



LAPORAN PENELITIAN

Legitimasi Praktik *Overruling* di Mahkamah Konstitusi

**Kerjasama antara Mahkamah Konstitusi dengan
Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya
Wacana Salatiga**



KEPANITERAAN DAN SEKRETARIAT JENDERAL

MAHKAMAH KONSTITUSI

2018

LEGITIMASI PRAKTIK *OVERRULING* DI MAHKAMAH KONSTITUSI

HASIL PENELITIAN

**Kerjasama antara Mahkamah Konstitusi dengan
Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana**

Ketua

Dr. Umbu Rauta, S.H., M.Hum.

Anggota:

Indirani Wauran, SH., M.H.

Ninon Melatyugra, SH., M.H.

**Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, dan Pengelolaan Perpustakaan
Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi
Tahun 2018**

LEMBAR PERSETUJUAN

LEGITIMASI PRAKTIK *OVERRULING* DI MAHKAMAH KONSTITUSI

Ketua

Dr. Umbu Rauta, S.H., M.Hum.

Anggota:

Indirani Wauran, SH., M.H.

Ninon Melatyugra, SH., M.H.

Mengesahkan,

Kapuslitka

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Wiryanto', is positioned above the printed name of the official.

Dr. Wiryanto, S.H., M.Hum.

NIP. 19640605 198803 1 001

PENELITIAN
"LEGITIMASI PRAKTIK *OVERRULING*
DI MAHKAMAH KONSTITUSI"



TIM PENGUSUL:

Ketua : Dr. Umbu Rauta, S.H., M.Hum.

Anggota : Indirani Wauran, S.H., M.H.

Ninon Melatyugra, S.H., M.H.

Disetujui Oleh
Dekan Fakultas Hukum
Universitas Kristen Satya Wacana

Arie Siswanto, S.H., M.Hum.
NIP. 1992028

FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS KRISTEN SATYA WACANA

TAHUN 2018

PERNYATAAN ORISINALITAS PENELITIAN

Yang bertandatangan di bawah ini:

Nama : Dr. Uumbu Rauta, S.H., M.Hum.
Indrani Wauran, S.H., M.H.
Ninon Melatyugra, S.H., M.H.
Universitas : Universitas Kristen Satya Wacana
Judul Artikel : "Legitimasi Praktik *Overruling* di Mahkamah
Konstitusi"

Menyatakan yang sebenar-benarnya bahwa penelitian yang ditulis ini adalah asli dan tidak mempunyai kesamaan dengan artikel ilmiah lain. Apabila di kemudian hari ditemukan artikel ilmiah dengan judul yang sama maka dapat dipertanggungjawabkan sepenuhnya oleh kami.

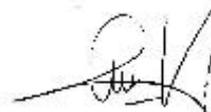
Salatiga, 15 Oktober 2018



Dr. Uumbu Rauta, S.H., M.Hum.



Indrani Wauran, S.H., M.H.



Ninon Melatyugra, S.H., M.H.

KATA PENGANTAR

Puji syukur ke hadirat Tuhan Yang Maha Kuasa atas pertolongan dan perlindunganNYA kami dapat menyelesaikan aktivitas ilmiah berupa penelitian berjudul **Legitimasi Praktik *Overruling* di Mahkamah Konstitusi**. Penelitian ini merupakan salah satu judul yang memperoleh hibah dari Pusat Penelitian dan Pengkajian (Puslitka) Mahkamah Konstitusi tahun 2018, dalam rangka meneliti dan membahas topik-topik terkait konstitusi dan hukum tata negara.

Kegiatan penelitian ini berlangsung selama kurang lebih 6 (enam) bulan, diawali dengan penyusunan proposal, evaluasi proposal tahap pertama (penilaian oleh *reviewer*), evaluasi proposal tahap kedua (presentasi proposal melalui *video conference*), pengumuman proposal yang mendapatkan dukungan pendanaan, pelaksanaan penelitian, penyampaian laporan perkembangan (*mid-term report*), seminar hasil penelitian, dan penyampaian laporan akhir hasil penelitian ke Puslitka MK.

Kegiatan penelitian ini dapat berlangsung dengan baik karena dukungan dari beberapa pihak, utamanya Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi RI yang telah memperkenankan topik ini layak sebagai salah satu topik penelitian yang memperoleh sokongan pendanaan. Kemudian, kepada Tim *Reviewer* yang telah memberikan penilaian substantif, baik terhadap proposal maupun hasil penelitian. Terakhir kepada Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana yang memberi kesempatan dan dukungan kegiatan penelitian ini. Atas semua dukungan dari beberapa pihak tersebut, kami menyampaikan terima kasih yang tak terhingga.

Pada akhirnya, kami harus menyadari dan mengakui bahwa hasil penelitian ini masih mengandung kekurangan dan kelemahan yang bersifat teknis dan substantif, sehingga kritik dan masukan demi penyempurnaan merupakan sebuah keniscayaan dalam berolah ilmu. Kiranya Tuhan senantiasa menyertai usaha dan kegiatan kita.

Tim Peneliti Fakultas Hukum UKSW

Dr. Uumbu Rauta, SH., M.Hum.

Indirani Wauran, SH., MH.

Ninon Melatyugra, SH., MH.

DAFTAR ISI

HALAMAN PENGESAHAN	i
PERNYATAAN ORISINALITAS PENELITIAN	ii
KATA PENGANTAR	iii
DAFTAR ISI	iv
RINGKASAN	vi
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	5
C. Tujuan Penelitian	6
D. Manfaat Penelitian	6
BAB II METODE PENELITIAN	7
A. Kerangka Teori	7
B. Kerangka Konseptual	10
BAB III METODE PENELITIAN	13
A. Jenis Penelitian	13
B. Jenis Pendekatan	14
C. Bahan Hukum	15
BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	17
A. Supremasi Konstitusi dan Ajudikasi Konstitusional: Pendekatan Perbandingan Tradisi <i>Common Law</i> dan <i>Civil Law</i>	17
1. Tradisi <i>Common Law</i> dan Supremasi Konstitusi	19
a. Mengetahui Tradisi <i>Common Law</i>	20
b. Interpretasi Konstitusi secara Yudisial dalam Tradisi <i>Common Law</i> – Khususnya Praktik Amerika Serikat	26
c. <i>Stare Decisis</i> dan <i>Overruling</i>	30
2. Tradisi <i>Civil Law</i> dan Supremasi Konstitusi	34
a. Mengetahui Tradisi <i>Civil Law</i>	34
b. Interpretasi Konstitusi secara Yudisial dalam Tradisi <i>Civil Law</i>	39
3. Supremasi Konstitusi dan <i>Overruling</i>	44
a. Ajudikasi Konstitusional, Supremasi Konstitusi, dan <i>Overruling</i>	45
i. Supremasi Konstitusi: Formal versus Substantif	46
ii. Supremasi Konstitusi dan Pentingnya Ajudikasi Konstitusional	63
iii. <i>Overruling</i> dan Supremasi Konstitusi	68
b. Kesalahan dalam Interpretasi Konstitusi Tidak Boleh Dibiarkan	73

B.	Evaluasi Praktik <i>Overruling</i> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia	95
1.	Praktik <i>Overruling</i> oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia	96
a.	Penyelenggaraan Pemilu (Pilpres dan Pileg): Serentak atau Terpisah	96
b.	Hak Mantan Terpidana dalam Menduduki Jabatan Publik	100
c.	Hak Menguasai Negara	104
d.	Hak untuk Tidak Dituntut atas Dasar Hukum yang Berlaku Surut	108
e.	Status Komisi Pemberantasan Korupsi	111
f.	Hak atas Kepastian Hukum: Pemaknaan Frasa "Dapat Merugikan Keuangan Negara"	116
2.	Pencarian Kebenaran sebagai Legitimasi Praktik <i>Overruling</i> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia	120
a.	Legitimasi Legal	120
b.	Legitimasi <i>Sociological</i>	129
c.	Legitimasi Moral	133
3.	Supremasi Konstitusi dan Kebenaran Interpretasi Konstitusi: Anotasi Praktik <i>Overruling</i> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia	136
a.	Penyelenggaraan Pemilu (Pilpres dan Pileg): Serentak atau Terpisah	137
b.	Hak Mantan Terpidana dalam Menduduki Jabatan Publik	139
c.	Hak Menguasai Negara	143
d.	Hak untuk Tidak Dituntut atas Dasar Hukum yang Berlaku Surut	148
e.	Status Komisi Pemberantasan Korupsi	157
f.	Hak atas Kepastian Hukum: Pemaknaan Frasa "Dapat Merugikan Keuangan Negara"	161
BAB V	PENUTUP	164
A.	Simpulan	164
B.	Saran	167
	DAFTAR PUSTAKA	168

RINGKASAN

Penelitian ini mengkaji dan membahas permasalahan *overruling* di lingkungan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK RI). *Overruling* sebagai sebuah praktik dimana pengadilan memberikan pendapat yudisial yang baru, menggantikan pendapat yudisial sebelumnya, sejatinya hanya dipraktikkan di lingkungan peradilan berdasarkan sistem *common law* sebagai upaya untuk tidak mengikat diri kepada presiden. Pada lingkungan peradilan berdasarkan sistem *civil law*, pengadilan relatif lebih bebas dalam memutuskan, karena tidak terikat untuk menjadikan putusan pengadilan sebelumnya sebagai dasar dalam putusannya.

Sejak pembentukannya tahun 2003, MK RI telah memutus beberapa permohonan pengujian undang-undang yang dikategorikan sebagai praktik *overruling*. Sehingga, permasalahannya: Apakah praktik *overruling* di lingkungan MK RI memiliki legitimasi? Atas permasalahan tersebut, penelitian ini hendak mempertahankan suatu argumen bahwa praktik *overruling* memiliki legitimasi berdasarkan asas supremasi konstitusi. Asas supremasi konstitusi melegitimasi praktik *overruling* karena asasnya MK RI lebih terikat oleh konstitusi ketimbang terikat pada pendapat yudisialnya sendiri.

Sejalan dengan pokok permasalahan tersebut, uraian akan diawali dengan kerangka teori dan konseptual mengenai asas supremasi konstitusi dan ajudikasi konstitusional, yang di dalamnya menjelaskan tentang posisi konstitusi sebagai *supreme law* bagi lembaga ajudikasi dalam pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang. Selanjutnya akan diuraikan perbedaan interpretasi konstitusi secara yudisial, baik dalam tradisi hukum *civil law* dan *common law*.

Pada bagian hasil penelitian, diuraikan putusan MK RI yang dikategorikan sebagai praktik *overruling*, dengan mengambil beberapa putusan pengujian undang-undang terkait: penyelenggaraan pileg dan pilpres serentak, hak bagi mantan terpidana untuk menduduki jabatan publik, hak menguasai negara terhadap sumber daya alam, hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, status atau

kedudukan komisi pemberantasan korupsi, dan pemaknaan kerugian negara dalam undang undang tindak pidana korupsi.

Meski praktik *ouerruling* memiliki basis legitimasi berupa asas supremasi konstitusi yang dianut negara Indonesia, tidak semua praktik *ouerruling* tersebut *justifiable*. Oleh karenanya, setelah uraian praktik *ouerruling*, lebih lanjut di uraian justifikasi legitimasi baik dari aspek atau kriteria *legal*, *sociological* dan *moral*. Dengan kata lain, agar supaya praktik *ouerruling* tersebut *legitimate* maka harus dapat dijustifikasi dari aspek hukum, sosiologis dan moral.

Pada bagian akhir penelitian, secara khusus menyoroti aspek kebenaran interpretasi MK RI dalam melakukan *ouerruling* terkait beberapa putusan pengujian undang-undang yang dijadikan contoh praktik *ouerruling*. Aspek metodologis dalam melakukan anotasi ini adalah berpegang pada Ajaran atau Teori Interpretasi Konstitusi. Poin utama tentang kriteria kebenaran konstitusional di sini adalah apakah interpretasi konstitusi yang diberikan sudah mencerminkan apa yang seharusnya menurut konstitusi ataukah tidak.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Penelitian ini hendak mengkaji atau mengangkat permasalahan tentang legitimasi untuk praktik *overruling* di lingkungan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK RI). Secara konseptual, konsep *overruling* sejatinya hanya dipraktikkan di lingkungan peradilan berdasarkan sistem *common law* sebagai upaya untuk tidak mengikat diri kepada preseden dan sekaligus menerapkan asas atau kaidah baru pada putusan yang sekarang.¹ Di lingkungan peradilan berdasarkan sistem *civil law* seperti Indonesia, karena ketiadaan efek preseden maka pengadilan relatif lebih bebas dalam memutus, dalam hal ini terkait dengan dasar dalam pengambilan putusannya. Itu artinya, sebagai dasar putusan, pengadilan tidak terikat untuk menjadikan putusan pengadilan (pendapat yudisial di dalamnya) sebagai dasar dalam putusannya.

Khusus menyangkut isu interpretasi konstitusi secara yudisial, terdapat suatu studi menarik yang dilakukan oleh **Steven G. Calabresi** mengenai kekuatan mengikat sebagai preseden putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat terhadap proses yudisial yang kemudian sepanjang tahun 1937 – 2005. Dalam studi ini ditemukan ada banyak praktik *overruling* yang intinya adalah Mahkamah Agung, secara prinsip, tidak keberatan untuk meninggalkan preseden yang telah ada sebelumnya.² Adapun argumen yang dikembangkan oleh **Calabresi** untuk menjustifikasi praktik tersebut adalah asas supremasi konstitusi yang lebih kuat jika dibandingkan dengan asas *the*

¹ Secara harafiah tindakan "to overrule" artinya: "an appellate court's decision that a prior appellate decision was incorrect, and is therefore no longer a valid precedent on the legal issue in question." <<https://www.law.cornell.edu/wex/overrule>> Dalam sistem peraturan perundang-undangan konsep ini nampaknya paralel dengan *lex posterior derogat legi inferiori*.

² Steven G. Calabresi, "The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent and Burke" (2006) 57 *Alabama Law Review* 635, 638-683.

binding force of precedent atau *stare decisis*³. Dalam pernyataan langsung **Calabresi**, tesis atau argumennya adalah: "*textual arguments always come first, ahead of the doctrinal arguments, and it is the textual arguments, and it is the textual arguments, or sometimes arguments from the first principles, that are, in my judgment, doing the real work of justifying an overruling.*"⁴

Ada beberapa istilah penting dari pernyataan di atas yang perlu diklarifikasi karena maknanya tidak sama persis dengan makna yang biasa kita pikirkan. Pertama, *textual arguments* adalah argumen atau pendapat yudisial yang dilakukan dengan mengacu pada peraturan, dalam hal ini lebih spesifik lagi adalah undang-undang dasar. Kedua, *doctrinal arguments* adalah argumen atau pendapat yudisial yang dilakukan dengan mengacu pada pendapat yudisial sebelumnya (baca: preseden). Dengan kata lain, *doctrine* atau *doctrinal* di atas tidak sama konsepnya dengan pendapat atau ajaran sarjana seperti yang kita kenal. Pengertian *doctrine* yang demikian adalah pengertian yang khas menurut tradisi hukum Amerika Serikat.

Dalam konteks demikian, pertanyaannya adalah adakah putusan MK RI yang dapat dikategorikan sebagai praktik *overruling*? Contoh putusan MK RI yang secara substansial bersifat *overruling* adalah Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017 terkait dengan status KPK (Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi) dalam struktur konstitusional atau ketatanegaraan.

Gambaran mengenai praktik *overruling* tersebut nampak dalam *dissenting opinion* yang diajukan oleh Hakim Konstitusi **I Dewa Gede Palguna, Suhartoyo** dan **Saldi Isra**. Dalam *dissenting opinion* tergambar pendapat yudisial MK RI terkait dengan status konstitusional KPK yang mengalami *overruling* sebagai berikut:

Secara hukum, serangkaian putusan Mahkamah Konstitusi telah berulang kali menyatakan independensi posisi KPK, di antaranya: (1) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-018/PUU-IV/2006, tertanggal 19 Desember 2006; (2) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 19/PUU-V/2007, tertanggal 13 November 2007; (3) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 37-39/PUU-VIII/2010, tertanggal 15 Oktober 2010; dan (4) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-IX/2011, tertanggal 20

³ Secara harafiah *stare decisis* memiliki pengertian "*to stand by things decided.*" Pra-kondisi untuk keberlakuan asas *stare decisis* ini adalah: "*when an issue has been previously brought to the court and a ruling already issued.*" <https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis>

⁴ Steven G. Calabresi, Op.cit., 639.

Juni 2011. Independensi posisi KPK dalam sistem ketatanegaraan Indonesia masih dapat ditelisik dari belasan putusan Mahkamah Konstitusi yang lain. Secara umum, serangkaian putusan Mahkamah Konstitusi tersebut menegaskan:

- 1) Pembentukan lembaga seperti KPK dapat dianggap penting secara konstitusional (*constitutionally important*) dan keberadaan komisi-komisi negara semacam KPK telah merupakan suatu hal yang lazim.
- 2) Sifat kelembagaan KPK adalah sebagai lembaga penegakan hukum dalam bidang tindak pidana korupsi.
- 3) KPK merupakan lembaga negara yang bersifat independen yang dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya bebas dari (campur-tangan) kekuasaan manapun.
- 4) KPK adalah lembaga negara independen yang diberi tugas dan wewenang khusus antara lain melaksanakan sebagian fungsi yang terkait dengan kekuasaan kehakiman untuk melakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan serta melakukan supervisi atas penanganan perkara-perkara korupsi yang dilakukan oleh institusi negara yang lain.
- 5) Pimpinan bersifat kolektif dan berakhirnya masa jabatan pimpinan (dapat) habis secara bergantian (*staggered terms*).

Bahwa teori hukum tata negara dan rekaman putusan Mahkamah Konstitusi di atas telah menjadi benteng yang kokoh dalam mempertahankan dan meneguhkan posisi KPK dalam desain besar (*grand design*) agenda pemberantasan korupsi sebagai salah satu amanah pokok yang diperjuangkan para Era Reformasi serta menegaskan bahwa KPK merupakan lembaga independen yang bukan berada di dalam tiga cabang kekuasaan negara di dalam doktrin trias politika. Dengan demikian, telah jelas KPK bukan termasuk dalam cabang kekuasaan eksekutif.⁵

Dapat disimpulkan, berdasarkan pemaparan di atas, kaidah putusan MK RI yang menjadi objek praktik *overruling* melalui Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017 adalah "KPK merupakan badan pemerintah independen di luar lingkungan eksekutif." Itu artinya, secara *a contrario*, *overruling* yang dilakukan dalam Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017 menyatakan kaidah bahwa "KPK adalah ranah kekuasaan eksekutif." Kaidah demikian nampak dalam pertimbangan hukum berikut ini:

Benar bahwa KPK merupakan lembaga negara yang dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya bersifat independen dan bebas dari pengaruh kekuasaan manapun. Posisinya yang berada di ranah eksekutif tidak berarti membuat KPK tidak independen dan terbebas dari pengaruh manapun ... KPK merupakan lembaga yang berada di ranah eksekutif yang melaksanakan tugas penyelidikan, penyidikan dan penuntutan dalam perkara tindak pidana korupsi yang sejatinya merupakan kewenangan

⁵ Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017, 124-125.

