

## PERLINDUNGAN HAM MELALUI PENGUJIAN UNDANG-UNDANG OLEH MAHKAMAH KONSTITUSI

Titon Slamet Kurnia

Fakultas Hukum Universitas Satya Wacana

titonkurnia@yahoo.com

### Abstract

*The MKRI is a new governmental body which was established under the Third Amendment of the UUD NRI 1945. This article examines its proper function which underlies its jurisdiction to review the constitutionality of legislation. According to the issue, this article argues that the MKRI should be treated as a human rights court whenever it undertakes its jurisdiction to review the constitutionality of legislation. The function of the MKRI as a human rights court justifies its existence and also prescribes principles for its operation. It means that in reviewing the constitutionality of legislation the MKRI should enhance the protection of human rights through its judicial policy and constitutional interpretation.*

**Keywords:** MKRI, function, human rights court

### Abstrak

MKRI adalah badan pemerintahan baru yang dibentuk berdasarkan berdasarkan Perubahan Ketiga UUD NRI 1945. Sesuai dengan itu maka artikel ini membahas tentang fungsi seyogianya yang mendasari kewenangan MKRI dalam menguji konstitusionalitas undang-undang. Sesuai dengan isu tersebut maka artikel ini berargumen bahwa MKRI harus diposisikan sebagai *human rights court* manakala menjalankan kewenangannya untuk menguji konstitusionalitas undang-undang. Fungsi MKRI sebagai *human rights court* menjustifikasi eksistensinya dan juga mempreskripsi prinsip operasionalnya. Hal ini bermakna bahwa dalam menguji konstitusionalitas undang-undang MKRI seyogianya memajukan perlindungan HAM melalui *judicial policy* dan interpretasi konstitusinya.

**Kata kunci:** MKRI, fungsi, human rights court

### Pendahuluan

Tulisan ini hendak mendiskusikan isu mengenai makna hakiki kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI) sesuai Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 yaitu menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar (atau *judicial review of the constitutionality of legislation*). Dalam konteks itu maka fokus analisisnya adalah untuk mengkonstruksikan fungsi ideal atau aspirasional di balik kewenangan tersebut. Kerangka pikir dalam analisis adalah

asas konstitusionalisme yang menentukan bahwa pembentukan kewenangan pada badan pemerintahan seyogianya bertumpu pada pembatasan.

Pengertian ini eksplisit dalam pendapat McIlwain yang mengklaim “*All constitutional government is by definition limited government.*”<sup>1</sup> Asas konstitusionalisme bersifat aspirasional karena secara konseptual pemerintahan konstitusional merupakan antitesis bagi pemerintahan despotik/arbitrer: “*in all its successive phases, constitutionalism has one essential quality: it is a legal limitation on government; it is the antithesis of arbitrary rule; its opposite is despotic government, the government of will instead of law.*”<sup>2</sup> Lebih lanjut McIlwain menjelaskan hakikat asas konstitusionalisme: “*The two fundamental correlative elements of constitutionalism for which all lovers of liberty must yet fight are the legal limits to arbitrary power and a complete political responsibility of government to the governed*”.<sup>3</sup>

Sesuai dengan penjelasan di atas maka argumen atau tesis tulisan ini adalah kewenangan badan pemerintahan merupakan konsekuensi normatif dari fungsi. Fungsi badan pemerintahan menentukan batas-batas kewenangannya. Tanpa dapat ditentukan hakikat fungsionalnya *a priori* maka keberadaan badan pemerintahan akan sewenang-wenang (*arbitrary; unreasonable*). Berdasarkan tesis atau argumen tersebut maka argumen spesifik tulisan ini adalah untuk menjustifikasi fungsi diadakannya MKRI sebagai upaya hukum perlindungan HAM, i.c. *human rights court*, lewat kewenangan pengujian konstitusionalitas undang-undang. Implikasi praktisnya, fungsi tersebut, hasil pembahasan ini, merupakan kaidah prospektif bagi bagaimana seyogianya kewenangan pengujian undang-undang dijalankan oleh MKRI.

Sistematika pembahasan tulisan ini terdiri dari tiga bagian besar. Sub-judul II akan membahas mengenai konsep pengujian konstitusionalitas undang-undang yang dijalankan oleh MKRI secara umum, khususnya dari perspektif historis-institusional. Sub-judul III akan membahas mengenai fungsi perlindungan HAM

---

<sup>1</sup> Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York-Ithaca: Cornell University Press, 1947, h. 21.

<sup>2</sup> *Ibid*, h. 21-22.

<sup>3</sup> *Ibid*, h. 146.

yang dijalankan oleh MKRI dalam melakukan pengujian undang-undang dan sekaligus dalam fungsi tersebut saya akan mengkonstruksikan MKRI sebagai *human rights court* sama seperti *the European Court of Human Rights* atau *the Inter-American Court of Human Rights* yang ditandai dengan fungsi *judicial enforcement* kaidah-kaidah HAM. Kemudian terakhir, Sub-judul IV, akan membahas mengenai implikasi praktis yang ditimbulkan oleh hakikat fungsional MKRI sebagai *human rights court* tersebut.

### **MKRI Sebagai Pelaksana Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang**

Gagasan pembentukan MKRI tidak dapat dipisahkan dari perdebatan sejak awal mula republik ini berdiri mengenai kewenangan Mahkamah Agung Republik Indonesia (MARI).<sup>4</sup> Sub-judul ini mendiskusikan dua hal. Pertama, bagaimana pada mulanya isu ini disikapi. Kedua, perdebatan di MPR seputar pembentukan MKRI di dalam UUD NRI 1945 pada Perubahan Ketiga.

Untuk memutus isu konstitusionalitas undang-undang, pendirian *the founding fathers* terbelah antara *judicial review* dengan *non-judicial review*. UUD NRI 1945 orisinal tidak menjawab isu ini secara eksplisit sehingga disimpulkan bahwa pendekatan *non-judicial review* yang berlaku. Namun pengaturan UUD NRI 1945 orisinal tidak seperti Art. 120 *The Netherlands Constitution* yang tegas menganut *non-judicial review*. Oleh karena itu saya berpendapat bahwa UUD NRI 1945 belum final dengan pilihan *judicial review* atau *non-judicial review*.

Dalam proses pembahasan rancangan UUD NRI 1945 perdebatan tentang *judicial review* atau *non-judicial review* dipicu oleh usulan Yamin pada Sidang II BPUPKI (Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia) 11 Juli 1945 yang mengagendakan pembahasan tentang Warga Negara dan Rancangan Undang-Undang Dasar. Yamin mengusulkan perlunya Balai Agung (baca: Mahkamah Agung) untuk menjadi pembanding kesesuaian undang-undang dengan hukum adat, syari'ah dan Undang-Undang Dasar.<sup>5</sup> Pemikiran ini sangat

---

<sup>4</sup> Todung Mulya Lubis, *In Search of Human Rights: Legal-Political Dilemmas of Indonesia's New Order 1966-1990*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1993, h. 119-126.

