

DISERTASI

**STUDI HUKUM KONSTITUSI TENTANG HAK UNTUK
TIDAK DITUNTUT ATAS DASAR HUKUM YANG
BERLAKU SURUT MENURUT PASAL 28I AYAT (1)
UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK
INDONESIA TAHUN 1945**

***THE STUDY OF THE CONSTITUTIONAL LAW OF THE RIGHT
NOT TO BE CHARGED RETROACTIVELY ARTICLE 28I (1)
THE 1945 CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF INDONESIA***

OLEH:

Andi Irmanputra AS

Nomor Pokok : P0400301001



**PROGRAM PASCASARJANA
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2007**

Pengesahan Perbaikan Seminar Hasil Penelitian

**STUDI HUKUM KONSTITUSI TENTANG HAK UNTUK
TIDAK DITUNTUT ATAS DASAR HUKUM YANG
BERLAKU SURUT MENURUT PASAL 28I AYAT (1)
UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK
INDONESIA TAHUN 1945**

diajukan Oleh :

Andi Irmanputra AS
Nomor Pokok : P0400301001

Telah diperbaiki dan memenuhi syarat untuk melaksanakan Ujian Prapromosi
tanggal 2007

Menyetujui:

Tim Promotor :

Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H.

Promotor

Prof. Dr. H. Sukarno Aburaera, S.H.

Ko-Promotor

Prof. Dr. H. Syamsul Bachri, S.H., M.H.

Ko-Promotor

Ketua Program Studi S3
Ilmu Hukum

Prof. Dr. Hj. Badriyah Rifai, S.H.

TIM PROMOTOR :

Promotor : PROF. DR. H. M. LAICA MARZUKI, SH.

Ko Promotor : PROF.DR. H. SUKARNO ABURAERAH, S.H., M.H.

Ko Promotor : PROF. DR. H. SYAMSUL BACHRI, S.H., M.H.

TIM PENGUJI :

1. Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H. (Ketua/Promotor)
2. Prof. Dr. H. Sukarno Aburaerah, S.H (Anggota/Ko-Promotor)
3. Prof. Dr. H. Syamsul Bachri, S.H., M.H. (Anggota/Ko-Promotor)
4. Denny Indrayana, S.H., LL.M, Ph.D.. (Anggota/Penilai)
5. Prof. Dr. Abd. Razak, S.H., M.H. (Anggota/Penilai)
6. Dr. Aswanto, , S.H., M.H. (Anggota/Penilai)
- 7..Dr. Aminuddin Ilmar, SH.MH. (Anggota/Penilai)
8. Dr. Mas Bakar, S.H., M.H. (Anggota/Penilai)
9. Dr. Achmad Ruslan, S.H., M.H. (Anggota/Penilai)

*Usailah tangis
Tangis bukan karena haru dan gembira
Tangis karena luka sejarah ilmu
Ketika mawar yang hendak disemai, bakung yang tumbuh subur
Ketika badik yang hendak digenggam, kujang yang terpental
Hari ini, feodalisme, aristokrasi, patriarki ilmu sesungguhnya maya
Ketika berjuang hanya untuk cinta dan kearifan (A. Irmanputra Sidin,
2007)*

PRAKATA

Teringat sekitar beberapa tahun silam, ditengah keterbatasan pengetahuan HAM, saya mencoba menginterpretasi seasal-asalnya tentang prinsip non retroaktif. Interpretasi tersebut kemudian saya tuangkan dalam sebuah tulisan singkat bahwa ‘**hukum** yang berlaku surut’, **hukum**, bukan sebatas **undang-undang** nasional namun juga **hukum** yang berkembang didunia internasional bahkan menembus langit dan bumi. Tulisan ini dimuat di Harian Kompas, berjudul *Asas Legalitas Peradilan Hak Asasi Manusia*,. Senin 8 April 2002.

Beberapa tahun berikutnya, saya harus berdebat dengan guru yang saya anggap sebagai orang tua sendiri Prof. Dr. H. M.Laica Marzuki, SH perihal pendapat saya tersebut.. Beliau membantah pendapat saya, dengan heroik, beliau menyatakan bahwa UUD 1945 adalah hukum tertinggi sambil berucap dengan bahasa Belanda kalau sudah terdesak berdebat “*hoogste wet!*”.

Saya memahami karena beliau dibesarkan dari rezim Hukum Tata Negara yang konvensional paradigma yang dieksklusifkan dari rezim kemanusiaan pergaulan internasional. Hukum Tata Negara seolah lupa akan daulat konstitusi, bahwa konstitusi dan kemanusiaan sesungguhnya adalah bayi kembar siam. Para pemikir Hukum Tata Negara konvensional lebih larut oleh konsepsi piramida normative Kelsenik.

Singkatnya, hasil perdebatan inilah kemudian menjadi disertasi, dengan segala cinta dan kearifan beliau, Professor Laica menjadi Promotor. Tadinya, disertasi ini berjudul ***Konstitusi Sebagai Hukum Tertinggi, Studi Tentang Hak Untuk Tidak Dituntut Atas Dasar Hukum Yang Berlaku Surut***, karena yang ingin saya bedah dan rekonstruksi adalah “aksiomatik hukum tertinggi?” melalui prinsip non retroaktif. Oleh beliau secara “patriarkis” “diubahnya menjadi judul ***“Studi Hukum Konstitusi Tentang Hak Untuk Tidak Dituntut Atas Dasar Hukum Yang Berlaku Surut Pasal 28I Ayat (1) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”***.

Tadinya, saya berkeras tidak menerima perubahan ini, namun “pikir-pikir”, sudah banyak keinginan beliau yang saya tidak penuhi. Disisi lain, saya menilai judul yang diberikan “Studi Hukum Konstitusi” adalah refleksi kesadaran beliau (*rethinking*) bahwa pola pikir hukum tata negaranya mengalami erosi zaman, karena “hukum konstitusi” tidak sebatas diskursus tata negara domestik namun juga dimensi kemanusiaan, kesemestaan tanpa batas, ketika sekat daulat negara yang terbaca heroik semakin tipis oleh kemanusiaan. Inilah oksigen UUD 1945.

Akhirnya dengan rampungnya disertasi ini, saya harus berterima kasih kepada Allah SWT karena kebesarannya-lah semua ini ada. Tanpa

mengurangi yang lainnya khusus Promotor Profesor Laica Marzuki, adalah sosok guru yang nyaris sempurna. Beliau tak pernah memperlihatkan wajah marah kepada saya, dan terus memperjuangkan sebuah teologi kebebasan berpikir dengan senyum *sophie* dan *philein*.

Berikutnya juga kepada Ko Promotor, Prof.DR. H. Sukarno Aburaerah, SH dan Prof. DR.H. Syamsul Bachri, SH.MH. yang telah sabar membimbing saya, dan menjadi pencerah dalam kehidupan interpretasi makna, mereka telah jauh hadir dikesunyian saya sebelum hidup di tengah keramaian. Para penguji, Denny Indrayana, S.H., LLM, Ph.D., Prof. Dr. Abd. Razak, S.H., M.H., Dr. Aswanto, S.H., M.H., Dr. Aminuddin Ilmar, SH.MH., Dr. Mas Bakar, S.H., M.H., Dr. Achmad Ruslan, S.H., M.H. Mereka adalah penguji-penguji yang hebat, mereka memancarkan sinar cinta dan kearifan selama proses ujian disertasi berlangsung. Kapanpun saya akan terus merasa malu untuk menatap mata mereka secara langsung yang penuh dengan kearifan dan cinta.

Tak bisa saya lupa mesin konstitusi yang bergerak di republik ini, Prof.DR. Jimly Asshidiqie, SH., meski beliau tidak pernah mengajar secara langsung di ruang kelas, namun kurang lebih 1095 hari yang lalu dan rata-rata 3 jam/sehari sehingga total kurang lebih 3285 jam hingga disertasi rampung menempa ilmu konstitusi dari beliau, baik diskusi, mendampinginya ceramahnya hingga “omelan” beliau. Kehormatan bagi keluarga kami, beliau menyempatkan menghadiri langsung ujian promosi, disela-sela kesibukan beliau yang sangat padat. Terkadang ilmu konstitusi yang saya dapat dari beliau membuat saya lupa diri, merasa lebih tahu dari yang lainnya.

Saya juga tak bisa melupakan guru, orang tua, yang memperkenalkan tentang HAM, Muhammad Guntur Alfie, SH.MH kemudian mendorong saya untuk masuk program S3. Bahkan beliau pulalah yang pertama terkejut setuju akan tafsir saya tersebut yang terbangun seadanya yang kini telah menjadi disertasi dengan pisau bedah konstitusi. Juga tak lupa kepada Bapak Kasman Abdullah, SH, yang jauh lebih dulu mendampingi di kesunyian.

Kepada Civitas Akademika Universitas Hasanuddin, penulis mengucapkan terima kasih yang sebesar besarnya atas jasa dan pelayanan yang diberikan, semenjak penulis mengikuti pendidikan dari jenjang S2 hingga S3. Khususnya kepada Bapak Rektor dan Para Pembantu Rektor Universitas Hasanuddin, juga kepada Bapak Direktur dan para Asisten Direktur Program Pascasarjana serta seluruh staf. Demikian juga kepada KPS S3 Hukum Ibu Prof Dr. Hj. Badriyah Rifai, S.H., M.H., adalah ibu dan guru yang saya sangat kasih dan mantan KPS S3 Ilmu Hukum Prof Dr. Achmad Ali, SH, yang banyak mengajarkan misteri belantara hukum. Tak Lupa saya terima kasih kepada Prof. Dr Sumarwati Poli, Asdir I PPS Unhas, yang memberikan dukungan intelektual, dan 10 menit berdiskusi dengan

beliau tentang makna dan pemaknaan serasa telah belajar setahun. Khusus kepada Profesor Atja Razak Thaha, Direktur PPS Unhas, yang belakangan beliau mengenal saya setelah memimpin ujian promo, dan saya begitu impresi atas kearifan intelektual beliau.

Tak lupa orang-orang yang saya hormati dan setiap hari berada disekeliling saya dalam 3 tahun terakhir mencari makna terdalam konstitusi dan terus mendorong bahkan mendesak penyelesaian disertasi ini, Prof.Dr. Satya Arinanto, Janedjri M. Gaffar, Totok Wintarto, DR.Zen Zanibar, DR Taufikurrahman Syahuri, Machmud Azis, SH,MH, Wasis Susetyo, SH.MA, Refly Harun, SH.MH, Zaenal Arifin Mochtar, SH,LLM, serta Adinda Dian Farizka.. Bahkan Bapak Janedjri M. Gaffar sejak tiga tahun lalu beliau sering memanggil saya "dokter" sebagai doa, agar saya segera merampungkan disertasi. Terima kasih juga atas perhatian dan kiriman bunga dari Bang Mulya (Dr.Todung Mulya Lubis,SH,LLM) pada saat ujian promosi berlangsung serta dari kawan-kawan lainnya.

Kawan-kawan yang tak bisa saya lupakan yang terus mendorong selesainya disertasi ditengah hiruk pikuk selebritas Jakarta, Denny Indrayana, Saldi Isra, Indra J. Piliang, Marwan Mas, serta seluruh tokoh dan aktivis di Jakarta yang masih banyak yang mungkin luput terabsen. Kawan diskusi di Makassar,. DR.Muh. Ali Jenna, Syamsul Haling, SH.MH, Romi Librayanto, SH MH., Subhan Jaya Mappaturung dan Kenny,

Kepada mertua saya Ayahanda H. Okat Setyanegara dan Ibunda Adilla Abdul,. Makasih atas kasih sayang dan kesabrannya menghadapi anak "bugis". Istri yang nafasnya tak pernah henti menebar sabar dan kasih kepada, Dwi Kirana Yuniasti,SH serta putriku yang lagi lucu, papa sayang sama "gulagul" A. Tiara Haura Rania.

Kepada kakak saya Dr. A. Indahwati Sidin dan Kak Usman, SKm yang kini sedang menempuh sekolah di Perth, Australia, terima kasih atas dukungan dan kasih sayangnya, sodara-sodara dan keponakan saya K Johar, T' Amin, Gafur, Anci, Tenri, Aji. Terimakasih.

Pada akhirnya, saya kembali kepada Ayahanda A. Sidin DM dan Ibunda A. Darwati L, orang yang darah dan air matanya terus mengalir kasih buat saya. Saya masih ingat mereka terkadang menjual perhiasan guna modal saya sekolah dan mencari kerja. Alhamdulillah, semoga gelar Doktor ini belumlah hasil, tapi awal menjadi anak yang bisa membawa amal jariah buat beliau.Nafas, air mata, darah dan dagingku milikmu selamanya.

Makassar, Pebruari 2007

ABSTRAK

ANDI IRMANPUTRA AS. *Studi Hukum Konstitusi Tentang Hak Untuk Tidak Dituntut Atas Hukum Yang Berlaku Surut Menurut Pasal 28l Ayat (1) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945* dibawah bimbingan Promotor Laica Marzuki,. Ko Promotor Sukarno Aburaerah dan Syamsul Bachri.

Penelitian ini bertujuan menemukan hakikat konstitusi sebagai hukum tertinggi melalui melalui penemuan jawaban akan relasi: 1) penanganan peristiwa Bom Bali 2002; 2) pelaksanaan kewenangan KPK ; dan 3) Pengadilan HAM Ad Hoc dengan hak untuk tidak dituntut atas hukum berlaku surut yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (Pasal 28l ayat (1) UUD 1945).

Penelitian ini adalah penelitian normative/doktrinal dengan studi kepustakaan yang objek penelitian adalah Putusan Mahkamah Konstitusi perkara 013/PUU-I/2003; 069/PUU-II/ 2004 ; dan 065/PUU-II/2004. Penelitian ini mengkaji bahan hukum primer, sekunder hingga tersier. Pengolahan bahan-bahan hukum dengan pendekatan kasus (*case approach*) atau "*reasoning by example from case to case*", perundang-undangan (*statute approach*), konsep (*conceptual approach*), historis (*histories approach*), filsafat (*philosophical approach*) dan analitis (*analytical approach*) baik secara teks, konteks maupun kontekstualisasi.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa konstitusi sebagai hukum tertinggi bukan sebatas bingkai hirarki peraturan perundang-undangan domestik atau hasil untaian tutur politik yang ditulis oleh MPR yang kemudian dibaca dengan spirit daulat negara beraroma heroik. Hakikat ketertinggian konstitusi terletak pada batin, jiwa atau sukma konstitusi bahwa konstitusi itu inklusif, hidup dengan oksigen kemanusiaan yang semakin mengglobal bahkan terkadang menembus langit dan bumi guna mendengar firman-firman samawi. Membaca "*hak untuk tidak dituntut atas **hukum** berlaku surut*" tidak sebatas "**hukum**" sebagai undang-undang (nasional) namun termasuk **hukum** yang lintas kedaulatan. Hak ini berada dalam lingkup hukum pidana materil dan bersifat mutlak dengan penegasan tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, sehingga tidak dapat dikecualikan atau dikesampingkan. Oleh karenanya peristiwa Bom Bali 2002, bukanlah kejahatan yang baru setelah UU No. 16/2003 diundangkan hanya karena menggunakan istilah "terorisme", eksistensi Pengadilan HAM Ad Hoc dan pelaksanaan kewenangan KPK yang merupakan wilayah hukum formil serta kejahatan yang menjadi yurisdiksinya juga bukanlah kejahatan yang baru setelah UU No. 26/2000 dan UU No.30/2002 diundangkan sehingga tidak bertentangan dengan Pasal 28l ayat (1) UUD 1945.

ABSTRACT

ANDI IRMANPUTRA AS, The Study of the Constitutional Law of the Right not to be Charged Retroactively Article 28I (1) The 1945 Constitution of The Republic of Indonesia. Supervised by : Laica Marzuki, Sukarno Aburaerah and Syamsul Bachri.

This research aimed at finding essence of the constitution as the highest law through the discovery of the answer would the relations : 1) the handling of the Bali Bombing 2002; 2) the implementation of the KPK authority; and 3) the Ad Hoc Human Rights Court with the not to be charged retroactively that could not be reduced in any circumstances (the Article 28I (1) The 1945 Constitution of The Republic of Indonesia).

This research is the normative or doctrinal research with the study of the bibliography that the object of the research is the Decisions of the RI's Constitutional Court (case of 013/PUU-I/2003; 069/PUU-II/ 2004; and 065/PUU-II/2004). This research studied the primary, secondary, through to tertiary legal materials,. The processing of legal materials using case approach, "reasoning by example from case to case", statute approach, conceptual approach, historical approach, philosophical approach and analytical approach both in a manner of the text, the context and contextualization.

Results of this research showed that the constitution as the highest law was not limited by the hierarchy of norms of the frame of the national legislation or as a results of the words of politics that was written by MPR that afterwards was read with spirit of the country's sovereignty that smells heroic. The Essence of "the highest" was located in his soul that the constitution was inclusive, life with the oxygen of humaninty that increasingly became global in fact occasionally penetrated sky and the earth for heard "*firman-firman samawi*".

Reading "the right not to be charged retroactively" was not limited by "**the law**" as national legislation but including **the law** that the sovereignty passage. This right was in the scope of criminal law material and was absolute with the statement that could not be reduced in any circumstances (*non derogable rights*), so as to be able to not be exempted or set aside. Because of that the Bali Bombing 2002, was not the criminal act that was new after The Law of No. 16/2003 was enacted only because of using the term "terrorism", the existence of the Ad Hoc Human Rights Court and the implementation of the KPK authority that was the formal law scope as well as the criminal act that became his jurisdiction also not the crime that was new after The Law of No. 26/2000 and The Law of No. 30/2002 was enacted so as to be not contradictive with the Article 28I (1) The 1945 Constitution of The Republic of Indonesia.

DAFTAR ISI

Halaman Judul
Halaman Pengesahan
Tim Promotor
Tim Penguji
PRAKATA
Abstrak
Abstact

BAB I PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	16
C. Batasan Masalah	17
D. Tujuan Penelitian	18
E. Kegunaan Penelitian	19
F. Kerangka Konseptual	19
G. Kerangka Alur Penelitian	28
H. Metode Penelitian	29
BAB II PEMIKIRAN KONSTITUSI DALAM PERJALANAN ABAD	
A. Konstitusi Pra Modern	32
B. Zaman Yunani Kuno Hingga Revolusi Inggris	37
C. Konstitusi Modern Dan Kontrak Sosial	44
D. Klasifikasi Konstitusi	61
E. Uji Konstitusionalitas- Konstitusionalisme Postmodern	73
BAB III HAM DAN PRINSIP NON RETROAKTIF	
A. Perkembangan HAM Di Dunia	89
1. Magna Carta (1215)	89
2. Petition Of Right (1628)	91
3. Bill of Rights (1688)	94
4. Declaration of Independence (1776)	99
5. Declaration of the Rights of Man (1789)	102
6. Nuremberg Charter 1945	105
7. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (1948)	114
8. Kovenan Hak Sipil dan Politik dan Kovenan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya	121
9. Tribunal Rwanda dan Yugoslavia	133
10. Statuta Roma 1998	142

B. Perkembangan HAM di Indonesia	
1. Sekilas Tentang Konstitusi di Indonesia	148
2. Konstitusi RIS 1949	168
3. Undang-Undang Dasar 1950 (UUDS 1950)	172
4. Konstituante dan Dekrit Presiden 5 Juli 1959	180
5. UUD 1945 dan Perubahannya	190
6. Tap MPR XVII/MPR/1998 HAM dan UU No. 39/1999 Tentang HAM	201
C. Prinsip Non Retroaktif	
1. Sejarah dan Teori	210
2. Konstitusi Berbagai Negara dengan Prinsip Non Retroaktif	241
a. Belgia	
b. Republik Czech	
c. Republik Jerman	
d. Republik Estonia	
e. Republik Hellenik	
f. Spanyol,	
g. Perancis	
h. Italia	
i. Syprus	
j. Lithuania	
k. Luxemburg	
l. Hungaria	
m. Malta	
n. Belanda	
o. Polandia	
p. Portugis	
q. Slovenia	
r. Slovakia	
s. Finlandia	
t. Swedia	
u. Maroko	

BAB IV ANALISIS KONSTITUSIONALISME DAN PRINSIP NON-RETROAKTIF	
A. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia	255
B. Bom Bali 2002	
1. Putusan MK Perkara Nomor : 013/PUU-I/2003	285
2. Lahirnya Undang-Undang Tentang Terorisme	294
3. Pengecualian Prinsip Non Retroaktif dan Kejahatan HAM Berat	308
4. Tentang Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang	339
C. Pelaksanaan Kewenangan KPK	
1. Putusan MK Perkara Nomor 069/PUU-II/2004 (Pengujian UU No 30 Tahun 2002 tentang KPK)	355
2. Prinsip Non Retroaktif	362
3. Alasan Berbeda (<i>Concurring Opinion</i>)	379
4. Perihal Ketentuan Penutup Suatu Undang-Undang	390
D. Pengadilan HAM Ad Hoc	
1. Putusan MK Perkara No.65/PUU-II/2004 (Pengujian UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Azasi Manusia)	398
2. Konstitusi Yang Melintasi Batas Kedaulatan	396
3. Pengesampingan Prinsip Non Retroaktif	420
E. Prinsip Bernegara dalam Globalisasi dan Kemanusiaan	439
BAB V PENUTUP	462
A. Kesimpulan	462
B. Saran dan Rekomendasi	466
DAFTAR PUSTAKA	468

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Salah satu tuntutan reformasi 1998 yang didahului dengan berhentinya Soeharto dari jabatan Presiden adalah perubahan sistem ketatanegaraan yang mendasar¹. Perubahan dimaksud adalah perubahan konstitusi yang berlaku sejak keluarnya Keputusan Presiden (Keppres) Republik Indonesia (RI) Nomor 150 Tahun 1959, Dekrit Presiden RI/Panglima Tertinggi Angkatan Perang tentang Kembali Kepada Undang-Undang Dasar 1945 tertanggal 5 Djuli 1959 (selanjutnya disebut “Dekrit Presiden 5 Juli 1959”)². Tuntutan itu kemudian diwujudkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (selanjutnya disebut “MPR”)³ produk percepatan demokrasi melalui Pemilihan Umum 1999.

