bentuk pokok-pokok pikiran sebagaimana telah diuraikan tersebutlah yang dalam bahasa Soekarno disebut sebagai *Philosophische grondslag* atau dasar negara secara umum. Jelas bahwa Pembukaan UUD 1945 sebagai ideologi bangsa tidak hanya berisi Pancasila. Dalam ilmu politik, Pembukaan UUD 1945 tersebut dapat disebut sebagai ideologi bangsa Indonesia.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, hal. 51–52.

Pertanyaan selanjutnya, apakah Pembukaan UUD 1945 merupakan *staatsfundamentalnorm* di Indonesia? Jika merupakan *staatsfundamentalnorm* maka Pembukaan UUD 1945 merupakan bagian terpisah dari pasal-pasal dalam UUD 1945 karena sebagai *staatsfundamentalnorm* Pembukaan UUD 1945 merupakan norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar (*staatsverfassung*), atau dalam bahasa Kelsen Pembukaan UUD 1945 adalah yang mempresuposisikan validitas UUD 1945.

Penjelasan UUD 1945 yang merupakan bagian dari keseluruhan UUD 1945 menyatakan bahwa “*Pokok-pokok pikiran tersebut meliputi suasana kebatinan dari Undang-Undang Dasar Negara Indonesia. Pokok-pokok pikiran ini mewujudkan cita-cita hukum (rechtsidee) yang menguasai hukum dasar negara, baik hukum yang tertulis (Undang-Undang Dasar) maupun hukum yang tidak tertulis. Undang-Undang Dasar menciptakan pokok-pokok pikiran ini dalam pasal-pasalnya*”. Bahkan para *founding fathers* juga menyadari akan perkembangan masyarakat sehingga tidak tergesa-gesa memberi kristalisasi, memberi bentuk (*Gestaltung*). Penjelasan ini sebenarnya memberi ruang perubahan terhadap perwujudan pokok-pokok pikiran dalam Pembukaan UUD 1945.

Berdasarkan penjelasan tersebut, terlihat bahwa Pembukaan UUD 1945 merupakan kesatuan dengan pasal-pasal UUD 1945. Hal ini juga dapat dilihat dari proses penyusunan Pembukaan UUD 1945 yang merupakan satu kesatuan dengan pembahasan masalah lain dalam Undang-Undang Dasar oleh BPUPKI, yaitu masalah bentuk negara, daerah negara, badan perwakilan rakyat, dan badan penasehat.⁴⁷¹ Status Pembukaan UUD 1945 sebagai satu kesatuan dengan pasal-pasalnya menjadi sangat tegas berdasarkan Pasal II Aturan Tambahan UUD

⁴⁷¹ Kusuma, *Op.Cit.*, hal. 132–137.

⁴⁷² Hasil Perubahan Keempat UUD 1945.

1945 yang berbunyi: “Dengan ditetapkannya perubahan Undang-Undang Dasar ini, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terdiri atas Pembukaan dan pasal-pasal.”⁴⁷²

Jika Pembukaan UUD 1945 dan pasal-pasalnya merupakan satu kesatuan, tentu tidak dapat memisahkannya dengan menempatkan Pembukaan UUD 1945 sebagai *staatsfundamentalnorms* yang lebih tinggi dari pasal-pasalnya sebagai *staatsverfassung*. Apalagi dengan menyatakan bahwa Pembukaan UUD 1945 adalah dasar pembentukan pasal-pasal UUD 1945 sebagai konstitusi, atau Pembukaan UUD 1945 adalah presuposisi bagi validitas pasal-pasal UUD 1945. Pembukaan UUD 1945 (termasuk di dalamnya Pancasila) dan pasal-pasalnya adalah konstitusi tertulis bangsa Indonesia. Pembukaan UUD 1945 walaupun merupakan pokok-pokok pikiran yang abstraksinya tinggi dan dijabarkan dalam pasal-pasalnya, tetapi bukan merupakan dasar keberlakuan pasal-pasal UUD 1945 dan berarti bukan pula presuposisi validitas pasal-pasal tersebut. UUD 1945 secara keseluruhan ditetapkan sebagai konstitusi (*staatsverfassung*) yang mengikat dalam satu tindakan hukum, yaitu keputusan PPKI tanggal 18 Agustus 1945.