<sup>5</sup> Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, Jilid I, Jakarta: Jajasan Prapantja, 1959, h. 336.

dipengaruhi oleh *the Supreme Court of the United States*. Soepomo menanggapi bahwa sistem itu memang ada (Amerika Serikat, Jerman, Australia [*sic*: Austria] dan Cekoslowakia), namun masih pro dan kontra. Sebelum menggunakan harus diketahui terlebih dahulu arti atau hakikatnya.<sup>6</sup>

Menurut Soepomo, Rancangan Undang-Undang Dasar Indonesia tidak memakai sistem yang membedakan secara prinsipil antara tiga badan: legislatif, eksekutif dan yudisial. Artinya pembentukan kekuasaan yudisial tidak untuk mengontrol kekuasaan undang-undang.<sup>7</sup> Jika timbul masalah konstitusionalitas undang-undang, hal itu bukan soal yuridis tetapi politis. Pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang tidak kompatibel dengan sistem yang hendak dibentuk bagi Indonesia:

Undang-undang Dasar hanya mengenai semua aturan yang pokok dan biasanya begitu lebar bunjinja, sehingga dapat diberi interpretasi demikian, bahwa pendapat A bisa selaras, sedang pendapat B pun bisa juga. Jadi dalam praktek, djikalau ada perselisihan tentang soal, apakah sesuatu undang-undang bertentangan dengan Undang-undang Dasar atau tidak, itu pada umumnya bukan soal yuridis, tetapi soal politis; oleh karena itu mungkin – dan di sini dalam praktek begitu, pula ada conflict antara kekuasaan sesuatu undang-undang dan Undang-undang Dasar. Maka menurut pendapat saja sistem itu tidak baik buat Negara Indonesia, yang akan kita bentuk.<sup>8</sup>

Alasan lainnya karena para ahli hukum Indonesia sama sekali tidak berpengalaman dalam menghadapi isu-isu tersebut, sementara di beberapa negara yang mempraktikkan (Jerman, Austria dan Cekoslowakia) isu tersebut ditangani oleh badan yudisial khusus, *constitutioneel-hof*.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> *Ibid*, h. 341.

<sup>7</sup> *Ibid*, h. 341.

<sup>8</sup> *Ibid*, h. 341-342. Pernyataan ini paralel dengan pandangan James B. Thayer, yuris konstitusional terkemuka Amerika Serikat. Dengan pendirian yang sama Thayer tidak menolak *judicial review*, tetapi yurisdiksi tersebut seyogianya digunakan secara terbatas, yaitu jika undang-undang sungguh-sungguh bertentangan dengan undang-undang dasar. Hal ini dikenal dengan doktrin *the Rule of the Clear Mistake*. James B. Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law," *Harvard Law Review*, Vol. 7, 1893, h. 129-156. Lihat juga Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press, 1986, h. 35-46. Pandangan Thayer melahirkan konsep *judicial policy* bagi praktik pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang yang dikenal dengan sebutan *judicial self-restraint*. Richard A. Posner, "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint," *California Law Review*, Vol. 100, 2012, h. 522-525.

<sup>9</sup> *Ibid*, h. 342.

Hasil akhir perdebatan tersebut melahirkan Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 orisinal: “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang.” Meskipun tidak dinyatakan secara tersurat, dapat diprediksi bahwa pendirian Soepomo sangat dipengaruhi oleh asas ketatanegaraan Belanda yang menempatkan undang-undang tidak dapat diganggu gugat, yaitu asas supremasi parlemen: “*every statute that Parliament enacts is legally valid, and therefore that all citizens and officials, including the courts, are legally obligated to obey it. The courts’ legal obligation is therefore to interpret and apply every statute in a way that is consistent with Parliament’s legal authority to enact it, and their corresponding obligation to obey it.*”<sup>10</sup> Dalam konteks itu Soepomo memperhalus argumennya agar tidak Belanda-sentris dengan berdalih bahwa fungsi badan yudisial adalah yuridis, sementara pengujian undang-undang adalah politis.

Indikasi ini terbukti di kemudian hari dengan lahirnya Pasal 95 ayat (2) UUDS 1950 (Undang-Undang Dasar Sementara Negara Republik Indonesia 1950) yang menentukan bahwa undang-undang tidak dapat diganggu gugat, dan Soepomo adalah arsitek UUDS 1950 tersebut.<sup>11</sup> Pasal 95 ayat (2) UUDS 1950 bertumpu pada doktrin tentang kedaulatan dan pelaksana kedaulatan. Konstruksi UUDS 1950 bertolak dari asumsi bahwa Pemerintah dan DPR bersama-sama merupakan pelaksana kedaulatan di tangan rakyat. Menurut Sri Soemantri:

Pemerintah bersama-sama dengan DPR yang merupakan pelaksana kedaulatan rakyat adalah juga pelaksana kekuasaan perundang-undangan (*de wetgever*). Ini berarti pula bahwa kedaulatan rakyat yang dilakukan/dijalankan oleh Pemerintah bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat diwujudkan dalam bentuk undang-undang. Dengan melihat uraian di atas dapatlah kita mengerti apa sebab menurut sistem yang dianut UUDS 1950, *Undang-Undang itu tidak dapat diganggu gugat atau tidak dapat diuji*, apakah isinya bertentangan dengan Undang-Undang Dasar atau tidak. Dengan demikian *setiap undang-undang tidak dapat*

---

<sup>10</sup> Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 225.

<sup>11</sup> Marsillam Simanjuntak, *Pandangan Negara Integralistik: Sumber, Unsur dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945*, Jakarta: Penerbit PT. Pustaka Utama Grafiti, 1997, h. 244.

*dinyatakan berlawanan dengan undang-undang dasar atau tak menurut undang-undang dasar dengan dalih dan alasan apapun (kursif – saya).*<sup>12</sup>

Membandingkan Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 orisinal dengan Pasal 95 ayat (2) UUDS 1950 tentang prospek pengujian yudisial sangat tajam kontrasnya. Pasal 95 ayat (2) UUDS 1950 secara eksplisit berposisi *non-judicial review*. Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 kebalikannya, cenderung ambigu. Atas dasar itu saya berpendapat bahwa kaidah ini tidak dapat dipisahkan maknanya dari asas kekuasaan yudisial universal, termasuk kemungkinan bahwa asas tersebut, dalam kaitan dengan Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945, membolehkan hakim menguji konstitusionalitas undang-undang. Posisi ini menyerupai kasus *Marbury v. Madison*.<sup>13</sup> Namun isunya lebih pada efektivitas pengujian oleh MARI karena Indonesia tidak menganut asas preseden (hal ini berbeda dengan Amerika

---

<sup>12</sup> Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Penerbit Alumni, 1986, h. 25.