Kepolisian dan/atau Kejaksaan.⁶

Dengan demikian jawaban untuk pertanyaan di atas, adakah putusan MK RI yang dapat dikategorikan sebagai praktik *outruling*, adalah afirmatif.

Karena itu isu hukum yang menjadi *concern* penelitian ini adalah: **Apakah praktik *outruling* di lingkungan MK RI memiliki legitimasi?** Jika kasus ini mengikuti skenario paling maksimal bahwa asas preseden berlaku pada MK RI maka mengacu pada pendapat Calabresi dapat diklaim bahwa praktik *outruling* oleh MK RI tersebut *legitimate* (apalagi mengingat bahwa Indonesia menganut tradisi *civil law system* yang *a fortiori* tentunya hal ini juga berlaku terhadap MK RI).

Untuk itu penelitian ini akan difokuskan pada kewajaran dari, seandainya terjadi, praktik *outruling* yang dilakukan oleh MK RI dari kaca mata Hukum Konstitusi sehingga praktik yang terjadi tersebut dapat kita respons atau tanggap secara normal-normal saja. Posisi demikian yang dapat terjadi di lingkungan peradilan yang menganut tradisi *common law system* tentu memberikan sinyal bahwa tidak ada preseden yang bersifat absolut. Sejalan dengan itu di lingkungan peradilan yang menganut tradisi *civil law system* tentu lebih tidak perlu terkaget-kaget lagi dalam menanggapi praktik demikian. Setidaknya tidak muncul reaksi seperti yang ditunjukkan oleh **Mahfud MD.**, Ketua MK RI periode kedua, 2008 – 2013, yang pada intinya berargumen bahwa putusan pengadilan yang lama dan berkekuatan hukum tetap tidak dapat dibatalkan oleh putusan pengadilan yang baru.⁷

Makna tersiratnya adalah jika terdapat kesalahan dalam pendapat yudisial terdahulu maka pada pendapat yudisial yang kemudian dapat dilakukan koreksi supaya kesalahan itu tidak dalam posisi *status quo* (terlebih ini adalah tentang interpretasi konstitusi di mana konstitusi adalah *the supreme law of the land!*) Dalam konteks interpretasi konstitusi maka interpretasi di sini menghendaki berlangsungnya proses dialog. Itu artinya aktivitas atau kegiatan interpretasi tersebut seyogianya bersifat dinamis di mana semua pendapat yudisial yang pernah ada seyogianya selalu

⁶ Ibid., 109.

⁷ Mahfud MD., "Vonis MK Itu Sudah Diduga" Kompas 10 Februari 2018. Dalam kasus ini Mahfud Md. sepertinya "tidak mengetahui" institusi dalam praktik yudisial yang dikenal dengan sebutan *outruling* sehingga membuat argumen yang sangat berbeda.

didiskusikan di lingkungan internal MK RI dan pendapat yudisial yang harus dipertahankan hanyalah pendapat yudisial yang dirasa benar. Oleh karena itu proses yudisial yang selanjutnya sangat terbuka untuk melakukan koreksi jika pengadilan yang selanjutnya berpikir ada kekeliruan dalam interpretasi konstitusi yang dihasilkan. Dengan pengertian lain, pemikiran di balik isu tentang legitimasi praktik *overruling* di sini pada hakikatnya adalah tentang proses pencarian kebenaran, khususnya di ranah interpretasi konstitusi.⁸

Sesuai dengan posisi di atas maka penelitian ini hendak meletakkan kerangka berpikir seperti yang dikemukakan oleh **Calabresi** dalam skenario praktik *overruling* yang dilakukan oleh MK RI dengan contoh kasus seperti yang sudah dikemukakan di atas. Itu artinya, tesis atau argumen dari penelitian ini adalah **asas supremasi konstitusi melegitimasi praktik *overruling* yang dilakukan MK RI karena dasarnya MK RI terikat oleh konstitusi ketimbang terikat oleh pendapat yudisialnya sendiri sebelumnya.**

Sebagai pra-kondisi supaya argumen di atas dapat aplikabel maka tentu tidak semua praktik *overruling* dapat diklaim *justifiable*. Dalam konteks demikian perlu diletakkan batas-batas mana praktik *overruling* tersebut yang *justifiable* dan mana yang tidak. Oleh karena itu penelitian demikian sangat strategis maknanya untuk kepentingan kinerja yudisial MK RI ke depan, khususnya dalam mengembangkan proses dialog konstitusional internal ketika memutus perkara pengujian undang-undang.

B. Rumusan Masalah

Penelitian ini berusaha untuk menjawab pokok permasalahan sebagai berikut:
Apakah praktik *overruling* di lingkungan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia memiliki legitimasi?

Penelitian ini hendak mempertahankan suatu argumen bahwa praktik *overruling*

⁸ Dalam konteks ini dapat dibangun suatu pengertian bahwa dalam kasus lain yang sama di masa depan belum tentu juga pendirian dalam Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017 akan dijadikan sebagai rujukan. Tetap terbuka kemungkinan bagi Mahkamah Konstitusi untuk kembali pada "hukum yang lama".

yang dijalankan oleh MK RI memiliki legitimasi dengan mendasarkan pada prioritas asas supremasi konstitusi sebagai basis legitimasinya.

C. Tujuan Penelitian

Sejalan dengan pokok permasalahan yang telah disampaikan, maka penelitian ini memiliki tujuan sebagai berikut:

1. Menjelaskan asas supremasi konstitusi dalam posisi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) sebagai *supreme law* bagi MK RI terkait pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang.
2. Menunjukkan bahwa praktik *overruling* MK RI memiliki legitimasi berdasarkan asas supremasi konstitusi serta mengelaborasi pra-kondisi bagi praktik *overruling* yang sah.

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini memberikan manfaat baik dari sisi teoritis untuk perkembangan keilmuan maupun dari sisi praktis. Adapun manfaat tersebut adalah:

1. Dari sisi teoritis, penelitian ini memberikan sumbangan dalam bangunan argumentasi bahwa asas supremasi konstitusi, dalam hal ini supremasi UUD NRI Tahun 1945 merupakan asas yang dipegang oleh Indonesia.
2. Dari sisi praktis, penelitian ini bermanfaat untuk melegitimasi tindakan MK RI dalam melakukan *overruling* sekaligus memberikan pedoman mengenai tindakan *overruling* yang memiliki legitimasi.

BAB II

KERANGKA TEORI DAN KONSEPTUAL

A. Kerangka Teori

Sebagai asas umum, lazimnya, badan peradilan yang menganut tradisi *Common Law System* tunduk pada asas preseden atau *stare decisis* dengan didasari keyakinan, seperti dinyatakan sendiri oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat karena: "*possessing 'fundamental importance to the rule of law', promoting 'the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles', and contributing to 'the actual and perceived integrity of the judicial process'.*"⁹ Sementara menurut **Steven J. Burton**, asas preseden memiliki keunggulan: "*fosters unity, stability, and equality over time.*"¹⁰ Namun demikian, sebagai asas khusus atau pengecualian, badan peradilan dapat menegasikan berlakunya asas preseden tersebut melalui tindakan *overruling*. Masalahnya adalah paradoks yang timbul dari situasi ini seperti disitir oleh **Burton**: "*A supreme court must follow its precedents but, in any case, it can overrule them.*"¹¹

Atas dasar pemahaman di atas maka penjelasan teoretis yang penting adalah apakah hakikat di balik praktik *overruling*. Hakikat dari praktik *overruling* adalah pengadilan berbeda pendirian dengan pendirian pengadilan sebelumnya dengan memberikan pendapat yudisial yang baru, menggantikan pendapat yudisial sebelumnya.¹² Dalam pengertian demikian maka dapat disimpulkan bahwa praktik *overruling* di sini timbul dari perbedaan dalam memahami hukumnya, termasuk

⁹ Randy J. Kozel, "Stare Decisis as Judicial Doctrine" (2010) 67 Washington & Lee Law Review 411, 412-413. Pendapat-pendapat Mahkamah Agung Amerika Serikat yang dirujuk Kozel adalah: *Welch v. Tex. Dep't of Highways & Pub. Transp.*, 483 U.S. 468, 494 (1987) dan *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827 (1991).

¹⁰ Steven J. Burton, "The Conflict Between Stare Decisis and Overruling in Constitutional Adjudication" (2014) 35 Cardozo Law Review 1687, 1688.

¹¹ Ibid.

¹² Nicola Gennaioli & Andrei Shleifer, "Overruling and the Instability of Law" (2007) 35 Journal of Comparative Economics 309, 310. Bentuk praktik yang lain, tetapi lebih sempit cakupannya, adalah tindakan *distinguishing*. Tindakan ini mengandung pengertian tidak menggantikan preseden yang ada, hanya membatasi keberlakuannya dalam kasus yang dihadapi. Ibid., 309-310.

perbedaan dalam pendekatan interpretif untuk sampai pada kesimpulan mengenai apa yang diyakini sebagai hukumnya.¹³ Kondisi demikian juga nampak dalam Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017.

Oleh karena itu, praktik *overruling* sejatinya mengandung nilai dasar berupa koreksi atas pemahaman tentang hukum yang lalu, dalam hal ini pemahaman tentang hukum yang diberikan oleh pengadilan sebelumnya yang dianggap tidak tepat oleh pengadilan yang sekarang.¹⁴ Atau dalam pernyataan **Burton** yang lugas dikatakan: "*Overruling enables supreme courts to correct their past errors and to adapt the law to changing circumstances.*"¹⁵ Ketika badan peradilan di negara yang menganut tradisi *Common Law System* menghalalkan praktik ini maka, *a fortiori*, tentu badan peradilan di negara yang menganut tradisi *Civil Law System* dapat lebih bebas lagi dibandingkan dengan koleganya itu. Secara prinsip, di badan peradilan berdasarkan tradisi *Common Law System*, praktik *overruling* tidak mudah dilakukan,¹⁶ dan sekaligus jarang dilakukan.¹⁷ Sebagai bentuk upaya korektif, praktik *overruling* bersandar pada asas atau prinsip kebenaran dari putusan, dalam hal ini lebih khusus lagi adalah dasar putusan yang notabene adalah hukum itu sendiri yang maknanya dibentuk melalui proses interpretif.

Itu artinya, putusan pengadilan dituntut untuk selalu didasari oleh dasar yang benar supaya putusan tersebut *legitimate*, sehingga praktik *overruling* selalu berada dalam konteks yang demikian, meskipun dilakukan oleh badan peradilan yang menganut tradisi *Common Law System* sekalipun. Pengertian demikian nampak secara tersirat dalam kutipan di bawah ini:

A precedent thus significantly impairs when the precedent is incapable of guiding conduct, as when it is opaque, incoherent, unreliable, or unworkable, or when it lacks at least a minimal or colorable justification. When the precedent so impairs, stare decisis lapses for the Court as applied

¹³ Caleb Nelson, "Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents" (2001) 87 Virginia Law Review 1, 3; Pintip Hompluem Dunn, "How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis" (2003) 113 Yale Law Journal 493, 494.

¹⁴ Cf. Amy Coney Barrett, "Precedent and Jurisprudential Disagreement" (2013) 91 Texas Law Review 1711, 1716-1725.

¹⁵ Steven J. Burton, Loc.cit.

¹⁶ Hal ini merupakan implikasi dari asas preseden itu sendiri karena jika tidak demikian maka apa artinya dengan keberlakuan asas preseden itu sendiri. Caleb Nelson, Ibid.

¹⁷ James H. Fowler & Sangick Jeon, "The Authority of Supreme Court Precedent" (2008) 30 Social Networks 16, 25.

*to that precedent. The Court then may overrule if the precedent is indistinguishable, mistaken, and there is a better alternative.*¹⁸

Hal ini sejalan dengan pandangan **Neil MacCormick** yang mengajukan tuntutan berupa ambang batas supaya suatu putusan *legitimate* yang secara metaforis dinyatakan sebagai berikut: "*legal decisions must make sense in the world and they must also make sense in the context of the legal system.*"¹⁹ Dengan pengertian lain, jika digunakan pendapat **MacCormick** tersebut, pernyataan ini merupakan dasar atau kriteria kebenaran untuk suatu kesimpulan hukum, termasuk putusan pengadilan. Dalam pengertian lebih konkret, kriteria kebenaran tersebut mencakup tiga dasar penilaian, yaitu: positivitas, koherensi dan keadilan.²⁰

Proses yudisial sebagai proses pencarian kebenaran dalam menghasilkan putusan atas suatu kontroversi tentu saja harus beranjak dari ideal tertentu, termasuk bagaimana memperlakukan suatu pendapat yudisial yang pernah ada sebelumnya tetapi pendapat yudisial tersebut kemudian disikapi berbeda karena ada kesalahan dalam pendapat tersebut. Hal ini, pada akhirnya, merupakan kerangka teoretis atau konseptual untuk memberikan bingkai atas jawaban yang hendak diberikan terhadap isu hukum penelitian ini yaitu legitimasi praktik *overruling* yang terjadi di lingkungan MK RI.

Praktik *overruling* di lingkungan MK RI sudah terjadi, dan ini adalah fakta hukum yang tidak dapat diabaikan. Selain Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017, praktik *overruling* yang lain adalah Putusan MK RI No.14/PUU-XI/2013. Dari perspektif ilmu hukum secara umum, kesesuaian dengan hukum adalah isu yang sentral. Oleh karena itu, hal yang sama berlaku untuk praktik *overruling* di lingkungan MK RI. Sementara, baik UUD NRI Tahun 1945 maupun Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi tidak memberikan preskripsi eksplisit untuk isu ini.

Mengaitkan praktik *overruling* MK RI dengan penjelasan teoretis yang telah diulas, maka akan dapat dipahami bahwa *pertama*, MK RI merupakan badan peradilan di Indonesia yang notabene menganut tradisi *Civil Law System* di mana dasarnya tidak

¹⁸ Steven J. Burton, Op.cit., 1712-1713.

¹⁹ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Clarendon Press 1978) 103.

²⁰ H. Ph. Visser 'tHooft, *Filsafat Ilmu Hukum* (Universitas Brawijaya Press 2014) 115-128.

mengenal preseden atau *stare decisis*. Kedua, badan peradilan di negara yang menganut tradisi *Common Law System*-pun tidak sepenuhnya terikat oleh asas preseden, sehingga praktik *overruling* dapat dilakukan.²¹ Oleh karena itu, terbuka peluang bagi MK RI untuk melakukan praktik *overruling*.

B. Kerangka Konseptual

Sesuai dengan tujuan penelitian yang diwujudkan ke dalam *thesis statement*, penelitian ini pada hakikatnya hendak memberikan legitimasi atas praktik *overruling* dalam peradilan konstitusional yang dijalankan oleh MK RI. Oleh karena itu, perlu dikemukakan di sini pustaka yang relevan untuk mengelaborasi konsep legitimasi tersebut. Sejalan dengan itu maka legitimasi di sini mengacu pada pandangan **Richard H. Fallon, Jr.**, yang menyatakan: "*the term legitimacy invites appeal to three distinct kinds of criteria that in turn support three concepts of legitimacy: legal, sociological and moral.*"²² Selanjutnya, menjelaskan tentang masing-masing konsep legitimasi, **Fallon, Jr.** menyatakan:

*When legitimacy functions as a legal concept, legitimacy and illegitimacy are gauged by legal norms. As measured by sociological criteria, the Constitution or a claim of legal authority is legitimate insofar as it is accepted (as a matter of fact) as deserving of respect or obedience – or, in a weaker usage ... insofar as it is otherwise acquiesced in. A final set of criteria is moral. Pursuant to a moral concept, legitimacy inheres in the moral justification, if any, for claims of authority asserted in the name of the law.*²³

Mengacu pada pandangan yang dikemukakan **Fallon, Jr.** legitimasi dari praktik *overruling* oleh MK RI akan dijustifikasi dalam tiga tataran konsep legitimasi di atas.

Selanjutnya adalah pustaka-pustaka yang secara substantif relevan dengan penelitian. Secara umum, mengacu pada praktik yang berkembang dalam proses yudisial di Amerika Serikat, *overruling* pada hakikatnya dilakukan dalam dua area,

²¹ Kebalikannya, preseden juga dapat memiliki kualifikasi tidak dapat menjadi objek *overruling*. Preseden yang demikian, secara teori, dikualifikasikan sebagai "*super precedent*". Seperti contoh, kasus *Roe v. Wade* (1973). Untuk penjelasan lebih menyeluruh tentang *super precedent* lihat Michael J. Gerhardt, "Super Precedent" (2006) 90 Minnesota Law Review 1204, 1204-1231.

²² Richard H. Fallon, Jr., "Legitimacy and the Constitution" (2005) 118 Harvard Law Review 1787, 1790.

²³ Ibid., 1790-1791.

yaitu interpretasi undang-undang dan interpretasi konstitusi. Perbedaan kedua area tersebut sangat berkaitan dengan kecenderungan pengadilan untuk memilih melakukan *overruling* atas presedennya. Untuk *overruling* berkaitan dengan interpretasi undang-undang, studi sudah dilakukan oleh **William N. Eskridge, Jr.**²⁴ Sementara *overruling* khusus berkaitan dengan interpretasi konstitusi, studi sudah dilakukan oleh **Steven G. Calabresi.**²⁵ Seperti disinggung oleh **Caleb Nelson,** pengadilan memiliki kecenderungan untuk tidak dengan mudah melakukan *overruling* dalam area interpretasi undang-undang meskipun interpretasi tersebut salah, dan lebih memprioritaskan preseden.²⁶

Lebih lanjut, **Lee Epstein, William M. Landes & Adam Liptak** melakukan studi untuk menyelidiki alasan empiris mengapa praktik *overruling* dilakukan.²⁷ Studi ini kebetulan objeknya adalah praktik *overruling* di area interpretasi konstitusi sehingga sangat relevan dalam mendukung legitimasi sosiologis praktik *overruling* yang hendak didiskusikan oleh penelitian ini. Studi ini dibuka dengan pendapat terkenal **Justice Louis Brandeis** yang merupakan *dissenting opinion* dalam kasus *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406–07 (1932). **Brandeis** menyatakan: “*Stare decisis is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right ... But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions.*”²⁸ Pendapat ini sudah berlaku sebagai kaidah bahwa di area interpretasi konstitusi, kecenderungan pengadilan untuk melakukan *overruling* lebih besar ketimbang di area interpretasi undang-undang dengan alasan seperti yang dikemukakan oleh **Brandeis** di atas.

²⁴ William N. Eskridge, Jr., “Overruling Statutory Precedents” (1988) 76 Georgetown Law Journal 1361, 1361-1439.

²⁵ Steven G. Calabresi, *Op.cit.*, 635-687.