¹ Lihat Arinanto, Satya. 2006. *Politik Pembangunan Hukum Nasional dalam Era Pasca Reformasi*. Pidato pada Pengukuhan sebagai Guru Besar tetap Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta 18 Maret 2006 hal. 7; lihat juga Donald K Emmerson (Ed).2001. *Indonesia Beyond Soeharto: Negara Ekonomi, Masyarakat Transisi*. PT Gramedia Pustaka Utama, The Asia Foundation, Jakarta. hal. xi.

² *Lembaran Negara Republik Indonesia No. 75, 1959. Undang Undang Dasar 1945 Keputusan Presiden Republik Indonesia (RI) Nomor 150 Tahun 1959, mengenai Dekrit Presiden RI/Panglima Tertinggi Angkatan Perang tentang Kembali Kepada Undang-Undang Dasar 1945 tertanggal 5 Djuli 1959* ; Sebagai catatan bahwa UUD 1945 yang berlaku tersebut terdiri dari Pembukaan, Batang Tubuh dan Penjelasan.

³ Kedudukan konstitusional MPR ketika itu adalah sebagai lembaga tertinggi negara sekaligus sebagai pemegang kedaulatan rakyat berdasarkan konstitusi saat itu. Hal ini

Tuntutan perubahan konstitusi diwujudkan dengan mengubah secara bertahap Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (UUD 1945) dalam sidang MPR sejak tahun 1999 sampai dengan tahun 2002. Denny Indrayana menyatakan bahwa *“The 1999 – 2002 Constitutional Reform is the Indonesian fifth attempt to make a democratic Constitution. The four earlier attempts in 1945, 1949, 1950 and 1956 – 1959 failed to create a Democratic Constitution.”*⁴

Perubahan konstitusi dilakukan oleh MPR sesuai dengan Pasal 3 dan Pasal 37 UUD 1945⁵ yang menyatakan bahwa MPR berwenang mengubah dan menetapkan Undang-Undang Dasar dan untuk mengubah Undang-Undang Dasar, sekurang-kurangnya 2/3 (dua pertiga) dari jumlah anggota MPR harus hadir. Putusan diambil dengan persetujuan sekurang-kurangnya 2/3 (dua pertiga) dari jumlah anggota yang hadir.

Perubahan ini dilakukan setelah terlebih dahulu MPR mencabut Ketetapan MPR (TAP MPR) Nomor IV/MPR/1983 tentang Referendum, yang berisi kehendak mengubah UUD 1945, terlebih dahulu harus dilakukan

ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 sebelum perubahan bahwa *“kedaulatan adalah di tangan rakyat, dan dilakukan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat.”*

⁴ Denny Indrayana, 2005. *Indonesian Constitutional Reform 1999 – 2002 : Nationalism v. Islamic State*, (Online), ([http://www.law.unimelb.edu.au/alc/assets/Indrayana_Brownbag.ppt#260.7,The 1956 – 1959 Constitution-Making Process](http://www.law.unimelb.edu.au/alc/assets/Indrayana_Brownbag.ppt#260.7,The%201956%20-%201959%20Constitution-Making%20Process), diakses **???? Tanggal diakses!**).

⁵ *Lembaran Negara Republik Indonesia No. 75. 1959.*

referendum dengan persyaratan⁶. Perubahan konstitusi ini dilakukan bertahap berdasarkan pasal-pasal yang disepakati lebih mudah oleh MPR⁷.

Teradopsinya berbagai ketentuan tentang Hak Asasi Manusia (selanjutnya disebut "HAM")⁸ terjadi pada Perubahan Kedua UUD 1945. Salah satu pasal HAM yang terus diperdebatkan hingga saat ini dan belum selesai meski Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (selanjutnya disebut "MK") telah memberikan tafsir konstitusional adalah hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut atau dikenal sebagai prinsip non retroaktif (*non retroactive principle*).

Prinsip ini dinormakan dalam Pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945 menyebutkan bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah HAM yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun. Jenis HAM yang berada dalam deretan pasal di atas tergolong dengan HAM yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun. Maksudnya dalam keadaan kegentingan yang memaksa, keadaan bahaya

⁶ Pasal 13 (TAP MPR) Nomor IV/MPR/1983 tentang Referendum berbunyi bahwa Referandum dilaksanakan oleh Presiden/Mandataris MPR yang diatur dengan undang-undang. UU No. 5 Tahun 1985 tentang Referandum mengatur bahwa referendum adalah kegiatan meminta pendapat rakyat secara langsung mengenai setuju atau tidak setuju terhadap kehdak MPR untuk mengubah UUD 1945. TAP MPR ini sudah dicabut oleh Ketetapan MPR No. VIII/MPR/1998.

⁷ MPR. 2003. *Panduan Pemasyarakatan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Sekretariat Jenderal MPR RI, Jakarta.hal. 5 ; baca juga Slamet Effendy Yusuf dan Umar Basalim, 2000. *Reformasi Konstitusi Indonesia-Perubahan Pertama UUD 1945*. Pustaka Indonesia Satu-PIS, Jakarta. Hal. 115-214.

⁸ Bab XA UUD 1945.

atau keadaan perang sekalipun, negara tidak dapat mengurangi hak ini. Beberapa ahli menyebutnya sebagai HAM yang sifatnya mutlak dan absolut.

Pada tingkatan konstitusi, prinsip non retroaktif ditemukan pada konstitusi yang pernah berlaku yaitu Konstitusi Republik Indonesia Serikat 1949 (selanjutnya disebut "KRIS 1949") dan Undang-Undang Dasar Sementara 1950 (selanjutnya disebut "UUDS 1950"). Selain itu prinsip non retroaktif juga ditemukan pada Pasal 37 Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor XVII/MPR/1998 Tentang Hak Asasi Manusia.

Pada tingkatan undang-undang prinsip ini juga ditemukan dalam Pasal 4 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang HAM (UU HAM) juga dalam bentuk prinsip legalitas pada Pasal 6 *Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Nederlands Indie (AB) Staatsblad 1847 Nomor 23* berbunyi : *"De wet verbind alleen voor het toekomstende en heeft geene terug werkende kracht"* serta Pasal 1 ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* berbunyi : *"geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daar aan voor afgegane wettelijk strafbepaling"*. Pesan intinya menyatakan bahwa suatu perbuatan tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada sebelumnya.

Perdebatan prinsip ini dimulai ketika Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM (selanjutnya

disebut “UUPHAM”)⁹ masih dalam bentuk rancangan yang didahului dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (selanjutnya disebut “Perppu”) Nomor 1 Tahun 1999 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.¹⁰

Ketentuan ini memungkinkan para terdakwa pelaku pelanggaran HAM berat (*gross violation of human rights*) yang waktu kejadiannya (*tempus delicti*) sebelum UU PHAM ini diundangkan dapat diadili melalui mekanisme Pengadilan HAM Ad Hoc (*Tribunal Model*). Pelanggaran HAM berat dimaksud adalah kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) dan genosida (*genocide*).

Kelahiran UU PHAM ini oleh banyak kalangan dianggap bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945 yang mengatur prinsip non retroaktif. Muncul berbagai analisis politik hukum (*rechtspolitiek*) bahwa prinsip non retroaktif dalam Perubahan Kedua UUD 1945 adalah untuk melindungi aktor-aktor negara (*state actors*) dari tuduhan pelanggaran HAM berat yang terjadi di masa lalu.

⁹ Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 208, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4026. Jakarta: Penjelasan Sekretaris Negara Kabinet RI.

¹⁰ Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 191. Jakarta: Menteri Sekretaris Negara. Sebagai catatan bahwa perbedaan Perppu No. 1/1999 Tentang Pengadilan HAM ini bahwa terhadap pelanggaran HAM yang terjadi sebelum Perppu berlaku, diberlakukan ketentuan hukum pidana biasa. Perppu ini akhirnya ditolak oleh DPR (BDM, Jumat, 21 Januari 2000. Draft RUU Pengadilan HAM Dipertanyakan. KOMPAS. serta Rakaryan S. 22 Maret 2000. Mencermati RUU Pengadilan HAM. KOMPAS.)

Lembaga HAM dunia, seperti *Amnesty Internasional (AI)* menyatakan bahwa dicantumkan pasal non retroaktif dalam Pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945 bisa berdampak serius. Pasal itu bukan untuk melindungi HAM melainkan untuk tempat persembunyian para pelaku pelanggaran HAM. Sementara itu Munir (Ketua Dewan Pengurus Komisi untuk Orang Hilang dan Korban Tindak Kekerasan - Kontras), mengungkapkan, kini dirinya lebih meyakini bahwa Pasal 28I Ayat (1) itu bukan merupakan kesalahan manusiawi. Akan tetapi, lanjutnya, ada unsur kesengajaan dengan tujuan yang sangat jelas, yaitu melindungi para pelanggar HAM berat pada masa lalu.¹¹

Amnesty Internasional menyatakan bahwa:

*"the draft amendment states that the right not to be charged retroactively is a basic human right that cannot be breached under any circumstances. "However there is a serious risk that this amendment will be used not to protect human rights but to shelter those responsible for violating them," Amnesty Internasional said. While it allows for suspects to be tried under existing criminal law, there are fears that it will be used to protect senior military and government officials from being brought to justice for crimes not covered by Indonesia's domestic law, such as crimes against humanity and torture.*¹²

Muladi mengakui bahwa pemberlakuan surut memang sangat rawan mengundang perdebatan, karena menyangkut asas fundamental dalam

¹¹ Oki/Mar. 21 Agustus 2000. Amnesty Internasional Soal Pasal 28 I UUD 1945: Bisa Jadi Tempat Persembunyian Pelanggar HAM. *KOMPAS*.

¹² AI Index ASA 21/033/2000 - News Service Nr. 159. Indonesia: *Retroactivity Amendment Regressive for Human Rights*. (Online), (<http://www.amnesty.org>), diakses 18 Agustus 2000).

hukum pidana. Draft Rancangan Undang-Undang (selanjutnya disebut "RUU") Pengadilan HAM sendiri menganut asas retroaktif itu dengan melihat tiga dasar hukum internasional yaitu *Internasional Customary Laws*, *The General Principle of Laws Recognize by Civilized Nations*, dan *Judicial Decision*. Pada kenyataannya, asas retroaktif sudah diterapkan pada sejumlah peradilan internasional, yaitu untuk Nuremberg, Tokyo, Yugoslavia, dan juga Rwanda.¹³

Sementara itu Yusril Ihza Mahendra menyatakan bahwa soal ketentuan retroaktif dalam undang-undang, adalah problem yang bukan hanya dihadapi Indonesia tetapi juga negara lain. Banyak kontroversi dan pandangan berkaitan dengan ketentuan retroaktif tersebut.¹⁴

Menanggapi soal batas waktu retroaktif, Munir kembali berpendapat, bahwa penentuan waktu retroaktif hendaknya mengacu pada kategori jenis pelanggaran HAM berat yang tergolong kejahatan terhadap kemanusiaan. Oleh karenanya perlu dilihat apakah kejadian kekerasan pada masa lalu itu memenuhi kriteria kejahatan terhadap kemanusiaan atau tidak. Disinilah kemudian ditetapkan waktu retroaktif untuk pengadilan HAM. Sedangkan terhadap pelanggaran HAM yang tidak termasuk kategori yang

¹³ Oki. Muladi. 9 Februari 2000. Pengadilan "Ad Hoc" Jadi Jalan Tengah. *KOMPAS*.

¹⁴ Oki/BW/BDM. 3 Februari 2000. Pengadilan HAM Baru akan Dibentuk Setelah Ada UU. *KOMPAS*.

dapat ke pengadilan HAM maka disediakan mekanisme melalui Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi.¹⁵

Muladi lebih lanjut menyarankan agar UU PHAM yang akan diundangkan sebaiknya berlaku surut mulai 27 Januari 1999, dengan alasan bersamaan waktunya dengan ketika ditawarkan dua opsi bagi Timtim.¹⁶ Soedjono Ch Atmonegoro (mantan Jaksa Agung RI) mengatakan tidak setuju seandainya UU PHAM berlaku surut karena akan melanggar ketentuan asas hukum yang mengatur soal penghukuman pidana melarang adanya ketentuan berlaku surut.¹⁷

Perdebatan prinsip retroaktif waktu itu terus berlanjut sehingga muncul ide untuk melakukan perubahan atas Perubahan Kedua UUD 1945 khususnya menyangkut prinsip non retroaktif. Mulyana W Kusumah, Ismail Sunny, dan Muladi yang tampil sebagai pembicara pada diskusi "Amandemen UUD 1945 Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945 dan Dampaknya Terhadap Peradilan HAM" berpendapat bahwa Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang memberlakukan asas nonretroaktif, dapat diamandemen kembali oleh MPR karena pasal perubahan itu dinilai menyulitkan peradilan terhadap

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

pelaku pelanggaran HAM yang terjadi sebelum amandemen tersebut ditetapkan.¹⁸

Tim Penasehat Hukum Abilio Jose Osorio Soares (OC Kaligis dkk) mengajukan keberatan terhadap dakwaan jaksa dalam Sidang Pengadilan HAM Ad Hoc Kasus Timor-Timur bahwa proses Pengadilan HAM dinilai bertentangan dengan prinsip larangan hukum berlaku surut seperti tertuang dalam Pasal 28I Perubahan Kedua UUD 1945.¹⁹

Tidak hanya dalam kasus pelanggaran HAM berat yang terjadi di Timor-Timur, perdebatan tentang larangan retroaktif juga terjadi dalam pengungkapan kasus penculikan aktifis 1997-1998²⁰, kasus penembakan mahasiswa Trisakti, Semanggi I dan II (dikenal kasus Trisakti-Semanggi). Para mantan petinggi militer dan Polri yang diduga bertanggung jawab atas kasus tersebut menolak pemanggilan dalam rangka penyelidikan kasus tersebut oleh Komisi Penyelidik Pelanggaran (KPP) HAM bentukan Komisi

¹⁸ P28. 4 September 2000. MPR Dapat Amandemen Kembali Pasal 28I Ayat (1). *KOMPAS*.

¹⁹ SAH. 22 Maret 2002. Eksepsi Kuasa Hukum Abilio Soares: Pengadilan HAM Timor Timur Bertentangan dengan UUD 1945. *KOMPAS*.

²⁰ Tim Penyelidikan Kasus Penghilangan Orang Secara Paksa periode 1997/1998 Komnas HAM akan melakukan pemanggilan kepada para mantan atau pejabat TNI untuk ketiga kalinya. Menurut salah satu anggota tim, Simon, kepada *Republika* di Jakarta, jika mereka tetap menolak datang, maka tim Komnas HAM akan meminta pengadilan untuk mengatasi masalah ini. "Tim Penyelidikan Komnas HAM akan meminta pengadilan untuk memanggil para mantan petinggi TNI itu secara paksa," (Cho. 16 Juni 2005. Komnas HAM Siapkan Pemanggilan Ketiga Terhadap Wiranto. *Republika*). Lihat juga: Anonim. 3 Juni 2005 *Komnas HAM Panggil Tiga Jenderal, Akankah Menuju Ke Pengadilan?*, (Online), <http://www.ranesi.nl/>, Warta Berita Radio Netherland Wereldomroep. Fri, 07:13:08 – 0700.

Nasional untuk kasus tersebut karena dinilai bahwa penyelidikan tersebut bertentangan dengan prinsip non retroaktif yang dijamin oleh konstitusi.²¹

Sepanjang periode tahun 2003 hingga 2004 eksistensi prinsip non retroaktif ini yang “dianut” oleh beberapa undang-undang dimohonkan uji konstitusionalitasnya di MK sebagai satu-satunya lembaga akhir penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*).

Putusan pertama MK pada hari Jum’at, tanggal 23 Juli 2004 dalam Perkara Nomor : 013/PUU-I/2003 yaitu permohonan Pengujian Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 Tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah No. 1 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali Tanggal 12 Oktober 2002 Menjadi Undang-undang (selanjutnya disebut UU No. 16/2003 Tentang Pemberlakuan Perppu Terorisme pada Peristiwa Bom Bali)²² terhadap UUD 1945, yang diajukan oleh Masykur Abdul Kadir (selanjutnya disebut “Putusan MK terhadap UU Terorisme”).²³

²¹ ICH/Tim Liputan 6 SCTV. 12 Maret 2002. Kasus Trisakti, Rabu, KPP HAM Memanggil Paksa Jenderal TNI. *Liputan6.com.SCTV.* ; Baca juga: Ina. 2 Juli 2005. Soal Pemanggilan Tiga Jenderal, Komnas HAM Surati Presiden. *Sinar Harapan.*; Yuliawati. 16 Juni 2005. DPR Sarankan Komnas HAM Panggil Paksa Tiga Jenderal. *Tempointeraktif.com.*; Jakarta IMC Editorial Group, Badan Pembinaan Hukum TNI. 9 Juni 2005, 2:27pm. *Prajurit TNI Aktif Menolak Panggilan Komnas HAM.* Jakarta IMC.

²² *Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 46, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4285-penjelasan.* Jakarta: Sekretariat Kabinet RI.

²³ www.mahkamahkonstitusi.go.id

Putusan MK Terhadap UU Terorisme ini menimbulkan beberapa pendapat pro kontra dalam ranah publik. Dalam pertimbangan hukumnya, majelis hakim dengan komposisi lima (5) berbanding empat (4) menyatakan bahwa peledakan bom di Bali tidak dapat dikategorikan sebagai kejahatan luar biasa yang dapat dikenai prinsip hukum retroaktif, melainkan hanya sebagai kejahatan biasa yang sangat kejam. Tindakan itu masih dapat ditangkal dengan ketentuan hukum pidana yang ada. Pendapat ini merujuk pada Pasal 7 Undang Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM (selanjutnya disebut "UU HAM")²⁴, yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat hanya kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Pemberlakuan surut undang-undang dapat menjadi preseden buruk bagi perkembangan hukum selanjutnya karena asas retroaktif tersebut hanya untuk kejahatan kemanusiaan seperti pelanggaran HAM berat, genosida, perang dan agresi. Peristiwa bom Bali menurut MK belum termasuk kategori kejahatan yang luar biasa. Selain dasar tersebut, pemberlakuan surut suatu undang-undang tidak bisa dilakukan karena akan membuka peluang rezim penguasa tertentu untuk melakukan balas dendam terhadap lawan politiknya. Negara-negara maju yang penegakan hukumnya panjang dan mantap seperti Amerika Serikat, melarang adanya asas retroaktif. Pemberlakuan asas retroaktif di Amerika Serikat hanya untuk

²⁴ *Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165. Jakarta: Sekretariat Kabinet.*

kejahatan perang di pengadilan Nuremberg untuk mengadili semua pemimpin Nazi. Setelah itu mereka tetap memegang teguh asas non retroaktif tersebut.²⁵

Putusan kedua, diucapkan dalam Sidang Pleno MK terbuka untuk umum pada hari Selasa, tanggal 15 Februari 2005 dalam Perkara Nomor 069/PUU-II/2004 yaitu permohonan Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (selanjutnya disebut "UU KPK")²⁶ terhadap UUD 1945 yang diajukan oleh Bram H.D. Manoppo (selanjutnya disebut Putusan MK terhadap Kewenangan KPK).²⁷

²⁵ Ulfah, Maria. 23 Juli 2004. MK Mengabulkan Uji Materiil UU Pelaksana Perpu Terorisme. *Tempointeraktif.com*.; Margianto, Heru. , 23 Juli 2004. MK Batalkan UU Penanganan Bom Bali. *KCM*.; SON/oki/VIN. 24 Juli 2004. MK Batalkan UU Antiterorisme Bom Bali: Empat Hakim Ajukan "Dissenting Opinion". *KOMPAS*. A-84, Pikiran Rakyat. 24 Juli 2004. *Amrozi Bebas atau Diadili Ulang?*.

Baca juga komentar Majelis Ulama Indonesia bahwa MUI menyambut penuh gembira atas putusan Mahkamah Konstitusi yang mengabulkan hak uji materiil atas Undang-Undang Tindak Pidana Terorisme. Pendapat tersebut disampaikan Sekretaris Jenderal Majelis Ulama Indonesia Din Sjamsudin. Din menilai, keputusan Mahkamah Konstitusi ini merupakan langkah tepat. "Putusan tersebut sangat tepat karena dari awal kami menilai UU Anti terorisme adalah produk hukum yang dipaksakan dan merupakan pesanan Amerika Serikat," Din menambahkan, undang-undang ini telah melukai hati umat Islam. Dengan ditetapkannya undang-undang tersebut, terjadi penangkapan terhadap tokoh aktivis muslim. "Mereka ditangkap tanpa ada bukti awal yang kuat. Jadi main tangkap saja," katanya. (Rachmawati, Rina. 23 Juli 2004. MUI Sambut Gembira Keputusan Mahkamah Konstitusi. *Tempointeraktif.com*).