<sup>13</sup> *The Constitution of the United States* sama seperti UUD NRI 1945 orisinal di mana tidak ada ketentuan konstitusional sebagai landasan kewenangan atributif badan yudisial untuk melakukan pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang. Atas fakta itu Bickel menyatakan: “*Curiously enough, this power of judicial review, as it is called, does not derive from any explicit constitutional command. The authority to determine the meaning and application of a written constitution is nowhere defined or even mentioned in the document itself. This is not to say that the power of judicial review cannot be placed in the Constitution; merely that it cannot be found there.*” Alexander M. Bickel, *Op.cit.*, h. 1. Problematik ini lalu dijawab oleh Chief Justice Marshall dalam kasus *Marbury v. Madison*. Kasus *Marbury* memiliki pendirian: “(1) *In a case properly before it, the court is bound by an oath to decide according to the law; (2) If two laws are in conflict in that case, the court must choose which law to apply; (3) If one of the laws is superior to the other in importance and authority, that law must be held by the court to nullify the lesser law; (4) The Constitution is a superior law to an ordinary statute and therefore must be held by the court to nullify a statute whose terms conflict with the Constitution; and (5) It is the special province of the judiciary to determine the meaning of all laws, including the Constitution.*” Robert J. Reinstein & Marc C. Rahdert, “Reconstructing *Marbury*,” *Arkansas Law Review*, Vol. 57, 2005, h. 810. Secara abstraktif pendirian yang menjustifikasi yurisdiksi *judicial review* oleh *the Supreme Court of the United States* adalah aspek institusional dari badan yudisial yang fungsinya memeriksa, mengadili dan memutus perkara menurut hukum yang diperkuat secara tradisional oleh keahlian interpretasi hukum. Alexander Hamilton, *the Federalist No. 78* dalam Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist with Letters of Brutus* (Terence Ball ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2003, h. 377-383. Lihat juga: Aharon Barak, *The Judge in A Democracy*, New Jersey: Princeton University Press, 2006, h. 109-112; Diarmuid F. O’Sconnlain, “Lawmaking and Interpretation: The Role of a Federal Judge in Our Constitutional Framework,” *Marquette Law Review*, Vol. 91, 2008, h. 895-915. *Mutatis mutandis*, secara teori, preseden *Marbury v. Madison* dapat dijadikan justifikasi pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh MARI.

Serikat di mana keberlakuan putusan *the Supreme Court of the United States* bersifat *erga omnes* sesuai asas preseden tersebut).<sup>14</sup>

Perubahan Ketiga UUD NRI 1945 menghasilkan perubahan signifikan dalam pengaturan terhadap kekuasaan yudisial. Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945 menentukan: “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung ... dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.” Lalu Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945:

Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Sesuai ketentuan tersebut maka eksistensi institusi pengujian yudisial menjadi eksplisit sebagai bagian dari komitmen konstitusional dalam undang-undang dasar kecuali di kemudian hari pembentuk undang-undang dasar berpendapat sebaliknya. Namun secara konseptual pemikiran di balik institusionalisasi MKRI ke dalam UUD NRI 1945 sangat sumir karena perdebatan lebih tertuju pada isu teknis posisi MKRI dalam konstitusi:

Pada tahap awal amendemen UUD 1945, kedudukan MK dalam sistem ketatanegaraan menjadi perdebatan yang cukup serius. Bahkan menyita waktu yang cukup lama. Pertanyaan pokoknya adalah, akan diletakkan di mana MK dalam sistem ketatanegaraan, khususnya terkait dengan hubungan dengan lembaga negara yang lain. Selain itu, bagaimana membedakan kewenangan MK dengan kewenangan MA.

Dari perdebatan yang terjadi di PAH I BP MPR 2000 dan 2001, paling tidak ada tiga gugus pemikiran yang mengemuka dalam meletakkan kedudukan MK, yaitu (i) MK merupakan bagian dari MPR, (ii) MK melekat atau menjadi bagian dari MA, dan (iii) MK didudukkan secara mandiri sebagai lembaga negara yang berdiri sendiri.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Gustavo Fernandes de Andrade, “Comparative Constitutional Law : Judicial Review,” *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 2001, h. 983-984.

<sup>15</sup> Tim Penyusun, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses dan Hasil Pembahasan 1999-2002: Buku VI Kekuasaan Kehakiman*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, h. 443. Khusus informasi tentang proses pembentukan MKRI lihat Petra Stockmann, *The New Indonesian Constitutional Court: A Study into Its Beginnings and First Years of Work*, Jakarta : Hans Seidel Foundation, 2007, h. 7-19.

Dengan demikian, refleksi historis terhadap hakikat dari perdebatan *the founding fathers* tentang institusi pengujian yudisial adalah kurang dipertimbangkannya karakter hukum dari UUD NRI 1945. Pengaruh Soepomo jelas tidak ada yang menandingi, khususnya dalam perumusan UUDS 1950. UUDS 1950 adalah pengkondisian yang disengaja supaya gagasan *non-judicial review* koheren dengan asas supremasi parlemen. Namun Soepomo mengabaikan isu sangat substansial: Apakah undang-undang dasar adalah hukum/bukan bagi legislator? Jika undang-undang dasar adalah hukum maka undang-undang tidak boleh bertentangan dengannya. Jika sebaliknya maka harus ada badan yang berwenang membatalkannya, bukan legislator sendiri. Menyerahkan kepada si pembuat untuk melakukan pengujian adalah *absurd* karena orang tidak dapat menjadi hakim bagi kasusnya sendiri (asas *nemo iudex in causa sua*). James Madison dalam *the Federalist No. 10* mengingatkan: “*No man is allowed to be a judge in his own cause; because his interest would certainly bias his judgment, and, not improbably, corrupt his integrity*”.<sup>16</sup> Perubahan Ketiga UUD NRI 1945 hendaknya dipahami dalam konteks itu.

### **Fungsi Perlindungan HAM Oleh MKRI**

Hasil pembahasan di atas menunjukkan satu isu serius terkait dengan institusionalisasi MKRI ke dalam UUD NRI 1945. Dalam agenda resmi pembahasan Perubahan UUD NRI 1945, perdebatan tentang pembentukan MKRI lebih banyak menyoroiti isu kewenangan dan hal-hal teknis yuridis (kedudukan kelembagaan, yurisdiksi *ratione materiae*, pengisian jabatan), ketimbang mendiskusikan isu lebih substantif yaitu hakikat fungsi MKRI secara umum, dan fungsi dalam kaitan dengan perlindungan institusional terhadap HAM secara khusus. Perdebatan yang berlangsung tidak diperkaya dengan pemikiran atau ide-ide besar strategis dan visioner tentang hakikat fungsi dan kewenangan MKRI dalam sistem konstitusional Indonesia pasca Perubahan UUD NRI 1945.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *Op.Cit.*, h. 42.