²⁶ Caleb Nelson, *Op.cit.*, 2;

²⁷ Lee Epstein, William M. Landes & Adam Liptak, “The Decision to Depart (or Not) from Constitutional Precedent: An Empirical Study of the Roberts Court” (2015) 90 New York University Law Review 1115, 1115-1159. Cf. James F. Spriggs & Thomas G. Hansford, “Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent” (2001) 63 The Journal of Politics 1091, 1091-1111.

²⁸ *Ibid.* 1116.

Sebagai kesimpulan atas tinjauan pustaka ini, studi tentang praktik *judicial overruling* di negara yang peradilannya menganut tradisi *Common Law System* sangat kaya sebagai bahan untuk dielaborasi oleh penelitian ini yang mengambil *setting* kebalikannya, yaitu badan peradilan yang menganut tradisi *Civil Law System*. Itu artinya, sebagaimana dinyatakan di atas, praktik *overruling* yang di tradisi *Common Law System* adalah hal yang lumrah, tentu, lebih-lebih, ditradisi *Civil Law System*. Hal ini sekaligus untuk menunjukkan bahwa kegundahan (atau bahkan kegusaran) seperti dirasakan oleh Prof. Mahfud MD. dalam menyikapi Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017 tidak perlu terjadi.²⁹ Sikap yang lebih bijak adalah mempertanyakan alasan substantif, seperti hendak dilakukan penelitian ini, apakah praktik *overruling* yang dilakukan sudah *legitimate* ataukah belum. Dengan belajar dari tradisi *Common Law System* di mana *overruling* sendiri dianggap sebagai hal yang wajar, maka, *mutatis mutandis*, akan demikian pula pandangan atau pendapat hukum kita tentang praktik *overruling* tersebut, termasuk yang dilakukan oleh MK RI.

Lebih lanjut, kesimpulan di atas memiliki relevansi dengan proyeksi peluang keberhasilan penelitian ini yang sangat bergantung pada (atau mengandalkan) bahan-bahan pustaka. Itu artinya, dengan melihat “kekayaan” bahan-bahan pustaka yang tersedia, kecenderungan untuk penelitian ini berhasil sangat tinggi. Optimisme ini nampak dalam tinjauan pustaka yang sudah dilakukan di atas.

²⁹ Mahfud Md., “Vonis MK Itu Sudah Diduga” Kompas 10 Februari 2018.

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Jenis Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum (*legal research*), sebagai konsekuensi penelitian ini terutama mengandalkan pada dukungan literatur (*library-based research*).³⁰ Suatu penelitian hukum secara substantif fokusnya membicarakan hukum (*to state the law*), yaitu membicarakan *normative statements*; dan tidak membicarakan apa yang ada atau apa yang terjadi. Penelitian hukum memiliki padanan istilah *doctrinal research*. Dinamakan demikian karena penelitian ini: "*identify, analyse and synthesise the content of the law.*"³¹

Berbeda dengan penelitian sosial, desain metodologis dalam penelitian hukum pada prinsipnya hampir sama, yaitu, yang paling fundamental, harus mencerminkan proses "*appeal to authorities*". Pemahaman demikian dijelaskan sangat baik oleh **Terry Hutchinson**: "*The doctrinal method is normally a two-part process involving both locating the sources of the law and then interpreting and analysing the text. In undertaking a doctrinal study, the researcher must initially access 'the law.'*"³² Letak kekhasan yang lain dari penelitian hukum ialah proses atau kegiatan penelitiannya.

Proses atau kegiatan dari penelitian hukum adalah argumentatif dan interpretif. Oleh karena itu, bentuk atau model penulisan yang digunakan untuk pelaporan penelitian ini adalah *argumentative writing* yang *notabene* merupakan proses penyampaian suatu *legal reasoning* atau *legal argumentation*.

³⁰ Oleh karena itu, sebagai standar universal untuk *law school* di seluruh dunia, *law library* diposisikan sebagai laboratoriumnya untuk orang hukum (*lawyer's laboratory*). Misalnya Standar 5.1. The Council of Australian Law Deans Standards for Australian Law Schools yang menyatakan: "*Recognising that the law library has a distinctive role in the university, and is appropriately described, to underline the parallel with the essential equipment of the scientist, as 'the lawyer's laboratory.'*"

³¹ Terry Hutchinson, "Doctrinal Research: Researching the Jury" dalam Dawn Watkins & Mandy Burton (eds.), *Research Methods in Law* (Routledge 2013) 9.

³² Terry Hutchinson, Op.cit. 13.

Lebih lanjut, terkait dengan teknik dalam melakukan penelitian hukum, jenis teknik-teknik interpretif yang digunakan adalah merujuk pada teknik-teknik interpretif yang dikenal dalam Ilmu Hukum, di mana dalam arti luas teknik atau metode itu disebut penemuan hukum (*rechtsvinding* atau *legal method*).³³

B. Jenis Pendekatan

Terdapat beberapa jenis pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini yakni pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), dan pendekatan kasus (*case approach*).

1. Pendekatan Konseptual

Pendekatan konseptual (*conceptual/theoretical approach*) adalah pendekatan yang mengkaji pendapat, pandangan-pandangan atau doktrin sarjana yang berkembang dalam ilmu hukum untuk menemukan ide yang melahirkan pengertian hukum, konsep hukum, asas hukum yang relevan dengan isu hukum yang dihadapi. Dalam penelitian ini dilakukan pengkajian beberapa konsep tertentu diantaranya konsep supremasi konstitusi, hak menguasai negara, frasa "dapat merugikan keuangan negara" (selengkapnya dalam bagian pembahasan).

2. Pendekatan Perundang-undangan

Pendekatan kedua yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan peraturan perundang-undangan (pendekatan perundang-undangan – *statute approach*), khususnya undang-undang dasar, juga digunakan sebagai bahan hukum untuk mengelaborasi dan merumuskan hubungan antar lembaga-lembaga negara.

3. Pendekatan Kasus

Pendekatan terakhir dalam penelitian ini adalah pendekatan kasus (*case approach*) yang akan melihat pada *ratio decidendi* atau alasan-alasan hukum (*reasoning*) yang digunakan oleh hakim dalam putusannya sebagai referensi untuk memecahkan isu hukum tertentu. Penelitian ini akan berfokus pada putusan-putusan MK RI untuk

³³ Tentang perspektif teoretis dari argumentasi dan interpretasi lihat Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008* (Penerbit CV. Mandar Maju 2015) 103-166.

mencari interpretasi konstitusi oleh MK RI yang relevan. Disamping itu juga digunakan beberapa putusan pengadilan asing sebagaimana dikutip dalam buku-buku hukum yang menjadi rujukan (selengkapnya dapat dilihat pada bagian daftar pustaka).

C. Bahan Hukum

Adapun bahan hukum (*legal materials* atau *authorities*) yang digunakan dalam penelitian ini terdiri dari bahan hukum primer, sekunder, dan tertier (*primary authority, secondary authority* dan *tertiary authority*).

1. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer meliputi peraturan perundang-undangan, catatan resmi, risalah dalam pembuatan perundang-undangan dan putusan hakim. Penelitian ini secara spesifik akan menggunakan bahan hukum primer di antaranya UUD NRI Tahun 1945, Undang-Undang Republik Indonesia, Putusan MK RI, naskah akademik, dan risalah/notulen perdebatan parlemen yang terkait pembahasan legitimasi praktik *overruling*.

Adapun peraturan perundang-undangan yang dipakai dalam penelitian ini adalah:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966;
- c. Ketetapan MPR No. III/MPR/2000;
- d. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999;
- e. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2002;
- f. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2004;
- g. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 2004;
- h. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011;
- i. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2014;
- j. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2015;
- k. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2017.

2. Bahan Hukum Sekunder

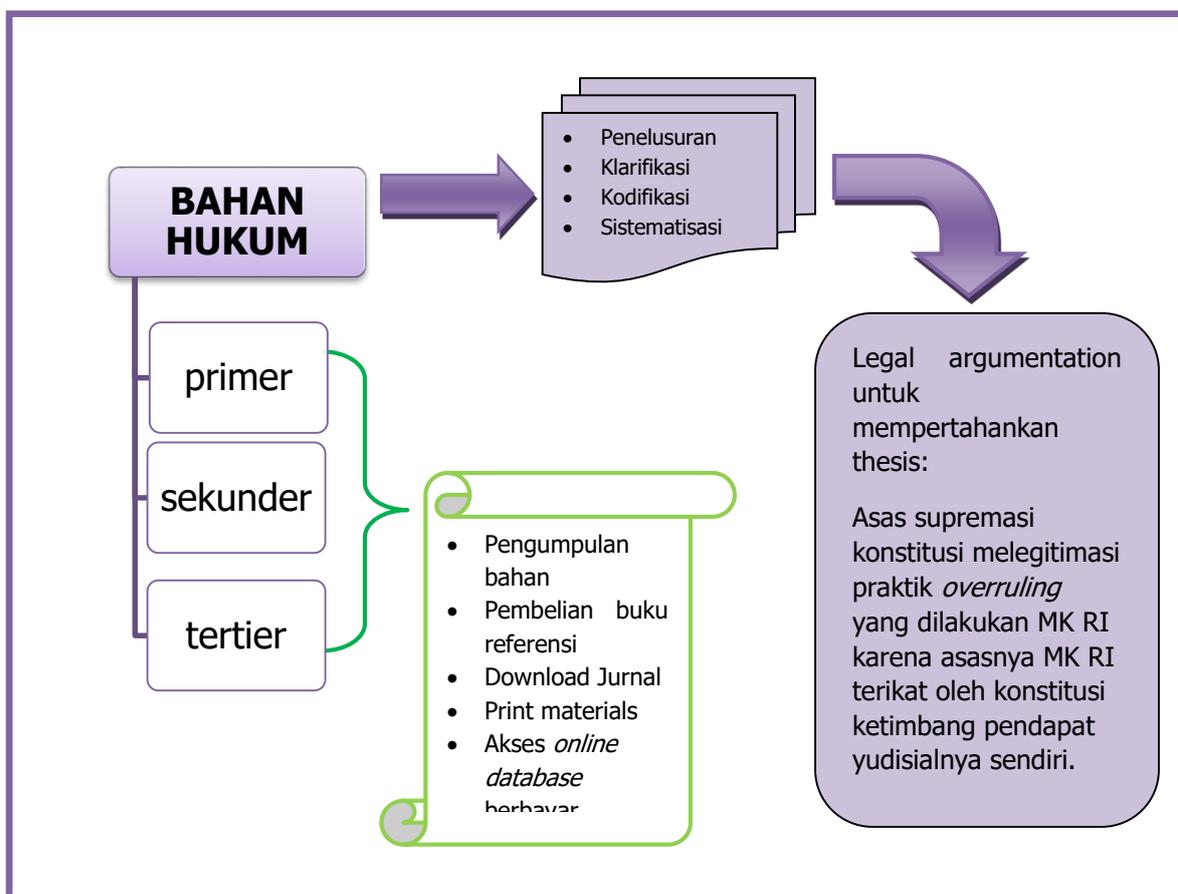
Bahan hukum sekunder merupakan publikasi tentang hukum meliputi buku hukum, artikel-artikel jurnal hukum (yang karena aspek kebaruan banyak yang bersifat

berbayar), dan komentar atas putusan pengadilan yang berisi prinsip-prinsip dasar ilmu hukum dan pandangan klasik para sarjana yang memiliki kualifikasi tinggi maupun berisi tentang perkembangan atau isu aktual mengenai hukum tertentu. Pada penelitian ini dipilih bahan hukum sekunder terkait isu supremasi konstitusi, ajudikasi konstitusional, praktik *overruling*, serta bahan-bahan yang relevan dalam melakukan anotasi putusan MK RI (selengkapnya dapat dilihat pada bagian daftar pustaka).

3. Bahan Hukum Tertier

Selain itu, penelitian ini juga akan mengolah bahan hukum tertier yang berupa bahan non-hukum seperti laporan penelitian non hukum, jurnal non hukum, atau artikel ilmiah non hukum lainnya yang memiliki relevansi dengan isu dalam penelitian ini.

Berikut akan digambarkan dalam bentuk bagan kegiatan untuk memperoleh bahan hukum penelitian (dokumen) sebagai berikut:



BAB IV

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Penelitian ini menggabungkan antara hasil penelitian dan pembahasan dalam satu bagian, sehingga pembagian sub bab dilakukan berdasarkan substansi yang menjadi pokok pembahasan dalam rangka proses mempertahankan argumen penelitian. Terkait dengan hal tersebut, Bab ini terdiri dari dua sub bagian, yakni *pertama*, supremasi konstitusi dan ajudikasi konstitusional dengan menggunakan pendekatan perbandingan tradisi *common law* dan *civil law*. *Kedua*, evaluasi praktik *overruling* MK RI. Masing-masing sub bagian tersebut dielaborasi ke dalam beberapa bagian yang lebih spesifik.

A. Supremasi Konstitusi dan Ajudikasi Konstitusional: Pendekatan Perbandingan Tradisi Common Law dan Civil Law

Bagian ini hendak menjelaskan atau mengklarifikasi konsep dan praktik interpretasi konstitusi secara yudisial menurut dua tradisi hukum terkemuka di dunia, yaitu tradisi *common law* dan tradisi *civil law*. Dengan titik anjak tersebut, pengertian yang tersirat adalah implikasi terhadap badan yudisial sendiri atas produk interpretasi konstitusinya. Secara sederhana, diskusi yang dikembangkan dengan mendasari kerangka berpikir tentang perbedaan dua tradisi hukum ini tentunya, mau tidak mau, hendak mendiskusikan tentang kekuatan mengikat putusan pengadilan bagi pengadilan itu sendiri, terutama secara horisontal atau koordinat, yaitu bagi pengadilan yang sama di masa mendatang dalam hal terjadi persamaan kasus.

Sesuai dengan isu hukum penelitian yang ditujukan untuk mendiskusikan legitimasi praktik *overruling* yang dilakukan oleh MK RI, diskusi tentang perbedaan tradisi hukum *common law* dan tradisi hukum *civil law* tentu saja sangat relevan. Praktik *overruling* yang halal (bahkan normal) menurut tradisi hukum *common law*, yang tunduk pada asas preseden, *stare decisis*, tentunya sangat mengilhami praktik

serupa oleh pengadilan berdasarkan tradisi hukum *civil law*, seperti Indonesia, khususnya, dalam kasus ini, menyangkut isu interpretasi konstitusi dalam pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang.

Pemahaman atau pengertian bahwa tradisi *civil law* yang tidak mengenal keberlakuan asas preseden sebenarnya telah menjawab isu legitimasi atau kausa halal bagi praktik *overruling* oleh MK RI. Akan tetapi, jawaban demikian, secara teoretis, Teori Konstitusi, masih merupakan jawaban yang dangkal dan kurang hakiki. Oleh karena itu, untuk menjustifikasi secara substantif legitimasi praktik *overruling* oleh MK RI, suatu pendekatan perbandingan dengan tradisi *common law* yang juga mengenal praktik *overruling* sangat penting untuk dilakukan, khususnya sepanjang menyangkut isu interpretasi konstitusi secara yudisial.

Pengertian teoretis yang hendak dihasilkan dalam pembahasan Bab ini adalah konstitusi memiliki kedudukan yang lebih tinggi dibandingkan dengan produk interpretasi konstitusi oleh badan yudisial karena konstitusi sendiri adalah *the supreme law*. Dalam tradisi *common law*, khususnya Amerika Serikat yang secara tradisi konstitusional memiliki kesamaan dengan Indonesia sebagai negara yang konstitusinya memiliki bentuk undang-undang dasar atau konstitusi formal, perlakuan terhadap konstitusi sebagai *the supreme law* sangat berpengaruh terhadap praktik interpretasi konstitusi secara yudisial dengan implikasi Mahkamah Agung akan "dengan senang hati" melakukan *overruling* atas interpretasi konstitusinya sendiri yang dirasa interpretasi tersebut, berdasarkan penilaian pada saat sekarang, tidak sesuai lagi dengan konstitusi;³⁴ dan bahkan seharusnya demikian.³⁵

Dengan pengertian lain, pokok bahasan utama Bab ini adalah tentang HUKUM-nya; "hukum" untuk menjustifikasi bahwa praktik *overruling* dapat memiliki legitimasi (*legitimate*). Hukum tersebut adalah "supremasi konstitusi" yang mengandung tuntutan supaya badan yudisial yang menginterpretasi konstitusi melakukan

³⁴ Steven G. Calabresi, "The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent and Burke", Op.cit. 635-687.

³⁵ Steven G. Calabresi, "Text, Precedent and the Constitution: Some Originalist and Normative Arguments for Overruling *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*," (2005) 22 *Constitutional Commentary* 311, 311-348.

tugasnya itu dengan benar. Pengertian ini, di sini, dikonsepsikan sebagai "kebenaran konstitusional" di mana interpretasi konstitusi oleh badan yudisial dalam proses adjudikasi konstitusional harus sesuai dengan "apa yang seharusnya menurut konstitusi". Dengan demikian, pengertian secara *a contrario*, jika interpretasi konstitusi yang ada dirasa belum menjawab tuntutan tentang interpretasi yang seharusnya menurut konstitusi maka praktik *overruling* dapat diberikan *judgment* sebagai praktik yang memiliki legitimasi.

1. Tradisi Common Law dan Supremasi Konstitusi

Sebagaimana juga akan dijelaskan dalam pembahasan Sub-judul selanjutnya, inti dari dilakukannya perbandingan antara tradisi *common law* dan tradisi *civil law* lebih banyak terkait dengan isu mengenai sistem peradilan dan kekuatan mengikat dari putusan pengadilan terdahulu terhadap posisi dari pengadilan yang akan datang manakala menghadapi kasus yang sama. Dengan pengertian lain, validitas putusan pengadilan sebagai sumber hukum bagi pengadilan dalam memutuskan perkara lebih menjadi fokus dalam perbandingan. Tentang tradisi *civil law*, **Mary Ann Glendon, Michael W. Gordon & Christopher Osakwe** menyatakan:

As it became generally recognized that judges frequently do in fact make law, the question arises whether and to what extent judicial decisions are a source of law. Civil law theory does not recognize the existence of a formal doctrine of stare decisis. Thus, judicial pronouncements are not binding on lower courts in subsequent cases, nor are they binding on the same or coordinate courts.³⁶

Sebaliknya, tentang tradisi *common law*, **Glendon, Gordon & Osakwe** menyatakan:

Precedent is often noted in a civil law case as teaching something, a use which refers to the form of assistance cases may provide in determining how statutory law is interpreted most wisely. Where the precedent becomes a primary source of law, as in common law systems, the case does more than teach judges something, it exists separately as law to be followed, or distinguished.³⁷

³⁶ Mary Ann Glendon, Michael W. Gordon, Christopher Osakwe, *Comparative Legal Traditions* (West Publishing Co. 1982) 133.