²⁶ *Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4250 – Penjelasan*. Jakarta: Sekretariat Kabinet.

²⁷ www.mahkamahkonstitusi.go.id

MK menolak permohonan hak uji (*judicial review*) atas UU KPK dan dalam pertimbangannya, MK menyatakan bahwa dalam perkara korupsi yang dituduhkan kepada Manoppo, MK tidak punya kewenangan menilai apakah tindakan KPK menyelidiki, menyidik dan menuntut Manoppo sebagai tindakan retroaktif atau bukan. Sebab kasus itu menyangkut masalah penerapan undang-undang. Yang berwenang memutuskan soal penerapan UU KPK adalah Pengadilan Tindak Pidana Korupsi. Namun, dalam pertimbangan hukumnya, MK menegaskan bahwa KPK tidak berwenang mengambil alih perkara-perkara sebelum UU KPK diundangkan, 27 Desember 2002. Artinya KPK hanya boleh menangani kasus-kasus korupsi yang terjadi tiga tahun terakhir.²⁸

Putusan MK yang ketiga tentang prinsip non retroaktif, diucapkan pada hari Kamis, 3 Maret 2005 yaitu Perkara No. 065 /PUU-II/2004 perkara permohonan pengujian UU PHAM terhadap UUD 1945 yang diajukan oleh Abilio Jose Osorio Soares (selanjutnya disebut Putusan MK terhadap Pengadilan HAM).²⁹

Dalam pertimbangannya, MK berpendapat penerapan secara retroaktif suatu undang-undang tidaklah otomatis menyebabkan undang-undang bersangkutan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai

²⁸ Vin. 16 Pebruari 2005. MK: KPK Tak Berwenang Tangani Perkara Sebelum Desember 2002. *KOMPAS*.

²⁹ www.mahkamahkonstitusi.go.id

kekuatan hukum mengikat. Pemberlakuan asas tersebut tidak selalu mengandung pelanggaran HAM, melainkan harus dinilai dari dua faktor atau syarat yang harus dipenuhi dalam pemberlakuan hukum secara retroaktif. Pertama, besarnya kepentingan umum yang harus dilindungi undang-undang tersebut. Kedua, bobot dan sifat hak-hak yang terlanggar akibat pemberlakuan UU demikian lebih kecil daripada kepentingan umum yang terlanggar. Berdasarkan pasal 28I ayat (1) dan pasal 28J ayat (2) UUD 1945, hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut tidaklah bersifat mutlak, sehingga dalam memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai agama, keamanan, dan ketertiban, dapat dikesampingkan. Ukuran menentukan keseimbangan kepastian hukum dan keadilan, khususnya dalam menegakkan asas nonretroaktif, harus dilakukan dengan kepastian hukum, keadilan hukum, dan kebergunaan hukum. Dengan mempertimbangkan ketiga hal itu secara seimbang, pemberlakuan hukum secara retroaktif yang terbatas terhadap kejahatan yang luar biasa, secara hukum dapat dibenarkan.³⁰

Terdapat sesuatu yang menarik akan perdebatan retroaktif ini ketika sidang uji materiil UU PHAM di MK, pihak pemerintah yang dimintai keterangan menyatakan bahwa bahwa pembentukan pengadilan untuk mengadili perkara pelanggaran HAM berat, khususnya Timor Timur, karena

³⁰ SON. 4 maret 2005. MK Tolak Permohonan Abilio Soares. *KOMPAS.*; Sur. 4 maret 2005. MK Tolak Permohonan Uji Materiil Soares. *Media Indonesia*. P-6.

sebuah tekanan internasional sehingga dijadikan pertimbangan akan lahirnya undang-undang ini.³¹

Dari ketiga putusan ini hingga kini perdebatan publik paska tiga putusan MK akan prinsip non retroaktif masih terus berlangsung. Hal ini menimbulkan gejala bahwa tafsir konstitusi MK akan prinsip non retroaktif belum memberikan suatu kepastian dalam ranah publik. Benang merah dari ketiga putusan tersebut dapat ditarik bahwa MK mengakui akan pengeyampingan hak untuk tidak dituntut atas hukum berlaku surut tersebut terhadap suatu kejahatan-kejahatan tertentu.

Oleh karenanya, eksistensi pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945 yang memuat ketentuan HAM yang bersifat absolut belumlah merupakan norma dasar yang mapan (*well established norms*). Gejala ini menimbulkan issue yang semakin mengerucut yang terus seolah teruntai

³¹ Sidang permohonan *judicial review* Undang-Undang No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM di Mahkamah Konstitusi mendengarkan keterangan Pemerintah yang diwakili Menteri Hukum dan HAM Hamid Awaluddin (22/12). Namun dalam persidangan Hamid lebih banyak memberikan kesempatan kepada Dirjen Perundang-Undangan Prof. Abdul Gani Abdullah untuk memberikan penjelasan. Nah, saat memberikan keterangan itulah muncul pengakuan dari Abdul Gani bahwa pembentukan pengadilan untuk mengadili perkara pelanggaran HAM berat, khususnya Timor Timur, karena ada tekanan internasional. "Ada tekanan internasional yang kemudian menjadi pertimbangan," ujarnya. Pernyataan itulah yang mengundang tanda tanya dari para hakim konstitusi. Hakim I Gede Palguna, misalnya, mempertanyakan dimana makna kedaulatan (hukum) Indonesia jika dalam banyak hal berada dalam posisi takut terhadap tekanan dunia internasional. Ketua Mahkamah Konstitusi (MK) Prof. Jimly Asshiddiqie pun ikut unjuk bicara. Ia mengingatkan agar selaku wakil pemerintah, Abdul Gani agar berbicara hati-hati. Sebab apapun yang dijelaskan pemerintah akan dicatat dan menjadi dasar bagi MK untuk mengambil keputusan atas permohonan *judicial review* itu (Mys. 23 Desember 2004. Ada Tekanan Internasional Saat Membentuk Pengadilan HAM. *Hukumonline.com*).

menjadi kalimat tanya retorik dalam nafas perenungan “bagaimana bisa konstitusi sebagai hukum tertinggi dapat dikesampingkan?” Bukankah hal ini dapat ternilai rakyat sedang mendelegitimasi mahkota ketertinggian konstitusi?. Tentunya perenungan retorik ini akan berusaha ditemukan secara hakiki dalam penelitian ini.

Dari hasil penelusuran peneliti tentang penelitian yang berkaitan dengan UUD 1945, sejauh referensi yang peneliti temukan sudah banyak tersebar mulai menyangkut materi kelembangan negara, relasi kekuasaan, perubahan hingga prosedur perubahan UUD 1945, namun penelitian tentang hakikat konstitusi sebagai hukum tertinggi yang kemudian membedah objek berupa interpretasi konstitusional prinsip non retroaktif dalam Pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945 melalui Putusan MK hingga saat ini belum ditemukan. Namun, peneliti tidak akan terjerembab dengan istilah orisinilitas, yang dalam ranah kajian ilmu hukum lebih beraroma keangkuhan karena dalam keilmuan yang orisinil hanyalah kelahiran dan kematian itu sendiri.

B. Rumusan Masalah

Dari issue di atas maka masalah pokok penelitian ini sesungguhnya adalah terletak pada hakikat sebuah konstitusi sebagai hukum tertinggi yang terkandung prinsip-prinsip dasar bernegara ketika globalisasi kemanusiaan tanpa sadar mungkin telah menjadi “oksigen” dari sebuah konstitusi sehingga

seharusnya konstitusi tidak dapat disimpangi, dikesampingkan atau dikecualikan apalagi untuk dilanggar secara terang-terangan.

Untuk menggali lebih lanjut hal tersebut maka akan diteliti, dikaji dan dijawab terlebih dahulu:

1. Bagaimana eksistensi hak untuk tidak dituntut atas hukum yang berlaku surut dalam kaitannya dengan peristiwa Bom Bali 2002?
2. Bagaimana eksistensi hak untuk tidak dituntut atas hukum yang berlaku surut dalam kaitannya dengan pelaksanaan kewenangan Komisi Pemberantasan Korupsi?
3. Bagaimana eksistensi hak untuk tidak dituntut atas hukum yang berlaku surut dalam kaitannya dengan Pengadilan HAM Ad Hoc?

C. Batasan Masalah

Agar penelitian ini tidak terlalu meluas dan agar pembahasan dan pengkajiannya dapat lebih terarah dan menghasilkan suatu kajian penelitian yang mendalam maka penelitian ini dibatasi pada masalah pokok khususnya pasal-pasal dalam ketiga undang-undang *a quo* yang telah dimintakan uji di MK yang akan menjadi objek penelitian ini.

Disadari pula bahwa dalam suatu penelitian hukum guna penemuan hukum (*rechtsvinding*) bagi kalangan akademik, maka pasal-pasal lain dalam ketiga undang-undang *a quo* maupun dalam peraturan perundang-undangan lainnya hingga doktrin, hukum dan kebiasaan internasional yang

bersinggungan atau merupakan bagian yang tak dapat dipisahkan akan menjadi bahan kajian penelitian ini.

D. Tujuan Penelitian

- a. Untuk mengetahui, mengkaji dan menganalisis dan menemukan jawaban bagaimana eksistensi hak untuk tidak dituntut atas hukum yang berlaku surut dalam kaitannya dengan peristiwa Bom Bali 2002.
- b. Untuk mengetahui, mengkaji dan menganalisis dan menemukan jawaban bagaimana eksistensi hak untuk tidak dituntut atas hukum yang berlaku surut dalam kaitannya dengan pelaksanaan kewenangan Komisi Pemberantasan Korupsi.
- c. Untuk mengetahui, mengkaji, menganalisis dan menemukan jawaban bagaimana eksistensi hak untuk tidak dituntut atas hukum yang berlaku surut dalam kaitannya dengan Pengadilan HAM Ad Hoc.

Dari ketiga tujuan penelitian di atas, pada akhirnya tujuan akhir dari penelitian ini menemukan jawaban sesungguhnya hakikat konstitusi sebagai hukum tertinggi yang terkandung prinsip-prinsip dasar bernegara khususnya dari salah satu catalog HAM hak untuk tidak dituntut atas hukum yang berlaku surut ketika globalisasi kemanusiaan tanpa sadar adalah “oksigen” dari sebuah konstitusi.

E. Kegunaan Penelitian

Penelitian ini diharapkan akan menemukan sebuah pemahaman mendalam konstitusi sebagai hukum tertinggi serta perenungan kembali tentang prinsip non retroaktif yang telah dinormakan dalam UUD 1945. Hal ini berguna menambah khasanah berpikir dalam ilmu hukum menyangkut persoalan konstitusionalisme dan HAM. Sasarannya diharapkan dapat berguna bagi lembaga negara dalam menjalankan tugas konstitusionalitas dan legalitasnya termasuk juga bagi kalangan akademisi, praktisi maupun aktifis yang mengfokuskan perhatiannya dIbid.ang konstitusi dan HAM khususnya menyangkut pemahaman tentang prinsip non retroaktif .

F. Kerangka Konseptual

Dari issue dan masalah-masalah dari penelitian ini maka pemikiran sebagai penuntut peneliti dalam penelitian disertasi ini diawali dengan pemahaman bahwa Konstitusi adalah hukum tertinggi, "*constitutie is de hoogste wet*"³². Setiap Negara memiliki seperangkat hukum dasar (*a set of fundamental laws - rules*) tentang pembuatan aturan, tentang distribusi kekuasaan, termasuk secara tidak langsung kepada seluruh kekuasaan, termasuk batasan kekuasaan hal inilah disebut konstitusi. Konstitusi dapat tertulis maupun tidak tertulis, rinci atau umum, transisional atau tidak. Aturan

³² Sidin, Irmanputra. A. 17 November 2004. Sengketa DPD, Dari Zaman Plato Hingga Jimly (*constitutie is de Hoogste Wet*). *KOMPAS*.

dasar dari sebuah masyarakat tidak dinyatakan hanya dalam bentuk tertulis. Lebih dari itu, kepercayaan fundamental dan nilai di sebuah masyarakat adalah aturan dasar setidaknya merupakan bagian tak tertulis, yang terkadang lebih penting kepada warganegara daripada aturan formal dari suatu konstitusi. Oleh karenanya bagian tak tertulis dari konstitusi sama pentingnya dengan bagian formal atau tertulis itu sendiri.³³

Sifat tertinggi konstitusi tidak harus menjadikan konstitusi tersebut menjadi “angkuh”, berkepribadian introvert hanya memikirkan dirinya sendiri alias konstitusi itu sendiri dengan segala domestifikasi hukum di bawahnya. Hal ini bisa membuat konstitusi terjebak dengan eksklusifitas tidak mau “bergaul” dengan sekelilingnya kemudian menutup diri padahal konstitusi harus bergaul dengan segala perilaku, kebiasaan dan hukum yang hidup disekelilingnya dalam hal ini termasuk dunia internasional.³⁴

Sifat ketertinggian konstitusi justru berada pada ranah batin dan jiwa konstitusi bahwa Konstitusi harus bijaksana, melihat kenyataan dan bergaul

³³ Adrian, Charles R., & Pers, Charles, 1965. *The American Political Process*. Hal.105. Mc Grow Hill Book Company. New York, St Louis, San Fransisco, Toronto, Sidney, London.

³⁴ Sidin, Irmanputra. A dalam Widjajanto (Ed). 2005. Dibalik Palu Mahkamah Konstitusi (Telaaah Judicial Review Terhadap Komisi Pemberantasan Korupsi). *Masyarakat Transparansi Indonesia*. 79-80; Sidin, Irmanputra. A. 16 Februari 2005. Kewenangan KPK Retroaktif?. *Koran Tempo*.

di sekelilingnya. Dalam ungkapan Plato dalam bukunya *"the laws (nomoi)*, Konstitusi adalah *"Our whole state in imitation of the best and noblest life"*.³⁵

Konstitusi menjadi inklusif terhadap perilaku, kebiasaan, doktrin dan hukum di dunia internasional yang eksis. Konstitusi harus "bergaul" dan sesuatu yang baik kehidupan konstitusionalisme maka konstitusi akan menyerapnya, menerima dan mengadopsinya. Inilah makna ketertinggian konstitusi yang mendapatkan puncak kematangan jiwa inklusif konstitusi yang tidak berkepribadian "angkuh" dan merasa eksklusif sendiri.³⁶ Friedman menyatakan bahwa konstitusi hanyalah sehelai kertas, tidak ada kekuatan gaib pada kata dan frasenya, tetapi kekuatan itu berada pada sistemnya yaitu sikap masyarakat terhadap konstitusi dan pola perilaku dan lembaga disekitar konstitusi. Konstitusi ditafsirkan oleh hakim.³⁷

Oleh karenanya penafsiran konstitusional hak untuk tidak dituntut atas hukum yang berlaku surut dalam keadaan apapun tidak ditafsirkan dengan melakukan domestifikasi normatif konstitusi dengan menutup diri terhadap dunia luar. Apabila konstitusi terjebak dengan domestifikasi konstitusi maka

³⁵ McIlwain, C Howard. 1947. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. University Press: Ithaca, New York.

³⁶ Sidin, Irmanputra. A. *op.cit*; lihat juga Widjajanto (Ed). 2005. *Dibalik...op.cit* Hal. 79-80.

³⁷ Friedman, Lawrence M, 2001. *Hukum Amerika Sebuah Pengantar (American Law An Introduction)*. Hal. 248-251. Terjemahan Wishnu Basuki. TataNusa: Jakarta.

konstitusi akan berbicara tanpa tutur batin dan jiwa konstitusi yang sesungguhnya inklusif.³⁸

Secara teoritik, setidaknya ada 6 metode utama yang kemudian bercabang menjadi banyak metode *constitutional modalities*, yakni pola pandang yang dipakai untuk melakukan penafsiran, yakni ***the historical*** yang dituliskannya sebagai *relying of the intentions of the framers and ratifiers of the Constitution*; ***textual*** yakni *looking to the meaning of the words of the Constitution alone, as they would be interpreted by the average contemporary "man on the street"*; ***structural*** yakni *inferring rules from the relationships that the Constitution mandates among the structures it sets up*; ***doctrinal*** yakni *applying rules generated by precedent*; ***ethical*** yang merupakan *deriving rules from those moral commitments of the people ethos that are reflected in the Constitution*; dan ***prudential*** yang merupakan *seeking to balance the costs and benefits of a particular rule*.³⁹

Jimly Asshiddiqie (2006) mengutip Arief Sidharta yang menuliskan bahwa setidaknya terdapat 9 (sembilan) jenis metode penafsiran yakni; 1. penafsiran *letterlijk (what does the word mean)*; 2. teori penafsiran gramatikal (*what does it linguistically mean*); 3. penafsiran historis (*what is historical background of the formulation of a text*); 4. penafsiran sosiologis (*what does*

³⁸ Sidin, Irmanputra. A. *op.cit*; lihat juga Widjajanto (Ed). 2005, *Dibalik...op.cit* Hal. 79-80.

³⁹ Lihat: Philip Bobbit, 1991. *The Modalities of Constitutional Arguments*, dalam buku *Constitutional Interpretation*, hlm. 12-22.

social context of the event to be legally judged); 5. Penafsiran sosio-historis (*what does the social context behind the formulation of the text*); 6. penafsiran filosofis (*what is philosophical thought behind the ideas formulated in the text*); 7. penafsiran teleologis (*what does the articles would like to achieve by the formulated text*); 8. penafsiran *holistic*; dan penafsiran holistik tematis-sistematis (*what is the theme of articles formulated, or how to understand the articles systematically according to the grouping of the formulation*).⁴⁰

Teori-teori inilah yang dapat dipakai oleh seorang hakim dalam mengkonstruksikan konstitusi menjadi 'hidup'. Pilihan terhadap teori-teori inilah yang membuka ruang untuk melakukan penafsiran yang dapat menerima norma internasional ke dalam sistem hukum konstitusi atau mungkin bisa jadi menjadi buah hermeunetika konstitusi.

Pada posisi ini, maka mengadopsi nilai-nilai internasional dan nilai kemanusiaan universal ke dalam konstitusi adalah menjadi bagian menjadi tugas hakim dalam setiap penafsirannya. Sesungguhnya, secara historis ide mengadopsi *Costumary Internasional Law* ke dalam konstitusi seringkali kandas karena pilihannya sering tertolak dengan perihal *sovereignty* (kedaulatan).⁴¹ Pilihan yang dijatuhkan oleh Afrika Selatan yang dengan jelas

⁴⁰ *Lihat*: Asshiddiqie, Jimly. 2006. *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*. halaman 274-279. Konstitusi Press: Jakarta.

⁴¹ *Lihat* : Aleinikov, Alexander. T. January 2004. The United States Constitution and Internasional Law Internasional Law: Sovereignty, and American Constitutionalism: Reflections on the Customary Internasional Law Debate. *The American Journal of Internasional Law, American Society of Internasional Law*. 6.

mencantumkan pengadopsian nilai-nilai hukum internasional akan cukup membuka perdebatan di tingkat kedaulatan hukum yang dimiliki suatu negara. Karenanya, hal yang paling mungkin dilakukan adalah dengan meminjam penafsiran hakim terhadap konstitusi dengan memasukkan unsur-unsur dan nilai-nilai norma internasional ke dalam konstitusi.

Pada konteks inilah maka penemuan makna hakiki hak untuk tidak dituntut atas hukum berlaku surut dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun mengandung beberapa elemen diantaranya bahwa *pertama*, hak tersebut telah menjadi norma dan hak konstitusional yang tidak lagi sebatas prinsip (*beginself*) yaitu prinsip non retroaktif atau HAM (*human rights*) belaka; *kedua*, hak ini tidak dapat dilepaskan dengan sejarah kelahiran prinsip legalitas bahwa tiada kejahatan tanpa hukum, tiada hukuman tanpa serta larangan pemberatan hukum yaitu menjatuhkan hukuman lebih berat daripada hukuman yang seharusnya dikenakan ketika pelanggaran hukum itu dilakukan; *ketiga*, oleh karenanya hak untuk tidak dituntut atas hukum berlaku surut hanyalah sebatas bergerak pada hukum materil saja yaitu kejahatan, *delictum*, *crime*, *crimen*, atau *mala*. tidak termasuk pada hukum formil seperti tata cara atau forum, atau mekanisme *due process*. *keempat*, bahwa kata “hukum” yang dimaksud yang mengikuti frasa “berlaku surut” dalam Pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua

UUD 1945, sesungguhnya bukan sebatas hukum domestik suatu negara tetapi juga pada kondisi tertentu yaitu kejahatan memiliki karakter bersifat universal yang menjadi perhatian bangsa-bangsa beradab maka “hukum” yang mengikuti frasa “berlaku surut” juga termasuk hukum yang lintas kedaulatan diantaranya adalah hukum dan kebiasaan internasional. Dalam konsep universal disebutkan bahwa tidak seorang pun boleh dipersalahkan melakukan pelanggaran hukum karena perbuatan atau kelalaian yang tidak merupakan suatu pelanggaran hukum menurut hukum nasional atau internasional, ketika perbuatan tersebut dilakukan. (vide Article 11 UDHR 1948 dan Article 13 ICCPR). Pada konstruksi inilah maka menemukan hakikat prinsip non retroaktif dalam Pasal 28I (1) Perubahan kedua, peneliti tidak terjebak dengan limitasi kelahiran suatu “undang-undang” yang merupakan produk hukum domestik, sebab bisa jadi suatu “undang-undang” mengatur suatu kejahatan tertentu yang menjadi perhatian masyarakat bangsa-bangsa, maka perenungannya akan dikembalikan apakah benar hal tersebut merupakan kejahatan baru? Bisa jadi benar dalam bingkai hukum nasional? Namun bisa jadi hal tersebut adalah sudah merupakan kejahatan dalam paham universal yang ditemukana dalam hukum, praktek dan kebiasaan internasional sebelumnya. Pada konteks seperti itu maka makna “hukum” sebelum frasa “berlaku surut” tidak sebatas hukum nasional tetapi juga hukum internasional, sehingga bisa saja sebuah undang-undang penerapannya diberlakukan ke belakang, dalam penegakan hukum nasional

namun sesungguhnya hal tersebut bukanlah melanggar hak untuk tidak dituntut atas hukum berlaku surut, karena kejahatan atau kelalaian orang tersebut sesungguhnya sudah merupakan kejahatan meski kejahatan tersebut belum “dikemas” kembali sesuai paham hukum internasional dalam bingkai hukum nasional ketika kejahatan tersebut dilakukan.