<sup>17</sup> Tim Penyusun, *Naskah Komprehensif ... Buku VI, Op.Cit.*, h. 441-596.



Menurut saya, isu kewenangan dan hal-hal teknis yuridis bukan yang utama. Isu terpenting adalah desain institusional *a priori* dan kerangka teoretis yang memadai dalam rangka menjustifikasi kebutuhan konstitusional untuk mendirikan MKRI. Isu kewenangan dan hal-hal teknis yuridis adalah bersifat implikasi belaka. Sementara isu tentang fungsi bagi diadakannya MKRI secara konstitusional adalah jauh lebih strategis dan fundamental. Dengan demikian kerangka teoretis bagi MKRI adalah keniscayaan, khususnya untuk menjawab isu fungsi MKRI atas kewenangannya menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar yang mengandung karakter sebagai konstitusi HAM (*right-based Constitution*).<sup>18</sup>

Sub-judul ini berargumen bahwa MKRI merupakan upaya hukum bagi pelanggaran HAM oleh legislator. Argumen tersebut sesungguhnya bukan hal baru. Suardi Tasrif, salah seorang yuris-advokat terkemuka yang pernah dimiliki oleh Indonesia, dalam Seminar Hukum Nasional ke-IV, 26 – 30 Maret 1979 di Jakarta membawakan kertas kerja berjudul “Hak-hak Asasi Warga Negara Ditinjau dari sudut UUD-45 & Perundang-undangan”.<sup>19</sup> Dalam kertas kerjanya Tasrif mendorong supaya status HAM ditingkatkan dari *moral rights* menjadi *positive rights*, sehingga hak tersebut tidak sekadar dimiliki, tetapi juga dapat dilaksanakan atau dituntut pelaksanaannya sebagai usaha mengisi konsep Negara Hukum Indonesia sesuai amanat UUD NRI 1945.<sup>20</sup> Cita-cita Tasrif baru terwujud setelah Reformasi 1998 yang ditindaklanjuti dengan empat kali Perubahan UUD NRI 1945, di mana Perubahan II (2000) memberikan jaminan konstitusional terhadap HAM. Namun, sebelum hal itu terjadi, Tasrif telah mengemukakan pemikiran penting tentang bagaimana seyogianya memberikan perlindungan secara institusional yang efektif terhadap kaidah-kaidah HAM dalam konstitusi:

Yang ingin saya persoalkan selanjutnya adalah mengenai mekanisme kontrol dalam sistim hukum kita terhadap konstitusionalitas dari berbagai UU yang melaksanakan pasal-pasal UUD-45 mengenai hak-hak asasi.

---

<sup>18</sup> Titon Slamet Kurnia, “Konsep Negara Berbasis Hak sebagai Argumen Justifikasi Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang,” *Jurnal Konstitusi*, Vol. 9, No. 2, September 2012, h. 563-582.

<sup>19</sup> S. Tasrif, “Hak-hak Asasi Warga Negara Ditinjau dari sudut UUD-45 & Perundang-undangan,” *Hukum dan Keadilan* 1979, Juli-Agustus, h. 6-29.

<sup>20</sup> *Ibid*, h. 14.

Sebagaimana kita ketahui menurut pasal 5 ayat (1) UUD-45, “Presiden memegang kekuasaan membentuk UU dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat”, yang diulangi dalam pasal 20 ayat (1) UUD-45: “Tiap-tiap UU menghendaki persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat”. Setiap produk legislatif berupa UU dengan demikian merupakan hasil kerjasama antara Presiden dengan DPR. Namun hingga kini dalam sistem hukum kita tidak terdapat suatu mekanisme kontrol terhadap konstitusionalitas dari setiap UU yang dibuat bersama oleh Presiden dengan DPR. Menjadi pertanyaan misalnya apakah UU Pokok Pers, UU Keparintaan, UU Pemilu dan lain-lain benar-benar menjabarkan hak-hak asasi tentang kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 UUD-45. Maka kita akan tiba lagi kepada persoalan yang hingga kini tetap bersifat kontroversial, yaitu mengenai hak menguji UU secara materiil (*judicial review*) oleh Pengadilan untuk menyatakan suatu UU, baik sebagian maupun untuk keseluruhan batal karena isinya bertentangan dengan salah satu pasal dari UUD-45.<sup>21</sup>

Pendapat di atas merefleksikan pemikiran cukup *genuine* dan futuristik pada masa itu dalam menjawab isu penting tentang pelembagaan HAM secara konstitusional dan sekaligus perlindungan institusional untuk menegakkan kaidah-kaidah HAM tersebut melalui pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang.

Saat ini, kandidat utama untuk memberikan perlindungan secara institusional terhadap HAM yang dijamin oleh UUD NRI 1945 adalah MKRI. Melalui kewenangan menguji yang dimilikinya MKRI dapat melakukan “koreksi” terhadap pertentangan antara undang-undang dengan HAM baik *enumerated* dalam UUD NRI 1945 maupun yang *unenumerated* dengan implikasi undang-undang secara keseluruhan atau secara parsial tidak memiliki kekuatan mengikat. Fungsi MKRI sebagai *the guardian and final interpreter of the Constitution* paralel dengan fungsi MKRI sebagai *human rights court* karena hakikat konstitusi, UUD NRI 1945, adalah hak sehingga MKRI adalah *the guardian of human rights* terhadap legislator.

Sebagai *human rights court*, kasus-kasus di bawah yurisdiksi MKRI adalah ketentuan undang-undang yang bertentangan dengan HAM. Secara prinsip, ketentuan undang-undang yang bertentangan dengan HAM tidak musti secara faktual berimplikasi pelanggaran HAM individual-konkret, akan tetapi baru

---

<sup>21</sup> *Ibid*, h. 14.

bersifat potensial. Pelanggaran HAM individual-konkret umumnya terjadi pada tahap pelaksanaan undang-undang. Dengan demikian eksistensi MKRI sangat penting untuk mencegah kemungkinan terjadinya pelanggaran HAM individual-konkret yang justifiabel.