³⁷ Ibid. 234-235.

a. Mengenal Tradisi Common Law

Pra-pemahaman konseptual tentang tradisi *common law* sangat relevan dalam mendiskusikan asas supremasi konstitusi dalam tradisi *common law* sebagai isu yang lebih spesifik. Pemahaman konseptual tentang tradisi *common law* ini tidak akan diberikan secara mendalam, tetapi secukupnya saja.³⁸ Untuk itu sebagai *starting point*-nya adalah pemikiran teoretis tentang konsep *common law* itu sendiri yang akan diawali dengan penjelasan teoretisnya oleh teorinya yang klasik (*classical theory of common law*) untuk memahami aspek genealogis dari konsep *common law* itu sendiri, sehingga wujudnya yang sekarang, keberlakuan asas preseden, menjadi logis.

Teori klasik ini dikembangkan oleh **Edward Coke** yang menteoeresasikan *common law* sebagai "*unwritten and 'immemorial custom' based on reason and the consent of the people.*"³⁹ Pengertian ini memiliki implikasi: "*If law was not a command of a king but a long continuous custom, a king could not freely make law according to his will. Therefore, classical common law theory could be a strong refutation of the thesis of the king's prerogative to make law freely.*"⁴⁰ Teori klasik *common law* dielaborasi secara signifikan oleh **William Blackstone** yang mendefinisikan konsep hukum, dari perspektif *common law*, sebagai berikut:

*That antient [sic] collection of unwritten maxims and customs, which is called the common law, however compounded or from whatever fountains derived, had subsisted immemorially in this kingdom; and, though somewhat altered and impaired by the violence of the times, had in great measure weathered the rude shock of the Norman conquest.*⁴¹

Definisi hukum yang dikemukakan **Blackstone** berdampak negatif terhadap posisi peraturan perundang-undangan karena "*distrusted statutes and any prerogative of a king.*" Pandangan demikian menimbulkan implikasi:

Customs were seen as reasonable because they had lasted for a very long time. If a custom was unreasonable, people and lawyers just ceased using it and it lost its customary status. By contrast, common law lawyers thought

³⁸ Pengertian yang sama berlaku untuk pembahasan *infra* Sub-judul A.2.a.

³⁹ Jun Shimizu, "Common Law Constitutionalism and Its Counterpart in Japan" 2016 (39) *Suffolk Transnational Law Review* 1, 5. Mengacu pada J.G.A. Pocock.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., 6.

*that statutes or prerogatives never had such a basis of reasonableness because these laws could be made by only one lay person in one night.*⁴²

Lebih lanjut, "*the common law was not only customary law but also the product of many generations of jurists who made it over thousands of cases.*"⁴³ Kesimpulan ini

nampak dari pendapat **Coke**:

*[I]f all the reason that is dispersed into so many severall [sic] heads were united into one, yet could he not make such a Law as the Law of England is, because by many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned man, and by long experience growne [sic] to such a perfection, for the government of this Realme [sic], as the old rule may be justly verified of it ... No man (out of his owne [sic] private reason) ought to be wiser than the Law, which is the perfection of reason.*⁴⁴

Pandangan **Coke** mengandung makna tersirat bahwa: "*The common law was excellent because it was a perfection of many lawyers' professional reason, which had accumulated since time immemorial. By contrast, any statute and prerogative were devoid of such reasonableness; therefore the common law was seen as a law superior to them.*"⁴⁵

Dengan latar belakang penjelasan teoretis di atas tentang konsep *common law*, khususnya *classical common law theory*, dapat diperoleh gambaran umum tentang karakteristik dari tradisi *common law* itu sendiri. Seperti nampak dalam penjelasan teoretis di atas, alasan mengapa tradisi *common law* kurang menaruh perhatian pada undang-undang (peraturan perundang-undangan secara umum) nampak terjawab, walaupun pada akhirnya yang berlaku sebagai asas di Inggris, selaku negara asal dari tradisi *common law*, adalah supremasi parlemen dengan produknya yaitu undang-undang. Oleh karena itu, pembahasan selanjutnya akan difokuskan pada konsepsi yang lebih spesifik dari tradisi *common law*, khususnya kenapa tradisi ini disebut tradisi *common law* yang berbeda dengan tradisi *civil law*. Dengan kata lain, berdasarkan pra-pemahaman ini, maka penjelasan yang akan diberikan selanjutnya menjadi logis dan dapat dipahami.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Seperti dikutip dalam Ibid.

⁴⁵ J.G.A. Pocock dalam Ibid., 7.

Upaya memberikan gambaran umum namun sederhana atas konsep *common law* nampak dalam pendapat yang dikemukakan oleh **Melvin A. Eisenberg** berikut ini: "*By the common law, I mean judge-made law, and by judge-made law, I mean law made by the courts taken as a whole.*"⁴⁶ Pendapat ini sejalan dengan **Michael Kirby** yang menyatakan: "*The common law is the judge-made body of law declared by superior court judges in the course of resolving disputes brought before them for decision.*"⁴⁷ Dengan tradisi ini maka dibedakan secara tegas antara *common law* sebagai *judge-made law* dengan "*statutes, regulations and ordinances*". Atau dalam kalimat **Richard Posner**: "*any body of law created primarily through judges by their decisions rather than by the framers of statutes or constitutions.*"⁴⁸

Penjelasan lebih gamblang dan lengkap tentang konsep *common law* diberikan oleh **Peter de Cruz** berikut:

*The common law tradition is typically identified with a case based system but although cases play a dominant role, the primary sources of English law include not just case law, which is a body of principles derived from court decisions regulated by the doctrine of precedent (stare decisis), but also statutes, which is the law contained in legislative enactments.*⁴⁹

Pendapat di atas, dalam memberikan deskripsi atas konsep *common law*, pada hakikatnya menekankan tentang arti penting putusan pengadilan dalam bekerjanya sebuah proses yudisial sembari tidak menafikan bahwa legislasi juga tetap memiliki peranan dalam proses yudisial atau ajudikasi. Tradisi *common law*, dalam deskripsi di atas, mendudukan putusan pengadilan sebagai sumber hukum sangat penting, otoritatif, bagi pengadilan.

Keterikatan pengadilan terhadap putusan pengadilan sebelumnya adalah ciri utama dari tradisi *common law* di mana kekuatan mengikat dari putusan pengadilan tersebut didasarkan pada berlakunya asas preseden atau *stare decisis*.⁵⁰ **Cruz**

⁴⁶ Melvin A. Eisenberg, "The Principles of Legal Reasoning in the Common Law" dalam Douglas E. Edlin, ed., *Common Law Theory* (Cambridge University Press 2007) 81.

⁴⁷ Michael Kirby, "International Law and the Common Law: Conceptualising the New Relationship" (The University of Adelaide, Fourth James Crawford Biennial Lecture on International Law, 14 October 2009) 6.

⁴⁸ M. Stuart Madden, "The Vital Common Law: Its Role in a Statutory Age" (1996) 18 *University of Arkansas Little Rock Law Review* 555, 558.

⁴⁹ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (Cavendish Publishing 1995) 103.

⁵⁰ Kaidah demikian tidak baru. Itu artinya, pada tahap awal perkembangannya, kaidah demikian belum dikenal. Tetapi dalam perjalanan waktu kaidah demikian kemudian menjadi kaidah inti

menjelaskan:

The doctrine of precedent governs this case law system. Thus, decisions of higher courts are generally binding on lower courts, a practice which probably originated around 1800 when law reports acquired a degree of reliability sufficient to sustain the consistent application of such a doctrine. That part of the case which is considered binding on a subsequent court is the ratio decidendi (the reason for the decision), which is broadly the principle established by the case. Any other comments of the judge are, prima facie, classified as obiter dicta, or comments uttered in passing which are not strictly binding on the court.⁵¹

Berdasarkan pendapat **Cruz**, bagian dari putusan pengadilan yang mengikat adalah *ratio decidendi*, bukan *obiter dicta*, jika ada. Dengan demikian, upaya memahami tradisi *common law* seyogianya difokuskan pada kekuatan mengikat putusan pengadilan terhadap pengadilan yang "hukum"-nya dikonsepsikan dengan *stare decisis* atau preseden. Tentang *stare decisis* **Edgar Bodenheimer** menjelaskan:

Stare decisis is the most commonly term for designating the Anglo-American doctrine of precedent. This term is an abbreviation of the Latin phrase stare decisis et non quieta movere (to stand by precedents and not to disturb settled points). Stated in a general form, stare decisis signifies that when a point of law had been once settled by a judicial decision, it forms a precedent which is not to be departed from afterward. Differently expressed, a prior case, being directly in point, must be followed in a subsequent case.⁵²

Berdasarkan penjelasan di atas kita tentu perlu membedakan secara konseptual antara "sekadar putusan pengadilan" dengan "preseden". Preseden adalah "hukumnya", dengan istilah lain *stare decisis*, mengenai kekuatan mengikat dari putusan pengadilan dengan memberikan preskripsi bahwa putusan pengadilan, dalam hal ini *ratio decidendi*-nya, mengikat kepada pengadilan yang akan datang.⁵³ Atau dalam pengertian lebih sederhana, preseden adalah: "*prior decisions that*

dari tradisi *common law system* itu sendiri. Ewoud Hondius, "Precedent in East and West" (2005) 23 *Penn State International Law Review* 521, 523-524.

⁵¹ Peter de Cruz, Loc.cit.

⁵² Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* (Harvard University Press 1970) 368.

⁵³ Cf. Frederick Schauer yang membedakan pengertian *precedent* dengan *stare decisis* di mana dasar pembedaannya adalah *precedent* lebih luas dari *stare decisis* meskipun dasar konseptualnya sama. Frederick Schauer, "Stare Decisis and the Selective Effect" dalam Christopher J. Peters, ed., *Precedent in the United States Supreme Court* (Springer 2013) 121-122. Lihat juga Ewoud Hondius, Op.cit., 524.

function as models for later decisions."⁵⁴ Oleh karena itu, secara teknis-yuridis, preseden atau *stare decisis* adalah dasarnya dari tradisi *common law* manakala konsep *common law* tersebut secara literal dimaknai sebagai *judge-made law*. Atau dalam pendapat yang dikemukakan oleh **Roscoe Pound**:

*Rightly understood, stare decisis is a feature of the common-law technique of decision ... The common-law technique is based on a conception of law as experience developed by reason and reason tested and developed by experience. It is a technique of finding the grounds of decision in recorded judicial experience, making for stability by requiring adherence to decisions of the same question in the past, allowing growth and change by the freedom of choice from among competing analogies of equal authority when new questions arise or old ones take on new forms.*⁵⁵

Judge-made law di sini tidak dalam pengertian bahwa dalam memutuskan perkara, atau melakukan adjudikasi, pengadilan bertindak melakukan *law-making* seperti dilakukan oleh pembentuk undang-undang; tetapi, seperti dijelaskan di atas, *judge-made law* adalah metafor yang menggambarkan keberlakuan sebagai preseden atas suatu *ratio decidendi* putusan pengadilan terhadap pengadilan mendatang ketika menghadapi kasus hukum yang sama.⁵⁶ Oleh karena itu, dalam tradisi *common law*, dapat dirumuskan pengertian sebagai implikasinya: "*When a court decided a particular case, its decision was not only the law for those parties, but had to be followed in future cases of the same sort, thereby becoming a part of the general or common law. Thus, the common law, as a body of law, consisted of all the rules that could be generalized out of judicial decision.*"⁵⁷

Dalam ajaran **Blackstone** tentang peran yudisial hakim berdasarkan tradisi *common law* dirumuskan delapan proposisi sebagai berikut:

(1) English common law is authoritative because it is ancient custom; (2) judges are "the depositories of the laws; the living oracles who must decide in all cases of doubt"; (3) judges must decide "not according to [their] own private judgment but according to the known laws and customs of the land"; (4) judges find the law of the land by drawing on "experience and study; ...

⁵⁴ Neil MacCormick & Robert S. Summers, "Introduction" dalam Neil MacCormick, Robert S. Summers, Arthur L. Goodhart, eds., *Interpreting Precedents* (Ashgate Publishing 1997) 1.

⁵⁵ Roscoe Pound, "What of *Stare Decisis*?" (1941) 10 *Fordham Law Review* 1, 5-6.

⁵⁶ Edgar Bodenheimer, Op.cit., 286-288. Cf. Peter Jaffey, "Two Ways to Understand the Common Law" (2017) 8 *Jurisprudence* 435, 459.

⁵⁷ Joseph Dainow, "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison" (1967) 15 *American Journal of Comparative Law* 419, 424-425.

and from being long personally accustomed to the judicial decisions of their predecessors"; (5) judicial decisions are not themselves law, but are "the principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such ... custom"; (6) precedents are to be followed both for the sake of stability and because the prior decision has settled "what before was uncertain and perhaps indifferent" and made it a "permanent rule"; (7) the only justification for departure from precedent is that it is contrary to reason or divine law, in which case the judges are not making a new law, but "vindicat[ing] the old one from misrepresentation"; (8) in such cases, the prior precedent was "not law" because it was not "the established custom of the realm".⁵⁸

Ajaran **Blackstone** di atas, tentang peran hakim, lazim dikenal sebagai teori deklarasi atau *declaratory theory* (dalam ajudikasi). Pendapat tersebut tentu saja mengklarifikasi kekeliruan cara pandang tentang pengertian dari *judge-made law* itu sendiri sebagai sendi utama dari tradisi *common law* yang notabene makna sebenarnya adalah preseden atau *stare decisis*. Pandangan **Blackstone**, dalam pemahaman saat ini, tentu saja dapat digolongkan sebagai pandangan formalis. Nilai kebenaran dari ajaran **Blackstone** nampak dari komentar berikut ini:

If judges merely find and apply authoritative law, their decisions presumptively carry the authority of the law they are applying. Because the law pre-exists the decision, the specter of retroactive liability is disappears. On the other hand, if the judges make the law (or worse yet, "make it up"), the law's legitimacy is called into question. The idea that individual judges are free to impose their own views about sound social policy in the name of deciding controversies between individual litigants is potentially anti-democratic.⁵⁹

Dari tradisi *common law* Inggris secara khusus, ajaran seperti dikemukakan oleh **Blackstone** dapat ditemukan juga dalam pendapat lebih lama yang dikemukakan oleh **Francis Bacon**. Berpendapat tentang peran seyogianya dari badan yudisial, *Of Judiciary*, **Bacon** menyatakan: "*Judges ought to remember that their office is jus dicere, and not jus dare: to interpret law, and not to make law or give law.*"⁶⁰

Begitu pentingnya makna putusan pengadilan yang telah menjadi preseden dalam

⁵⁸ William S. Brewbaker III, "Found Law, Made Law and Creation: Reconsidering Blackstone's Declaratory Theory" (2006/2007) XXII *Journal of Law and Religion* 255, 262-263.

⁵⁹ Ibid., 256-257.

⁶⁰ Michael Kirby, *Judicial Activism: Authority, Principle and Policy in the Judicial Method* (Sweet & Maxwell 2004) 5.

tradisi *common law* sehingga sangat mempengaruhi perspektif atau pandangan yuris-yurisnya tentang konsep hukum. Hal ini nampak dalam pendapat **John Chipman Gray** misalnya yang menjelaskan perbedaan konsep hukum dan sumber hukum sebagai berikut: “*To him the law consisted of the rules authoritatively laid down by the courts in their decisions, while he looked for its sources to certain legal and nonlegal materials upon which judges customarily fall back in fashioning the rules which make up the law.*”⁶¹ Pendapat **Gray** sangat penting sebagai pendapat teoretis tentang konsep hukum menurut tradisi *common law* karena *the rules authoritatively laid down by the courts in their decisions* akan berlaku sebagai preseden. Ketika pusat aktivitas hukum terletak dalam aktivitas badan yudisial maka badan yudisial dalam tradisi *common law* terikat oleh kewajiban, dalam memberikan *judicial reasoning*, untuk memberikan *reasoning based on precedent*. Teknik demikian, secara metodologis, digambarkan oleh **Neil Duxbury**, sebagai berikut: “*To follow a precedent is to draw an analogy between one instance and another; indeed, legal reasoning is often described – by common lawyers at least – as analogical or case-by-case reasoning.*”⁶² Lebih lanjut **Duxbury** menjelaskan: “*Precedent-following is very obviously a backward-looking activity: when we decide on the basis of precedent, we treat as significant the fact that essentially the same decision has been made before.*”⁶³

b. Interpretasi Konstitusi secara Yudisial dalam Tradisi Common Law – Khususnya Praktik Amerika Serikat

Sebagaimana dinyatakan di atas, tradisi *common law* yang secara tradisi konstitusional representatif sebagai rujukan pembanding untuk Indonesia adalah Amerika Serikat sebagai negara yang konstitusinya memiliki bentuk undang-undang dasar atau konstitusi formal. Tradisi konstitusional berupa “undang-undang dasarisasi” tidak dikenal di Inggris yang dasarnya adalah supremasi parlemen di mana produk parlemen itu sendiri, yaitu undang-undang, secara otomatis sudah bersifat *supreme*. *The supreme law* di Inggris, yang materi muatannya adalah

⁶¹ Parafrase oleh Edgar Bodenheimer, Op.cit., 270.

⁶² Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* (Cambridge University Press 2008) 2.

⁶³ Ibid., 4.

materi muatan konstitusi, tidak berbentuk undang-undang dasar, tetapi undang-undang biasa produk kekuasaan legislatif yang dimiliki oleh parlemen (bukan produk dari *constituent power*).⁶⁴ Dalam tradisi Inggris tidak dilakukan pembedaan antara undang-undang biasa dengan undang-undang yang notabene materinya adalah *constitutional law*.⁶⁵ Oleh karena itu, Inggris tidak dapat dijadikan sebagai rujukan perbandingan yang pas untuk kasus Indonesia.

Secara konseptual, isu mengenai interpretasi konstitusi secara yudisial ini lazim diberikan label atau predikat dengan konsep *common law constitutionalism*. Tentang *common law constitutionalism*, **Adrian Vermeule** memberikan pengertian secara deskriptif sebagai berikut:

*Common law constitutionalism is a theory, or rather a family of theories, about constitutional adjudication. The family includes the idea that courts do and should develop the meaning of general or ambiguous constitutional texts by reference to tradition and precedent, rather than original understanding, and the related idea that courts do and should proceed in a Burkean, rather than ambitiously rationalist or innovative fashion.*⁶⁶

Dalam pengertian yang diberikan **Vermeule**, makna inti dari konsep *common law constitutionalism* terletak pada peranan presiden dalam proses adjudikasi konstitusional yang secara umum sejalan dengan asas atau prinsip dalam tradisi *common law* itu sendiri yang memberikan peranan sangat penting pada putusan pengadilan sebagai hukum (sumber hukum) bagi pengadilan yang dikenal dengan asas *stare decisis*. Itu artinya, dalam adjudikasi konstitusional, berdasarkan konsep *common law constitutionalism*, pengadilan diarahkan untuk mengikuti presiden konstitusional yang ada dalam proses interpretasi konstitusi: "*precedent and tradition embody some form of latent wisdom. Judges will generally do best by deferring to the wisdom embodied in precedent and tradition, rather than trusting their unaided reason, or so the general claim runs.*"⁶⁷

⁶⁴ Tentang tradisi konstitusional Inggris dikaitkan dengan perkembangannya yang terkini lihat secara umum Christopher D. Jenkins, *From Unwritten to Written: Transformation in the British Common-Law Constitution* (Master of Laws Thesis, McGill University 2002).