Kelima, oleh karenanya maka prinsip non retroaktif yang dijabarkan dalam Pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945, tidak menggunakan frasa “undang-undang” dengan berbunyi “hak untuk tidak dituntut atas **undang-undang** berlaku surut”, namun menggunakan frasa “hak untuk tidak dituntut atas **hukum** berlaku surut”. Sehingga justifikasi konseptual di atas bahwa hukum yang dimaksud tidak hanya hukum nasional dalam bentuk undang-undang namun juga bisa merupakan hukum dalam kehidupan internasional.

Terakhir, bahwa prinsip ini berada dalam rezim hukum pidana dalam konteks negara hukum indonesia, dan bersifat mutlak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun meski sangkakala di langit sedang mengaum.

Pada akhirnya dari uraian ini, maka tidak ada ketentuan norma konstitusi yang dapat dikesampingkan atau dikecualikan karena hal ini, dapat ternilai telah mendelegitimasi ketertinggian suatu konstitusi, tinggal sesungguhnya bagaimana menemukan makna terdalam sebuah materi, muatan, ayat, pasal atau bab dari suatu konstitusi. Dengan begitu maka

konsepsi konstitusi sesungguhnya adalah benar-benar adalah hukum tertinggi akan ditemukan.

G.Kerangka Alur Penelitian

H. Metode Penelitian

James E Mauh dan Jack W. Birch menyebutkan bahwa metodologi adalah tipe atau metode umum penelitian yang digunakan dalam perencanaan, persiapan dan penulisan karya ilmiah.⁴² Penelitian ini akan menggunakan penelitian hukum normatif/doktrinal berupa penelitian tentang norma-norma hukum dan pengertian hukum atau dogmatis hukum. Dengan studi kepustakaan.⁴³

Yang menjadi objek penelitian adalah Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi tentang perkara terorisme, kewenangan KPK dan Pengadilan HAM Ad Hoc yang didalamnya telah memberikan tafsir tentang prinsip larangan

⁴² Mauch, James E and Birch, Jack W. 1993. *Guide to the Successful Dissertarion and Thesis*. hal.112. Maerzell Dekker, Inc: New York; lihat juga dalam Disertasi Ka'bah, Rifyal. 1998. Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia; yang dikutip disertasi Syahuri, Taufikurrahman. 2003. *Prosedur Perubahan Konstitusi dan pelaksanaannya di Indonesia*, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia; Anonim. 2006. *Pedoman Penulisan Tesis dan Disertasi*. Edisi 4. Makassar: Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin. 4: 18-21.

⁴³ Soekanto, Soerjono dan Mamudji, Sri. 1990. *Penelitian Hukum Normatif*. Hal 14. In Hilco: Jakarta; Lebih lanjut lihat uraian Terry Hutchinson bahwa Penelitian Doktrinal (*doctrinal research*) –research which provides a systematic exposition of the rules governing a particular legal category, analysis the relationships between rules explains areas of difficulty and, perhaps, predicts future development”. Hutchinson juga menjelaskan juga tipe ini dalam tradisi *common law* bahwa “.doctrinal research is library based, focusing on reading and anlysis of the primary and secondary materials. The primary materials are the actual sources of the law-legislation and case law. The secondary materials include the commentary on the law found in textbooks and legal journals. Often, reference source such as legal encyclopedias, case digest, and case citators are needed to index and acces the primary sources..” Hutchinson, Terry. 2002. *Researching and Writing in Law*. hal. 9. Lawbook co: Pymont NSW.; lihat juga Ibrahim, Johny. 2005. *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*. hal. 44. Bayumedia Publishing: Malang, Jawa Timur).

hukum berlaku surut sebagaimana tercantum dalam pasal 28I ayat (1) UUD 1945.

Dalam penelitian ini tidak dipergunakan istilah “data” melainkan adalah bahan hukum.⁴⁴ Dengan demikian sumber penelitian ini adalah studi kepustakaan dengan meneliti dan mengkaji bahan-bahan hukum yang sifatnya primer dan sekunder. Bahan hukum primer yaitu UUD 1945, Putusan Mahkamah Konstitusi akan Perkara Terorisme, pelaksanaan Kewenangan KPK dan Pengadilan HAM Ad Hoc serta undang-undang terkait. Bahan hukum sekunder yaitu berbagai pendapat, doktrin atau dogma hukum yang tertuang dalam berbagai literatur seperti buku-buku, hasil penelitian, risalah sidang, jurnal-jurnal ilmiah, berita maupun artikel-artikel ilmiah populer dalam berbagai media cetak maupun elektronik.

Selain bahan hukum primer dan sekunder di atas, maka penelitian ini juga tidak lepas dengan dengan bahan hukum tersier yaitu literatur yang tidak berkaitan langsung dengan topik penelitian ini.

Pengolahan bahan-bahan hukum dalam penelitian ini digunakan pendekatan kasus (*case approach*) atau “*reasoning by example from case to*

⁴⁴ Lihat uraian bahwa penelitian normatif tidak memerlukan data, karena yang diperlukan adalah analisis ilmiah terhadap bahan-bahan hukum. Hal ini memberikan konsekuensi istilah-istilah seperti sumber data, teknik pengumpulan data, analisis data juga tidak relevan dipergunakan termasuk penggunaan hipotesis juga tidak diperlukan dalam penelitian hukum normatif. Kesemua ini adalah bagian dari metode penelitian sosial yang bersifat empiris oleh karenanya harus dihindari oleh peneliti (Ibrahim, Johnny. 2005. *Teori...op.cit* hal. 216-219).

case”⁴⁵. Selain pendekatan tersebut pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), konsep (*conceptual approach*), historis (*histories approach*), filsafat (*philosophical approach*) dan analitis (*analytical approach*) terhadap segala bahan hukum baik. secara teks, konteks maupun kontekstualisasi. Hal ini tidak terlepas dengan hermeneutika hukum⁴⁶

⁴⁵ Levy, Edward H. 1974. *An Introduction to Legal Reasoning*. hal 1. The University Chicago Press: Chicago.; Ibrahim, Johny. 2005. *Teori...op.cit* hal 200 dan hal. 268.

⁴⁶ Hamidi, Jazim. 2005. *Hermeneutika Hukum (Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks)*. UII Press: Yogyakarta; lihat juga George Gadamer, Hans. 2004. *Truth and Method* (Judul Asli). *Kebenaran dan Metode (Pengantar Filsafat Hermeneutika)*, diterjemahkan oleh Ahman Sahidah. Pustaka Pelajar: Jakarta; Masini, Eleonora. B. 2004. *Studi Futuristik, (Kebutuhan, Perkembangan dan Metode Mengarahkan Masa Depan)*. Rohmah Roihani (Alih Bahasa). BKF Multimedia dan Kreasi Wacana: Yogyakarta.

BAB II

PEMIKIRAN KONSTITUSI DALAM PERJALANAN ABAD

A. Konstitusi Pra Modern

Dalam bukunya *"the laws"* (*nomoi*), Plato⁴⁷ menyebutkan pengertian konstitusi sebagai *"our whole state in imitation of the best and noblest life"*⁴⁸ Socrates dalam bukunya *Panathenaicus* atau *Areopagiticus* menyebutkan bahwa *"the politeia is the 'soul of the polis' with power over it like that of the mind over the body"*.⁴⁹

Dari catatan sejarah klasik terdapat dua perkataan yang berkaitan erat dengan pengertian konstitusi kontemporer, yaitu dalam bahasa Yunani Kuno *"politeia"* dan bahasa Latin *"constitutio"* yang berkaitan dengan kata *"jus"*.⁵⁰ McIlwain menyebutkan bahwa di zaman kekaisaran Romawi, dalam bahasa

⁴⁷ Dalam *"Republik"*, Plato menguraikan gagasan *'the best possible state'*, dalam *"politicus"* (*statesman*) sebelum mahakarya monumental berjudul *nomoi*, Plato mengakui kenyataan-kenyataan yang harus dihadapi oleh negara sehingga ia menerima negara dalam bentuknya sebagai *'the second best'* dengan menekankan pentingnya hukum yang bersifat membatasi. *"Plato's republik deals with an unattainable ideal; his politicus treats of the attainable in its relation to this same ideal"*. (Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*. Hal. 7. Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara UI: Jakarta).

⁴⁸ Plato. 348 BCE. *Laws* (diterjemahkan oleh Benjamin Jowett). Book VII. <http://philosophy.eserver.org/plato/laws.txt>

⁴⁹ Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit*, hal. 5-6; lihat juga McIlwain, C Howard. 1947. *Constitutionalism:...loc.cit*.

⁵⁰ Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit*. hal. 1.

latinnya, pada awalnya istilah teknis dipergunakan tentang konstitusi ("*constitution*") adalah menyebut "*the acts of legislation by the emperor*" atau produk legislasi kaisar. Istilah ini kemudian dipinjam oleh gereja dan diterapkan dalam regulasi eklesiastik untuk seluruh gereja atau untuk beberapa gereja dalam wilayah tertentu. Dari gereja inilah atau mungkin dari buku-buku hukum Romawi istilah "*constitution*" berasal dan muncul dalam penggunaan abad-abad pertengahan seperti yang diterapkan dalam perundangan-undangan sekuler hingga sekarang.⁵¹

McIlwain kemudian mengungkapkan bahwa konstitusi di Inggris, "*constitutions of Clarendon 1164*" yang disebut oleh Henry II sebagai "*constitutions*", "*avitae constitutions or leges, a recordatio vel recognition*", menyangkut hubungan antara gereja dan negara pada masa pemerintahan Henry I. Substansi aturan tersebut masih bersifat eklesiastik, meskipun "pengundangannya" oleh kekuasaan sekuler dan hal ini dapat disebut sebagai "*constitutions*". Istilah "*constitutions*" ini sering ditukar dengan istilah "*lex*" atau "*edictum*" (perintah) untuk "*secular administrative enactments*". Glanville sering menggunakan istilah "*constitutions*" untuk suatu perintah raja (*a royal edict*) merujuk kepada "*Henry II's writ*" yang membuat "*the remedy*

⁵¹ McIlwain, C Howard. 1947. *Constitutionalism: loc.cit*, Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* hal 2.

by grand assize as legalisista constitution” dan menyebut “the assize of novel disseisin” sebagai “a recognition” dan “a constitution.”⁵²

Lebih lanjut diuraikan bahwa beberapa tahun setelah diberlakukannya Statuta Merton 1236 (*Statute Merton*), Bracton menyebut salah satu ketentuannya sebagai “new constitution” dan mengaitkan salah satu bagian dari *Magna Carta* 1215 sebagai *constitutio libertatis*. Pada waktu yang bersamaan di Perancis, Beaumanoir berbicara tentang “the remedy in novel disseisin” sebagai “une nouvele constitucion” yang dibuat oleh para raja.⁵³

Sejak itu dan berabad-abad sesudahnya, istilah “constitution” selalu bermakna sebagai “a particular administrative enactment” seperti yang diartikan mayoritas para ahli-ahli hukum Romawi. Istilah “constitution” ini dipergunakan untuk membedakan antara “particular enactment” dari “consuetudo” atau “ancient custom.”⁵⁴

Istilah ini nampaknya tidak pernah digunakan dalam pengertian modern untuk menekankan sebagai keseluruhan kerangka hukum dari suatu Negara. Istilah ini mempersyaratkan sebuah pengujian mendalam dari pemikiran hukum dan politik dari selama beberapa abad untuk menyatakan

⁵² McIlwain, C Howard. 1947. *Constitutionalism:...loc.cit* ; Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* Hal. 2.

⁵³ McIlwain, C Howard. 1947. *Constitutionalism:...loc.cit* ; Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* Hal. 2.

⁵⁴ McIlwain, C Howard. 1947. *Constitutionalism:...loc.cit* ; Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* Hal. 3 -4.

waktu munculnya pemikiran konstitusi modern pertama kali. McIlwain menyatakan bahwa *“I cannot claim to have made any such examination, but I cannot recall from my reading any clear instance of it before the opening of the seventeenth century.”*⁵⁵

Tahun 1578, Pierre Gregoire Tholosano (*De Republika*), menggunakan istilah *“constitution”* hampir sama dengan pengertian modern, tetapi konteksnya menurut Mc Ilwain lebih luas dan lebih umum dari *“constitutio”* dibandingkan dengan pengertian politik yang ketat dari kata *“constitution”* seperti saat ini. Hal ini dikarenakan mengingat, Tholosano memakai frase yang lebih lama, yaitu *“status reipublicae”*.⁵⁶

Mengutip *Oxford Dictionary*, McIlwain menyebutkan istilah *“constitution”* pertama kali sebagai kerangka keseluruhan dari sebuah negara terdapat pada sebuah frase pada *Bishop Hall’s* (1610), *“The Constitution of the Common-Wealth od Israel”*,⁵⁷. Menurut Sir James Whitelocke pada sekitar tahun yang sama, konstitusi lebih kepada pengertian *“the natural frame and constitution of the policy of this kingdom, which is ‘jus publikum regni.’*⁵⁸

⁵⁵ McIlwain, C Howard. 1947. *Constitutionalisme:...loc.cit.* Hal 24.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*; Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* Hal. 3 dan 4.

Penggunaan istilah "*constitution*" mungkin baru hadir pada tahun 1610 tetapi pemikiran konstitusi seperti saat ini pada kenyataannya adalah yang tertua atau yang paling tua dalam seluruh sejarah konstitusionalisme. Frase Whitelocke's di atas pada kenyataannya mengandung dua konsepsi dari sebuah konstitusi yang lebih dekat hubungannya tetapi tidak pernah berbeda dalam karakternya yaitu:

- 1) Muncul dalam frasa pertama Whitelocke's, "*the natural frame of the state*," yang seumur dengan *politeia* dari tradisi Yunani, yang mana sering diartikan sebagai "constitution" ; dan,
- 2) konsepsi Whitelocke's, "*jus publikum regni*," yaitu hukum publik dari raja/ratu ("*the publik law of the realm*").⁵⁹

Cicero, dalam De Re Publika yang menggunakan pertama kali istilah "constitution" dalam pengertian modern mengatakan⁶⁰:

"This constitution (haec constitutio) has a great measure of equability without which men can hardly remain free for any length of time... Now that opinion of Cato becomes more certain, that the constitution of the republik (constitutionem rei publicae) is the work of no single time or of no single man."

Jimly Asshidiqie menyatakan bahwa dari sudut etimologi, konsep klasik mengenai konstitusi dan konstitusionalisme dapat ditelusuri lebih

⁵⁹ McIlwain, C Howard. 1947. *Constitutionalism:...loc.cit* ; Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* Hal. 3-4.

⁶⁰ McIlwain, C Howard. 1947. *Constitutionalism:...loc.cit* ; Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* Hal. 3-4.

mendalam dalam pengembangan dan pengertian dan penggunaan perkataan “*politeia*” dalam bahasa Yunani dan perkataan “*constitutio*” dalam bahasa Latin, serta hubungan diantara keduanya, sepanjang sejarah pemikiran maupun pengalaman praktek kehidupan kenegaraan dan hukum.⁶¹

B. Zaman Yunani Kuno Hingga Revolusi Inggris

Strong menyatakan bahwa konstitusionalisme modern berkembang dari dua dasar utama, yaitu nasionalisme dan demokrasi representatif.⁶² Namun, bangsa Yunani kuno yang mengenai Negara kota sebuah wilayah yang relatif kecil tidak mengenal demokrasi representatif. Seorang warga Yunani berfungsi sebagai prajurit, hakim dan anggota majelis yang memerintah. Hal ini merupakan fungsi pribadi mengingat sarana kehidupan dikerjakan oleh para budak diluar batas kewerganegaraan.⁶³

Negara adalah sebuah kota tempat terpenuhinya segala kebutuhan atau menurut Plato dan Aristoteles tidak ada pertentangan antara individu dengan Negara dan bahwa manusia yang baik adalah warga Negara yang

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Strong, C. F. 2004. *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi Dunia* (Terjemahan dari *Modern Political Constitutions: An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form*. SPS Teamwork. Hal 22. Derta Sri Widowatie dan Waluyati Handayani (Ed). Nuansa dan Nusa Media: Bandung.

⁶³ *Ibid.* Hal. 23-24.

baik yaitu patuh terhadap undang-undang dan konstitusi yaitu hukum yang menggambarkan kebaikan yang pasti dan universal. Konstitusi yang ideal adalah menekankan pendidikan politik, karena warga yang terdidik Negara dapat terlindungi dari anarki.⁶⁴

Konstitusi Romawi merupakan sebuah instrumen pemerintahan yang sangat mapan, walaupun tidak ditemukan dalam bentuk tertulis. Konstitusi Romawi terdiri dari sekumpulan preseden yang dibawa dalam ingatan (tak tertulis) atau tercatat (tertulis), kumpulan keputusan pengacara atau negarawan, kumpulan adat-istiadat, kebiasaan, pengertian, dan keyakinan yang berhubungan dengan metode pemerintahan, disatukan sejumlah tertentu undang-undang seperti konstitusi Inggris.⁶⁵

Mula-mula Romawi adalah sebuah monarki, tetapi kemudian raja-rajanya diturunkan dengan paksa. Sekitar 500 SM, republik mulai muncul secara jelas, disusul dengan perebutan kekuasaan antar golongan (*Patrician*-bangsawan dan *Plebeians*-buruh petani) yang berlangsung lama dan berakhir (sekitar 300 SM) dengan ditetapkannya persamaan hak terhadap rakyat jelata yang dilindungi oleh para pejabat yang dipilih khusus untuk itu yang disebut *Tribunes*.⁶⁶

⁶⁴ *Ibid.* Hal. 24

⁶⁵ *Ibid.* Hal. 27.

⁶⁶ *Ibid.* Hal. 27.

Dalam konstitusi republik ini, ada tiga elemen pemerintahan yang diharapkan dapat saling mengimbangi (*check and balances*) satu sama lain; Pertama, adalah elemen monarki (*diserahkan dari tangan raja semula*) yang memmanifestasikan dirinya dalam bentuk jabatan penasihat. Jabatan penasihat ini ada dua dan dipilih setiap tahun; masing-masing memiliki hak untuk memveto satu sama lain; kedua, adalah elemen aristokratis yang diwujudkan dalam bentuk Senat, sebuah majelis yang pada suatu masa memiliki kekuasaan legislatif yang sangat besar; dan ketiga adalah elemen demokratis yang berupa pertemuan-pertemuan rakyat dalam tiga jenis konvensi yang dibagi berdasarkan tanah atau rakyat (*cury, century, atau suku bangsa*).⁶⁷

Konstitusi Romawi dimulai sebagai suatu perpaduan harmonis antara elemen-elemen monarki, aristokratis, dan demokratis dan berakhir sebagai suatu aristokrasi yang tidak bertanggung jawab.⁶⁸ Konstitusi klasik Roma, raja adalah satu-satunya yang berhak mengeluarkan undang-undang dan konsekuensinya tidak dibolehkan menyatakannya bertentangan dengan hukum lainnya.⁶⁹

⁶⁷ *Ibid.* Hal. 27.

⁶⁸ *Ibid.* Hal. 30.

⁶⁹ Thelwall, John. *Democracy Vindicated. An Essay On The Constitution & Government Of The Roman State; From The Posthumous Works Of Walter Moyle; With A Preface And Notes*, (Online), (www.constitution.org/moyle/con_rom.tx, diakses????).

Di Abad Pertengahan, fenomena feodalisme kemudian berkembang pesat di seluruh Eropa, yang merupakan salah satu jenis konstitusionalisme Abad Pertengahan karena dalam beberapa taraf tersusun menjadi suatu bentuk pemerintahan sosial dan politik yang dapat diterima secara umum. Ciri utamanya adalah pembagian negara menjadi unit-unit kecil.⁷⁰

Prinsip umum feodalisme adalah setiap orang harus punya penguasa. Hal ini semakin menambah hak-hak prerogatif bayangan di dalam kekaisaran Abad Pertengahan tanpa menambah hakikatnya. Pada gilirannya, kaisar dianggap sebagai “*God vassal* - pengikut Tuhan.” Kejahatan feodalisme terletak pada sedemikian banyaknya kekuasaan yang diberikan pada baron-baron tinggi dan proporsi kekuatan mereka dimasa itu yang terhambat ketika negara kesatuan bangkit. Oleh karena itu, raja-raja kuat dari Abad Pertengahan adalah mereka yang melakukan segala daya upaya untuk memusatkan kekuasaan di tangan mereka sendiri dan juga menyusun suatu kontrol pusat yang merusak supremasi para baron.⁷¹

Retaknya institusi Abad Pertengahan yang telah ditelusuri sejauh ini telah diberi dorongan hebat oleh kebangkitan kembali kebudayaan kuno secara besar-besaran pada abad ke-15, yang dengan segala akibatnya secara umum disebut sebagai *Renaissance* (Pencerahan). Dampak umum

⁷⁰ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op cit.* Hal. 33 dan 24.