Hakikat fungsional MKRI sebagai *ratio legis* kewenangannya tidak dapat ditemukan secara eksplisit dalam Pasal 24 C ayat (1) & (2) UUD NRI 1945 maupun UU No. 24 Tahun 2003 jo. UU No. 8 Tahun 2011. Namun fungsi tersebut secara teori dapat diabstraksi dari hakikat kewenangan atributif MKRI dalam UUD NRI 1945 maupun UU No. 24 Tahun 2003 jo. UU No. 8 Tahun 2011. Secara teori, dalam hubungan dengan konstitusi, MKRI memiliki fungsi untuk memberi efek yuridis terhadap konstitusi, UUD NRI 1945, sebagai *the supreme law of the land* yang berlaku kepada semua badan-badan pemerintahan, termasuk legislator. Karena kewenangan membentuk undang-undang diberikan konstitusi, maka undang-undang tidak boleh bertentangan dengan konstitusi. Argumen ini diperkuat oleh pendapat Schyff:

*At its core, the act of judicial review entails measuring the congruency or compatibility of what may be termed common or ordinary legal norms with higher legal norms. Legal norms cannot only be divided horizontally between various categories or topics, such as the law of contract or tort, but also vertically in various hierarchies such as between constitutional and non-constitutional norms. From a hierarchical point of view, higher norms are determinative for the validity of lower ordinary norms.*<sup>22</sup>

Lebih lanjut Schyff menjelaskan tentang sifat otoritatif hubungan antara konstitusi dengan undang-undang: “*Norms of higher law govern the legality as well as the legitimacy of lower norms. This means that higher law dictates not only the formal coming about of legal norms, the aspect of legality, but also whether the content of such norms is legitimate when measured against fundamental rights.*”<sup>23</sup>

Pendapat ini mengafirmasi makna dari fungsi pengujian yudisial secara umum, dan fungsi MKRI secara khusus, dalam rangka kekuatan mengikat konstitusi terhadap undang-undang.

---

<sup>22</sup> Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Dordrecht: Springer, 2010, h. 5.

<sup>23</sup> *Ibid*, h. 6.

Isu tentang kekuatan mengikat konstitusi terhadap undang-undang sangat penting karena ada asumsi bahwa apakah konstitusi merupakan hukum atau tidak bergantung pada komitmen pelaksanaannya, kepatuhan subjek-subjeknya. Asumsi ini dipengaruhi ajaran positivisme. Dalam batas tertentu argumen ini cukup valid untuk menganalisis dimensi faktual dari eksistensi suatu ketentuan hukum yang dikonsepsikan *efficacy*. Karena suatu preskripsi belum tentu terjadi maka isu *efficacy* terletak pada tindakan sebagai respons jika yang seyogianya itu tidak terjadi.<sup>24</sup> Dengan rasio ini maka pembentukan MKRI dilatar belakangi oleh ketidakpercayaan terhadap legislator atas itikad baik mereka dalam bentuk kepatuhan kepada konstitusi. Legislator memiliki kewenangan membentuk undang-undang, tetapi legislator tidak selalu kompeten dalam menjalankan kewenangannya sehingga hasilnya undang-undang yang *inkonstitusional*.<sup>25</sup>

Dengan membentuk MKRI maka UUD NRI 1945 secara sadar menganut konsep pengaturan bahwa HAM yang dijamin di dalamnya (Bab XA UUD NRI 1945) adalah hak yang memiliki *direct effect* bagi individu dan semua badan pemerintahan. Pengertian ini bertolak dari pendapat Sweet yang menjelaskan perubahan revolusioner di negara-negara Eropa (Jerman, Italia dan Spanyol) dalam memberikan perlindungan HAM dan sekaligus memberikan jaminan perlindungan institusional melalui badan yudisial.<sup>26</sup> Perubahan itu adalah:

*Litigants could invoke 'public liberties' in court, and judges could apply them, but only insofar as these liberties had been created by statutory law, that is, only after legislatures had commanded judges to enforce them. Thus, in traditional parliamentary systems, rights entered into the legal order indirectly, by virtue of a legislative act, rather than directly, by virtue of their higher law status. Today, the positive source of individual rights is the constitution.*<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York : Russell & Russell, 1961, h. 39-40.

<sup>25</sup> Hal ini paralel dengan tesis Ely untuk menjustifikasi *judicial review* yaitu *policing the process of representation*. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge-Mass: Harvard University Press, 1980, h. 73-104.

<sup>26</sup> Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford: Oxford University Press, 2002, h. 93.

<sup>27</sup> *Ibid*, h. 94.

Dengan adanya *direct effect* dari perlindungan HAM dalam konstitusi serta badan yudisial khusus yang memberikan perlindungan institusional terhadap ketentuan konstitusional HAM maka individu dapat secara langsung mengajukan klaim atas haknya ke pengadilan tersebut. Hal ini berlaku pula bagi Indonesia dan MKRI.

Pertanyaan sebagai isu hukum tentang hakikat fungsi dan kewenangan MKRI dalam rangka pengujian konstitusionalitas undang-undang adalah: Apakah makna “penjaga konstitusi dan *interpreter* akhir konstitusi” dan *a fortiori* “penjaga atau pelindung HAM” justifiabel menurut UUD NRI 1945? Sebagai pokok argumen saya berpendirian bahwa institusionalisasi MKRI dalam UUD NRI 1945 sebagai penjaga konstitusi dan *interpreter* akhir konstitusi, dan pada analisis akhir sebagai penjaga atau pelindung HAM, adalah niscaya meskipun tidak dapat ditemukan secara eksplisit dalam teks UUD NRI 1945. UUD NRI 1945 menghendaki keberadaan badan yudisial dengan fungsi sebagai penjaga dan *interpreter* akhir bagi dirinya supaya sebagai konstitusi UUD NRI 1945 mengikat secara yuridis.

Fungsi sebagai penjaga dan *interpreter* akhir konstitusi tidak dapat diserahkan secara kolegal kepada badan-badan pemerintahan utama negara yang lain, meskipun hal ini tidak mengurangi fungsinya secara bersama-sama sebagai penjaga dan *interpreter* konstitusi. Yang diperlukan dengan kehadiran MKRI adalah menjaga supaya dihasilkan interpretasi konstitusi yang tepat oleh badan-badan pemerintahan utama negara yang lain: “...menjaga konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi.”<sup>28</sup> Fungsi ini semakin konkret jika dikaitkan dengan komitmen pelaksanaan *checks and balances* sebagai tujuan institusional MKRI.<sup>29</sup>

Ginsburg menjelaskan fungsi pembentukan mahkamah konstitusi dari perspektif kontraktarian dengan asumsi bahwa dalam rezim demokratis hubungan antara pemerintah dengan warga negara adalah hubungan antara agen dengan prinsipal: “*If the people are the principal on whose behalf the constitution is created, constitutional adjudication should reflect the need to monitor their*

---

<sup>28</sup> Penjelasan Umum UU No. 24 Tahun 2003.