⁶⁵ Cf. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (The MacMillan Press Ltd. 1979) 4-6.

⁶⁶ Adrian Vermeule, "Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason" (2007) 107 *Columbia Law Review* 1482, 1482.

⁶⁷ Ibid.

Lebih dekat dengan tradisi Inggris ketimbang Amerika Serikat, **Jun Shimizu** mengklaim bahwa dalam konsep *common law constitutionalism*: “*a textual basis in a written constitution is not important.*”⁶⁸ Lebih lanjut **Shimizu** menjelaskan: “*Common law constitutionalism assumes that such long-accumulated professional wisdom acquires constitutional status, which means that it can be used in judicial review or it can restrain arbitrary governmental power.*”⁶⁹ Mengacu pada pendirian **Coke** dalam kasus *Dr. Bonham*, konsep *common law constitutionalism* seperti dijelaskan **Shimizu** memperoleh landasan historisnya. Konsepsi tersebut adalah raja ataupun parlemen Inggris tidak dapat secara sewenang-wenang mengabaikan *common law*. Pendapat langsung **Coke** dalam kasus *Dr. Bonham* menyatakan: “*when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll [sic] it, and adjudge such Act to be void ...*”⁷⁰

Hakikat konseptual umum dari konsep *common law constitutionalism* di sini adalah, konsisten dengan pengertian sebelumnya pada *supra* Sub-judul 1.a., peranan preseden dalam interpretasi konstitusi secara yudisial (pada negara-negara penganut tradisi *common law*). Dengan konsepsi demikian sesungguhnya perbedaan antara tradisi Inggris dengan tradisi Amerika Serikat tidak terlalu signifikan karena kedua negara memiliki tradisi yudisial serupa terkait dengan keterikatan pada preseden. Perbedaan kedua tradisi hanya terletak pada soal objek dalam kegiatan interpretasi yudisial di mana dalam model adjudikasi konstitusional Amerika Serikat badan yudisialnya bertanggung jawab untuk melakukan interpretasi terhadap undang-undang dasar (*the Constitution of the United States*). Tetapi sebagai *legal method* untuk badan yudisialnya, teknik interpretifnya tentu tidak terlalu jauh berbeda karena peranan preseden dalam interpretasi konstitusi tersebut.⁷¹ Itu artinya, sebagai teknik interpretif, pada analisis pertama, kecuali dengan sengaja melakukan *overruling*, badan yudisial (Inggris maupun Amerika Serikat) wajib mengacu pendapat konstitusionalnya sendiri sebelumnya.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Jun Shimizu, Op.cit., 3.

⁷⁰ Ibid., 2.

⁷¹ Lihat pembahasan dalam *infra* Sub-judul 3.a.i.

Kekhasan dari model *common law constitutionalism* dalam ajudikasi konstitusional adalah ajudikasi konstitusional dapat dijalankan oleh badan peradilan biasa, dan bahkan hal itu dianggap sebagai fungsi normal dari semua badan yudisial. Pengertian demikian nampak dalam penjelasan berikut tentang ajudikasi konstitusional di Amerika Serikat:

*Judicial review in the United States is conceived essentially as a natural function of the judicial department. Contrary to the European approach, the American system of review is placed in the judicial system as a whole. There is no specific court or tribunal with monopolistic jurisdiction to examine only the constitutionality of statutes – either state or federal courts may hear constitutional claims. Moreover, constitutional litigation in the United States does not have a different status from other forms of litigation, such as administrative or commercial. All courts, for example, applying the same procedures, decide either the validity of a contract or the right to an abortion. Generally speaking, the nature of a dispute is irrelevant to whether or not a constitutional issue can be raised.*⁷²

Secara teoretis, ajudikasi konstitusional di Amerika Serikat menganut sistem desentralistik. Ajudikasi konstitusional ini, khususnya dalam menguji konstitusionalitas undang-undang, biasa disebut *concrete review*, bukan *abstract review*. **Gustavo Fernandes de Andrade** menjelaskan:

*because judicial review is an ordinary activity of the courts, a constitutional challenge can be made only when there is litigation. The American courts thus can examine the constitutionality of a statute only if the case or controversy requirement is fulfilled. There is no abstract review in the American legal system because judicial review may only be exercised in a case properly before a court of law.*⁷³

Sebagai implikasinya, karena pintu masuknya adalah proses litigasi biasa, putusan dari "ajudikasi konstitusional"-nya tidak bersifat *erga omnes*, tetapi *inter partes*, dengan pengertian: "the effects of a decision striking down a statute are limited to the case at hand."⁷⁴ Supaya efek yuridis dari putusan dapat berdampak luas, yaitu bersifat *erga omnes*, maka kelemahan ini harus dikompensasi. Bentuk kompensasi yang diberikan adalah dengan keberlakuan asas *stare decisis*:

the principle of stare decisis offsets the lack of erga omnes effects of the constitutional judgment and determines that the Supreme Court's

⁷² Gustavo Fernandes de Andrade, "Comparative Constitutional Law: Judicial Review" (2001) 3 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 977, 979.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

*constitutional interpretation is binding upon all lower courts. This judicial device sidesteps the problem of the limited effectiveness of the judgment and guarantees full uniformity in the interpretation of the Constitution.*⁷⁵

c. **Stare Decisis dan Overruling**

Tentang *stare decisis*, **Justice Antonin Scalia** menjelaskan secara kontekstual dalam kaitan dengan tradisi *common law* (dan sekaligus perbedaannya dengan tradisi *civil law*) sebagai berikut:

*That is a necessary skill, because an absolute prerequisite to common-law lawmaking is the doctrine of stare decisis – that is, the principle that a decision made in one case will be followed in the next. Quite obviously, without such a principle common-law courts would not be making any “law”; they would just be resolving the particular dispute before them. It is the requirement that future courts adhere to the principle underlying a judicial decision which causes that decision to be a legal rule. (There is no such requirement in the civil-law system, where it is the text of the law rather than any prior judicial interpretation of that text which is authoritative. Prior judicial opinions are consulted for their persuasive effect, much as academic commentary would be; but they are not binding.)*⁷⁶

Jika secara konseptual didefinisikan bahwa tradisi *common law* adalah tradisi mengenai *judge-made law*, maka lebih spesifik lagi, yang dimaksud dengan *judge-made law* tersebut sesungguhnya adalah kewajiban untuk mengikuti pendapat yudisial dalam putusan pengadilan yang sebelumnya oleh pengadilan yang sekarang. *Judge-made law* di sini tidak sama seperti proses legislasi, bahwa pengadilan benar-benar “membuat hukum” seperti aktivitas yang dilakukan oleh pembentuk undang-undang.⁷⁷

Judge-made law, melalui asas *stare decisis*, hanya sekadar membuat putusan pengadilan memiliki efek seperti legislasi karena putusan tersebut, *ratio decidendi*-nya, memiliki kekuatan mengikat yang otoritatif kepada pengadilan yang akan datang untuk kasus atau perkara yang sama. Dengan kata lain, lebih tepatnya, *judge-made law* di sini bukan hakim bertindak sebagai pembentuk undang-undang tetapi karena sifat otoritatif *ratio decidendi* putusannya, dalam hal ini asas *stare*

⁷⁵ Ibid., 979-980.

⁷⁶ Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton University Press 1997) 7.

⁷⁷ Lihat kembali *supra* Sub-judul 1.a.

decisis, kepada pengadilan (hakim-hakim) yang akan datang dalam kasus yang sama. Dalam kasus demikian, harus diakui, bahwa pengadilan, dalam tradisi *common law*, turut berperan serta dalam menjalankan fungsi pembentukan hukum seperti badan legislatif atau pembentuk undang-undang. Pendapat demikian sudah pernah disinggung oleh **Hans Kelsen** yang menyatakan: "*The law-creating function of the courts is especially manifest when the judicial decision has the character of a precedent, and that means when the judicial decision creates a general norm.*"⁷⁸ Dalam pengertian ini tentu yang berlaku sebagai *general norm* adalah *ratio decidendi*, bukan amar putusan. Amar putusan hanya berlaku untuk para pihak dari putusan (*interpartes*).

Walaupun asasnya tradisi *common law* menganut asas *stare decisis* di mana keberlakuan putusan pengadilan bersifat otoritatif, tetapi pengadilan tidak selalu mempertahankan presedennya. Pendapat demikian dapat kita temukan tidak hanya dalam pendapat kontemporer, tetapi juga pendapat klasik seperti pendapat **Blackstone** yang telah dikutip di atas. Dalam pengertian lain, hakim dapat melakukan tindakan *overruling* atas preseden yang ada, dalam hal ini menggugurkan *ratio decidendi* yang telah menjadi preseden tersebut. Dengan mengutip kembali pendapat **Blackstone** di sini, *overruling* dimungkinkan dengan pra-kondisi: "*the only justification for departure from precedent is that it is contrary to reason or divine law.*" Membela praktik ini **Blackstone** yang tetap dalam koridor teori deklarasi-nya berpendapat bahwa "*the judges are not making a new law, but 'vindicat[ing] the old one from misrepresentation.'*" Lebih lanjut, ketika suatu preseden mengalami *overruling*, maka perlakuannya adalah: "*the prior precedent was 'not law' because it was not 'the established custom of the realm.'*"⁷⁹ Masalah dari *overruling*, terkait dengan tradisi *common law*, adalah:

A supreme court must follow its precedents but, in any case, it can overrule them. That is, a supreme court must follow its precedents except that it need not. This paradox enables supreme courts to pick and choose the law that "binds" them. It tolerates incoherent and unreliable law, result-oriented judging, and, at least at the U.S. Supreme Court, illegitimate constitutional

⁷⁸ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Russell & Russell 1960) 149.

⁷⁹ Lihat kembali *supra* Sub-judul 1.a.

adjudication.⁸⁰

Masalah demikian, secara hakikat, tidak ada dalam tradisi *civil law* karena dasarnya tidak mengenal preseden.⁸¹

Dengan demikian, dasarnya secara umum, keberlakuan preseden dalam tradisi *common law* tidak dimaksudkan berlaku mutlak karena dapat disimpangi dengan jalan *overruling* oleh badan yudisial sendiri, dan bahkan juga dapat disisihkan dengan metode legislatif (*legislative override*).⁸² Keberlakuan asas preseden hanya signifikan sebagai *legal method* bagi badan yudisial dalam memutuskan perkara.⁸³ Setidaknya, dalam rumusan teoretis, preseden mengikat sebatas karena, "*judges consider themselves to be bound by them, or at least bound to take account of them.*"⁸⁴ Pengertian ini dapat dijelaskan lebih lanjut oleh pernyataan berikut:

*Stare decisis is usually not a constitutional or a statutory requirement, but one which courts impose on themselves. When a common law system adopts a doctrine of precedent ... it effectively develops a strategy of self-binding to guard against the injustices, inefficiencies and other weaknesses that would beset the adjudicative process if judges reasoned every point of law afresh, with complete discretion and without any regard to hard-won judicial wisdom.*⁸⁵

Amerika Serikat, dalam hal ini Mahkamah Agung-nya, secara spesifik juga memberlakukan kaidah bahwa preseden tidak mutlak. **Randy J. Kozel** menyatakan: "*The Supreme Court commonly explains that respect for precedent is important, and even necessary, to the rule of law. At the same time, the Court cautions that no precedent is beyond reconsideration and the doctrine of stare*

⁸⁰ Steven J. Burton, Op.cit., 1688.

⁸¹ Lihat *infra* Sub-judul 2.a.

⁸² J. Edmond Nathanson, "Congressional Power to Contradict the Supreme Court Constitutional Decisions: Accomodation of Rights in Conflict" (1986) 27 *William and Mary Law Review* 331, 331-370; William N. Eskridge, Jr., "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions" (1991) 101 *Yale Law Journal* 331, 331-455; Matthew R. Christiansen & William N. Eskridge, Jr., "Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967-2011" (2014) 92 *Texas Law Review* 1317, 1317-1541; Ryan Eric Emenaker, "Constitutional Interpretation and Congressional Overrides: Changing Trends in Court-Congress Relations" (2013) 2 *Journal of Legal Metrics* 197, 197-236.

⁸³ Thomas Lundmark, "The Methodology of Using Precedents" dalam Clausen N.J. et.al., eds., *Festschrift til Hans Viggo Godsk Pedersen* (Djoef Forlag 2017) 346-350.

⁸⁴ Neil Duxbury, Op.cit., 15.

⁸⁵ *Ibid.*, 116.

decisis is not an 'inexorable command' to endure the mistakes of the past."⁸⁶ Berkaitan dengan keterikatan pada preseden, pendirian Mahkamah Agung Amerika Serikat dapat digambarkan secara umum: "*The United States Supreme Court has always used a more liberal version. According to this version, the justices have a prima facie duty to conform to the precedents of the Court, but that obligation can be overridden if they offer a cogent reason for so doing.*"⁸⁷

Deskripsi umum di atas dapat dikonfirmasi secara faktual lewat *dissenting opinion* **Chief Justice William H. Rehnquist**, Mahkamah Agung Amerika Serikat, dalam kasus *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey* (1992), yang mendukung dilakukannya *overruling*, khususnya untuk interpretasi konstitusi, sebagai berikut:

*Stare decisis is not ... a universal, inexorable command, especially in cases involving the interpretation of the Federal Constitution. Erroneous decisions in such constitutional cases are uniquely durable, because correction through legislative action, save for constitutional amendment, is impossible. It is therefore our duty to reconsider constitutional interpretations that "depar[t] from a proper understanding" of the Constitution.*⁸⁸

Dalam praktiknya, di Amerika Serikat, praktik *overruling* paling mudah dilakukan dalam isu interpretasi konstitusi ketimbang dalam isu interpretasi undang-undang. Penjelasan teoretisnya: "*Its rationale for giving constitutional precedent only a weak presumption of validity is that while Congress can correct erroneous statutory interpretations by passing legislation, the onerous process of constitutional amendment makes mistaken constitutional interpretations difficult for the People to correct.*"⁸⁹ Pendapat ini sejalan dengan pendapat **Chief Justice Rehnquist** di atas. Tetapi asas atau prinsip umumnya, dalam menggambarkan tensi antara preseden dengan *overruling* dalam praktik Mahkamah Agung Amerika Serikat, digambarkan bahwa pengadilan:

inexorably bound by its own precedents, but, in the interest of uniformity

⁸⁶ Randy J. Kozel, "Precedent and Constitutional Structure" (2017) 112 *Northwestern University Law Review* 789, 790.

⁸⁷ Saul Brenner & Harold J. Spaeth, *Stare Indecisis: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992* (Cambridge University Press 1995) 1.

⁸⁸ Steven J. Burton, Op.cit., 1690-1691.

⁸⁹ Amy Corey Barrett, Op.cit., 1713. Lihat juga: Caleb Nelson, "Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents" (2001) 87 *Virginia Law Review* 1, 2; Kurt T. Lash, "The Cost of Judicial Error: Stare Decisis and the Role of Normative Theory" (2014) 89 *Notre Dame Law Review* 2189, 2189-2190.

*of treatment to litigants, and of stability and certainty in the law ... will follow the rule of law which it has established in earlier cases unless clearly convinced that the rule was originally erroneous or is no longer sound because of changed conditions and that more good than harm would come by departing from precedent.*⁹⁰

2. Tradisi *Civil Law* dan Supremasi Konstitusi

a. Mengenal Tradisi *Civil Law*

Secara etimologis, istilah *civil law* berasal dari bahasa Latin *jus civile*, di mana mula-mula, pada era Romawi, dimaksudkan sebagai hukum yang ditujukan bagi para warga Romawi.⁹¹ Oleh karena itu, implikasinya, seringkali dikatakan bahwa negara-negara bertradisi *civil law* mewarisi tradisi tersebut dari tradisi hukum Romawi.⁹² Pengertian demikian nampak dalam pendapat **William Tetley** berikut: "*Civil law may be defined as that legal tradition which has its origin in Roman law, as codified in the Corpus Juris Civilis of Justinian, and as subsequently developed in Continental Europe and around the world.*"⁹³

Karakteristik umum dari tradisi *civil law* digambarkan **Tetley** sebagai berikut: "*Civil law is highly systematized and structured and relies on declarations of broad, general principles, often ignoring the details.*"⁹⁴ Sementara tradisi *common law* sebagai pembandingan:

*Common law is the legal tradition which evolved in England from the eleventh century onwards. Its principles appear for the most part in reported judgments, usually of the higher courts, in relation to specific fact situations arising in disputes which courts have adjudicated. The common law is usually much more detailed in its prescriptions than the civil law.*⁹⁵

Caslav Pejovic menambahkan, tentang karakteristik tradisi *civil law*:

Civil law is largely classified and structured and contains a great number of general rules and principles, often lacking details. One of the basic characteristics of the civil law is that the courts main task is to apply and

⁹⁰ William N. Eskridge, Jr., Op.Cit., 1361.

⁹¹ Joseph Dainow, Op.cit., 420.

⁹² Ibid.

⁹³ William Tetley, "Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)" (2000) 60 *Louisiana Law Review* 677, 683. Lihat juga Caslav Pejovic, "Civil Law and Common Law" (2001) 32 *Victoria University of Wellington Law Review* 817, 818.

⁹⁴ William Tetley, Ibid., 683.

⁹⁵ Ibid., 684.

*interpret the law contained in a code, or a statute to case facts. The assumption is that the code regulates all cases that could occur in practice, and when certain cases are not regulated by the code, the courts should apply some of the general principles used to fill the gaps.*⁹⁶

Dengan pengertian lain, manakala badan yudisial dalam tradisi *common law* memiliki fokus pada *reasoning based on precedent* dalam menjalankan proses yudisial atau ajudikasi, maka badan yudisial dalam tradisi *civil law* memiliki fokus pada *reasoning based on rule* dalam ajudikasi. Pengertian ini sejalan dengan pendapat **Pejovic** yang menyatakan: "*The most obvious distinction between civil law and common law systems is that civil law system is a codified system, whereas the common law is not created by means of legislation but is based mainly on case law.*"⁹⁷ Menjelaskan pendapatnya secara lebih detail, **Pejovic** menyatakan:

*The civil law is based on codes which contain logically connected concepts and rules, starting with general principles and moving on to specific rules. A civil lawyer usually starts from a legal norm contained in a legislation, and by means of deduction makes conclusions regarding the actual case. On the other hand, a lawyer in common law starts with the actual case and compares it with the same or similar legal issues that have been dealt with by courts in previously decided cases, and from these relevant precedents the binding legal rule is determined by means of induction.*⁹⁸

Dengan demikian, mengacu pada pendapat di atas, isu *legal method* dalam ajudikasi yang sesungguhnya menjadi poin penting yang membedakan tradisi *civil law* dengan tradisi *common law*. Perbedaan *legal method* paling fundamental kedua tradisi hukum tersebut tentu saja berkenaan dengan tidak berlakunya asas preseden atau *stare decisis* terhadap badan yudisial dalam tradisi *civil law*. Sebagai implikasinya, badan yudisial dalam tradisi *civil law*, "*the courts have the task to interpret the law as contained in a legislation, without being bound by the interpretation of the same legislation given by higher courts; this means that under civil law, the courts do not create the law, but only apply and interpret it.*"⁹⁹

Pengertian di atas pararel dengan pendapat yang dikemukakan oleh **Rodrigo Camarena González** berikut: "*One characteristic of judicial justification in the civil*

⁹⁶ Caslav Pejovic, Op.cit., 819.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid., 820.