⁷¹ *Ibid.*

Renaissans adalah atomisasi sekaligus integrasi: Renaissans mengatomisasi atau memisahkan dunia Abad Pertengahan, tetapi mengintegrasikan atau menggabungkan negara secara individual. Di Inggris, Perancis, dan Spanyol, Renaissans mengakibatkan semakin bersatunya negara secara lebih erat dalam bentuk nasional; di Jerman dan Italia, proses integrasi terus berlangsung, tetapi dengan wilayah yang jauh lebih terbatas sehingga banyak negara-negara kecil bermunculan di Jerman dan Italia. Namun, dalam banyak hal, Renaissans tidak begitu berhasil sebagaimana yang terjadi di Inggris, Spanyol, dan Perancis.⁷²

Negara Renaissans bukan negara konstitusional yang sebenarnya dan kurang demokratis yang memiliki sifat terpenting adalah kedaulatan eksternal yang mengisyaratkan adanya otoritas pusat dan kuat mempertahankan dirinya dengan segala cara, terutama untuk memperkuat negara terhadap negara-negara tetangga. Kedaulatan Renaissans sama sekali tidak memikirkan hak-hak individu, sementara otonomi Yunani dipahami sebagai satu-satunya cara untuk menjamin adanya kehidupan yang baik terhadap setiap warga secara individual. Raja-raja Renaissans hanya memperhatikan politik dan tidak sedikitpun tidak memperhatikan etika, sedangkan kedua hal

⁷² *Ibid.* Hal. 37 dan 38.

tersebut berjalan berdampingan dengan sangat erat dalam filosofi Dunia Kuno.⁷³

Machiavelli sendiri adalah produk Renaisans, sebab negaranya, Italia, pada masa itu tidak berubah bentuk menjadi negara dengan kekuasaan Renaisans. Machiavelli menginginkan adanya seseorang yang dapat melakukan hal-hal seperti yang telah berlangsung di negara-negara yang terletak lebih ke barat.⁷⁴

Inggris juga mengalami periode depotisme ini selama Masa Renaisans, tetapi ada keadaan-keadaan istimewa yang mencegah depotisme itu menguat dan menetap.⁷⁵ Terdapat dua fakta penting yang berhubungan dengan Revolusi Inggris 1688: pertama, penguasaan urusan negara beralih secara efektif dari Raja kepada "Raja dalam Parlemen"; kedua, perubahan ini ditetapkan berdasarkan undang-undang. Sebelum masa ini, tidak ada undang-undang untuk segala maksud dan tujuan, yang ada hanya hukum adat istiadat dan konvensi. Magna Carta 1215 hampir bukan merupakan undang-undang dan dalam segala hal, kebanyakan ketetapannya telah menjadi usang dengan berlalunya masa feodal.⁷⁶

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid* Hal. 40.

⁷⁶ *Ibid.* Hal. 43.

“*Rule of Law*” yang artinya persamaan kedudukan warga negara di hadapan hukum. Di satu sisi, undang-undang seperti *Habeas Corpus* (1679) dan *the Act of Settlement* (1701) telah menjamin kekebalan warga negara dari kesalahan hukuman penjara dan sisi lain, menjamin pula kekebalan seorang hakim dari campur tangan raja. Keputusan peradilan seperti yang berhubungan dengan John Wilkes (1763), secara serentak telah memberikan perlindungan kepada warga negara dari kesalahan penahanan dan tuduhan, bahkan kepada menteri-menteri raja, dalam proses hukum biasa. *Rule of Law* ini ditransfer ke koloni-koloni Inggris dan karenanya menjadi dasar sistem hukum masa kini di dominion-dominion Inggris berpemerintahan sendiri dan Amerika Serikat.⁷⁷

Oleh karenanya, menjelang pertengahan abad ke-18, Inggris adalah negara konstitusional, walaupun bukan negara demokratis dan selama pertengahan abad ke 18, Inggris merupakan satu-satunya negara konstitusional di dunia. Itulah sebabnya penelusuran dalam uraian singkat mengenai sejarah Inggris ini hanya sampai pada masa tersebut. Sebagaimana pendapat ahli bahwa sebelum pecahnya Revolusi Amerika dan Perancis, sejarah sistem pemerintahan di Inggris (pemerintahan dalam negeri maupun di negara-negara jajahannya) pada pelaksanaannya adalah sejarah

⁷⁷ *Ibid.* Hal. 44 dan 45.

pemerintahan sendiri di dunia. Oleh karena itu, tidak pelak lagi, sistem ini telah menjadi contoh bagi perkembangan konstitusional negara-negara lain dikemudian hari.⁷⁸

Konstitusi Inggris adalah hasil dari perkembangan konvensi yang berlangsung lambat dan bukan produk penemuan yang disengaja, yang dihasilkan dari sebuah teori seperti konstitusi-konstitusi lainnya yang dikaji disini. Walaupun perkembangannya bukan merupakan hasil sebuah teori atau banyak teori, konstitusi Inggris telah dijadikan titik tolak pemikiran politik yang mencirikan abad ke-17 dan ke-18.⁷⁹

C. Konstitusi Modern Dan Kontrak Sosial

KC Where menyatakan bahwa konstitusi terdapat dalam dua dimensi yaitu: *pertama*, dimensi luas yaitu sistem pemerintahan di suatu negara dan merupakan himpunan yang mendasari serta mengatur pemerintahan dalam penyelenggaraan tugas-tugasnya yang didalamnya terdapat tata aturan yang bersifat hukum maupun yang bukan bersifat hukum ; *kedua*, dimensi sempit

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

yaitu sekumpulan peraturan yang legal dalam sistem ketatanegaraan suatu negara yang dimuat dalam suatu dokumen yang terkait satu sama lain.⁸⁰

Dennis C. Mueller menyatakan bahwa “*a constitution as a form of sosial contract joining the citizens of the state and defining the state itself.*”⁸¹ Konstitusi adalah sebuah bentuk kontrak sosial diantara sesama warga Negara untuk membentuk Negara itu sendiri.

Teori kontrak sosial di dunia modern, teori ini pertama kali didukung oleh kaum *Huguenot* di Perancis dan rakyat Belanda dibawah penindasan bangsa Spanyol. Kaum *Huguenot* di Perancis dan rakyat Belanda merupakan penderita terburuk akibat dari kedua fenomena ini. Kontrak sosial sama sekali bukan cara baru, perjuangan teori kontrak sosial dapat dijumpai pada karya Plato (*Republik*), dan teori ini muncul kembali selama abad pertengahan dalam krisis perebutan kekuasaan antara para Kaisar dan para Paus.⁸²

Teori kontrak sosial pada prinsipnya menyatakan bahwa manusia status alamiah hidup dalam keadaan yang sangat “liar” tanpa aturan. Kondisi inilah yang sering menimbulkan chaos, bahkan sering terjadi pertarungan antara individu dengan individu maupun antar kelompok. Kondisi ini

⁸⁰ Soimin dan Sulardi. 2004. *Hubungan Badan Legislatif dan Yudkatif Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*. Hal. 23-24. UMM Press: Malang.

⁸¹ Mueller, Dennis C. 1996. *Constitutional Democracy*. Hal. 61. Oxford University Press: Oxford.

⁸² Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit.* Hal. 46.

dirasakan tidak terdapat suatu jaminan kehidupan keselamatan dan keamanan yang kemudian disadari sebagai hak dasar setiap individu. Akhirnya mereka sepakat membantuk suatu komunitas politik melalui suatu kontrak bersama yang kini kita kenal sebagai negara, yang tidak lain ditujukan untuk menjamin hak dasarnya.

Penganut teori kontrak sosial diantaranya adalah John Locke dan JJ Rousseau. John Locke menguraikan⁸³ bahwa pada awalnya manusia dalam status alamiah adalah keadaan sebebas-bebasnya dalam batas hukum alam (*law of nature*) tanpa perlu izin dan bergantung pada kehendak siapapun.⁸⁴ Pelaksanaan hukum alam diberikan kepada setiap orang, setiap orang mempunyai hak menghukum (*right to punish the transgressors of that law*) hingga tingkatan yang dapat mencegah pelanggaran tersebut. Hal ini didasarkan pada anggapan hukum alam “Barang siapa menumpahkan darah orang maka darahnya akan ditumpahkan pula (*Who’s sheddeth man’s blood, by man shall his blood be shed*).”

⁸³ Locke, John. 1823. *Two Treatises of Government A New Edition, Corrected. In Ten Volumes. Vol. V*: 106-115. Printed for Thomas Tegg; London; W. Sharpe and Son; G. Offor; G. and J. Robinson; J. Evans and Co. Also R. Griffin and Co. Glasgow; and J. Gumming: Dublin.

⁸⁴ Konsep ini juga dibahas oleh Thomas Hobbes dalam *Leviathan* (1651) yang melahirkan absolutisme dan JJ Roeseeau dalam *Sosial Contract* (1762) yang akhirnya melahirkan konsep demokratis (Ishay, Michelin R (ed). 1997. *The Human Rights Reader-Major Political Essays, Speeches, and Documents From The Bible to the Present*. Hal. 84-88 dan 110-119 Routledge: New York.

John Locke kemudian menganggap ajaran ini adalah ajaran aneh (*strange doctrine*) karena semua orang mempunyai kekuasaan melaksanakan hukum alam sama dan sederajat dan raja buat dirinya sendiri. Secara kodrati manusia mempunyai kekuasaan untuk pelestarian kehidupan kebebasan dan hak (tanah) milik (*life, liberty, and estate*). Namun dalam keadaan alamiah ini dengan hak yang sama, pemenuhannya tak menentu dan senantiasa menghadapi ancaman serangan. Hal ini membuatnya ingin berhenti dari kondisi ini, meskipun bebas tetapi penuh dengan ketakutan dan bahaya yang tak menentu; dan hal itu menyebabkan mereka mencari dan berkeinginan bergabung dalam sebuah masyarakat dengan yang lainnya dengan yang baru saja bersatu atau mempunyai pikiran untuk bersatu demi untuk saling menguntungkan kelestarian akan kehidupan, kebebasan dan tanah miliknya.⁸⁵ Mereka kemudian mencari perlindungan (*sanctuary*) guna pelestarian hak miliknya menurut undang-undang yang telah ditetapkan oleh pemerintah (*under the established laws of government*). Oleh karenanya mereka menyerahkan kekuasaan penghukuman masing-masing untuk dilaksanakan kepada siapa diantara mereka yang ditunjuk (*appointed to it amongst them*), oleh aturan-aturan yang akan disetujui masyarakat atau orang yang diberi kewenangan untuk itu (*authorised by them to that purpose*). Kedua kekuasaan hukum alam ini termasuk kekuasaan untuk menghukum

⁸⁵ Bahwa kehidupan, kebebasan dan tanah milik ketiga elemen inilah yang melahirkan konsep derivasi HAM yang tidak dapat dikurangi (*non derogable rights*).

kejahatan yang melawan hukum (*crimes committed against that law*)⁸⁶ ini diserahkan ketika bersatu dalam masyarakat politis melalui suatu pakta sosial dan menunjuk otoritas untuk melaksanakan pakta tersebut.

Strong menguraikan bahwa menurut Locke, masyarakat terdiri dari warganegara dan raja yang membentuk sebuah alat pemerintahan bersama untuk menginterpretasikan dan melaksanakan hak-hak umat manusia yang sudah ada sejak mula sebelum kondisi politik itu ditetapkan. Doktrin umum ini mudah diterapkan oleh Locke untuk keadaan istimewa pada tahun 1688 dan sebenarnya sudah masuk dalam revolusi konvensi tahun 1689 yang menurunkan Raja James II dari tahta.⁸⁷ Locke sudah puas dengan secara

⁸⁶ Bandingkan uraian singkat historik dengan lahirnya kejahatan terhadap kemanusiaan ini bahwa setelah perang dunia I, tahun 1919, sekutu dalam hubungannya dengan *Treaty of Versailles*, membentuk komisi untuk menyelidiki kejahatan perang (*war crimes*) Jerman yang didasarkan pada *Hague Convention 1907*. Dalam *Preamble Hague convention* telah ditemukan spirit kejahatan terhadap kemanusiaan yaitu "*Recognizing that cultural property has suffered grave damage during recent armed conflicts and that, by reason of the developments in the technique of warfare, it is in increasing danger of destruction*" Komisi ini bertugas untuk menyelidiki kejahatan perang yang dilakukan oleh orang-orang Jerman, namun komisi ini juga menemukan bahwa Turki melakukan kejahatan terhadap hukum kemanusiaan (*crimes against the laws of humanity*) yaitu pembunuhan besar-besaran (*massacre*) orang-orang Armenia. Amerika Serikat dan Jepang kemudian adalah negara yang paling menentang perilaku *crimes against the law of humanity* dimana hal itu dianggap pelanggaran moral dan bukan hukum positif. Oleh karenanya setelah menjadi sponsor untuk digelarnya pengadilan penjahat perang Nazi Jerman, maka untuk pertama kali kejahatan terhadap kemanusiaan diakui dalam hukum positif internasional. (Bassiouni, Cheriff. Tanpa Tahun. *Crimes Against Humanity, crimes of war*. URL; Lihat juga Robertson, Geoffrey. 1999. *Crimes Against Humanity- The Struggle for Global Justice*. Hal. Xiv. Allen Lenn The Pinguin Press: England, USA, Australia, Canada, New Zealand.

⁸⁷ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit.* Hal. 48.

samar-samar membayangkan 'rakyat' pada dasarnya sebagai sebuah perwujudan kekuatan yang lebih unggul.⁸⁸

Menurut Azhari berdasarkan hal dikemukakan Locke maka dapat disimpulkan bahwa negara bertujuan menjamin hak asasi warga; penyelenggaraan negara berdasarkan atas hukum; adanya pemisahan kekuasaan negara demi kepentingan umum; supremasi dari kekuasaan pembentuk undang-undang yang tergantung pada kepentingan rakyat. Oleh karenanya dapatlah dikatakan bahwa Locke merupakan orang pertama yang meletakkan dasar pemikiran tentang unsur negara hukum.⁸⁹

Rousseau, yang berusaha merekonsiliasikan dengan demokrasi dalam karyanya, *Sosial Contract* (1762). Rousseau melakukan upaya berani meneguhkan sebuah pembelaan yang logis dan bahkan tak terbantahkan tentang demokrasi dengan cara mengembangkan teori Locke menurut metode Hobbes⁹⁰. Rousseau menyatakan bahwa manusia dilahirkan bebas dan walaupun kemana-mana tetap terikat, satu-satunya cara yang mengesahkan perbudakan terletak pada kekuasaan kedaulatan yang masih

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Azhary, 1995. *Negara Hukum Indonesia*. Hal. 27-28. UI Press: Jakarta.

⁹⁰ Karya *Leviathan* (1651) Thomas Hobbes sering digunakan dasar tirani Negara, karena membongkar hubungan (*nexus*) Tuhan dan Negara. Sumber kekuasaan politik adalah persetujuan rakyat dan karena rakyat alamiahnya suka berperang maka otoritasnya harus diberikan kepada penguasa yang menegakkan hukum guna perlindungan terhadap masyarakat dan lingkungannya. Hobbes sangat menentang keras adanya kebebasan individu. Menurutnya hak adalah penyerahan kekuasaan individu untuk selama-lamanya (Robertson, Geoffrey. 1999 *Crimes... op.cit.* Hal. 4).

tetap menjadi hak rakyat. Rakyat telah membuat perjanjian yang mengubah banyak individu menjadi sebuah masyarakat. Perjanjian tersebut menjamin persamaan, karena dengan demikian, masing-masing individu mengabdikan dirinya untuk semua dan tidak untuk siapa-siapa. Doktrin kedaulatan rakyat ini ibarat merupakan bunyi sangkakala yang menghimpun kekuatan-kekuatan yang telah ditakdirkan untuk menggulingkan Rezim Lama di Eropa, karena jika ajaran Rousseau akhirnya dapat diterima secara umum, despotisme terbuka itu pada akhirnya tidak akan menang melawannya.⁹¹

Pada kenyataannya, Pandangan Locke⁹² maupun Rousseau merupakan pembenaran atas terjadinya Revolusi Inggris⁹³, Revolusi Amerika dan Perancis pada abad 18⁹⁴. Geoffrey Robertson menilai bahwa persetujuan rakyat dan pemerintah ini berkelanjutan dan bisa ditarik sewaktu-waktu, jika pemerintah ingkar terhadap tujuan berkomunitas antara Negara dan rakyat.⁹⁵

⁹¹ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit* Hal. 49; Lihat Juga Rousseau, Jean-Jacques, 1991. *The Sosial Contract and Discourse*. (London: G.D.H.Cole-Translation. J. M. Dent & Sons.Ltd) Hal. 200-227.

⁹² Karya John Locke ini ditulis 1690 yaitu dua tahun setelah "*Glorius Revolutions*" yang merupakan filsuf politik pertama yang menemukan prinsip bahwa pemerintah harus melalui persetujuan rakyat dalam rangka komitmen melindungi kebebasan (Robertson, Geoffrey. 1999. *Crimes...* *op.cit*. Hal. 4)

⁹³ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit*. Hal. 47.

⁹⁴ *Ibid*. Hal 50.

⁹⁵ Robertson, Geoffrey. 1999 *Crimes...* *op.cit*. Hal. 4.

Membahas tentang kontrak sosial menarik untuk membandingkan uraian Laica Marzuki tentang perjanjian pemerintahan (*governmental contract*) antara para *matoa* sebagai wakil rakyat *tana Cina (Bugis)* dengan tokoh *Simpurusiang Manurunge ri Lompo*. Perjanjian ini membebani kekuasaan raja diantaranya *Musalipuri temmadingingngi* yaitu memenuhi kebutuhan pakaian dan perumahan; *mudongiri temmatippa'keng*; menjamin keamanan dan harta benda dan *muballawoi temmaerukeng* merahasiakan segala sesuatu yang dapat membuat malu.⁹⁶

Lebih lanjut Laica Marzuki menguraikan bahwa konsepsi perjanjian pemerintahan ini senafas dengan paradigma teori kontrak sosial, meski para penulis sejarah (*palontaraq'*) Bugis-Makassar telah sejak awal abad ke-16 mengemukakan gagasan konsep perjanjian pemerintahan atas dasar perjanjian kemasyarakatan mendahului karya pemikir kontrak sosial di atas.⁹⁷

Prinsip-prinsip awal konstitusionalisme modern yang terdokumentasi modern yang diinspirasi oleh teori kontrak sosial adalah *Declaration of Independence (1776)*.⁹⁸ Perkembangan konstitusionalisme terdokumentasi

⁹⁶ Laica Marzuki, HM. 2005. *Perjanjian Pemerintahan (Governemental Contract), Pada Kerajaan Bugis Makassar*. Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar. Unhas Makassar: Lihat Juga: Laica Marzuki, H.M. 2005. *Berjalan-jalan di Ranah Hukum*. Hal. 167. Konstitusi Press: Jakarta.

⁹⁷ *Ibid.* Hal. 172.

⁹⁸ *Declaration of Independence* menyatakan: "Bahwa semua manusia diciptakan sama; bahwa ia dianugerahi oleh Penciptanya dengan hak tertentu yang tidak dapat diambil alih.....bahwa untuk menjamin hak-hak ini dibentuk pemerintah-pemerintah dikalangan masyarakat yang memperoleh kekuasaan mereka sepentasnya dari persetujuan pihak yang

modern kedua adalah ketika pemerintah Perancis bangkrut pada tahun 1789 yang terpaksa mengambil kebijaksanaan untuk memanggil kembali Majelis Daerah-daerah (*states General*) yang tidak pernah bersidang lagi sejak tahun 1614. Peristiwa ini membawa semua dogma idealis Rousseau dan para pengikutnya ke dalam mimbar sehingga menyebabkan dilaksanakannya dogma-dogma tersebut bersamaan dengan diresmikannya konstitusi politik. Akhirnya pada tahun 1789 Majelis Nasional menetapkan "*Deklarasi Hak-hak Asasi Manusia dan Warga Negara*" sebelum akhirnya badan itu diresmikan sebagai badan yang membuat konstitusi. Dokumen ini sarat dengan dogma tentang asal mula sebuah negara yang bersifat kontrak, dogma tentang kedaulatan rakyat dan hak-hak individu termasuk prinsip non retroaktif.⁹⁹

Pendapat lain mengungkapkan bahwa piagam tertulis pertama kali dalam sejarah umat manusia yang dapat dibandingkan dengan pengertian konstitusi dalam arti modern adalah Piagam Madinah. Piagam ini dibuat atas persetujuan bersama antara Nabi Muhammad SAW dengan wakil-wakil penduduk kota Madinah tak lama setelah beliau Hijrah dari Makkah ke Yasrib, nama kota Madinah sebelumnya, pada tahun 622 M¹⁰⁰ Muhammad

diperintah; bahwa, kapanpun pemerintahan menjadi destruktif terhadap tujuan-tujuannya, rakyat berhak untuk mengubah atau mengakhiri, serta mendirikan sebuah pemerintahan baru yang berlandaskan pada prinsip-prinsip tersebut dan mengorganisir kekuasaannya dalam bentuk tersebut yang mempengaruhi keselamatan dan kebahagiaan mereka". (Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit.* Hal. 51).