Penempatan Pembukaan UUD 1945 sebagai bagian dari Konstitusi sekaligus menempatkannya sebagai norma abstrak yang dapat dijadikan sebagai standar valuasi konstitusionalitas norma hukum yang lebih rendah. Bahkan juga dapat digunakan sebagai prinsip-prinsip dalam menafsirkan konstitusi. Dengan posisi Pembukaan UUD 1945 sebagai bagian dari konstitusi, maka pokok-pokok pikiran yang terkandung di dalamnya, termasuk Pancasila, benar-benar dapat menjadi *rechtsidee* dalam pembangunan tata hukum Indonesia.

Jika Pancasila bukan merupakan *staatsfundamentalnorms*, lalu apa yang menjadi dasar keberlakuan UUD 1945 sebagai konstitusi? Apa yang mempresuposisikan validitas UUD 1945?

Proklamasi 17 Agustus 1945. Proklamasi menurut hukum yang berlaku pada saat itu bukan merupakan tindakan hukum karena dilakukan bukan oleh organ hukum dan tidak sesuai dengan prosedur hukum. Proklamasi 17 Agustus 1945 yang menandai berdirinya Negara Republik Indonesia, yang berarti terbentuknya suatu tata hukum baru (*New Legal Order*). Adanya Negara Indonesia setelah diproklamasikan merupakan dasar keberlakuan UUD 1945 sebagai konstitusi Negara Indonesia, sebagai presuposisi validitas tata hukum Indonesia berdasarkan UUD 1945.

DAFTAR PUSTAKA

- Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Asshiddiqie, Jimly, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*. Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004.
- _____, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*. Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
- Attamimi, Hamid A., *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara; Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I–Pelita IV*. Disertasi Ilmu Hukum Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia. Jakarta, 1990.
- Bahar, Saafroedin, Ananda B. Kusuma, dan Nannie Hudawati (peny.), *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan (BPU PKI) Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) 28 Mei 1945–22 Agustus 1945*. Jakarta: Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1995.
- Chand, Hari, *Modern Jurisprudence*. Kuala Lumpur: International Law Book Services, 1994.
- Ferraro, Agustin E., Book Review-Kelsen's Highest Moral Ideal. *German Law Journal* No. 10. 01 October 2002.
- Friedmann, W., *Teori dan Filasafat Hukum: Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum (Susunan I)*. Judul Asli: *Legal Theory*. Penerjemah: Mohamad Arifin. Cetakan Kedua. Jakarta:

- PT RajaGrafindo Persada, 1993.
- Green, Michael., "Hans Kelsen and Logic of Legal Systems." *54 Alabama Law review* 365, 2003.
- Harris, J.W., *Law and Legal Science: An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*. Tenth Impression. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- Jelic, Zoran., A Note On Adolf Merkl's Theory Of Administrative Law. *Journal Facta Universitatis, Series: Law and Politics*. Vol. 1 No. 2, 1998.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*. Translated by: Anders Wedberg. New York: Russell & Russell, 1961.
- _____, *Pure Theory Of Law*. Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition. Translated by: Max Knight. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1967.
- _____, *Introduction To The Problems Of Legal Theory; A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*. Translated by: Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Kusuma, R.M.A.B., *Labirnya Undang-Undang Dasar 1945*. Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004.
- Ladavac, Nicoletta Bersier, *Hans Kelsen (1881–1973): Biographical Note and Bibliography*. Thémis Centre d'Etudes de Philosophie, de Sociologie et de Théorie du Droit, 8. Quai Gustave-Ador, Genève.
- Lijphart, Arend, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. New Heaven and London: Yale University Press, 1999.

- Nawiasky, Hans, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*. Cetakan kedua. Einsiedeln/Zürich/Köln: Benziger, 1948.
- Peerenboom, Randall (ed.), *Asia Discourses of Rule of Law: Theories and implementation of rule of law in twelve Asian countries, Frances and the U.S.*. London and New York: Routledge, 2004.
- Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- Rice, Charles E., *The Role Of Legal Ethics And Jurisprudence In National Building*. Makalah tanpa tahun.
- Rommen, Heinrich A., *The Natural Law: A Study in Legal And Social History And Philosophy*. Judul Asli: Die ewige des Naturrecht. Penerjemah: Thomas R. Hanley. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.
- Stampford, Charles and Kim Preston (eds.), *Interpreting Constitution: Theories, Principles, and Institutions*. NSW: The Federation Press, 1996.
- Stewart, Ian, The Critical Legal Science of Hans Kelsen. *Journal of Law and Society*, 17 (3), 1990.