⁹⁹ Ibid., 821.

law is its textuality. The first textual element is the practice of civil law courts of issuing canonical norms that seek to identify the rationes decidendi of a case. The second is the conceptual distinction between provisions as mere text and norms as the outcome of interpreting texts for a particular case."¹⁰⁰

*In the civil law system, courts are not bound to follow previous judicial decisions. Each new decision must be grounded on the authority of the legislative text which provides the basis of continuity and stability. This does not preclude the same result in a later case, because the same text and the same reasons lead to the same conclusion. However, there is no binding rule of precedent; each case must be decided on the primary authority of legislation, and the reasons for the decision must be stated. A court may not render a judgment in the nature of a general rule.*¹⁰¹

Pengertian di atas mendekati deskripsi **Cruz** tentang pengertiannya untuk negara-negara yang digolongkan sebagai *civil law*, yaitu: "are generally those countries which ... may be classified as such because of their sources of law (predominantly codes, statutes, and legislation), their characteristic mode of thought in legal matters, their distinctive legal institutions (and judicial, executive and legislative structures) and their fundamental legal ideology."¹⁰² Sebaliknya negara-negara yang digolongkan sebagai *common law*:

*are broadly those whose juristic style is based on the English common law model, predominantly founded on a system of case law or judicial precedent, and for whom legislation has not been traditionally regarded as a primary source of law, but usually regarded as mere consolidations or clarifications of legal rules and principles which are essentially derived from case law and judge made law.*¹⁰³

Dengan langsung membandingkan secara demikian, inti atau hakikat dari perbedaan antara tradisi *civil law* dengan *common law* dapat lebih jelas.

Dalam perkembangannya saat ini, sebagai kesimpulan umum, termasuk perbandingan dengan tradisi *common law*, baik tradisi *civil law* maupun tradisi *common law* memiliki kecenderungan untuk terkonvergensi ketimbang

¹⁰⁰ Rodrigo Camarena González, "From Jurisprudence Constante to Stare Decisis: The Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitutionalism" (2016) 7 *Transnational Legal Theory* 257, 273.

¹⁰¹ Joseph Dainow, Op.cit., 426.

¹⁰² Peter de Cruz, Op.cit., 43.

¹⁰³ Ibid., 43-44.

terdivergensi. Satu contoh, tradisi *civil law* mulai terbuka dengan peranan putusan pengadilan sebagai sumber hukum. Begitu juga sebaliknya, tradisi *common law* mulai terbuka dengan peranan undang-undang sebagai sumber hukum. Tentu saja kecenderungan demikian berimplikasi pada perlunya pengembangan *legal method* spesifik dalam adjudikasi oleh para hakim di mana pendekatan tradisional dari masing-masing tradisi tidak lagi mutlak. Dalam konteks tradisi *common law* misalnya, **Justice Scalia** menekankan pentingnya isu tentang *statutory interpretation* sebagai *legal method* yang banyak diabaikan dalam tradisi *common law*.¹⁰⁴

Berkenaan dengan perbedaan tradisi hukum berkaitan dengan *legal method* badan yudisial dalam melakukan adjudikasi, **Adam Rigoni** memberikan pendapat yang relevan sebagai berikut:

*A major difference between common-law jurisdictions such as the United States and Britain and civil-law jurisdictions such as France and Germany is the role of past cases. In civil-law jurisdictions a judge is free to ignore the results of past cases in reaching her decision, while a common-law judge lacks this freedom. Common-law jurisdictions treat past cases as precedent, which means that in at least some instances a past case compels a particular result in a current case.*¹⁰⁵

Pendapat di atas juga relevan dengan pendapat berikut yang dikemukakan oleh **Cruz**:

*Hence, while civil law codes (and, therefore, judges) think in terms of solutions to problems, derived from systematic and authoritative expositions of the law and work towards solutions, from general clauses and principles, English law judges see their primary function as the arbiters of disputes and that their task is to resolve disputes. They therefore pay special attention to the particular facts of a case, examine the legal question to be decided (the 'issue') and make a ruling based on a careful study of whether that case 'fits' into any previously decided case whose facts happened to be similar.*¹⁰⁶

Penjelasan senada, menggunakan teknik perbandingan, **Roscoe Pound** menyatakan:

¹⁰⁴ Antonin Scalia, Op.cit., 14-15. Cf. Jeffrey A. Pojanowski, "Reading Statutes in the Common Law Tradition" (2015) 101 *Virginia Law Review* 1357, 1357-1424.

¹⁰⁵ Adam Rigoni, "Common-Law Judicial Reasoning and Analogy" (2014) 20 *Legal Theory* 133, 133.

¹⁰⁶ Peter de Cruz, Op.cit., 104.

No less characteristic and universal in the common-law world is our technique of decision; our technique of finding the grounds of decision in the authoritative legal materials, of shaping legal precepts to meet new situations, of developing principles to meet new cases, and of working out from the whole body of authoritative materials the precepts appropriate to a concrete situation here and now. The civilian is at his best in interpreting, developing and applying written texts. From the time that the Law of Citations gave legislative authority to the writings of the great juriconsults, he has thought of the form of the law as typically that of a code, ancient or modern. His method has been one of logical development and logical exposition of supposedly universal enacted propositions. His whole tradition is one of the logical handling of written texts.¹⁰⁷

Lebih lanjut **Pound** menyatakan:

In contrast the common-law lawyer is at his worst when confronted with a legislative text. His technique is one of developing and applying judicial experience. It is a technique of finding the grounds of decision in the reported cases. It is a technique of shaping and reshaping principles drawn from recorded judicial decisions. Hence while to the civilian the oracles of the law are academic teachers, the books of authority are codes, and the text books are commentaries upon codes, to the common-law lawyer the oracles are not teachers but judges, the books of authority are reports of adjudicated cases, and the text books are treatises on subjects of the law developed through comparison and analysis of recorded judicial experience.¹⁰⁸

Dalam rumusan lebih abstraktif **Pound** menegaskan hakikat konseptual tradisi *common law* terkait dengan *legal method*-nya yang spesifik, terutama metode berpikirnya adalah:

For behind the characteristic doctrines and ideas and technique of the common-law lawyer there is a significant frame of mind. It is a frame of mind which habitually looks at things in the concrete, not in the abstract; which puts its faith in experience rather than in abstractions. It is a frame of mind which prefers to go forward cautiously on the basis of experience from this case or that case to the next case, as justice in each case seems to require, instead of seeking to refer everything back to supposed universals. It is a frame of mind which is not ambitious to deduce the decision for the case in hand from a proposition formulated universally, as like as not by one who had never conceived of the problem by which the tribunal is confronted.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Roscoe Pound, "What is the Common Law" (1937) 4 *University of Chicago Law Review* 176, 186.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid., 186-187.

Dewasa ini, perbedaan antara tradisi *common law* dengan tradisi *civil law* sudah mulai berkurang relevansinya. **Sebastian Pompe** menggambarkan fenomena itu sebagai berikut:

Sebagaimana dampak dari kekuatan undang-undang yang kian mendorong sistem Anglo-Amerika ke arah *civil law*, sebaliknya pengadilan-pengadilan *civil law* justru mulai mirip dengan pengadilan Anglo-Amerika ... Jika putusan-putusan pengadilan Anglo-Amerika mempunyai "kekuatan mengikat", putusan pengadilan *civil law* memperoleh "kekuatan persuasif" yang sebetulnya tidak kalah kuat. Memang dalam sistem *civil law* yang beragam dan hierarkis, kekuatan mengikat ini lebih melekat pada putusan Mahkamah Agung ketimbang putusan pengadilan-pengadilan tingkat bawah, tetapi hal ini tidak begitu penting.¹¹⁰

Justice Scalia, Hakim Mahkamah Agung Amerika Serikat, menggunakan metafora *common-law court* dalam *civil-law system* untuk menggambarkan apa yang sehari-hari dihadapinya sebagai hakim terkait dengan peranan peraturan perundang-undangan yang berkembang secara sangat signifikan di Amerika Serikat: "*We live in an age of legislation, and most new law is statutory law ... This is particularly true in the federal courts, where, with a qualification so small it does not bear mentioning, there is no such thing as common law. Every issue of law resolved by a federal judge involves interpretation of text—the text of a regulation, or of a statute, or of the Constitution.*"¹¹¹

b. Interpretasi Konstitusi secara Yudisial dalam Tradisi *Civil Law*

Dalam praktik negara nampak kecenderungan umum bahwa perbedaan tradisi hukum, *common law* dengan *civil law*, berpengaruh terhadap pendekatan dalam menginstitusionalisasikan ajudikasi konstitusional. Oleh karena itu, seperti halnya pada pembahasan sebelumnya,¹¹² tradisi hukum yang dianut menentukan pilihan atas pendekatan dalam ajudikasi konstitusional.

¹¹⁰ Sebastiaan Pompe, *Runtuhnya Institusi Mahkamah Agung* (LeIP2012) 605. Penjelasan lebih teoretis menyatakan bahwa dalam tradisi *civil law system* pengadilan terikat oleh preseden kecuali dapat ditunjukkan bahwa preseden tersebut "*wrong, outmoded, unjust or distinguishable*". Ewoud Hondius, Op.cit., 525. Lihat secara umum Ellen Ash Peters, "Common Law Judging in a Statutory World: An Address" (1982) 43 *University of Pittsburgh Law Review* 995, 995-1011.

¹¹¹ Antonin Scalia, Op.cit., 13.

¹¹² Lihat kembali *supra* Sub-judul 1.b.

Yuris paling besar kontribusinya dalam teoresasi institusi ajudikasi konstitusional pada tradisi *civil law* adalah **Hans Kelsen**. Teori **Kelsen** tentang ajudikasi konstitusional dikembangkan secara spesifik atas dasar atau latar belakang kekhasan tradisi *civil law*. Dalam posisi demikian, upaya untuk melakukan teoresasi atas ajudikasi konstitusional dalam tradisi *civil law* tentu harus beranjak dari pendapat **Kelsen** sebagai perintis atau *pioneer*-nya.

Posisi **Kelsen** tentang ajudikasi konstitusional, khususnya pengujian konstitusionalitas undang-undang, nampak dalam pandangannya berikut ini:

*The unconstitutional law may be generally abolished by an express decision pronouncing its annulment; or in the way that the court refuses to apply the law in the concrete case on the professed ground of its unconstitutionality, and that this decision is then given the status of a precedent, so that all other law-applying organs, especially all the courts, are bound to refuse the application of the law.*¹¹³

Lebih lanjut **Kelsen** mengemukakan teori bahwa pembatalan undang-undang oleh badan yudisial merupakan aktivitas legislatif: "*The annulment of a law is a legislative function, an act – so to speak – of negative legislation. A court which is competent to abolish laws – individually or generally – functions as negative legislator.*"¹¹⁴ Pada kesempatan lain **Kelsen** menjelaskan: "*The decision of the Constitutional Court by which a statute was annulled had the same character as a statute which abrogated another statute. It was a negative act of legislation.*"¹¹⁵

Alec Stone Sweet mengelaborasi pendapat **Kelsen** sebagai berikut: "*Kelsen understood the constitutional review of statutes to be an inherently political activity – however judicial in form – since reviewing authority would inevitably participate in the legislative function.*"¹¹⁶ Menjelaskan pendapat **Kelsen** tentang perbedaan *positive legislator* dan *negative legislator*, **Sweet** menyatakan:

¹¹³ Hans Kelsen, Op.cit., 268. Pada kesempatan berbeda, pra-pemahaman teoretis yang digunakan Kelsen untuk menjelaskan dua model ajudikasi konstitusional ini adalah: "*Personal responsibility of the organ which has enacted the unconstitutional norm and non-application of the unconstitutional norm.*" Hans Kelsen, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution" (1942) 4 *The Journal of Politics* 183, 184.

¹¹⁴ Hans Kelsen, *General Theory ...*, Ibid.

¹¹⁵ Hans Kelsen, "Judicial Review ...," Op.cit., 187.

¹¹⁶ Alec Stone Sweet, "The Politics of Constitutional Review in France and Europe" (2007) 5 *International Journal of Constitutional Law* 69, 83.

Nonetheless, he distinguished how parliaments and constitutional courts make law. Parliaments, he argued, are 'positive legislators', since they make law freely, according to their own preferences, subject only to the constraints of the constitution (for example, rules of procedure). Constitutional judges, on the other hand, are 'negative legislators', whose legislative authority is restricted to annulment of statutes when they conflict with the law of the constitution.¹¹⁷

Lewat penjelasan teoretis sederhana di atas **Kelsen** sejatinya tengah mengirimkan sinyal tentang bagaimana seyogianya institusi untuk ajudikasi konstitusional yang sesuai dengan tradisi *civil law*. Dalam konteks demikian, model institusional seperti yang berlaku di Amerika Serikat tidak mungkin aplikabel untuk model di negara-negara bertradisi hukum *civil law* karena model tersebut menimbulkan kesulitan berupa kepastian hukum. Interpretasi atas pemikiran teoretis **Kelsen** tersebut nampak dalam kutipan berikut:

If all courts were authorized to review the constitutionality of legislation, a divergence of judgment would emerge among them as to the constitutionality of a particular statute. In the United States, this potential for interpretive plurality is neutralized by the doctrine of precedent, which makes the decisions that are rendered by the highest courts binding on the lower courts. But in many European countries of the civil law tradition this solution is not possible, both for structural and cultural reasons.¹¹⁸

Kelsen mengaspirasikan supaya ajudikasi konstitusional dilakukan oleh badan peradilan khusus, Mahkamah Konstitusi, tentu dengan bertolak dari prapemahaman tertentu, dalam hal ini salah satunya adalah tradisi *civil law*.¹¹⁹ Alasan lain, seperti nampak dalam pendapat **Kelsen** di atas, isu *trias politica* juga menjadi perhatian **Kelsen** terkait dengan ajudikasi konstitusional karena institusi tersebut menjalankan fungsi legislatif-negatif, dan pelaksananya, sebagai implikasinya, disebut *negative legislator*. Dua perhatian utama **Kelsen**, yaitu aspek kepastian hukum dan akomodasi pelibatan badan yudisial dalam proses legislatif yang menuntut kompatibilitas dengan asas *trias politica*, menjadi isu utama dalam desain institusional untuk penyelenggara ajudikasi konstitusional menurut tradisi *civil law*

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Victor Ferreres Comella, "The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?" (2004) 2 *International Journal of Constitutional Law* 461, 466.

¹¹⁹ Hans Kelsen, "Judicial Review ...," Op.cit., 185.

system.

Menggambarkan secara singkat inti pemikiran **Kelsen** yang secara khusus mengilhami model institusional adjudikasi konstitusional di negara-negara Eropa yang bertradisi *civil law*, **Sweet** menyatakan: "*the ordinary judges remain bound by the supremacy of statute in the legal order, while constitutional judges are charged with preserving the supremacy of the constitution.*"¹²⁰ Dengan perbedaan yurisdiksi material demikian maka nampak bahwa hakim pada pengadilan biasa tidak dapat membatalkan keberlakuan undang-undang karena secara fungsional hal itu tidak sejalan dengan fungsinya untuk memutuskan perkara berdasarkan undang-undang (sesuai dengan kerangka teoretis yang diberikan oleh asas *trias politica*). Filosofi yudisial agak berbeda dikembangkan oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat yang dalam posisi memperlakukan konstitusi, undang-undang dasar, sebagai hukum bagi undang-undang sehingga manakala mereka menemukan bahwa undang-undang bertentangan dengan konstitusi mereka terikat untuk menyatakan undang-undang demikian inkonstitusional tanpa perlu secara spesifik membatalkan keberlakuan undang-undang tersebut.

Dengan demikian, sebagai fenomena umum, adjudikasi konstitusional di negara-negara *civil law* lebih memilih kehadiran badan peradilan konstitusional khusus. Sistem demikian disebut dengan sistem sentralistik. **Andrade** menjelaskan:

*judicial review in continental Europe is exercised by special courts, which stay outside the ordinary judicial system and retain a jurisdictional monopoly over constitutional issues. Contrary to the American system, in Europe it is common to differentiate among categories of litigation, such as administrative, civil, commercial, social, or criminal, and to have them decided by different courts of law. Constitutional litigation is distinguished from other litigation and is handled separately. As a result, judicial review in continental Europe is exercised only by extraordinary courts, has a different system of procedure, and does not demand the fulfillment of ordinary requirements for conventional litigation.*¹²¹

Sejalan dengan penjelasan teoretis di atas, badan peradilan konstitusional khusus dibutuhkan karena:

¹²⁰ Alec Stone Sweet, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy" (2002) 25 *West European Politics* 77, 80.

¹²¹ Gustavo Fernandes de Andrade, Op.cit., 980-981.

*the civil law systems lack the principle of stare decisis, the idea of granting exclusive jurisdiction to a constitutional court to review legislation becomes essential. If the power to control the constitutionality of statutes were granted indiscriminately to all judges, conflicting decisions as to the validity of a law would undermine the system altogether.*¹²²

Pendapat di atas merupakan penegasan kembali atas pendapat yang juga sudah pernah disampaikan oleh **Mauro Cappelletti** yang menyatakan: "*centralized judicial review provides the practical means of enforcing a consistent body of constitutional law in civil law countries, which do not subscribe to the common law doctrine of stare decisis.*"¹²³ Menjelaskan dari perspektif tradisi *common law*, khususnya Amerika Serikat, **Capelletti** menjelaskan kelemahan institusional seandainya negara dengan tradisi *civil law* mengadopsi model ajudikasi konstitusional dengan sistem desentralistik:

*In the American system, every court, high and low, has both the power and the duty to determine the constitutionality of the statutes that come before it. This would likely lead different judges to reach inconsistent results on close questions were it not for stare decisis. Under this doctrine, courts are bound to follow their own prior decisions and, more importantly for the present purpose, the precedents of higher courts in the same jurisdiction. The existence of a single supreme court, combined with the lower courts' duty to follow superior precedents, insures the uniformity of consitutional adjudication. To be sure, an American law that has not been applied because found unconstitutional by the Supreme Court remains on the books. Yet it becomes dead law, because stare decisis prevents its future application by lower courts.*¹²⁴

Karena tradisi *civil law* tidak mengenal asas *stare decisis* maka:

*a system that allowed each judge to decide for himself the constitutionality of statutes could result in a law being disregarded as unconstitutional by some judges, while being held constitutional and therefore applied by others. Furthermore, the same court that had one day disregarded a given law might uphold it the next day, having changed its mind about the law's constitutionality.*¹²⁵

Pra-pemahaman teoretis demikian yang melatar belakangi mengapa negara-negara

¹²² Ibid., 983. Studi terbaru yang dilakukan Rodrigo Camarena González mengkonfirmasi hal itu. Rodrigo Camarena González, Op.cit., 267-284.