⁹⁹ *Ibid.* Hal. 52 & 53.

¹⁰⁰ Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi...* *op.cit.* Hal. 13.

Yamin mengatakan bahwa konstitusi tertua didunia yaitu konstitusi Amerika : *Declaration of Rights di Philadelphia (1774), Declaration of Independence (1176)* kemudian konstitusi 1787.¹⁰¹

James Bryce mendefinisikan konstitusi sebagai "suatu kerangka masyarakat politik (negara) yang diorganisir dengan dan melalui hukum. Hukum menetapkan adanya lembaga-lembaga permanen dengan fungsi yang telah diakui dan hak-hak yang telah ditetapkan."¹⁰² Konstitusi juga dapat didefinisikan sebagai kumpulan prinsip-prinsip mengatur kekuasaan pemerintahan, hak-hak yang diperintah (rakyat), dan hubungan diantara keduanya. Konstitusi bisa berupa sebuah catatan tertulis; dapat ditemukan dalam bentuk dokumen yang bisa diubah atau diamandemen menurut kebutuhan dan perkembangan zaman; atau konstitusi dapat juga berwujud sekumpulan hukum terpisah dan memiliki otoritas khusus sebagai hukum konstitusi. Atau, bisa pula dasar-dasar konstitusi tersebut ditetapkan dalam satu atau dua undang-undang dasar sedangkan selebihnya bergantung pada otoritas kekuatan adat-istiadat atau kebiasaan.¹⁰³

¹⁰¹ Bahar, Safroeddin dkk (penyunting). 1995. *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI)-28 Mei 1945-22 Agustus 1945*. Hal. 177. Sekretariat Negara RI: Jakarta.

¹⁰² Teori Bryce inilah yang mendasari MPR diberikan kewenangan oleh UUD 1945 yang merupakan hukum (tetrtinggi) untuk mengubah dan menetapkan konstitusi.

¹⁰³ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit.* Hal. 15.

Brian Thompson, menjelaskan bahwa konstitusi adalah “.....a constitution is a document which contains the rules for the operation of an organization”. (Hal 16)¹⁰⁴. William G Andrews menyatakan bahwa “constitutions provided standard against which governors could measures their performance and could measures by the governed”. Dengan kata lain Andrews juga menyebutkan bahwa “the constitutions imposes restraints on government as a function of constitutionalisme; but it also legitimizes the power of the government”. Fungsi konstitusi sebagai sebuah *national symbol*. Konstitusi juga mempunyai fungsi prospektif mengartikulasikan cita dan tujuan dari masyarakatnya.¹⁰⁵

Phillips Hood dan Jackson menjelaskan konstitusi dalam konteks Inggris adalah: “a body of laws, customs and conventions that define the composition and powers of the organs of the state and that regulate the realitions of the various state organs to one another and to the private citizens”(hal. 17).¹⁰⁶ “Constitution” menurut Ivo D. Duchacek, “identify the sources, purposes, uses and restraints of publik power” (mengidentifikasi

¹⁰⁴ Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* Hal. 16; Thompson, Brian. 1997. *Textbook on Constitutional and Administrative Law- 3rd ed.* Hal. 3. Blackstone Press Ltd: London.

¹⁰⁵ Andrews, William G. 1968. *Constitution and Constitutionalisme-3rd ed.* Hal. 21-24. D. Van Nostrand Company Inc: Princeton. New Jersey. Toronto. London.

¹⁰⁶ Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* Hal. 17; lihat juga Phillips, O Hood. 1987. *Constitutional Administrative Law.* Hal. 5. Sweet and Maxwell: London.

sumber, tujuan penggunaan-penggunaan dan pembatasan-pembatasan kekuasaan umum).¹⁰⁷

Ivor Jennings dalam bukunya “*Cabinet Government*” menyatakan bahwa Konstitusi selalu bergantung pada persetujuan, baik yang ditetapkan melalui referendum atau dengan persetujuan secara tertutup atau bahkan dengan cara pemaksaan. Jika masyarakat yang diperintah berpendapat bahwa konstitusi tersebut menyengsarakan, maka konstitusi tersebut akan ditolak.¹⁰⁸

Thomas Paine, menyatakan tentang konstitusi bahwa:¹⁰⁹

“A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government; and government without a constitution, is power without a right.”. Lebih lanjut Paine menyebutkan bahwa “A constitution is the property of a nation, and not of those who exercise the government. All the constitutions of America are declared to be established on the authority of the people. In France, the word nation is used instead of the people; but in both cases, a constitution is a thing antecedent to the government, and always distinct there from”.

Konstitusi tidak dihasilkan oleh pemerintah melainkan oleh rakyat. Pemerintah tanpa konstitusi adalah pemerintah yang tanpa hak. Sebuah

¹⁰⁷ Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* Hal. 17; Duchacek, Ivo D. 1987. *Constitution And Constitutionalism* dalam Bogdanor, Vernon. *Blackwell's Encyclopedia of Political Science*. Hal. 142. Blackwell: Oxford.

¹⁰⁸ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi..., op.cit.* Hal. 15. Lihat juga berita : ketika kumpulan masyarakat sipil yang tercantum dalam Koalisi Konstitusi Baru melakukan penolakan terhadap proses perubahan konstitusi, dengan merobek-robek kertas kerja MPR tahun 2000.

¹⁰⁹ Thomas Paine, 1998. *The Rights of Man*. p2 Bab IV. The University of Adelaide Library [Electronic Texts Collection](#): Australia.

konstitusi adalah hak milik bangsa, bukan milik orang yang menjalankan pemerintahan. Semua konstitusi amerika dinyatakan ditetapkan berdasarkan wewenang rakyat. Di Perancis digunakan kata bangsa bukan kata rakyat. Tetapi keduanya, konstitusi hadir lebih dahulu daripada pemerintah, dan senantiasa berbeda dari pemerintah.¹¹⁰

Dalam hubungan definisi Paine di atas maka berlakunya suatu konstitusi sebagai hukum dasar yang mengikat didasarkan atas kekuasaan tertinggi atau prinsip kedaulatan yang dianut dalam suatu negara. Jika negara itu menganut paham kedaulatan rakyat, maka sumber legitimasi konstitusi itu adalah rakyat. Jika yang berlaku adalah paham kedaulatan raja, maka raja yang menentukan berlaku tidaknya suatu konstitusi. Hal inilah yang disebut oleh para ahli sebagai "*constituent power*". Yang merupakan kewenangan yang berada diluar dan sekaligus di atas sistem yang diaturnya. Karena itu, dilingkungan negara-negara demokrasi, rakyatlah yang dianggap menentukan berlakunya suatu konstitusi.¹¹¹

Menurut Soekarno konstitusi adalah alat, arah, dinamika sumber bagi semua undang-undang yang dibentuk, menjamin kesejahteraan dan keselamatan seluruh rakyat.¹¹² Yamin sendiri mengatakan bahwa konstitusi

¹¹⁰ Dikutip juga dalam: Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* Hal. 5.

¹¹¹ *Ibid.* Hal. 18; Lihat juga Thompson, Brian. 1997. *Textbook...op.cit* Hal. 5.

¹¹² Simorangkir, J.C.T. 1984. *Penetapan UUD (Dilihat Dari Segi Ilmu Hukum Tata Negara Indonesia)*. Hal. 17- 18. PT. Gunung Agung: Jakarta.

itu sesungguhnya merupakan percikan pemikiran suatu bangsa yang membuatnya.¹¹³ Bagir Manan menyebutkan bahwa konstitusi adalah ketentuan yang mengatur organisasi Negara dan susunan pemerintahan suatu Negara. Setiap Negara memiliki konstitusi, mengingat konstitusi adalah sumber hukum utama suatu Negara, dan tidak ada Negara yang tidak memiliki konstitusi, meski terdapat perbedaan berdasarkan sejarah, budaya, ideologi, filsafat dan sebagainya.¹¹⁴ Konstitusi adalah tidak lain dari pada seperangkat ketentuan mengenai tata cara bernegara suatu bangsa.¹¹⁵

Konstitusi dalam pengertian yuridis, adalah suatu naskah yang memuat suatu bangunan Negara dan sendi-sendi sistem pemerintahan Negara. Oleh karenanya konstitusi mempunyai pengertian yang sama dengan undang-undang dasar sebagai naskah yang tertulis adalah paham modern saat ini.¹¹⁶ Konstitusi juga merupakan bagian yang sangat penting dalam hidup bermasyarakat dan bernegara, Dari konstitusi dapat diketahui

¹¹³ Yamin, Muhammad, 1956. *Konstituante Indonesia dalam Gelanggang Demokrasi*. Hal. 173. Jembatan: Jakarta.

¹¹⁴ Bagir Manan, 1995. *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi di Suatu Negara*. Hal. 5. Mandar Maju: Bandung.

¹¹⁵ Wahyono, Padmo. 1986. *Negara Republik Indonesia*. Hal. 67. Rajawali Press: Jakarta.

¹¹⁶ Thaib, Dahlan. 1999. *Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Konstitusi*. Hal. 14. Liberty: Yogyakarta.

bentuk Negara, corak pemerintahan, hak asasi yang dilindungi, hak dan kewajiban Negara, hubungan antar warga Negara dan pemerintah.¹¹⁷

Franklin Delano Roosevelt menyatakan dalam pidatonya sebagai Gubernur New York Tahun 1930¹¹⁸ :

“The Constitution also contains guarantees of religious freedom, of equality before the law of all possible acts of injustice to the individual citizens; and Congress is empowered to pass laws enforcing these guarantees of the Constitution, which is declared to be the supreme law of the land.”

Lasalle menguraikan bahwa konstitusi sesungguhnya menggambarkan hubungan kekuasaan yang terdapat dalam masyarakat misalnya, Kepala Negara, Partai Politik, Buruh, Tani, Pegawai dan seterusnya dan sebaiknya seluruhnya ditulis dalam konstitusi.¹¹⁹

Pasal 16 Deklarasi Peranacis menyatakan bahwa setiap negara yang tidak menjamin hak-hak asasi atau tidak menentukan pemisahan kekuasaan adalah sama sekali tidak memiliki konstitusi. Yang dimaksud konstitusi dalam pasal ini menurut Antonio Cassese adalah suatu masyarakat modern dan

¹¹⁷ Sukardja, Ahmad. 1995. *Piagam Madinah dan UUD 1945*. Hal. 5-6. UI press: Jakarta.

¹¹⁸ Anonim. March 2, 1930. *Address of Franklin D. Roosevelt as Governor of New York*, (Online), (http://www.lexrex.com/enlightened/writings/fdr_address.htm, diakses??????)

¹¹⁹ Soimin dan Sulardi. 2004. *Hubungan...op.cit.* Hal. 28.

terorganisasi, jadi lebih daripada hanya sebuah kesejajaran dari pribadi-pribadi yang bertarung antar sesamanya.¹²⁰

Selain pengertian "*constituent power*", muncul pula pengertian "*constituent act*". Dalam hubungan itu, konstitusi dianggap sebagai "*constituent act*", bukan produk peraturan legislatif yang biasa (*ordinary legislative act*). "*Constituent power*" mendahului konstitusi, dalam konstitusi organ pemerintahan yang diatur dan dibentuk berdasarkan konstitusi.¹²¹

Seperti dikatakan oleh Bryce, konstitusi tertulis merupakan:

"the instrument in which a constitution is embodied proceeds from a source different from that whence spring other laws, is regulated in a different way, and exerts a sovereign force. It is enacted not by the ordinary legislative authority but by some higher and specially empowered body. When any of its provisions conflict with the provisions of the ordinary law, it prevails and the ordinary law must give way".

Oleh karenanya, dikembangkannya pengertian "*constituent power*" berkaitan pula dengan pengertian hirarki hukum (*hierarchy of law*). Konstitusi merupakan hukum lebih tinggi atau bahkan paling tinggi serta paling fundamental sifatnya, karena konstitusi itu sendiri merupakan sumber legitimasi atau landasan otorisasi bentuk-bentuk hukum atau peraturan-peraturan perundang-undangan lainnya." Jimly Asshidiqie menyebutkan

¹²⁰ Cassese, Antonio. 1993 . *Hak-Hak Asasi Manusia di Dunia Yang Berubah*. Hal. 27. diterjemahkan oleh A. Rahman Zainuddin. Yayasan Obor Indonesia: Jakarta.

¹²¹ Disinilah definisi Paine mendapatkan dukungan teori.

bahwa Konstitusi disebut mendahului, bukan karena urutan waktunya, melainkan dalam sifatnya yang “superior“ dan kewenangannya untuk mengikat.¹²²

Seperti yang diungkap sebelumnya bahwa konstitusionalisme modern berkembang dari dua dasar utama, yaitu nasionalisme dan demokrasi representatif. (konstitusi modern)¹²³. Peneliti sendiri menambahkan selain kedua elemen tersebut sesungguhnya dalam perkembangan modernisasi selanjutnya yang tak kalah pentingnya paham modern adalah humanisme disinilah konstitusi tersebut akan mengalami inklusifitas menuju universalisme konstitusi. Mengingat konstitusi menurut Michael Ignatief bahwa perlindungan terbaik HAM bukanlah pada perjanjian internasional (*internasional treaty*) tetapi oleh konstitusi dari negara-negara demokratis.¹²⁴

¹²² Asshidiqie, Jimly. 2004. *Konstitusi... op.cit.* Hal. 5; Lihat juga Paine, Thomas. 2000. *Daulat Manusia (Jawaban atas Serangan Burke Terhadap Revolusi Perancis*-Thomas Paine. *The Rights of Man*). Hal. 194. Diterjemahkan oleh Hermoyo. 2000. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.

¹²³ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi..., op.cit.* Hal. 22.

¹²⁴ Glendon, Mary Ann. April 2004. The Rule of Law in The Universal Declaration of Human Rights .*Northwestern University Journal of Internasional Human Rights*. USA. Volume 2.

D. Klasifikasi Konstitusi

Menurut Aristoteles istilah konstitusi (*politeia*) menunjukkan hal yang sama dengan “badan warga negara-*politeuma*”. *Politeuma* di setiap kota (polis) adalah yang tertinggi, pastilah terdiri dari satu, segelintir atau banyak orang yang memiliki otoritas. Apabila otoritas ini dijalankan untuk kepentingan umum maka inilah konstitusi yang benar¹²⁵ sedangkan jika untuk kepentingan pribadi dari para pemilik otoritas tersebut, maka hal ini merupakan konstitusi yang salah.¹²⁶

Lebih lanjut Aristoteles menguraikan bahwa kedua tipe konstitusi ini masing-masing terbagi tiga sub bagian berdasarkan jumlah “satu”, “segelintir” dan “banyak orang” otoritas yang memerintah masing-masing tipe. Konstitusi yang benar adalah dimiliki otoritas “monarki”, “aristokrasi” dan “pemerintahan konstitusional-*polity*” sedangkan konstitusi yang salah/penyimpangan adalah “tirani”, “oligarki dan demokrasi”. Dengan penjelasan bahwa tirani adalah penyimpangan kerajaan; oligarki adalah penyimpangan aristokrasi dan demokrasi penyimpangan dari pemerintahan konstitusional.¹²⁷

¹²⁵ Pandangan aristoteles adalah “*A godlike ruler should rule like a god, and if a godlike man should appear among men, godlike rule would and should be gladly conceded to him*”. (McIlwain, C Howard. 1947. *Constitutionalism:...loc.cit*).

¹²⁶ Aristoteles. Tanpa Tahun. *Politik*. 2004. Hal. 117-118. Diterjemahkan oleh Saut Pasaribu. Jakarta: Bintang Budaya.

¹²⁷ *Ibid*. Hal. 117-118.

Aristoteles berpendapat bahwa klasifikasi ini termasuk lengkap dan eksklusif sebab setelah melakukan kajian menyeluruh dan seksama terhadap tak kurang dari 158 konstitusi Yunani dan Barbar pada zamannya (sayang sekali risalah yang memuat detail kajian ini telah lenyap), ia sampai pada kesimpulan bahwa semua negara pasti melewati satu siklus revolusi.¹²⁸

Permasalahan yang diajukan Aristoteles adalah menemukan bentuk pemerintahan yang cukup stabil untuk memutuskan siklus ini. Ia menemukannya pada tipe pemerintahan kelas menengah yang dinamakannya *polity* (politik dan pemerintahan didalam masyarakat). Inilah “*jalan tengah*” yang menurut Aristoteles terdapat diantara gagasan monarki dan aristokrasi. “*Jalan tengah*” ini amat sulit dicapai dan dipertahankan,

¹²⁸ Lebih lanjut Strong menguraikan bahwa suatu negara yang mengawali siklus ini dengan tipe pemerintahan yang mungkin paling baik pemerintahan satu orang yang dari sudut pandang otoritas politik merupakan orang yang amat suci, yaitu pemerintahan monarki atau kerajaan. Selang beberapa waktu orang suci ini tidak dapat lagi memerintah; namun pemerintahan satu orang terus berlanjut dan diselenggarakan melalui pemaksaan. Aristoteles menyebutkan tipe pemerintahan ini sebagai tirani dan despotisme. Akan tetapi, suatu hari penguasa tiran ini akan menemui perlawanan sekelompok orang bermoral yang akan menggulingkan dirinya dan kekuasaannya. Pemerintahan sekelompok orang atau golongan ini disebut aristokrasi. Namun, setelah beberapa waktu, semangat aristokrasi pun mulai menurun. Meskipun pemerintahan golongan terus berlanjut, namun tidak lagi berdasarkan kebijakan politik dan diselenggarakan lewat pemaksaan atau korupsi. Aristoteles menyebut bentuk korup dari aristokrasi ini dengan oligarki. Akhirnya timbul pemberontakan rakyat untuk menentang pemerintahan yang mengerikan ini dan oligarki digantikan oleh pemerintahan banyak orang atau rakyat atau demokrasi. Menurut Aristoteles demokrasi sangat mudah menjadi kebebasan dan anarki. Aristoteles dan Plato berpendapat, pemerintahan banyak orang ini akan menurun dengan sendirinya; pemerintahan banyak orang tidak dapat membantu menjadi pemerintahan rakyat banyak (atau Aristoteles menyebutnya, pemerintahan orang miskin), yang merupakan penolakan terhadap pemerintahan itu sendiri. Kemudian, dari kegelapan muncul kembali seorang yang amat suci dan berakhlak tinggi, seorang Caesar yang seorang diri dapat memulihkan ketenteraman dan budi pekerti. Siklus ini pun menjadi lengkap dan dimulai lagi dari awal (Strong, C. F. 2004. *Konstitusi..., op.cit.* Hal. 81-84).

merupakan kebalikan dari pemerintahan tirani, oligarki, dan demokrasi yang tidak dikehendaki. Aristoteles menganggap pemerintahan kelas menengah ini sangat penting untuk menciptakan kestabilan dalam pemerintahan. Istilah *polity* yang digunakan untuk menggambarkan pemerintahan kelas menengah itu kini telah diaplikasikan secara umum.¹²⁹

Klasifikasi konstitusi menurut Aristoteles dapat diringkas dalam bentuk grafik seperti berikut :

Bentuk buruk atau salah	Bentuk baik dan benar	Tipe konstitusi
a. Tirani atau depotisme	Monarki atau kerajaan	Pemerintahan satu orang
b. Oligarki	Aristokrasi	Pemerintahangolongan
c. Demokrasi	Polity	Pemerintahan banyak orang

Strong mengakui bahwa banyak hal yang bisa dipelajari dari ajaran Aristoteles ini, diantaranya dengan penekanan penting bahwa tujuan semua warga negara dalam negara selalu harus berupa keselamatan dalam persatuan mereka sehingga segala sesuatu harus dikorbankan demi berlangsungnya konstitusi yang merupakan landasan. Segala tindakan warga negara yang berada diluar batas-batas konstitusi (disatu sisi, apakah

¹²⁹ *Ibid.*

tindakan inkonstitusional yang dilakukan oleh pemerintah dimasa itu, atau disisi lain, apa yang disebut "*direct action*/tindakan langsung" yang dilakukan oleh asosiasi non politik tidak akan bisa segera ditoleransi.¹³⁰

Secara teoritis, Konstitusi dapat dibedakan ke dalam kategori, yaitu Konstitusi Politik dan Konstitusi Sosial.¹³¹ Konstitusi kategori pertama semata-mata merupakan sebuah dokumen hukum yang berisikan pasal-pasal yang mengandung norma-norma dasar dalam penyelenggaraan Negara, hubungan antara rakyat dan Negara, lembaga-lembaga Negara, dan sebagainya. Sedangkan Konstitusi jenis ke dua lebih luas daripada sekedar dokumen hukum karena mengandung cita-cita sosial bangsa yang menciptakannya, rumusan-rumusan filosofis tentang Negara, rumusan-rumusan sistem sosial dan sistem ekonomi, juga rumusan-rumusan sistem politik yang ingin dikembangkan di Negara itu.¹³²

¹³⁰ *Ibid.* Hal. 27, lebih lanjut dijelaskan bahwa Montesqueiu, misalnya pada pertengahan abad ke-18 membagi pemerintahan menjadi tiga kelas: republik, monarkis, dan despotik. Beberapa tahun kemudian Rousseau juga mengklasifikasikan bentuk pemerintahan menjadi tiga: otokratik, aristokratik, dan demokratik. Tetapi kemudian bertahan bahwa hanya ada satu bentuk negara, yaitu republik. Immanuel Kant, menerangkan tiga jenis negara yang cocok dengan tiga bentuk pemerintahan Rousseau, tetapi bentuk pemerintahan menurut Kant hanya ada dua: republik dan despotik. (*Ibid.* Hal. 81-84).