<sup>29</sup> *Ibid.*

*political agents. Judicial review of legislation exists to prevent politicians from reneging on the founding bargain with citizens.*”<sup>30</sup> Sesuai asumsi ini Ginsburg mengembangkan teori jaminan (*insurance model of judicial review*) yang menjelaskan hakikat fungsional mahkamah konstitusi:

*By serving as an alternative forum in which to challenge government action, judicial review provides a form of insurance to prospective electoral losers during the constitutional bargain. Just as the presence of insurance markets lowers the risks of contracting, and therefore allows contracts to be concluded that otherwise would be too risky, so the possibility of judicial review lowers the risks of constitution making to those drafters who believe they may not win power. Judicial review thus helps to conclude constitutional bargains that might otherwise fail.*<sup>31</sup>

Fokus dari teori jaminan adalah ketidakpastian yang ditimbulkan oleh kontestasi demokratis dalam memperebutkan kekuasaan secara sah, yang pada analisis akhir diwujudkan ke dalam undang-undang. Esensi dari teori jaminan adalah perlindungan kepentingan minoritas dari mayoritas legislator. Perlindungan diperlukan karena kontestasi demokratis menghasilkan pemerintahan mayoritas yang keputusannya belum tentu sesuai dengan harapan minoritas:

*By ensuring that losers in the legislative arena will be able to bring claims to court, judicial review lowers the cost of constitution making and allows drafters to conclude constitutional bargains that would otherwise be unobtainable. As democratization increases electoral uncertainty, demand for insurance rises. Although other institutions can also serve to protect minorities, judicial review has become particularly focal. This theory goes a long way toward explaining the rapid spread of judicial review in recently adopted constitutions.*<sup>32</sup>

Isu perlindungan minoritas sangat penting karena dasarnya HAM, bahwa setiap individu, minoritas sekalipun, berhak atas *equal respect and concern* dari pemerintahnya, tidak boleh sedikitpun dikorbankan atas nama mayoritas, demi *human dignity*-nya. Ketidakmampuan minoritas melindungi kepentingannya dalam kontestasi demokratis dikompensasi oleh hadirnya mahkamah konstitusi

---

<sup>30</sup> Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, h. 23.

<sup>31</sup> *Ibid*, h. 25.

<sup>32</sup> *Ibid*, h. 33.

agar kepentingannya tidak dikorbankan secara sewenang-wenang. Ginsburg mengapresiasi mahkamah konstitusi sebagai institusi yang *countermajoritarian* dalam makna positif: “*judicial review can ensure that minorities remain part of the system, bolster legitimacy, and save democracy from itself.*”<sup>33</sup> Ginsburg menyimpulkan: “*Judicial review may be countermajoritarian but is not counterdemocratic.*”<sup>34</sup>

Dengan melindungi kepentingan minoritas maka mahkamah konstitusi memperkuat HAM. Pada poin ini, agar Bab XA UUD NRI 1945 fungsional, maka eksistensi MKRI adalah niscaya sesuai asumsi bahwa setiap mekanisme pembentukan undang-undang yang demokratis akan lebih fokus merealisasikan kepentingan mayoritas sehingga kepentingan minoritas sulit terwakili. Secara filosofis, MKRI sebagai *human rights court* merupakan pelembagaan keadilan korektif (*corrective justice*) dalam hubungan antara legislator versus rakyat untuk merealisasikan *maxim* klasik tentang konsep hak yaitu “*ubi ius, ibi remedium*” (*where there is a right there must be a remedy*).<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> *Ibid*, h. 22.

<sup>34</sup> *Ibid*, h. 31. Lihat juga Eugene V. Rostow, “The Democratic Character of Judicial Review,” *Harvard Law Review*, Vol. 66, 1952, h. 194-195; Samuel Issacharoff, “Constitutional Courts and Democratic Hedging,” *The Georgetown Law Journal*, Vol 99, 2011, h. 1010-1012. Berikut adalah beberapa pendirian penting tentang kompatibilitas pengujian yudisial dan demokrasi: John Hart Ely, *Op.cit.*, h. 135-179 (menjelaskan tentang perlindungan minoritas dari mayoritas yang duduk di badan-badan perwakilan sebagai justifikasi pengujian yudisial); Bruce Ackerman, *We the People: Foundations*, The Belknap Press of the Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1993, h. 2-4 & 191-195 (menjelaskan bahwa pengujian yudisial oleh *the Supreme Court of the United States* untuk mencegah Kongres melakukan perubahan konstitusi secara sepihak melalui undang-undangnya. Premis dari argumen Ackerman adalah hanya rakyat yang dapat mengubah konstitusi. Premis ini dikonsepsikan *dualist democracy*, di mana ada dua jenis keputusan demokratis dalam sistem konstitusional: oleh rakyat sendiri, *higher lawmaking* dan oleh pemerintah yang dapat dilakukan setiap saat, *normal lawmaking*. Keputusan pemerintah harus dijaga supaya sesuai dengan keputusan rakyat dalam *higher lawmaking*); lihat juga Bruce Ackerman, “Higher Lawmaking,” dalam Sanford Levinson, ed., *Responding Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, New Jersey: Princeton University Press, 1995, h. 63-87; John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1996, h. 231-240 (menjelaskan praktik *judicial review* oleh *the Supreme Court of the United States* sebagai *exemplar of public reason*, yaitu: *the reason of equal citizens who, as collective body, exercise final political and coercive power over one another in enacting laws and amending constitution*).

<sup>35</sup> *Judicial opinion Chief Justice Marshall* dalam kasus *Marbury*, yaitu: “*The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury.*” William W. van Alstyne, “A Critical Guide to *Marbury v. Madison*,” *Duke Law Journal*, 1969, h. 11.

Dalam konteks itu urgensi bagi eksistensi MKRI ada dalam pendapat Rubin tentang syarat untuk memajukan perlindungan HAM melalui institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang. Pertama, “*the codification of higher law in a form accessible to all.*” Kedua, “*an institution that can apply definitive interpretations of that law to the ruler.*” Ketiga, “*the agreement of all government actors that these interpretations are definitive or supreme.*”<sup>36</sup> Eksistensi MKRI merupakan pemenuhan terhadap syarat kedua.

### **Implikasi Praktis**

Sesuai konstruksi fungsinya sebagai *human rights court* maka yang menjadi tuntutan institusional adalah MKRI seyogianya memajukan perlindungan HAM di Indonesia dalam melaksanakan kewenangan pengujian konstitusionalitas undang-undang. Tuntutan ini merupakan preskripsi bagi dua isu. Pertama, *judicial policy* MKRI yang seyogianya dalam pengujian undang-undang supaya hasilnya berdampak positif bagi kepentingan perlindungan HAM. Kedua, teori interpretasi konstitusi yang seyogianya bagi MKRI dalam pengujian undang-undang yang mampu memajukan perlindungan HAM.