¹²³ Mauro Cappelletti, Op.cit., 1041.

¹²⁴ Ibid., 1041-1042.

¹²⁵ Ibid., 1043.

dengan tradisi *civil law* memilih pendekatan sentralistik dalam ajudikasi konstitusionalnya yang dikaitkan dengan ketakberlakuan asas *stare decisis*. Ajudikasi konstitusional dengan pendekatan desentralistik akan menghadapi problematik inheren berupa koherensi dari interpretasi konstitusi yang dihasilkan secara yudisial.

Lebih lanjut, berbeda dengan prosedur dalam tradisi *common law*, ajudikasi konstitusional dalam tradisi *civil law* adalah *abstract review*:

*Another important feature of the European system of review is that the compatibility of a statute with the constitution is determined in the abstract. Contrary to the American system of review, where the constitutionality of a statute is asserted within litigation, judicial review in many of the civil law countries of Europe is exercised regardless of the existence of a legal dispute. The constitutionality of a statute is determined by contrasting the challenged legislation with a provision of the constitution. In such a challenge, the controversy is not fact-driven.*¹²⁶

Putusan ajudikasi konstitusional oleh badan peradilan konstitusional khusus ini diberikan kekuatan mengikat berdasarkan asas *erga omnes*:

*the decision passed by a constitutional court has erga omnes effects. The abstract review of legislation has the power of annulling the statute-or its challenged provisions-and is binding for all branches of government. In contrast to judicial review in the United States, where the decision of the Supreme Court has restricted effectiveness, in the European system, a constitutional decision has the force to make a statute disappear from the legal order.*¹²⁷

3. Supremasi Konstitusi dan *Overruling*

Sub-judul ini difokuskan pada upaya menjabarkan tentang “hukum” yang menjadi dasar bagi praktik *overruling* sehingga praktik tersebut *legitimate*, atau memiliki legitimasi.¹²⁸ Penjelasan mengenai hukum yang menjadi dasar bagi praktik *overruling* tersebut bersifat substantif, ketimbang formal. Penjelasan yang bersifat formal misalnya, Indonesia adalah negara yang menganut tradisi *civil law* sehingga putusan pengadilan terdahulu tidak berlaku sebagai preseden bagi pengadilan yang

¹²⁶ Gustavo Fernandes de Andrade, Loc.cit.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Itu artinya, pembahasan Sub bab selanjutnya, *infra* Sub bab B, adalah penerapan dari “hukum” yang dijabarkan sebelumnya di sini.

sekarang (sehingga secara teoretis tentu kurang tepat berbicara tentang *overruling* di sini karena pengadilan yang sekarang tidak terikat oleh pendapat yudisial pengadilan terdahulu).¹²⁹ Tetapi bukan penjelasan demikian yang dikehendaki oleh penelitian ini. Lebih lanjut, *overruling* yang dimaksudkan di sini bukan dalam pengertian perbedaan dasar konstitusional yang digunakan dalam pengujian. Pengaturan yang ada memungkinkan pengujian kembali undang-undang yang sudah pernah diputuskan jika dasar konstitusional untuk pengujian tersebut berbeda.¹³⁰ Kasus demikian tidak dipertimbangkan sebagai *overruling* yang dimaksudkan di sini. *Overruling*, dengan demikian, hanya ditujukan pada perubahan atas interpretasi konstitusi terhadap ketentuan konstitusional yang sama.

Fokus dari penjelasan substantive adalah makna hakiki dari praktik *overruling* itu sendiri dikaitkan dengan otoritas badan yudisial sebagai penyelenggara adjudikasi konstitusional (khususnya pengujian konstitusionalitas undang-undang) untuk meng-*enforce* konstitusi dalam rangka mempertahankan supremasi konstitusi. Oleh karena itu, hukum yang menjustifikasi praktik *overruling* tersebut adalah supremasi konstitusi itu sendiri sehingga hal ini koheren dengan hukumnya dalam rangka pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang yang tidak lain adalah supremasi konstitusi. Praktik *overruling* itu sendiri dengan demikian perlu dipahami secara konseptual hakikat maknanya, khususnya ketika hukum positifnya sendiri tidak memberikan preskripsi secara spesifik terhadap praktik demikian. Pendekatan perbandingan dipilih karena dengan cara ini makna yang hakiki tersebut akan dapat diperoleh.

a. Adjudikasi Konstitusional, Supremasi Konstitusi dan *Overruling*

Starting point konsep adjudikasi konstitusional adalah supremasi konstitusi. Oleh karena itu, pra-pemahaman tentang konsep supremasi konstitusi akan didiskusikan terlebih dahulu, baru kemudian konsep adjudikasi konstitusional dan konsep

¹²⁹ Cf. Shigenori Matsui, "Constitutional Precedents in Japan: A Comment on the Role of Precedent" (2011) 88 *Washington University Law Review* 1669, 1669-1680.

¹³⁰ Pasal 42 ayat (2) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang: "permohonan pengujian undang-undang terhadap muatan ayat, pasal, dan/atau bagian yang sama dengan perkara yang pernah diputus oleh Mahkamah dapat dimohonkan pengujian kembali dengan syarat-syarat konstitusionalitas yang menjadi alasan permohonan yang bersangkutan berbeda."

overruling dalam ajudikasi konstitusional. Konsep supremasi konstitusi tersebut dapat digambarkan materi muatan atau pengertiannya sebagai berikut:

*The concept of the supremacy of the constitution confers the highest authority in a legal system on the constitution. Stating this principle does not mean just giving a rank order of legal norms. The point is not solely a conflict of norms of differing dignity. The principle of the supremacy of the constitution also concerns the institutional structure of the organs of State. The scope of the principle becomes clear if we reformulate it: the supremacy of the constitution means the lower ranking of statute; and that at the same time implies the lower ranking of the legislator.*¹³¹

Diskusi mengenai konsep supremasi konstitusi itu sendiri akan dilakukan terlebih dulu dengan mengaitkannya pada dua tradisi besar yang dipraktikkan negara-negara di dunia: Tradisi konstitusi formal atau undang-undang dasar dan tradisi non-undang-undang dasar. Dalam pengertian demikian, maka untuk sederhananya, konsep supremasi konstitusi tentu harus mampu menjangkau tidak hanya konsep formal belaka, tetapi juga konsep normatif yang mampu berlaku untuk negara-negara yang memang tidak menganut tradisi undang-undang dasar.

i. Supremasi Konstitusi: Formal versus Substantif

Ajudikasi konstitusional sebagai proses untuk menegakkan konstitusi secara yudisial merupakan upaya untuk menggaransi keberlakuan asas supremasi konstitusi. Dengan demikian, seperti dinyatakan di atas, konsep supremasi konstitusi tentu perlu didiskusikan terlebih dulu sebagai latar belakang dari diskusi lebih substansial terkait dengan ajudikasi konstitusional. Isu utamanya di sini adalah, terkait dengan konsep supremasi konstitusi itu sendiri, perbedaan sistem konstitusional dalam praktik negara-negara, khususnya negara yang sistem konstitusionalnya bertolak dari konstitusi formal atau undang-undang dasar dan negara yang sistem konstitusionalnya menganut pendekatan sebaliknya.¹³²

Isu teknisnya di sini, sebagai implikasi dari kondisi tersebut: Dapatkah konstitusi

¹³¹ Jutta Limbach, "The Concept of the Supremacy of the Constitution" (2001) 64 *Modern Law Review* 1, 1.

¹³² Sekadar untuk kepentingan analitis sederhana, Arend Lijphart menggunakan konsep negara yang konstitusinya *rigid* dengan negara yang konstitusinya *flexible* untuk menggambarkan kondisi di atas. Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (Yale University Press 2012) 204.

mencapai taraf *the highest authority in a legal system*? Lebih lagi, "Dapatkan pengertian *the supremacy of the constitution means the lower ranking of statute* digeneralisasi? Pertanyaan di atas akan berusaha dijawab secara umum dengan mengakomodir dua tradisi konstitusional berbeda dalam praktik negara: Negara yang mempraktikkan tradisi konstitusi formal atau undang-undang dasar dan negara yang tidak mempraktikkannya. Kesimpulan akhirnya adalah konsep supremasi konstitusi tidak hanya mengandung makna formal, tetapi juga substantif. Lebih jauh lagi, dalam negara yang mempraktikkan tradisi konstitusi formal, pengertian konstitusi hendaknya tidak dibatasi secara eksklusif oleh undang-undang dasar. Itu artinya, sesuai dengan pendekatan tersebut, konstitusi lebih luas dari sekadar undang-undang dasar belaka. Oleh karena itu, implikasinya, hal ini mempengaruhi konsep "konstitusi yang ditegakkan" dalam proses adjudikasi konstitusional dalam rangka supremasi konstitusi.

Dengan pendekatan konseptual, paragraf-paragraf selanjutnya di bawah akan mendiskusikan konsep konstitusi dalam frase supremasi konstitusi. Hasil dari analisis konseptual yang dilakukan adalah konsep konstitusi yang lebih luas dari undang-undang dasar dengan implikasi normatif bahwa pengertian ini juga harus diperlakukan sebagai yang *supreme* sama halnya dengan undang-undang dasarnya sendiri. Itu artinya, meskipun bertolak dari tradisi konstitusi formal, pendekatan formal yang eksklusif dari supremasi konstitusi juga harus ditolak. Pendekatan formal yang eksklusif dari konsep konstitusi jelas mengabaikan potensi kelemahan inheren teks (undang-undang dasar) yang digambarkan sebagai berikut oleh **Stephen E. Scahs**: "*If every issue of constitutional magnitude has to be settled by the text itself, then we'll end up 'interpreting' (some might say 'twisting') the text into expressing a great deal that it doesn't say.*"¹³³

Supremasi konstitusi, atau konstitusi sebagai *the supreme law*, hanya sekadar jargon belaka manakala tidak dibuka peluang mekanisme yudisial untuk *enforcement*-nya. Sebagai ikutannya, badan yudisial memiliki peranan sangat strategis lewat institusi adjudikasi konstitusional karena tanpanya konstitusi dapat

¹³³ Stephen E. Sachs, "The 'Unwritten Constitution' and Unwritten Law" (2013) *Illinois Law Review* 1797, 1845.

dengan mudah kehilangan maknanya sebagai hukum, dan hanya akan menjadi dokumen politik yang maknanya lebih ditentukan oleh proses deliberasi politik yang dilakukan oleh para politisi.¹³⁴ Pengertian demikian sedikit banyak telah dirumuskan oleh **Alexander Hamilton**, khususnya dalam menyikapi secara positif peranan badan yudisial terkait dengan pertentangan antara undang-undang dengan konstitusi (undang-undang dasar), dan dipertajam oleh **Chief Justice John Marshall** sebagai dasar justifikasi terhadap praktik pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat.

Pendapat **Hamilton** sebagaimana dimaksud di atas tertuang dalam *The Federalist No. 78* yang menyatakan:

*The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.*¹³⁵

Selanjutnya pendapat **Chief Justice Marshall** dalam kasus *Marbury v. Madison* (1803). Pendapat **Chief Justice Marshall** di sini, khususnya terkait konsep supremasi konstitusi sebagai justifikasi terhadap praktik pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang, dapat dipilah dalam beberapa katagori. Pertama, pendapat **Chief Justice Marshall** tentang hakikat pembatasan kekuasaan terhadap pemerintah dan bentuk pembatasannya yang tertulis (ke dalam konstitusi, dalam hal ini undang-undang dasar). Pendapat ini dapat dikatagorikan sebagai pra-pemahaman teoretisnya. **Chief Justice Marshall** menyatakan:

*To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction, between a government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation.*¹³⁶

¹³⁴ Lihat pembahasan selanjutnya dalam *infra* Sub-judul 3.a.ii.

¹³⁵ Alexander Hamilton, James Madison & John Jay (Terence Ball, ed.), *The Federalist with Letters of "Brutus"* (Cambridge University Press 2003) 379-380.

¹³⁶ Seperti dikutip dalam Robert J. Reinstein & Mark C. Rahdert, "Reconstructing *Marbury*," (2005)

Pendapat di atas menekankan, secara tersirat, pentingnya supremasi konstitusi dalam bentuknya yang tertulis sebagai instrumen pembatasan kekuasaan terhadap pemerintah di mana pembatasan tersebut akan tidak berguna jika yang dikenakan pembatasan dapat menghindari bentuk pembatasan tersebut karena kedudukannya yang sejajar atau sama. Pengertian ini nampak lebih jelas dalam poin pendapat selanjutnya yang menyatakan dua kemungkinan dalam kedudukan konstitusi dalam hubungan dengan undang-undang, apakah konstitusi posisinya *supreme* atau *superior* dengan undang-undang ataukah sebaliknya, konstitusi posisinya sama atau sejajar dengan undang-undang:

The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law: if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable.¹³⁷

Dalam pendapat di atas, **Chief Justice Marshall** secara sederhana menjelaskan logika dari hubungan antara konstitusi dengan undang-undang, khususnya, dalam hubungan tersebut, kedudukan konstitusi terhadap undang-undang: Apakah konstitusi lebih tinggi atau sejajar dengan undang-undang. Satu pengertian mendasar yang ditekankan **Chief Justice Marshall**, sebagai upaya pembatasan kekuasaan, konstitusi tertulis atau undang-undang dasar adalah upaya sia-sia belaka dalam proses pembatasan kekuasaan ketika kekuasaan yang hendak dibatasi (kekuasaan legislatif dan undang-undang atau legislasi sebagai produknya) secara hakikat tidak dapat dibatasi mengingat posisinya yang sejajar dengan konstitusi. Seperti nampak dalam kutipan di atas, dalam menjelaskan kedudukan konstitusi **Chief Justice Marshall** begitu menekankan bentuk tertulis dari konstitusi dan makna intrinsik di balik pilihan bentuk tertulis tersebut. Oleh karena itu sampailah **Chief Justice Marshall** pada pilihannya: "*Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be,*

57 *Arkansas Law Review* 729, 768.

¹³⁷ Seperti dikutip dalam Ibid.

that an act of the legislature, repugnant to the Constitution, is void."¹³⁸

Sebagai implikasi dari pendapat tersebut, **Chief Justice Marshall** kemudian memberikan disposisi sangat terkenal, yang notabene merupakan *restatement* pendapat **Hamilton**: "*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.*"¹³⁹ Disposisi tersebut memiliki makna, menurut **Robert J. Reinstein & Mark C. Rahdert**, "*Court must be able to interpret and apply rules of law drawn from the Constitution, itself the paramount source of law. There was, however, one important corollary: in cases of conflict between the Constitution and statutory law the Court must follow the Constitution's superior command.*"¹⁴⁰

Walaupun secara teknis ada banyak model ajudikasi konstitusional, namun asasnya pada hakikatnya sama, yaitu upaya menggaransi supremasi konstitusi secara nyata. Upaya ini mengandung makna bahwa badan yudisial diberikan kesempatan untuk memberikan *judgment* berdasarkan konstitusi atas suatu perkara yang diajukan kepadanya untuk diberikan putusan. Dalam memberikan *judgment* berdasarkan konstitusi tersebut tentu yang dilakukan oleh badan yudisial adalah memberikan interpretasinya atas konstitusi. Interpretasi konstitusi oleh badan yudisial dengan demikian didasari oleh pra-pemahaman supremasi konstitusi yang mengandung pengertian bahwa interpretasi konstitusi tersebut harus dilakukan dengan benar sehingga supremasi konstitusi dapat terjaga. Interpretasi konstitusi yang salah oleh badan yudisial tentu tidak sejalan dengan konsepsi supremasi konstitusi itu sendiri. Oleh karena itu, koreksi terhadap situasi demikian adalah hal yang niscaya.¹⁴¹

Sesuai dengan hakikatnya sebagai upaya untuk menggaransi keberlakuan asas supremasi konstitusi, ajudikasi konstitusional di mana konstitusi menjadi objek *enforcement* oleh badan yudisial tentu mengandung gagasan-gagasan ideal spesifik. Dengan kata lain, supremasi konstitusi di sini bukan "supremasi" demi "konstitusi"-nya itu sendiri. Supremasi konstitusi di sini pastinya membawa pesan-

¹³⁸ Seperti dikutip dalam Ibid., 768-769.

¹³⁹ Seperti dikutip dalam Ibid., 769.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Pengertian ini akan didiskusikan lebih spesifik dalam *infra* Sub-judul 3.b.

pesan khusus, baik eksplisit maupun implisit, yang seyogianya dikaitkan dengan institusi adjudikasi konstitusional itu sendiri, khususnya pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang.

Dalam pesan yang disampaikan **Chief Justice Marshall**, supremasi konstitusi bermakna bahwa pembentuk undang-undang tidak boleh seenaknya mengubah konstitusi, dengan jalan mengundangkan undang-undang yang tidak sesuai dengan konstitusi, semata karena sifat "tertulis" konstitusi yang tidak memungkinkan proses perubahannya dilakukan dengan cara biasa. Hal itu karena, konstitusi, sebagai undang-undang dasar, hanya dapat diubah berdasarkan cara atau mekanisme yang ditentukannya sendiri sebelumnya.¹⁴² Perubahan dengan cara biasa, dengan undang-undang, bertentangan dengan hakikat konstitusi sebagai undang-undang dasar. Pesan demikian sejatinya lebih menekankan pada makna sifat formal dari konstitusi, sehingga supremasi konstitusi di sini otomatis juga dimaknai secara formal belaka, yaitu sebagai peraturan yang lebih tinggi dari undang-undang, dan karena itu cara perubahannya tidak dapat dilakukan dengan undang-undang.¹⁴³

Pendapat tersebut, dari perspektif badan yudisial dalam memandang koleganya, badan legislatif, dalam membentuk undang-undang yang seharusnya konstitusional (sesuai dengan konstitusi) dapat dianggap sebagai pendapat yang sudah benar walau tidak optimal.¹⁴⁴ Itu artinya, pendapat dengan kadar kebenaran yang optimal tidak seharusnya sangat sempit seperti itu dalam mengartikan supremasi konstitusi, yaitu mengartikan konsep supremasi konstitusi secara formal. Kerangka teoretis yang lebih luas dalam mengartikan makna dari supremasi konstitusi tentu perlu lebih dielaborasi di sini, terutama dikaitkan dengan cakupan makna dari konsep legitimasi di mana supremasi konstitusi diposisikan sebagai dasar legitimasi bagi

¹⁴² Konsep dari pengertian ini adalah *entrenchment*. Ernest A. Young, "The Constitution Outside the Constitution" (2007) 117 *Yale Law Journal* 408, 426; Ernest A. Young, "The Constitutive and Entrenchment Functions of Constitutions: A Research Agenda" (2008) 10 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 399, 401. Konsep ini menjadi ciri umum dari semua konstitusi formal atau undang-undang dasar. Hans Kelsen, *Op.cit.*, 124-125.