¹³¹ Sebagai bahan perbandingan dapat dibaca juga uraian peneliti dalam Sidin, A. Irmanputra. January 3, 2005. In Defense of RI's Constitutional Economy. *The Jakarta Post*.

¹³² Mahendra, Yusril Ihza. 1996. *Dinamika Tata Negara Indonesia*. Hal. 18-20. Gema Insani Press: Jakarta.

Bivitri Susanti menyatakan bahwa *"No doubt that constitution is infact not only a legal document, it is also a political document. Therefore, the state of politics itself will be an important factor to constitutionalism."*¹³³

Dari segi isi (materil), Edward S. Finer .et.al mengatakan bahwa konstitusi adalah *"codes of norm which aspire to regulate the allocation of power, functions, and duties among the various agencies and offiver of government, and to define the relationships between these and the public."*¹³⁴

Smith dan Brazier, menyatakan bahwa konstitusi adalah:

*"Primarily about political authority and power the location, conferment, distribution, exercise, and limitation of authority and power among the organs of a a state...concerned with matters of procedures as well as substance. More often than not they also include explicit guarantees of the rights and freedom of individuals. And sometimes they incorporate ideological pronouncements-principles by which the state ought to be guided or to which it ought to aspire, and statements of the citizen's duties."*¹³⁵

Namun apapun bentuknya, menurut Strong bahwa sebuah konstitusi sejati mencantumkan keterangan-keterangan jelas mengenai hal-hal berikut: pertama, cara pengaturan berbagai jenis institusi; *kedua*, jenis kekuasaan yang dipercayakan kepada institusi-institusi tersebut; dan ketiga, dengan cara

¹³³ Susanti, Bivitri. 2002. *Constitution And Court In Indonesia: A Narrative*. Makalah dipresentasikan pada *Symposium on the Reach of Law in the Pacific Rim*, held by Law and Society Association, in the University of British Columbia, Vancouver, Canada, 28-29 May 2002. Hal. 2.

¹³⁴ Finer, Samuel Edward cs. 1995. *Comparing Constitutions*. Hal. 1. T.T. Clardron Press: Oxford.

¹³⁵ De Smith, Stanley and Brazier, Rodney. 1994. *Constitutional and Administrative Law*, 7th ed. Hal. 7. Penguin Book: London.

bagaimana kekuasaan tersebut dilaksanakan. Diibaratkan seperti kondisi tubuh manusia yang terdiri dari organ-organ yang bekerja secara harmonis ketika tubuh itu berada dalam kondisi sehat dan sebaliknya ketika sedang sakit. Begitu pula halnya dengan suatu negara atau badan politik, dikatakan memiliki konstitusi ketika organ-organ dan fungsi-fungsinya telah diatur secara jelas dan tidak dipengaruhi oleh tingkah laku suatu kelaliman. Misalnya, suatu tujuan suatu konstitusi adalah membatasi tindakan sewenang-wenang pemerintah, menjamin hak-hak rakyat yang diperintah dan menetapkan pelaksanaan kekuasaan yang berdaulat.¹³⁶

Andrews menjelaskan bahwa memberikan batasan pemerintah sebagai fungsi konstitusionalisme yang merupakan instrumen dokumenter terhadap transfer kekuasaan dari *the residual holder*-rakyat dibawah demokrasi, raja bahwa monarki-kepada organ-organ kekuasaan negara.¹³⁷

Beberapa pandangan yang menyatakan bahwa konstitusi adalah dokumen tertulis yang memiliki kesakralan khusus. Strong mengkritik pandangan ini sebagai sesuatu yang sungguh-sungguh keliru karena tidak ada konstitusi yang benar-benar tertulis. Konstitusi tetaplah sebuah konstitusi meskipun tidak dalam bentuk dokumentasi. Oleh karenanya Strong mengkritik de Tocqueville, terjebak pada kesalahan dengan menyatakan

¹³⁶ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit.* Hal. 16.

¹³⁷ Andrews, William G. 1968. *Constitution...op.cit.* Hal. 23.

bahwa konstitusi Inggris tidak ada, karena Inggris tidak memiliki dokumen konstitusional.¹³⁸

Strong memberikan contoh bahwa konstitusi Inggris Raya dikatakan tidak tertulis, tetapi ada beberapa hukum tertulis atau undang-undang yang telah sangat memodifikasi konstitusi tersebut.¹³⁹ Misalnya, *Bill of Rights* (1689) adalah sebuah hukum konstitusi, demikian pula dengan berbagai *Franchise Acts*-Undang-Undang Perluasan Hak Suara pada abad ke-19 dan abad ke-20 dan terutama Undang-Undang Parlemen 1911 dan 1949 yang membatasi kekuasaan *Lords* untuk mengamandemen atau menolak rancangan undang-undang yang sudah disahkan *Commons*.¹⁴⁰

Konstitusi Amerika Serikat merupakan konstitusi tertulis yang paling lengkap diantara semua konstitusi; meskipun beberapa kebiasaan atau konvensi tak tertulis telah tumbuh dan berkembang di tengah-tengah kehendak para penyusun konstitusi, tanpa adanya amandemen yang sebenarnya di dalam konstitusi sendiri untuk itu. Misalnya, Pasal II, Bagian I Konstitusi (bersama dengan amandemen ke-12), yang menyatakan bahwa untuk memilih Presiden, rakyat harus memilih *elector* yang akan bersidang

¹³⁸ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit.* Hal. 185.

¹³⁹ John Gillisen dan Frits Gorle. 2005. *Sejarah Hukum Suatu Pengantar (Historische Inleiding tot het Recht)* disadur oleh Freddy Tengker. 2005. Hal. 365. Bandung: PT. Refika Aditama bahwa Inggris adalah suatu Negara tanpa undang-undang dasar dan tanpa kitab undang-undang.

¹⁴⁰ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit.* Hal. 90 -91.

dan memilih dengan suara mayoritas siapa pun yang mereka kehendaki. Namun, hal ini seperti yang akan diperlihatkan nanti tidak terjadi dalam pelaksanaannya.¹⁴¹ Strong lebih menekankan bahwa yang harus diingat hanyalah bahwa konstitusi tertulis adalah konstitusi yang terdokumentasi dan konstitusi tak tertulis adalah konstitusi yang tak terdokumentasi.

Pandangan Strong inilah yang menginspirasi di Indonesia juga muncul pandangan akan dua pengertian konstitusi yaitu tertulis dan tidak tertulis.¹⁴² Konstitusi non dokumen tak lain adalah konstitusi fleksibel yaitu dapat diubah atau diamandemen tanpa adanya prosedur khusus, namun menurut Strong bahwa sangat mungkin pula sebuah konstitusi dokumen bukanlah konstitusi kaku yang mempersyaratkan prosedur khusus untuk perubahannya.¹⁴³

Pada kasus Inggris Raya, misalnya, prosedur legislatif yang digunakan tepat sama, apakah untuk mengesahkan rancangan undang-undang yang berkaitan dengan, misalnya, penetapan larangan bagi pelatih binatang untuk menerapkan metode tertentu dalam mempertunjukkan binatang ataupun perubahan radikal pada kekuasaan *House of Lords*. Sebenarnya di Inggris,

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Lubis, M. Solly. 1978. *Asas-Asas Hukum Tata Negara*. Hal. 45. Alumni: Bandung; lihat juga Joeniarto, 1981. *Sumber-Sumber Hukum Tata Negara Indonesia*. Hal. 22. Liberty: Yogyakarta; Syahuri, Taufiqurrahman. 2004. *Hukum Konstitusi (Proses dan Prosedur Perubahan UUD 1945-2002)*. Hal. 31. Ghalia Indonesia: Bogor.

¹⁴³ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit.* Hal. 92-94.

tidak ada yang namanya hukum konstitusional yang berbeda sehingga Konstitusi Kerajaan Inggris dinyatakan fleksibel. Hal yang sama juga terjadi pada Konstitusi Kerajaan Italia terdahulu. Meskipun Italia dibawah pemerintahan monarki punya konstitusi terdokumentasi, tidak ada prosedur khusus yang ditetapkan didalam konstitusi untuk perubahannya.¹⁴⁴ Semua itu kini sudah berubah di Italia sebab Konstitusi Republik Italia 1947 memuat penjelasan yang paling terperinci dan menyeluruh tentang cara-cara amandemennya.¹⁴⁵

Penekanan terhadap paradoks ini, perlu diingat bahwa Konstitusi Republik Perancis Ketiga meskipun merupakan instrumen yang sedikit sekali berbentuk tertulis, namun bersifat kaku. Sebabnya sederhana saja, karena konstitusi itu mewajibkan adanya prosedur khusus untuk mengubahnya. Konstitusi Republik Perancis Keempat yang diresmikan pada tahun 1946 sama saja keadaannya, jika tidak bisa dikatakan lebih kaku. Meskipun bentuknya berbeda dengan Konstitusi Republik Ketiga, Konstitusi Republik Keempat merupakan sebuah dokumen yang lengkap dan menyeluruh. Konstitusi Republik Kelima sama kakunya, meskipun kekuasaan khusus untuk mengubahnya diberikan kepada Presiden. Di Amerika Serikat, konstitusinya pun bersifat kaku karena tidak dapat diamandemen tanpa

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

adanya prosedur istimewa yang ditetapkan untuk itu. Sesungguhnya, kondisi seperti ini memang diperlukan karena konstitusi menetapkan secara jelas kekuasaan yang dimiliki pemerintah federal. Jika kekuasaan pemerintah federal melampaui batas-batas konstitusi, maka konstitusi itu tidak akan berubah, tetapi malah menjadi hancur. Singkatnya, dapat dikatakan bahwa konstitusi yang tidak dapat diubah tanpa menghancurkannya adalah konstitusi kaku.¹⁴⁶

Satya Arinanto, menyatakan bahwa pembagian konstitusi tertulis dan tidak tertulis mengalami perubahan, yang tidak lagi membedakan berdasarkan bentuknya tertulis atau tidak tertulis melainkan apakah konstitusi tercantum dalam suatu dokumen pokok (*documentary constitution*) atau tidak (*non documentary constitution*).¹⁴⁷

Terdapat pendapat yang menyatakan bahwa hampir semua pendekatan tentang problem hukum konstitusional tak tertulis (*unwritten constitutional law*) dapat dihubungkan dengan satu atau dua posisi yaitu bersumber pada legitimasi diluar teks dari konstitusi (H. J. Wolff, P. Liver, H. Huber), atau dari interpretasi ekstensif (*J. Esser*) atau konkretisasi (K. Hesse, F. Müller) dari norma-norma konstitusi.¹⁴⁸

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Arinanto, Satya. 8 Agustus 2001. "Merindukan Konstitusi Baru". *Koran Tempo*.

¹⁴⁸ Kube, Hanna. *Unwritten Constitutional Norms and Principles in Germany*. (PL internet).

Tentang konstitusi tak tertulis, diuraikan oleh Beverley McLachlin bahwa:

*“First, unwritten constitutional principles refer to unwritten norms that are essential to a nation’s history, identity, values and legal system. Second, constitutions are best understood as providing the normative framework for governance. Seen in this functional sense, there is thus no reason to believe that they cannot embrace both written and unwritten norms. Third – and this is important because of the tone that this debate often exhibits – the idea of unwritten constitutional principles is not new and should not be seen as a rejection of the constitutional heritage our two countries share....The contemporary concept of unwritten constitutional principles can be seen as a modern reincarnation of the ancient doctrines of natural law. Like those conceptions of justice, the identification of these principles seems to presuppose the existence of some kind of natural order..”*¹⁴⁹

Menurut Bryce , penyusunan konstitusi dapat disebabkan oleh empat motif:

- a. Keinginan warga negara untuk menjamin hak-hak mereka sendiri tatkala hak-hak tersebut terancam, dan untuk mengendalikan tindakan-tindakan penguasa.
- b. Keinginan dari salah satu pihak, baik dari waga negara atau dari penguasa yang berharap dapat memenuhi keinginan rakyat, untuk menetapkan bentuk sistem pemerintahan yang saat itu masih belum jelas, menurut aturan-aturan positif guna mengurangi kemungkinan adanya tindakan sewenang-wenang dari penguasa.
- c. Keinginan dari pihak-pihak yang membentuk masyarakat politik baru untuk memperoleh cara pemerintahan dalam bentuk yang permanen dan dapat dipahami oleh warga negara.
- d. Keinginan dari komunitas-komunitas terpisah untuk menjamin adanya aksi bersama yang efektif, sementara pada saat yang sama mereka juga berharap dapat mempertahankan kepentingan dan hak-haknya sendiri secara terpisah.¹⁵⁰

¹⁴⁹ McLachlin, Beverley. 2005 *Unwritten Constitutional Principles: What Is Going On?*. Hal. 4 Supreme Court Of Canada, Lord Cooke Lecture Wellington, New Zealand. (<http://www.fact.on.ca/judiciary/newzeal.pdf>).

¹⁵⁰ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit.* Hal. 185 (PL).

Berkaitan dengan klasifikasi tertulis dan tidak tertulisnya John Alder menyebutkan tentang sumber hukum ketatanegaraan diantaranya adalah prinsip dasar (*basic principle*); nilai-nilai moral dan politik; hukum yang mutlak meliputi putusan pengadilan; produk parlemen dan kebiasaan parlemen; konvensi atau ketatanegaraan; perilaku politik yang baik; aturan partai politik; dan hukum internasional.¹⁵¹

Pendapat Alder ini ditanggapi Jimly Asshidiqie bahwa prinsip dasar; nilai moral politik harus dilihat sebagai satu kesatuan sebagai satu norma yang hidup sebagai *constitutional rules* yang dianggap baik begitupula dengan konvensi ketatanegaraan. Semuanya dapat diakui dalam pengertian konstitusi tidak tertulis atau *the living constitutional rules*.¹⁵²

Padmo Wahyono sendiri menguraikan bahwa terdapat dua macam yaitu :¹⁵³

1. Konstitusi yang Murni, yang betul-betul penjelmaan suatu ide bernegara. Konstitusi semacam ini tidak perlu dicari lagi norma yang dijadikan dasar pembentukannya. Konstitusi ini merupakan suatu kekuasaan yang mandiri bersumber pada falsafah hidup yang terpancar ke suatu pandangan atau ide bernegara (*normloze macht*).

¹⁵¹ Asshidiqie, Jimly. 2005. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*. Hal. 13-14. Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI: Jakarta.

¹⁵² *Ibid.* Hal.14-19.

¹⁵³ Wahyono, Padmo. 1986. *Negara...op.cit.* Hal. 68.

2. Konstitusi “buatan”, seolah-olah *prefabricated (prefabricated constitution)* yang kekuasaannya bersandar pada konstitusi lain. Misalnya dalam negara-negara (boneka), konstitusinya hanya akan merupakan suatu *Machtloze Normlogiek*.

E. Uji Konstitusionalitas- Konstitusionalisme Post Modern

Semua pemerintahan negara konstitusional memiliki tiga kekuasaan, yaitu kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Pengklasifikasian negara ditemukan dalam lima bagian yaitu: bentuk negara tempat konstitusi itu diberlakukan; bentuk konstitusi itu sendiri; bentuk lembaga legislatif; bentuk lembaga eksekutif; dan bentuk lembaga yudikatif atau peradilan.¹⁵⁴

Setiap Negara memiliki seperangkat hukum dasar (*a set of fundamental laws-rules*) tentang pembuatan aturan, tentang distribusi kekuasaan, termasuk secara tidak langsung kepada seluruh kekuasaan, termasuk batasan kekuasaan hal inilah disebut konstitusi. Konstitusi dapat tertulis maupun tidak tertulis, rinci atau umum, transisional atau tidak. Aturan dasar dari sebuah masyarakat tidak dinyatakan hanya dalam bentuk tertulis. Lebih dari itu, kepercayaan fundamental dan nilai di sebuah masyarakat

¹⁵⁴ Strong, C. F. 2004. *Konstitusi...*, *op.cit.* Hal. 86.

adalah aturan dasar setidaknya-tidaknyanya merupakan bagian tak tertulis, yang terkadang lebih penting kepada warga negara daripada aturan formal konstitusi. Oleh karenanya bagian tak tertulis dari konstitusi sama pentingnya dengan bagian formal atau tertulis itu sendiri.¹⁵⁵

Undang-Undang Dasar sebagai istilah, peneliti asumsikan sama dengan konstitusi. Djokosoetono melakukan pembedaan istilah konstitusi (*constitutie*) dan UUD (*gronwet*). UUD adalah *geschreven constitutie* atau konstitusi yang dituliskan atau hanya merupakan naskah atau dokumen.¹⁵⁶

L.J. Van Apeldoorn menyatakan bahwa UUD adalah bagian tertulis dari suatu konstitusi sedangkan konstitusi memuat aturan tertulis maupun tidak tertulis. Herman Heller menyatakan bahwa *constitution* atau *verfassung* berbeda dari UUD atau *grundgezets*, konstitusi memiliki arti luas daripada UUD.¹⁵⁷

Mempersamakan konstitusi dan UUD dimulai oleh Oliver Cromwell, Lord Protector Inggris pada 1649- 1660 dengan menamakan bahwa UUD adalah *instrument of government*, pegangan untuk memerintah oleh pemerintah. Pengertian ini kemudian diadopsi oleh AS yang kemudian

¹⁵⁵ Adrian, Charles R., & Pers, Charles. 1965. *The American...op.cit.* Hal. 105.

¹⁵⁶ Laksono, Fajar dan Subarjo. 2006. *Kontroversi Undang-Undang Tanpa Pengesahan Presiden*. Hal. 21. UII Press: Yogyakarta; lihat juga Ranggawidjaja, Rosjidi. 1996. *Wewenang Menafsirkan Undang-Undang*. Hal. 3. Cita Bhakti Akademika: Bandung; Thaib, Dahlan 2000. *Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Konstitusi*. Hal. 7. Liberty: Yogyakarta.

¹⁵⁷ Laksono, Fajar dan Subarjo. 2006. *Kontroversi...op.cit.* hal 21-22; lihat juga Una, Sayuti. 2004. *Pergeseran Kekuasaan Pemerintah Daerah Menurut Konstitusi di Indonesia*. Hal. 44. UII Press: Yogyakarta.

dituangkan dalam konstitusi AS 1787 yang juga dipergunakan oleh Lafayette di Perancis tahun 1798.¹⁵⁸

Struycken berpendapat bahwa konstitusi dan UUD adalah sama, bedanya konstitusi memuat garis-garis besar dan asas tentang organisasi negara. Sri Soemantri beranggapan sama bahwa keduanya tidaklah berbeda.¹⁵⁹

Dari tiga UUD yang pernah kita kenal di Indonesia, dua diantaranya mempergunakan istilah UUD, yakni UUD 1945 dan UUDS 1950, sedang sebuah lagi memakai istilah konstitusi yakni KRIS 1949. Berbicara mengenai UUD atau Konstitusi, maka pertanyaan yang pertama dan mungkin tertua ialah : Apa yang dimaksud dengan UUD atau Konstitusi itu? Moore berkata antara lain :

*“The oldest and most general usage is purely descriptive : the constitution of a country consist of its governmental institution and the rules which control their operation. In Aristotle’s words : “ A Constitution is the organization of offices in a state, and determines what is to be the governing body.....”*¹⁶⁰

Usep Ranawidjaya menyebutkan bahwa konstitusi dalam arti formal berhadapan dengan konstitusi dalam arti materil. Hal ini dikarenakan terdapat kemungkinan bahwa sebagian atau seluruh ketentuan konstitusi baik yang

¹⁵⁸ Laksono, Fajar dan Subarjo. 2006. *Kontroversi...op.cit.* Hal. 22.

¹⁵⁹ *Ibid.*; lihat juga Soemantri, Sri. 1987. *Prosedur dan Sistem perubahan Konstitusi.* Hal. 1. Alumni: Bandung.

¹⁶⁰ Simorangkir, J.C.T. 1984. *Penetapan...op.cit.* Hal. 5.

tertulis maupun tak tertulis dalam kenyataannya tidak berlaku dan tidak dilaksanakan sehingga dalam praktek penyelenggaraan negara tumbuh dan berkembang satu rangkaian kaidah ketatanegaraan yang berbeda dari yang dikehendaki semula.¹⁶¹

Lowenstein menyebutkan terdapat tiga nilai konstitusi yaitu: pertama, *normatif*, yaitu konstitusi itu diterima oleh suatu negara yang berlaku tidak terbatas dalam arti hukum tetapi juga kenyataan; kedua, *nominal*, bahwa konstitusi itu menurut hukum memang berlaku, tetapi tidak keseluruhan/sepurna pemberlakuannya; dan ketiga, *semantik*, yaitu konstitusi itu secara hukum memang berlaku namun kenyataannya sekedar untuk memberi bentuk hukum dari tempat yang telah ada dan untuk melaksanakan kekuasaan politiknya. Mobilitas kekuasaan yang dinamis untuk mengatur sistem yang menjadi maksud esensial dari suatu konstitusi diberikan demi kepentingan pemegang kekuasaan yang sebenarnya.¹⁶²

Konstitusi Amerika adalah dokumen tertulis, namun lebih dari itu konstitusi juga dapat ditemukan dalam pendapat Mahkamah Agung-nya (*the United States Supreme Court*) daripada sekedar dokumen yang kita sebut *the Constitution of the United States*, bahkan termasuk amandemennya.