Untuk isu pertama ini contoh kasus sebagai model atau kaidah adalah *the Warren Court*, yaitu *the Supreme Court of the United States* di bawah kepemimpinan *Chief Justice Earl Warren*. *The Warren Court* mempraktikkan *judicial policy* yang dikonsepsikan *judicial activism* dan *judicial supremacy* pada kasus-kasus HAM. Pilihan ini sejalan dengan penilaian Cox terhadap *the Warren Court* yang mengklaim: “*made ours a vastly more humane society, one freer, more equal, and more respectful of the human dignity of every individual.*”<sup>37</sup> Sebagai dasar pertimbangan bagi *judicial policy*-nya untuk aktif memajukan perlindungan HAM *the Warren Court* mempertahankan dua pendirian yang bersifat kondisional:

---

<sup>36</sup> Edward Rubin, “Judicial Review and the Right to Resist,” *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, 2008, h. 86.

<sup>37</sup> Archibald Cox, “The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?,” *Maryland Law Review*, Vol. 47, 1987, h. 129.



*(1) when the governing majority systematically disregarded the interests of a historically underrepresented group (such blacks, ethnic minorities, political dissidents, religious dissenters, and persons accused of crimes); and (2) when there was a risk that a governing majority was using its authority to stifle its critics, entrench the political status quo, and/or perpetuate its own political power.*<sup>38</sup>

Sesuai dua alasan di atas, *the Warren Court* memposisikan diri lebih membela kepentingan HAM dibandingkan dengan menundukkan diri terhadap kepentingan pemerintah atau legislator.

Kritik terhadap *judicial policy* ini adalah implikasi *overenforcement* terhadap HAM dan sekaligus “sabotase kekuasaan” legislatif sebagai media deliberasi demokratis untuk memperjuangkan hak secara terbuka seperti dikonsepsikan Waldron dalam argumen kontra *judicial review*-nya.<sup>39</sup> Tetapi kritik ini disanggah oleh Fallon, Jr. yang menyatakan: “*it is morally more troublesome for fundamental rights to be underenforced than overenforced.*”<sup>40</sup> Menjelaskan argumennya mengenai isu hubungan antara *court* dan *legislature* berkaitan dengan perlindungan HAM melalui *judicial review* Fallon, Jr. menyanggah poin keberatan Waldron sebagai berikut:

*even if courts are not better overall at identifying rights violations than are legislatures, courts have a perspective that makes them more likely to apprehend serious risks to some kinds of fundamental rights; that errors that result in the violations of fundamental rights are typically more morally disturbing than errors that result in the erroneous overenforcement of fundamental rights; and, perhaps most crucially, that a system of judicial review can be so designed that the total moral of rights costs of the overenforcement of rights that judicial review would likely*

---

<sup>38</sup> Geoffrey R. Stone, “*Citizens United* and Conservative Judicial Activism,” *Illinois Law Review*, 2012, h. 493.

<sup>39</sup> Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review,” *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2006, h. 1379-1386. Di sini Waldron mendiskusikan tentang *outcome-related reasons*, yaitu “*reasons for designing the decision-procedure in a way that will ensure the appropriate outcome (i.e., a good, just, or right decision)*,” yang sering digunakan untuk mendukung institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang dalam rangka melindungi hak. Waldron menentang argumen ini dengan menjustifikasi sebaliknya bahwa argumen tersebut justru lebih baik jika diterapkan pada badan legislatif ketimbang badan yudisial. Tidak seperti yang selama ini dibayangkan, badan legislatif juga terbuka untuk mendiskusikan dan memutuskan kasus-kasus individual melalui *hearing*, *lobbying* dan debat.

<sup>40</sup> Richard H. Fallon, Jr., “The Core for Uneasy Case for Judicial Review,” *Harvard Law Review*, Vol. 121, 2008, h. 1735.

*produce will be lower than the moral costs that would result from the underenforcement that would occur in the absence of judicial review.*<sup>41</sup>

Konsisten dengan argumen di atas, isu ini seyogianya disikapi berbeda secara fungsional. Legislator membentuk undang-undang; badan yudisial menguji konstitusionalitasnya. Dikaitkan dengan fungsi perlindungan HAM oleh masing-masing, fungsi legislator adalah preventif, membentuk undang-undang yang tidak bertentangan dengan HAM. Sebaliknya, fungsi badan yudisial adalah korektif, menilai kesesuaian undang-undang dengan batasan HAM yang berlaku; jika undang-undang bertentangan dengan HAM maka badan yudisial seyogianya membatalkan.<sup>42</sup>

Terkait dengan isu kedua tentang teori interpretasi konstitusi saya berpendapat agar hakikat HAM seyogianya lebih dipertimbangkan dalam praktik pengujian undang-undang oleh MKRI. Moore mengembangkan teori interpretasi konstitusi yang dipresumsikan mampu memajukan perlindungan HAM yang dinamai *the natural law theory of constitutional interpretation*. Teori ini dibangun berdasar argumen fungsionalitas pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang dalam rangka perlindungan HAM. Moore membela institusi pengujian yudisial dengan asas *no one should be a judge in their own case* sebagai *the universalist version of the right-based argument for judicial review*. Alasan Moore: “*courts have an incremental advantage if they, rather than the legislature, are assigned the business of rights protection*”.<sup>43</sup>

Selanjutnya, menjelaskan teori interpretasi konstitusinya, Moore menyatakan: “*If the authority of at least the rights-conferring clauses of our Constitution for judges is based on the incrementally greater protection of natural rights, then the right theory of interpretation for judges to use is one maximizing the protection of natural rights.*”<sup>44</sup> Tuntutan spesifik dari teori interpretasi

---

<sup>41</sup> *Ibid*, h. 1735-1736.

<sup>42</sup> Bandingkan dengan pendapat Fallon, Jr. yang mendukung pemikiran Frank B. Cross berikut ini: “*legislatures and courts should both be enlisted in protecting fundamental rights, that both should have veto powers over legislation that might reasonably be thought to violate such rights.*” *Ibid*, h. 1695.

<sup>43</sup> Michael S. Moore, “Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation,” *Fordham Law Review*, Vol. 69, 2001, h. 2113-2114.