INDEX

A

a coercive order 26, 27, 30,
59, 106
a law-creating fact 113
a logical contradiction 44
a malum 51
a norm creating norm 98
a posteriori 140
a priori 140, 150
 A. Hamid S. Attamimi 170
 A. Maramis, Mr. 174
ab initio 139, 142, 143, 144
absolut responsibility 62
abstract review 140
accused 77
act unconditionally 168
 adjudikasi 119
 Afrika Selatan 166
 Amerika Serikat 3, 4, 139
annuled 103, 138, 139
antecedent 60, 61
apex norm 164
 Austin 40, 55, 61, 62, 84,
156
 Austria 139

B

B.N. Cardozo 148
 Bagoes Hadikoesoemo, Ki
174
basic norm 94, 170
 Bentham 156
binding force 36
 Bishop Hoadly 134, 135
 Bolshevism 15

C

categorial norm 42
central imputation 89
chain of creation 96
chain of validity 157
 Chancelery 140
coercive act 47
coercived sanction 161
concrete review 140
conditio per quam 103
conditio sine qua non 103
consensual representation 75
constitutional court 139, 140
contrary to the law 52
coup d'Etat 100

culpa 63
culpability 63
customary law 98

D

de facto 101
de jure 101
defendant 77
delict 28
Deliktsfähigkeit 80
delinquent 29, 53, 55, 60, 62,
 64, 65, 75, 82, 120, 123,
 153
depsychologized 39
desuetudo 103, 104, 138
differentia specifica 36
dolus 63
droit 71
droit objectif 71, 113
droit subjectif 71

E

efficacious 107
electoral court 79
enforcible rule 31
 Eugen Ehrlich 32, 33
ex contractu 123
ex delictu 123
Ex injuria jus non oritur 141
Ex injuria jus oritur 141

F

forbearances 87, 89
forbearances juristic person 87
formell gesetz 170, 171
 Friedmann 9

G

Gestaltung 177
 general legal theory 16
general norms 42
general rule 41
genuine 60
 George Jellinek 2, 139
Geschäftsfähigkeit 80
grundnorm 170, 173

H

Handlungsfähigkeit 80
 Hans Kelsen 1, 8, 155, 169
 Hans Nawiasky 169
 Hari Chand 107, 155, 164
harmful 63
 Hart 60
 Haynes 102
 Henry Pitt 133
 Holland 31
hypo-thetisches Urteil 48
hypothetical judgment 48
hypothetical norm 42

I

immoral 45
in abstracto 120
in concreto 120
 Indonesia 170, 175, 176
 Inggris 111
interference 78

J

J.W. Harris 149, 155
 Jerman 83, 113
 John Chipman Gray 132
 John Marshal 139
 Joseph Raz 155
judge-made law 133
judicial review 139, 142
 Julius Stone 164
juristic person 54, 65, 84, 85,
 86, 87, 88, 89, 90, 91
jus in personam 68, 77
jus in rem 68, 77

K

Kantian 55
 Karl Renner 2

L

law of men 147

law of nature 48, 49
lawful 49
lawful behavior 59
laws of nature 41, 145, 147,
 149
legal act 43
legal duty 54
legal order 13
legal person 83, 84, 86
legal personality 88
legal policy 17
legal science 16
 Léon Duguit 113
lex posterior derogat priori 138
liability 62

M

M. Hatta, Drs. 174
 M. Soetardjo Kartohadikoe-
 soemo 174
 M. Yamin, Mr. 174
mala in prohibita 51
mala in se 50, 51
mala prohibita 50, 51
malum 51
 Max Weber 152
maxim 167
mens rea 64, 91
momentary 169

N

natural person 65
negligance 64
 Neo-Kantian 8
New Legal Order 179
Nichtigkeitserklärung 143
nomodynamic 8
nomostatics 8
non-consensual representation 75
non-momentary 169
norm creating events 98
normative jurisprudence 146,
 150, 151, 152, 153
normative statements 156
normativity thesis 10
 Notonagoro 171
nul 142, 144
nul ab initio 143, 144
nullified 100