¹⁶¹ Ranawijaya, Usep. 1983. *Hukum Tata Negara Indonesia: Dasar-Dasarnya*. Hal. 184 Ghalia Indonesia: Jakarta.

¹⁶² Soimin dan Sulardi. 2004. *Hubungan... op.cit.* Hal. 25-26.

Disinilah konstitusi informal tersebut muncul yang sama pentingnya dengan bentuk formalnya itu sendiri.¹⁶³

Sesungguhnya kekuasaan untuk menilai konstitusionalitas tidaklah berasal dari ketentuan teks eksplisit dari konstitusi. Satu ilustrasi kekuasaan *judicial review* MA AS adalah kasus *Hylton v. United States*, 1796. MA AS memutuskan bahwa pengadilan dapat menegakkan pajak federal. Putusan ini menguatkan hak judicial untuk menyatakan bahwa suatu undang-undang sesuai atau tidak dengan konstitusi. Namun, kasus seperti ini semakin sering dilakukan setelah putusan MA AS lainnya yaitu *Marbury v. Madison* (1803) ketika menyatakan UU Kekuasaan Kehakiman AS adalah *null and void* karena bertentangan dengan konstitusi AS. Marshall mengungkap doktrin *judicial review*, dan menyimpulkan bahwa konstitusi implisit memberikan kekuasaan kepada MA AS untuk membatalkan suatu undang-undang menurut pendapat pengadilan bahwa melanggar konstitusi. Setelah kasus ini, MA memperluas otoritasnya melalui pengaturan konstitusional dari *Georgia Statute* dalam kasus *Fletcher v. Peck* (1810) ketika menyatakan bahwa MA AS berwenang menyatakan suatu undang-undang negara bagian bertentangan dengan konstitusi. Melalui *judicial review*, MA menobatkan dirinya sebagai *chief interpreter and arbiter of the Constitution*¹⁶⁴. Oleh

¹⁶³ Adrian, Charles R. & Pers, Charles. 1965. *The American...op.cit.* Hal. 106.

¹⁶⁴ Judicial Review. *The Supreme Court*. National Constitution Center (National Constitution Center 525 Arch Street Independence Mall Philadelphia, PA 19106, (Online),

karenanya maka di AS, *judicial review* adalah fungsi alamiah dari kekuasaan judisial bahkan sebelum diadopsi oleh konstitusi.¹⁶⁵

Definisi *judicial review* adalah kekuasaan pengadilan untuk menguji dan mungkin membatalkan undang-undang atau peraturan pemerintah lainnya yang melanggar konstitusi atau norma yang lebih tinggi. Hal ini adalah cara untuk menjamin bahwa penyelenggara Negara menghormati konstitusi dan tidak menggunakan kekuasaan yang diberikan konstitusi kepadanya untuk mengambil tindakan tidak sah. *Judicial review* pada umumnya adalah kata akhir akan validitas hukum lembaga pemerintahan.¹⁶⁶

Pada titik pemikiran *judicial review* inilah maka peneliti, berangkat tentang paham konstitusionalisme post modern menjadi konstitusi modern, ketika pengadilan akan sangat berperan menegakkan konstitusi menandai era pergeseran supremasi parlemen ke supremasi konstitusi¹⁶⁷. Oleh

(<http://www.constitutioncenter.org/explore/BasicGoverningPrinciples/JudicialReview.html>, diakses?????).

¹⁶⁵ Lihat: de Andrade, Fernandes. Gustavo. 2004. *Comparative Constitutional Law: Judicial Review* U. PA. J. CONST. L. 977 (PL internet) d Andrade ; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Two Hundred Years of Marbury v. Madison: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and Europe*. German Law Journal. Vol. 05 No. 06: 686-687. (Online), (<http://www.germanlawjournal.com>, diakses?????).

¹⁶⁶ Huq, Azis. Tanpa Tahun. *Summary of Papers on Constitutional Courts and Judicial Review*, (Online), (<http://www.cic.nyu.edu/archive/pdf/E23SummaryConstitutional%20Court%20Judicial%20ReviewAHaq.pdf> , diakses?????).

¹⁶⁷ Tentang supremasi parlemen lebih lanjut dapat dibaca dalam: Ogorek, Markus. 2005. *The Doctrine Of Parliamentary Sovereignty In Compara-Tive Perspective*. German Law Journal. Vol . 06 No. 06: 968-980, (Online), (<http://www.germanlawjournal.com>, diakses?????).

karenanya seorang hakim haruslah betul-betul mengawal konstitusi dengan segala kemampuan, kecakapan dan integritasnya guna membuat tafsir konstitusi yang setidak-tidaknya terminimalisir sebuah tafsir politik atau kepentingan lainnya. Hakim adalah adalah *the sound of the constitution* yang merupakan konstitusi itu sendiri yang di negara-negara eropa memiliki lembaga tersendiri seperti MK -*Constitutional Court*.

MK memiliki fungsi penting dalam konsolidasi dan pemeliharaan pemerintahan demokratis yang merupakan tempat penegakan HAM¹⁶⁸. MK membuat konstitusi menjadi dokumen hidup (*living document*) yang membentuk dan melaksanakan langsung kekuasaan politik yang lebih sekedar sebuah koleksi dengan kalimat yang baik sebagai simbol aspirasi. MK juga dapat membuat sebuah rezim baru tidak hanya demokrasi tetapi juga sebuah Negara yang diperintah oleh hukum dan penghormatan terhadap warganya.¹⁶⁹

Di Indonesia, MPR adalah lembaga politik permusyawaratan rakyat, sarana penghimpun dan penyalur aspirasi rakyat untuk dituangkan menjadi

¹⁶⁸ Bandingkan uraian Rotman, Anna. Tanpa Tahun. *Benin's Constitutional Court: An Institutional Model for Guaranteeing Human Rights*. Harvard Human Rights Journal. Harvard Law School-Human Rights Program: Massachusetts. Vol. 17: 282-314.

¹⁶⁹ Horowitz, L Donald. 2003. *Constitutional Courts: Opportunities And Pitfalls*. (Online), (<http://www.cic.nyu.edu/archive/pdf/E24ConstitutionalCourtsOppsPitfallsHorowitz.pdf>, **diakses???**)

susunan norma hukum dasar. MK dirancang sebagai lembaga pengawal bahkan lembaga penafsirnya.¹⁷⁰

Constitutional review dibedakan dengan istilah *judicial review* karena dua alasan yaitu: *constitutional review* selain harus dilakukan oleh hakim dapat pula dilakukan pada lembaga mana dimana konstitusi memberikan kewenangan untuk melakukannya; dan dalam konsep *judicial review* terkait pula pengertian yang lebih luas objeknya, misalnya mencakup soal legalitas peraturan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, sedangkan “*constitutional review*” hanya menyangkut pengujian konstitusionalitasnya yaitu terhadap konstitusi.¹⁷¹

Kedua model pengujian di atas juga juga dibedakan dengan istilah *toetsingsrecht* (hak menguji) yang berbeda dengan (*toetsing*) kewenangan menguji misalnya kebertujuan hukum atau kesesuaiannya dengan hukum lain (*toetsing naar doelmatigheid en toetsing naar rechtmatigheid*), pengujian

¹⁷⁰ Asshidiqie, Jimly 2005. *Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara*. Hal. 11. Konstitusi Press: Jakarta.

¹⁷¹ Asshidiqie, Jimly. 2005. *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*. Hal. 3. Konstitusi Press: Jakarta. (Jimly-model); Baca juga : *Many countries have a constitutional court that usually is the most authoritative interpreting body of the Constitution, as for example the Bundesverfassungsgericht in Germany. In Italy too there is a constitutional court, the Corte costituzionale. In those countries where there is no constitutional court, some other institution has the status of the most authoritative interpreting body of the Constitution. In France there is the Conseil constitutionnel, established in 1958 when the Constitution was reformed. The Conseil constitutionnel on many occasions pronounced some Bills to be in conflict with the Constitution* (Hautamäki, Veli-Pekka. 3 October 2002. *Authoritative Interpretation Of The Constitution: A Comparison of Argumentation in Finland and Norway*. Electronic Journal of Comparative Law. Vol. 6. Tilburg University & Universiteit Utrecht: Netherland ; lihat juga Horowitz, L Donald. 2003. *Constitutional...loc.cit.*

keberwenangan (*toetsing naar van bevoegdheid*), tentang dapat tidaknya diterima (*toetsing naar van de ontvankelijkheid*), tentang pengujian undang-undang terhadap konstitusi (*toetsing van wet aan grondwet*) dan pengujian peraturan perundang-undangan (*toetsing van wetgeving*).¹⁷²

Dalam kasus *judicial review* ini sesungguhnya telah diberikan basis teori melalui pemikiran tentang pemisahan kekuasaan oleh Montesquie dan Rousseau melalui prinsip *checks and balances*, ketika supremasi konstitusi terus mendapatkan tempatnya dalam paham konstitusi modern meninggalkan supremasi parlemen.¹⁷³

Dalam Kasus *Marbury vs Madison* yang terkenal sebagai gelombang pertama sejarah modern *judicial review* merupakan kreasi Marshal yang sebelumnya adalah *Secretary of State* dalam masa pemerintahan Presiden John Adams seorang *Federalist*. Pada Pemilu untuk masa jabatan kedua (1800), Adams dikalahkan Thomas Jeferson dari Partai Demokratik Republik. Dalam masa transisi kekuasaan (“*demisioner*”) Adams membuat keputusan-keputusan dengan mengangkat kawan-kawannya seperti Marshall menjadi Ketua MA AS. Dengan bantuan Marshall yang masih menjabat *Secretary of State* juga mengangkat kawan lainnya seperti Wiliam Marbury, Dennis

¹⁷² Fatmawati. 2005. *Hak Menguji (Toetsingsrecht) Yang Dimiliki Hakim dalam Sistem Hukum di Indonesia*. Hal. XV. Raja Grafindo Persada: Jakarta.

¹⁷³ Lihat Siahaan, Maruaraar. 2005. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*. Hal. 5. Konstitusi Press: Jakarta; Asshidiqie, Jimly. 2005. *Model... op.cit.* Hal. 14-15.

Ramsay, Rober Townsend Hooe dan William Harper menjadi hakim perdamaian (*justices of peace*). Ternyata, salinan surat keputusan tidak sempat diserahterimakan kepada yang bersangkutan dan kemudian surat-surat keputusan ini ditahan oleh James Madison, *Secretary of State* yang menggantikan Marshall setelah Jefferson dilantik sebagai Presiden. Oleh karena penahanan itulah, maka Marbury dkk mengajukan tuntutan ke MA AS yang telah dipimpin oleh Marshall dengan kewenangannya memerintahkan pemerintah untuk penyerahan surat keputusan tersebut (*writ of mandamus*). Dalam putusan MA AS yang dikreasikan Marshall, membenarkan bahwa surat pengangkatan tersebut adalah hak bagi Marbury karena Presiden Adams sebelumnya telah memenuhi semua persyaratan hukum keluarnya surat tersebut, Namun, permintaan tentang *writ of mandamus*, berdasarkan kewenangan *Section 13 Judiciary Act 1789* tidak dapat dikabulkan karena bertentangan dengan *Article III, Section 2 the US Constitution*.¹⁷⁴

Berbeda dengan model of Marbury v. Madison, ketika MA mendeklarasikan bahwa kewajiban dan ranah bagian judicial yang menentukan statu hukum apakah konstitusional atau tidak., peradilan umum

¹⁷⁴ Beureau of Internasional Information Programs. 2004. *Outline of The US Legal Sistem*, USA. Hal. 10-25. Department of State: United States; Lihat juga Alden, John R. 1963. *Rise of The American Republic*. Hal. 231. Harper and Row Publishers: New York, Vanston and London.; Lihat Juga Asshidique, Jimly. 2005. *Model... op.cit* Hal. 19-25; serta Edward S. Corwin. 1987. *John Marshall and the Constitution, A Chronicle of the Supreme Court*, Project Gutenberg Literary Archive Foundation PMB 113 1739 University Ave.2002 Oxford, MS 38655-4109; Bandingkan dengan uraian Cox, Archibald. 1987. *The Court & The Constitution*. Hal. 48-50. Mifflin Company: Hoghton.

di Eropa tidak memiliki yurisdiksi itu. Di negara *civil law* biasanya peradilan umum tidak dapat membatalkan sebuah perundang-undangan kecuali lembaga tersendiri yaitu MK yang mempunyai kekuasaan ini.¹⁷⁵

Lawrence M. Friedman, menyatakan bahwa Konstitusi adalah hukum tertinggi suatu Negara (*the supreme law of the land*) atau penguasa tertinggi (*the highest authority*). Siapa pun dari cabang pemerintah seperti Presiden, Kongres termasuk polisi di jalan raya tidak berhak mengabaikan konstitusi; bahasa dan aturannya adalah hukum. Friedman kemudian juga menyatakan bahwa konstitusi hanyalah sehelai kertas, tidak ada kekuatan gaib pada kata dan frasenya, tetapi kekuatan itu berada pada sistemnya yaitu sikap masyarakat terhadap konstitusi dan pola perilaku dan lembaga disekitar konstitusi. Konstitusi ditafsirkan oleh hakim seperti yang pernah dinyatakan oleh Ketua MA AS, Charles Evan Hughes. Penafsiran berkaitan dengan perkara yang nyata yang timbul dari perselisihan yang riil antar para pihak yang riil. Konstitusi selalu menjadi produk pada zamannya, konstitusi mencerminkan isu sosial pada masanya, oleh karena itulah isu sosial inilah

¹⁷⁵ De Andrade, Gustavo and Ferejohn, John. 2002. *Judicializing Politics, Politicizing Law*. Dimuat dalam jurnal *Law & Contemporary Problem* Vol. 65. No.3. 2002. Hal. 42-43. Duke University School of Law: United States; lebih lanjut lihat juga uraian: Asshidqie, Jimly. 2005. *Model... op.cit* tentang Pengujian Konstitusional di berbagai Negara tentang MK di Eropa seperti Italia, Jerman, Perancis dll.

secara realistis menjadi sumber langsung atau pendorong terciptanya hukum tata negara. Perilaku tata negara lebih dari perilaku pengadilan (MA) ¹⁷⁶

Helmut Goerlich menyatakan bahwa:

*The Court's interpretation gives life to the Constitution. A living constitution is what its interpreter says it to be. Its interpretation has a binding force.*¹⁷⁷ *Constitutional interpretation, therefore, is the basis of major adjustments of a written constitution to the needs of the day.*¹⁷⁸

Pertanyaan yang mendasar bahwa apakah konstitusi diinterpretasikan hanyalah sesuai teks belaka? atau perjalanan masa depan konstitusi akan bergantung dengan perjalanan sejarah masa lalu yaitu tergantung dari keinginan pembuat konstitusi itu sendiri? Hal inilah yang mungkin mengilhami Keith Whittington, yang mengusulkan pendapat baru akan penginterpretasian konstitusi (*interpreting the Constitution*) menurut "*original intent*," dan konstruksi konstitusional (*Constitutional Construction*), yang bergantung pada kemampuan kongres dan presiden, pengadilan independen, dan setidaknya beberapa area dalam praktek konstitusional.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Friedman, Lawrence M, 2001. *Hukum. op.cit.* Hal. 248-251.

¹⁷⁷ Helmut Goerlich, *The Role of the Constitutional Court in the Resolution of Constitutional Disputes – a Critical Outline Guided By The German Example*. (Pokfulam Road, Hong Kong: Faculty of Law. The University of Hong Kong). (Online), (<http://law.hku.hk/basic law conference/Goerlich.htm>)

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Rabkin, Jeremy. 2000. "Original Dissent: Keith Whittington Makes the Case for Constitutional Law". *The Weekly Standard*. 34-36. Princeton University: New Jersey 08544 USA (Online), (<http://www.princeton.edu/~kewhitt/standinterp.html>); lebih lanjut baca

Menarik, menyimak pendapat bahwa norma-norma hukum internasional mempengaruhi struktur domestik (*domestic structure*) organisasi negara-negara dan globalisasi sedang mempengaruhi kebijakan negara, ketika struktur Negara dan kebijakan-kebijakannya yang akan kembali mempengaruhi norma-norma dan proses global.¹⁸⁰

Dengan ungkapan lain Kirchner menyebutkan bahwa terdapatnya dimensi konstitusional dari hukum internasional (*constitutional dimension of internasional law*) yang terdapat banyak norma-norma konstitusi yang telah dikodifikasi yang sebelumnya tidak.¹⁸¹

Beverley Mclachlin menguraikan tentang prinsip konstitusional yaitu:

*“ constitutional principle is established having regard to the three sources just discussed – usage and custom; values affirmed by relevant textual constitutional sources; and principles of internasional law endorsed by the nation. Determining whether these sources disclose such principles is quintessential judicial work. It must be done with care and objectivity. It is not making the law, but interpreting, reconciling and applying the law, thus fulfilling the judge’s role as guarantor of the Constitution.”*¹⁸²

Sampford, Charles & Preston, Kim. 1996. *Interpreting Constitution, Theories Principles and Institutions*. The Federation Press: Australia-NSW.

¹⁸⁰ Lihat Forsythe, P.David. 2001. *Promoting Universal Human Rights: Dilemmas of Integrating Developing Countries dalam Dilemmas of Integrating Developing Countries*. *Yale Human Rights & Development Law Journal*. Vol 4: 34. Yale Law School: New Haven.

¹⁸¹ Kirchner, Stefan. Tanpa Tahun. Relatif Normativity and the Constitutional Dimension of Internasional Law: A Place for Values in the Internasional Legal Sistem?. *German Law Journal*. Vol. 05 No. 01: 57, (Online), (<http://www.germanlawjournal.com>, diakses???)

¹⁸² Mclachlin, Beverley. 2005. *Unwritten Constitutional...* Hal. 22.

Jimly Asshidiqie menggolongkan bahwa hukum internasional yang telah diratifikasi dan hukum kebiasaan internasional adalah salah satu sumber hukum tata negara yang penggunaannya tergantung pada penilaian dan keyakinan hakim untuk mempergunakannya secara tepat.¹⁸³

Dalam putusan Mahkamah Internasional (*Internasional Court of Justice*) dalam perkara “*Lotus*” (*Lotus-Judgment of the Permanent Court of Internasional Justice*) menyebutkan¹⁸⁴:

"Internasional law governs the relations between independent States. The rules binding upon States emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages [...] in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed."

Laband (1896) dan *Jellinek* (1906) mencatat bahwa perubahan kenyataan konstitusi dapat secara implisit merubah konstitusi mengingat norma-norma konstitusi hampir pasti adalah kenyataan itu sendiri ((*Verfassungswandel*)) Perubahan implisit itu sendiri harus dibedakan dengan amandemen eksplisit namun mempunyai dampak yang sama (*Verfassungsänderung*) bahwa “*reality changes the constitution can implicitly*

¹⁸³ Asshidiqie, Jimly. 2005. *Hukum Acara... op.cit.* Hal. 18; bandingkan pula sumber hukum tata negara versi John Alder.

¹⁸⁴ Schorkopf, Frank and Walter. 2003. Christian Walter. Elements of Constitutionalization: Multilevel Structures of Human Rights Protection in General Internasional and WTO-Law. *German Law Journal*. Vol. 04 No. 12. Tahun 2003. 1360-1361 (Online), (http://www.germanlawjournal.com/about_glj.php, diakses????).

*change with it, because the norms of the constitution inevitably relate to reality. This implicit change, they argued, has to be distinguished from explicit amendments of the constitution, but can have similar effects.*¹⁸⁵

Hanna Kube menyatakan bahwa *“the constitutional requirements regarding the internasional and supranational integration of the state.”*¹⁸⁶

Lebih lanjut dikatakannya bahwa :

“an internasional comparison can only be used as a supplementary tool, besides the primary tools of the grammatical, sistematic, teleological and historical interpretation of the text. Nevertheless, the internasional perspective can enrich the interpretation of constitutional law, in particular with regard to new challenges that are faced by other countries in a parallel way. The extent of comparability has – of course – got to be ascertained in every single case.”... The supplementary interpretation of constitutional law by internasional comparison goes along with the fact that the nation states are increasingly cooperating, whether on the internasional or on the supranational level. In the long run, a successful internasional and supranational cooperation will depend on a similar understanding of central constitutional law concepts, particularly those concepts, which have developed in practice and which are not explicitly mentioned in the constitutional text”...¹⁸⁷

Sebagai catatan bahwa secara tradisional metode interpretasi hukum di Jerman berakar dari doktrin Friedrich Carl von Savigny yang membangun

¹⁸⁵ Kube, Hanna . *Unwritten...loc.cit* On the distinction between an explicit amendment of the constitution and an implicit change due to a changing reality see also *H. Dau-Lin, Die Verfassungswandlung, 1932.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.* Bandingkan juga dengan pendapat Vila Pekka bahwa *“The position as an authoritative interpreter can be based - depending on the country - on a written rule, but also on customary law or constitutional conventions (Veli-Pekka Hautamäki, Authoritative...loc.cit)*

interpretasi yang umum (*a canon of interpretation*) atas substansi yang dimulai dari tekstual, kemudian mundur secara historikal dan juga pendekatan sistematis yang kemudian diungkapkan oleh ide interpretasi teleologis yang disebut "*Interessenjurisprudenz*".¹⁸⁸

¹⁸⁸ Goerlich, Helmut. *op.cit.*