<sup>44</sup> *Ibid*, h. 2115.

konstitusi yang dikemukakan Moore dalam rangka *maximizing the protection of natural rights* adalah “*judges are to identify the legal rights named in our Constitution with pre-existing natural rights. With such an identification, the task of finding the meaning of some constitutional right is the task of discovering the nature of the underlying moral right*”.<sup>45</sup>

Berdasarkan praktik yang dipandang representatif dalam isu interpretasi konstitusi dan perlindungan HAM, Jayawickrama merumuskan sejumlah prinsip interpretif sebagai berikut:

1. *The rules of statutory interpretation ought not to be applied.*
2. *The draftsman’s intention is irrelevant.*
3. *A broad, liberal, generous and benevolent construction should be given, not a narrow, pedantic, literal or technical interpretation. A Bill of Rights must be broadly construed in favour of the individual rather than in favour of the State.*
4. *A purposive interpretation should be given; i.e. fundamental rights should be interpreted in accordance with the general purpose of having rights, namely the protection of individuals and minorities against an overbearing collectivity. The meaning of a right or freedom should also be ascertained by an analysis of the purpose of the guarantee; it should be understood, in other words, in the light of the interests it is meant to protect. This analysis should be undertaken, and the purpose of the right or freedom sought by reference to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concept enshrined, and, where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the Bill of Rights.*
5. *A contextual approach is preferred to an abstract approach; i.e. the content of a right ought to be determined in the context of the real life situation brought to the court by the litigant and on the basis of empirical data rather than on the basis of some abstraction.*
6. *A hierarchical approach to rights must be avoided when interpreting a human rights instrument.*
7. *When examining the compatibility of legislation with a Bill of Rights, it is the effect of the legislation rather than its purpose or intent that is relevant. The purpose of the legislation, however, is the initial test of constitutional validity, and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact,*

---

<sup>45</sup> *Ibid.*

*with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose.*<sup>46</sup>

Prinsip-prinsip interpretif tersebut menurut saya sangat otoritatif sebagai kaidah bagi MKRI dalam menginterpretasi ketentuan Bab XA UUD NRI 1945 tentang HAM dalam melaksanakan kewenangannya untuk menguji undang-undang yang sejalan dengan tuntutan untuk memajukan perlindungan HAM.

### **Kesimpulan**

Pelajaran dari tulisan ini secara umum adalah perlunya sebuah kerangka teoretis yang memadai dalam setiap tindakan hukum. Hal ini secara khusus berlaku *mutatis mutandis* terhadap tindakan konstitusional dalam rangka pembentukan badan pemerintahan seperti MKRI.

Seperti telah saya kemukakan di atas, pembentukan MKRI melalui Perubahan Ketiga UUD NRI 1945 tidak disertai dengan argumen teoretis yang memadai melalui proses perdebatan secara intens tentang fungsinya di dalam sistem konstitusional baru, khususnya kewenangan pengujian konstitusionalitas undang-undang sebagai salah satu kewenangan adjudikasi konstitusional yang diatribusikan oleh UUD NRI 1945. Dengan demikian tulisan ini hanya salah satu versi dari teori tentang MKRI yang akan menjadi *raison d'être*-nya supaya eksistensinya dapat dibenarkan (tidak sewenang-wenang) serta implikasi-implikasi praktisnya dalam pelaksanaan kewenangan pengujian undang-undang.

Perlindungan HAM melalui pengujian undang-undang oleh mahkamah konstitusi merupakan salah satu teori penting dalam menjelaskan institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang. Meskipun tidak menjadi bagian dalam proses perdebatan pembentukan MKRI namun saya meyakini bahwa teori ini berlaku secara *taken for granted* untuk MKRI. Hal ini karena teori

---

<sup>46</sup> Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, h. 164-166.

tersebut telah menjadi *mainstream* dalam *opinio doctorum* yang otoritatif pada saat ini.

### Daftar Bacaan

Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations*, Cambridge: The Belknap Press of the Harvard University Press, 1993.

\_\_\_\_\_, "Higher Lawmaking," dalam Sanford Levinson, ed., *Responding Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, New Jersey: Princeton University Press, 1995.

Alstyne, William W. van, "A Critical Guide to *Marbury v. Madison*," *Duke Law Journal*, 1969.

Andrade, Gustavo Fernandes de, "Comparative Constitutional Law: Judicial Review," *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 2001.

Barak, Aharon, *The Judge in A Democracy*, New Jersey: Princeton University Press, 2006.

Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press, 1986.

Cox, Archibald, "The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?," *Maryland Law Review*, Vol. 47, 1987.

Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

Fallon, Jr., Richard H., "The Core for Uneasy Case for Judicial Review," *Harvard Law Review*, Vol. 121, 2008.

Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Goldsworthy, Jeffrey, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Hamilton, Alexander, James Madison & John Jay, *The Federalist with Letters of Brutus* (Terence Ball ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Issacharoff, Samuel, "Constitutional Courts and Democratic Hedging," *The Georgetown Law Journal*, Vol 99, 2011.

- Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell, 1961.
- Kurnia, Titon Slamet, "Konsep Negara Berbasis Hak sebagai Argumen Justifikasi Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang," *Jurnal Konstitusi*, Vol. 9, No. 2, September 2012.
- Lubis, Todung Mulya, *In Search of Human Rights: Legal-Political Dilemmas of Indonesia's New Order 1966-1990*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1993.
- McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York: Cornell University Press, 1947.
- Moore, Michael S., "Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation," *Fordham Law Review*, Vol. 69, 2001.
- O'Scannlain, Diarmuid F., "Lawmaking and Interpretation: The Role of a Federal Judge in Our Constitutional Framework," *Marquette Law Review*, Vol. 91, 2008.
- Posner, Richard A., "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint," *California Law Review*, Vol. 100, 2012.
- Rawls, John, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1996.
- Reinstein, Robert J., & Marc C. Rahdert, "Reconstructing Marbury," *Arkansas Law Review*, Vol. 57, 2005.
- Rostow, Eugene V., "The Democratic Character of Judicial Review," *Harvard Law Review*, Vol. 66, 1952.
- Rubin, Edward, "Judicial Review and the Right to Resist," *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, 2008.
- Schyff, Gerhard van der, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Dordrecht: Springer, 2010.
- Simanjuntak, Marsillam, *Pandangan Negara Integralistik: Sumber, Unsur dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945*, Jakarta: Penerbit Pustaka Utama Grafiti, 1997.

- Soemantri, Sri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Penerbit Alumni, 1986.
- Stockmann, Petra, *The New Indonesian Constitutional Court: A Study into Its Beginnings and First Years of Work*, Jakarta: Hans Seidel Foundation, 2007.
- Stone, Geoffrey R., "Citizens United and Conservative Judicial Activism," *Illinois Law Review*, 2012.
- Sweet, Alec Stone, *Governing with Judges*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Tasrif, S., "Hak-hak Asasi Warga Negara Ditinjau dari sudut UUD-45 & Perundang-undangan," *Hukum dan Keadilan*, Vol. 8, Juli-Agustus, 1979.
- Thayer, James B., "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law," *Harvard Law Review*, Vol. 7, 1893.
- Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review," *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2006.
- Yamin, Muhammad, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, Jilid I, Jakarta: Jajasan Prapantja, 1959.