O

objectives recht 71
 Oliver Wendell Holmes 148
opinio juris sive necessitatis 97
 Otto Iskandardinata, R. 174

P

par excellence 148
partial legal order 88, 89, 90
 Perancis 113
petitio principiil 112
Philosophische grondslag 174, 175
physical person 84, 85, 86
plaintiff 77
 Plato 21, 127
preëxistent 127
presumptio juris et de jure 46
primary norm 57
private autonomy 122
prohibitum 51
Prozessfähigkeit 80
psychic compulsion 31, 35
public prosecutor 50
pure theory of law 16, 17, 22,
 67, 71, 155, 164, 166

Q

quaestio facti 126
quaestio juris 126

R

realistic jurisprudence 145
recht 71
rechtsidee 171, 177, 178

Rechtstaat 87
reffrain 78
regressus ad infinitum 34, 94
relative duty 70
res judicata 121, 136, 142
right and might 105
 Roscoe Pound 3
royal judges 127
 Rudolf Aladár Métall 1
rule situations 168

S

scheme of interpretation 49
secondary norm 59
self-evident 94
sociological jurisprudence 146,
 150, 151, 152, 153
 Soekarno, Ir. 174, 175
solidarité sociale 113
sosialimanen 25
staatsfundamentalnorm 170,
 171, 173, 174, 176, 177,
 178
staatsgrundgesetz 170, 171,
 173
staatsgrundnorm 170
staatsverfassung 170, 177, 178
 Stanley L. Paulson 10
 Starke 107
statutory law 98
stufentheorie 169

subjektives recht 71
suum cuique 19
 Switzerland 3

T

T.H. Huxley 146
the power of law 105
the reductive thesis 10
theoretically transcendent 39
 Thomas Underhill 133
total legal order 88
*transcendental logical presupposi-
 tion* 99, 172

U

unconstitutional statute 137
unlawful 49
unlawful behavior 59
unzurechnungsfähig 82, 83

V

Verfassungsgerichtshof 140
verordnung en autonome satzung
 170, 171
violation of law 52
volksgeist 113

W

Wachid Hasyim, K.H. 174
ward 75, 91
Weltanschauung 174, 175
Wu 148

Z

Zurechnung 83

BIODATA PENULIS



Nama Lengkap : Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.
Alamat Rumah : Jl. Widya Chandra III No. 7
Jakarta Selatan. Telp. 021-5227925. HP:
0811-100120;
Email: jimly21@hotmail.com,
jimly_ashiddiqie@yahoo.com
Alamat Kantor : Mahkamah Konstitusi Republik
Indonesia,
Jl. Medan Merdeka Barat No. 7, Jakarta
Pusat. Telp/Faks. 021-3522087.
Email: jimly@mahkamahkons titusi.
go.id

Pendidikan

1. Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1982 (Sarjana Hukum).
2. Fakultas Pasca Sarjana Universitas Indonesia, Jakarta, 1984 (Magister Hukum).
3. Fakultas Pasca Sarjana Universitas Indonesia Jakarta (1986-1990), dan Van Vollenhoven Institute, serta Rechtsfaculteit, Universiteit Leiden, program 'doctor by research' dalam ilmu hukum (1990).

4. Post-Graduate Summer Refreshment Course on Legal Theories, Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, 1994.
5. Dan berbagai 'short courses' lain di dalam dan luar negeri.

Pengabdian dalam Tugas Pemerintahan dan Jabatan Publik lainnya

1. Pengajar Fakultas Hukum Universitas Indonesia sejak tahun 1981 sampai sekarang. Sejak tahun 1998 diangkat sebagai Guru Besar Hukum Tata Negara, dan sejak 16 Agustus 2003 berhenti sementara sebagai Pegawai Negeri Sipil (PNS) selama menduduki jabatan Hakim Konstitusi, sehingga berubah status menjadi Guru Besar Luar Biasa.
2. Anggota Tim Ahli Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, 1988-1993.
3. Anggota Kelompok Kerja Dewan Pertahanan dan Keamanan Nasional (Wanhan-kamnas), 1985-1995.
4. Sekretaris Dewan Penegakan Keamanan dan Sistem Hukum (DPKSH), 1999.
5. Ketua Bidang Hukum Tim Nasional Reformasi Nasional Menuju Masyarakat Madani, 1998-1999, dan Penanggungjawab Panel Ahli Reformasi Konstitusi (bersama Prof. Dr. Bagir Manan, S.H.), Sekretariat Negara RI, Jakarta, 1998-1999.
6. Anggota Tim Nasional Indonesia Menghadapi Tantangan Globalisasi, 1996-1998.
7. Anggota Tim Ahli Panitia Ad Hoc I (PAHI), Badan Pekerja Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia dalam rangka Perubahan Undang-Undang Dasar 1945 (2001).
8. Senior Scientist bidang Hukum BPP Teknologi, Jakarta, 1990-1997.
9. Staf Ahli Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, Jakarta, 1993-1998.
10. Anggota Tim Pengkajian Reformasi Kebijakan Pendidikan Nasional Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Jakarta, 1994-1997.
11. Asisten Wakil Presiden Republik Indonesia bidang Kesejahteraan Rakyat dan Pengentasan Kemiskinan, 1998-1999 (Asisten Wakil Presiden B.J. Habibie yang kemudian menjadi Presiden RI sejak Presiden Soeharto mengundurkan diri pada bulan Mei 1998).
12. Diangkat dalam jabatan akademis Guru Besar dalam Ilmu Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1998.
13. Koordinator dan Penanggungjawab Program Pasca Sarjana Bidang Ilmu Hukum dan Masalah Kenegaraan, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2000-2004.
14. Anggota Senat Akademik Universitas Indonesia, 2001-sekarang.
15. Penasehat Ahli Sekretariat Jenderal MPR-RI, 2002-2003.
16. Penasehat Ahli Menteri Perindustrian dan Perdagangan Republik Indonesia, 2002-2003.
17. Anggota tim ahli berbagai rancangan undang-undang di bidang hukum dan politik, Departemen Dalam Negeri, Departemen Kehakiman dan HAM, serta Departemen Perindustrian dan Perdagangan, sejak tahun 1997-2003.
18. Pengajar pada berbagai Diklatpim Tingkat I dan Tingkat II Lembaga Administrasi Negara (LAN) sejak tahun 1997-sekarang.
19. Pengajar pada kursus KSA dan KRA LEMHANNAS (Lembaga Pertahanan dan Keamanan Nasional) sejak 2002-sekarang.

20. Guru Besar Tidak Tetap pada Fakultas Hukum berbagai Universitas Negeri dan Swasta di Jakarta, Yogyakarta, Surabaya, dan Palembang.

Publikasi Ilmiah

1. *Gagasan Kedaulatan dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Jakarta: Ichtiar Baru-van Hoeve, 1994.
2. *Pembaruan Hukum Pidana di Indonesia*, Bandung: Angkasa, 1995.
3. *Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah*, Jakarta: UI-Press, 1996.
4. *Agenda Pembangunan Hukum di Abad Globalisasi*, Jakarta: Balai Pustaka, 1997.
5. *Undang-Undang Dasar 1945: Konstitusi Negara Kesejahteraan dan Realitas Masa Depan*, Jakarta: Universitas Indonesia, 1998.
6. *Reformasi B.J. Habibie: Aspek Sosial, Budaya dan Hukum*, Bandung: Angkasa, 1999. Edisi bahasa Inggris *Habibie's Reform: Socio-Cultural Aspect and the Legal System*, Bandung: Angkasa, 1999.
7. *Islam dan Kedaulatan Rakyat*, Jakarta: Gema Insani Press, 1997.
8. *Teori dan Aliran Penafsiran dalam Hukum Tata Negara*, Jakarta: InHilco, 1998.
9. *Pengantar Pemikiran Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945*, Jakarta: The Habibie Center, 2001.
10. *Konsolidasi Naskah UUD 1945 Pasca Perubahan Keempat*, Jakarta: PSHTN FHUI, 2002.
11. *Mahkamah Konstitusi: Kompilasi Ketentuan UUD, UU, dan Peraturan tentang Mahkamah Konstitusi di 78 Negara*, Jakarta: PSHTN-FH-UI, 2003.
12. *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan dalam UUD 1945*, Yogyakarta: FH-UII-Press, 2004.
13. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: MKRI-PSHTN FHUI, 2004.
14. *Memorabilia Dewan Pertimbangan Agung Republik Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
15. *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*, Jakarta: Konstitusi Press, (cetakan pertama 2004, cetakan kedua 2005).
16. *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konstitusi Press (cetakan pertama April 2005, cetakan kedua Mei 2005).
17. *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik, dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konstitusi Press (cetakan pertama Juli 2005).
18. *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik, dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI (cetakan pertama November 2005).
19. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press (cetakan pertama Juli 2005).
20. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI (cetakan pertama November 2005).
21. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Yarsif Watampone (cetakan pertama November 2005).
22. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI (cetakan pertama November 2005).
23. *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*, Jakarta: Konstitusi Press (cetakan pertama Oktober 2005).
24. *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*, Jakarta: Konstitusi Press (cetakan kedua Februari 2006).

25. *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Jakarta: Konstitusi Press (cetakan pertama, Mei 2006).
26. Ratusan makalah yang disampaikan dalam berbagai forum seminar, lokakarya dan ceramah serta yang dimuat dalam berbagai majalah dan jurnal ilmiah, ataupun dimuat dalam buku ontologi oleh penulis lain berkenaan dengan berbagai topik.



Nama : Muchamad Ali Safa'at
Tempat tgl. Lahir : Lamongan, 15 Agustus 1976
Alamat : Jl. Tebet Utara III G No. 20, Jakarta Telp. (021) 8292686, HP. 0813-17998948

Pendidikan :

1. Sarjana Hukum, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 1998.
2. Magister Hukum, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004

Pengalaman Kerja :

1. Dosen Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, sejak tahun 1999.
2. Dewan Pendiri dan *Direktur Excecutive* Yayasan EnLiGht-mENT Malang, tahun 1999.
3. Sekretaris Pusat Pengembangan HAM dan Demokrasi Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, tahun 2000.
4. Peneliti pada Pusat Pengembangan Otonomi Daerah Fakultas Hukum Unibraw, sejak tahun 2000.
5. Anggota Tim Perumus Amandemen UUD 1945 Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, tahun 2000.
6. Anggota Tim Revisi UU No. 22 Tahun 1999 BALIT-BANGDA JATIM, tahun 2001.

7. Anggota tim Perumus RUU Arbitrase Perburuhan kerjasama Fak. Hukum Universitas Brawijaya dan Badan Legislatif DPR RI, tahun 2001.
8. Anggota Tim Assistensi Tim Ad Hoc Penyelidikan Peristiwa Kerusuhan Mei 1998 Komnas HAM, tahun 2003.
9. Anggota Tim Tindak Lanjut Hasil Tim Ad Hoc Penyelidikan Peristiwa Kerusuhan Mei 1998 Komnas HAM, tahun 2004.
10. Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, tahun 2004.

Karya Ilmiah dan Riset

1. Syari'at Islam dalam Politik Hukum Nasional (*Skripsi*, tahun 1998).
2. Dampak Perjanjian TRIP's terhadap Petani di Indonesia, *Arena Hukum*, Malang, 1999.
3. *Amandemen UUD 1945, antara Teks dan Konteks*, Sinar Grafika, Jakarta, 2000 (anggota Tim Penulis).
4. Duri dalam Demokrasi "Menengok Peran Militer Indonesia", *EnLightment*, Malang, 2000.
5. Penelitian Mekanisme Hubungan Eksekutif dan Legislatif Daerah, kerjasama PP Otoda FH Unibraw dengan Balitbangda Jatim, tahun 2001
6. Peran Militer dalam Demokrasi di Indonesia, *Arena Hukum*, Malang, 2001.
7. Penelitian "Akses Publik Terhadap Informasi Hukum", Kerja sama PP Otoda UNIBRAW dengan Komisi Hukum Nasional (KHN), tahun 2001.
8. *Basmi Korupsi; Jihad Akbar Bangsa Indonesia*, Pustaka Indonesia Satu, 2003 (editor).

9. *Terorisme: Definisi, Aksi, dan Regulasi*, Imparsial, 2004, (kontributor).
10. Kedudukan Dewan Perwakilan Daerah (DPD) dalam Struktur Parlemen Indonesia Pasca Perubahan UUD 1945 (*Tesis*, 2002).
11. *Militer dalam Struktur Ketatanegaraan Republik Indonesia*, FH Unibraw, 2005.
12. *Reformasi Sektor Keamanan*, Imparsial, 2005. (Kontributor).
13. *Perlindungan Terhadap Pembela Hak Asasi Manusia*, Imparsial, 2006.