¹⁴³ Michel Troper, "The Logic of Justification of Judicial Review" (2003) 1 *International Journal of Constitutional Law* 99, 104.

¹⁴⁴ Calabresi nampaknya mengamini konsep supremasi konstitusi dengan pendekatan formal seperti disampaikan oleh Marshall sebagai sebuah tradisi yang berakar sangat kuat dalam masyarakat Amerika Serikat. Steven G. Calabresi, "The Tradition ..." *Op.cit.*, 638-639.

praktik *overruling* yang dilakukan dalam proses adjudikasi konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi, khususnya dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang.

Isu utamanya di sini adalah apakah dasar atau landasan dari "supremasi" dalam konsep "supremasi konstitusi" itu sendiri? Apakah seperti klaim **Chief Justice Marshall** yang memberikan penekanan pada sifat tertulis dari konstitusi sebagai basis atau dasar dari klaim untuk pengertian supremasi konstitusinya? Perbedaan pendekatan (formal versus substantif) dalam memahami konsep konstitusi sangat penting di sini, terutama karena tidak semua negara menganut "tradisi" undang-undang dasar atau konstitusi formal. Konsep supremasi konstitusi dengan demikian dapat mudah terdistorsi jika pra-pemahaman tentang perbedaan pendekatan tersebut tidak diinformasikan terlebih dahulu.

Pengertian di atas sejatinya memiliki preseden dalam praktik negara. Inggris misalnya, jelas-jelas tidak memiliki "konstitusi" dalam pengertian formal. Seperti diakui oleh **Calabresi**, supremasi konstitusi dalam pengertian **Chief Justice Marshall**, jelas tidak berlaku untuk kasus Inggris. **Calabresi** menyatakan dengan lugas: "*I will discuss below ten famous examples, since 1937, of instances where the Court opted for constitutional text and first principles over doctrine, and will argue that our constitutional tradition, unlike Britain's, is one where we venerate the document above all else.*"¹⁴⁵

Jika "tradisi konstitusi tertulis" atau konstitusi formal yang dijadikan standar untuk memaknai supremasi konstitusi maka konsep supremasi konstitusi di sini hanya memiliki keberlakuan partikular, tidak universal, setidaknya konsep tersebut tidak mungkin memiliki keberlakuan di Inggris atau Israel, negara yang tidak memiliki konstitusi formal. Mengacu pada **Hans Kelsen**, konsep konstitusi formal adalah "*a certain solemn document, a set of legal norms that may be changed only under the observation of special prescriptions, the purpose of which it is to render the change of these norms more difficult.*"¹⁴⁶ Inggris, sampai dengan saat ini, tidak memiliki konstitusi formal atau undang-undang dasar. Pendapat klasik **A.V. Dicey** tentang

¹⁴⁵ Ibid., 637.

¹⁴⁶ Hans Kelsen, *General Theory ...*, Op.cit., 124.

sistem konstitusional Inggris masih tetap relevan. Membandingkan dengan yuris konstitusional koleganya di Amerika Serikat, **Dicey** menyatakan kesulitan yang dihadapi oleh yuris konstitusional Inggris:

*the American jurists have produced commentaries on the constitution of the United States utterly unlike, and, one must in truth add, vastly superior to, any commentaries on the constitutional law of England, their success is partly due to the possession of advantages denied to the English commentator or lecturer. His position is entirely different from that of his American rivals. He may search the statute-book from beginning to end, but he will find no enactment which purports to contain the articles of the constitution; he will not possess any test by which to discriminate laws which are constitutional or fundamental from ordinary enactments ...*¹⁴⁷

Atas dasar latar belakang tersebut, **Dicey** mendeskripsikan pengertian *constitutional law* dalam kacamata sistem konstitusional Inggris yang khas sebagai berikut: “*Constitutional law, as the term is used in England, appears to include all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercise of the sovereign power in the State.*”¹⁴⁸ Lebih lanjut **Dicey** menjelaskan cakupan dari *constitutional law* tersebut. Pertama:

*The one set of rules are in the strictest sense “laws”, since they are rules which (whether written or unwritten, whether enacted by statute or derived from the mass of custom, tradition, or judge-made maxims known as the common law) are enforced by the courts; these rules constitute “constitutional law” in the proper sense of that term, and may for the sake of distinction be called collectively “the law of the constitution”.*¹⁴⁹

Kedua, *conventions of the constitution* atau *constitutional morality* “yang kurang bersifat hukum” yang berbeda dengan *the law of the constitution* sebagai hukum yang sebenarnya:

*The other set of rules consist of conventions, understandings, habits, or practices which, though they may regulate the conduct of the several members of the sovereign power, of the Ministry, or of other officials, are not in reality laws at all since they are not enforced by the courts. This portion of constitutional law may, for the sake of distinction, be termed the “conventions of the constitution”, or constitutional morality.*¹⁵⁰

¹⁴⁷ A.V. Dicey, Op.cit., 6.

¹⁴⁸ Ibid., 23.

¹⁴⁹ Ibid., 23-24.

¹⁵⁰ Ibid., 24.

Dengan pengertian lain, *constitutional law* di Inggris, dalam pendapat **Dicey**, mencakup atau terdiri dari dua bagian besar:

*The one element, here called the "law of the constitution", is a body of undoubted law; the other element, here called the "conventions of the constitution", consists of maxims or practices which, though they regulate the ordinary conduct of the Crown, of Ministers, and of other persons under the constitution, are not in strictness laws at all.*¹⁵¹

Poin pengertian utama dari sistem konstitusional di Inggris, seperti deskripsi **Dicey**, adalah tidak dikenalnya sebuah dokumen spesifik sebagai konstitusi, di mana kita di sini dapat dengan mudah menyebutnya dengan konsep undang-undang dasar. **Adam Tomkins**, yuris konstitusional Inggris kontemporer, menggambarkan lebih presisi sistem konstitusional Inggris sebagai berikut:

*notwithstanding its allegedly unwritten nature, much (indeed, nearly all) of the English constitution is written, somewhere ... the unhappily misleading phrase, 'written constitution' really means 'codified constitution'. Thus, a written, or codified, constitution is one in which all the principal constitutional rules are written down in a single document named 'The Constitution'.*¹⁵²

Oleh karena itu, sebagai kesimpulan, **Ernest A. Young** menggarisbawahi berdasarkan pendapat **Tomkins**, "*That single codified document is what the English lack.*"¹⁵³ Atau dalam rumusan yang lebih teoretis, sistem konstitusional Inggris menempuh jalan untuk tidak melakukan *entrenchment* terhadap konstitusinya di mana konstitusi tersebut tersebar dalam banyak undang-undang biasa produk kekuasaan legislatif parlemen, bukan produk kekuasaan konstituan. Pada kesempatan berbeda pengertian ini disampaikan oleh **Young** sebagai berikut:

*The British have a constitution, but it is not generally entrenched. Lacking a distinctive formal procedure for entrenching constitutional norms, the British define their constitution by reference to the constitutive and rights-conferring functions: the statutes and practices constituting institutions and conferring rights on individuals are considered to be part of "the Constitution" despite the absence of any formal distinction between such norms and "ordinary" law.*¹⁵⁴

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Ernest A. Young, "The Constitution ...," Op.cit., 410.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ernest A. Young, "The Constitutive ...," Op.cit., 399-400.

Konstitusi Inggris tersebar dalam banyak undang-undang seperti: *the Magna Carta, the Bill of Rights of 1689, the Parliament Acts of 1911 and 1949, the European Communities Act of 1972, the Human Rights Act of 1988*. Karena itu semua berbentuk undang-undang maka itu semua bentuknya tertulis.¹⁵⁵ Jadi, yang tidak ada di sini adalah sebuah dokumen bernama konstitusi itu sendiri.

Apakah konsep konstitusi Inggris yang demikian masalah? Asas atau prinsipnya menurut **Kelsen** adalah:

*Such a special form for constitutional laws, a constitutional form, or constitution in the formal sense of the term, is not indispensable, whereas the material constitution, that is to say norms regulating the creation of general norms and – in modern law – norms determining the organs and procedure of legislation, is an essential element of every legal order.*¹⁵⁶

Mengacu pada pendapat **Kelsen** di atas, tidak ada yang salah dengan konsep konstitusi atau sistem konstitusional Inggris yang tidak mengenal konstitusi dalam bentuk undang-undang dasar karena tidak ada keharusan untuk itu. Pendapat senada dikemukakan oleh **Larry Alexander**:

*For one thing, a constitution need not be written. It is oft said that the British have a 'unwritten constitution', which is not just an ironic way of saying they do not have one. And there are numerous treatises and other scholarly works devoted to British 'constitutional law'. There are, of course, quite compelling reasons why modern constitutions tend to be written, especially if they are lengthy and complex. But nothing in the nature of constitutions requires that they be written.*¹⁵⁷

Yang terpenting bukanlah bentuk, tetapi isi atau materi muatan yang harus ada yang bersifat konstitusi. Sebuah dokumen hukum disebut konstitusi bukan saja karena judul yang digunakan adalah konstitusi, tetapi karena isi atau materi muatannya adalah isi atau materi muatan yang secara seyogianya "bersifat" konstitusi. Oleh karena itu, ketika secara formal suatu undang-undang dasar non-eksisten maka kaidah-kaidah konstitusional tentu harus dicari di tempat lain. Mengacu pada **Matthew Palmer, Young** menyatakan: "*In a polity without a*

¹⁵⁵ Ernest A. Young, "The Constitution ...," Loc.cit.

¹⁵⁶ Hans Kelsen, *General Theory ...*, Op.cit., 125.

¹⁵⁷ Larry Alexander, "Constitutions, Judicial Review, Moral Rights, and Democracy: Disentangling the Issues" dalam Grant Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008) 119.

codified constitution, the content of 'The Constitution' must derived functionally, not formally. Matthew Palmer has described this perspective as 'constitutional realism' that seeks to identify the nature of a constitution through observing its operation in reality."¹⁵⁸

Berdasarkan pengertian tersebut **Young** kemudian memberikan ilustrasi tentang kualifikasi *the Parliament Acts of 1911 and 1949* sebagai konstitusi Inggris: "*Hence, we know that the Parliament Acts of 1911 and 1949 – defining the role of the House of Lords in the legislative process – are part of the English Constitution because of what they do, not because they have any formal markers that set them off from ordinary legislation.*"¹⁵⁹ Dengan pengertian lain, isunya di sini adalah pengertian teoretis untuk suatu norma atau kaidah berkualifikasi atau berkualitas sebagai konstitusi tanpa ditunjuk oleh titel dari dokumen hukum itu sendiri sebagai konstitusi. **Kelsen** menggunakan konsep *material constitution* untuk menjelaskan kualifikasi atau kualitas suatu kaidah atau norma sebagai kaidah atau norma konstitusi. Menurut **Kelsen**, konstitusi material adalah "*those rules which regulate the creation of the general legal norms, in particular the creation of statutes.*"¹⁶⁰ Dengan pengertian berbeda, suatu kaidah atau norma berkualifikasi sebagai kaidah atau norma konstitusi manakala kaidah atau norma tersebut bersifat konstitutif pemerintah. Kaidah-kaidah atau norma-norma yang bersifat konstitutif pemerintah ini maksudnya: "*They create the institutions of government – ordain their structure, confer their powers, limit their jurisdiction, and determine methods for selection, supervision, and discharge of their officers.*"¹⁶¹ Di dalam perangkat norma atau kaidah yang bersifat konstitutif pemerintah tersebut bersemayam hukum konstitusi atau *constitutional law*, atau konstitusi dalam pengertian material.

Lalu apa sebenarnya "masalah" dari sistem konstitusional Inggris yang tidak menganut tradisi undang-undang dasar? Implikasi dari kondisi tersebut, **Kelsen** menjelaskan, "*there exists no difference between constitutional and ordinary*

¹⁵⁸ Ernest A. Young, "The Constitution ...," Loc.cit.

¹⁵⁹ Ibid., 411.

¹⁶⁰ Hans Kelsen, *General Theory ...*, Op.cit., 124.

¹⁶¹ Ernest A. Young, "The Constitutive ...," Op.cit., 400.

laws."¹⁶² Inilah kesulitan yang dihadapi oleh sistem konstitusional Inggris yang tidak memiliki undang-undang dasar. Konstitusi sebagai hukum tidak dapat dibedakan dengan undang-undang biasa karena konstitusi Inggris juga sama-sama berbentuk undang-undang biasa. Oleh karena itu yang menjadi isu adalah apakah dengan demikian asas supremasi konstitusi tidak mungkin diberlakukan untuk Inggris yang tidak memiliki undang-undang dasar?

Pada analisis akhir, untuk sebuah Teori Konstitusi yang dapat diberlakukan umum (digeneralisasi), pendekatan formal atas konsep supremasi konstitusi seperti argumen **Chief Justice Marshall** jelas tidak mungkin (dan seyogianya dihindari). Itu artinya, argument **Chief Justice Marshall** hanya mampu berlaku partikular, yaitu berlaku untuk negara-negara yang sistem konstitusionalnya berbasis undang-undang dasar. Menjawab isu tersebut maka diperlukan kerangka teoretis lebih luas dalam mengembangkan pengertian dari konsep supremasi konstitusi. Itu artinya, kerangka teoretis yang seyogianya dikembangkan adalah pengertian supremasi konstitusi dengan pendekatan substantif ketimbang pendekatan formal seperti cara yang ditempuh **Chief Justice Marshall**, dan pada akhirnya juga dikembangkan secara meyakinkan oleh **Kelsen** meskipun **Kelsen** sendiri masih memberi ruang untuk konsep substantif, tetapi elaborasinya tidak dilakukan karena posisi **Kelsen** sebagai positivis.

Pendekatan substantif untuk konsep supremasi konstitusi, terutama untuk menjembatani perbedaan negara dengan tradisi konstitusional berbasis undang-undang dasar dan negara berbasis non undang-undang dasar, sudah mulai dikembangkan dengan model perbandingan sistem konstitusional Inggris dan sistem konstitusional Amerika Serikat. Contoh, **Lord Irvine of Lairg** dalam forum *James Madison Lectures* di New York University School of Law. Contoh yang sama, dengan pembandingan berbeda, adalah **Jutta Limbach** dalam forum *Chorley Lecture* di London School of Economics dan Political Science yang membandingkan sistem konstitusional Jerman dengan sistem konstitusional Inggris.

Sebagai latar belakang, sesuai ajaran **Dicey** tentang asas supremasi parlemen,

¹⁶² Hans Kelsen, *General Theory ...*, Op.cit., 125.

yang dikenal di Inggris secara formal adalah *supremacy of the law*, bukan *supremacy of the constitution* karena dalam arti formal Inggris tidak mengenal supremasi konstitusi. Isu utamanya di sini adalah apakah dengan demikian tidak dikenal supremasi konstitusi di Inggris atas ketentuan-ketentuan konstitusionalnya yang tidak dalam bentuk undang-undang dasar (tetapi dalam bentuk undang-undang)? Lebih lanjut, karena dasarnya supremasi parlemen, maka sebagai implikasinya adalah supremasi undang-undang. Pertanyaannya: Apakah supremasi undang-undang ini absolut?

Dalam perbandingan antara Inggris dan Amerika Serikat, fokus dari pendapat **Lord Irvine** adalah isu tentang "*the divergence between the American notion of constitutional supremacy and the British doctrine of parliamentary sovereignty.*" Pendapat **Lord Irvine** terhadap isu tersebut adalah, berdasarkan perkembangan mutakhir yang berjalan secara evolusioner, "*the distinction between the two concepts, although real, should not be exaggerated.*"¹⁶³ Poin utama dari pendapat **Lord Irvine** adalah sanggahannya terhadap pandangan seolah-olah Inggris tidak mengenal supremasi konstitusi hanya karena menerapkan asas supremasi parlemen. Setelah melakukan analisis perbandingan, kesimpulan **Lord Irvine** secara substantif adalah tidak ada perbedaan antara Inggris (yang dasarnya supremasi parlemen) dan Amerika Serikat (yang dasarnya supremasi konstitusi) – yang digambarkan lewat frase *distinct species of the same genus*.¹⁶⁴

Dalam catatan **Lord Irvine**, salah satu perkembangan konstitusional di Inggris paling penting adalah pergeseran makna dari supremasi parlemen yang dikemukakan oleh **Dicey** dengan preskripsi bahwa parlemen memiliki "*the right to make or unmake any law whatever*"¹⁶⁵ menjadi kesadaran dalam diri parlemen untuk membatasi dirinya sendiri (*self-limitation*) dalam menjalankan kekuasaan legislatifnya. Makna konstitusionalisme yang baru ini berkembang secara evolusioner dan ditandai lewat tonggaknya yaitu *the Human Rights Act of 1988* yang mengandung preskripsi bagi parlemen: "*the new Human Rights Act creates an*

¹⁶³ Lord Irvine of Lairg, "Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America" (2001) 76 *New York University Law Review* 1, 3.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 14.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 4.

environment within which it is much more difficult, legally and politically, for Parliament to exercise its sovereignty in a manner which is inconsistent with civil liberties."¹⁶⁶ Pengertian ini tentu saja mengandung makna tersirat bahwa tanpa undang-undang dasar, Parlemen Inggris telah membatasi dirinya sendiri lewat produk, untuk pembatasan tersebut, undang-undangnya sendiri (*the Human Rights Act*). Itu artinya, *the Human Rights Act* berfungsi sebagai konstitusi, seperti dikehendaki oleh ajaran konstitusionalisme, untuk membatasi kekuasaan legislatif Parlemen Inggris. Dengan pengertian demikian maka yang dipertanyakan di sini, secara retorik, tidakkah ini adalah bentuk supremasi konstitusi (walaupun tidak pernah diakui demikian karena, lagi-lagi, dasarnya adalah supremasi parlemen)?

Lebih lanjut, terkait dengan model ajudikasi konstitusional dalam tradisi Inggris, implikasi dari keberlakuan *the Human Rights Act* dapat digambarkan sebagai berikut:

*While British courts will not possess the power to strike down legislation which is incompatible with human rights, their power to issue a declaration of incompatibility is substantial, given that, in pragmatic terms, it very probably will lead to the amendment of defective legislation. In this practical sense, the Human Rights Act does introduce a limited constitutional review which is able fully to coexist with the theory of parliamentary sovereignty.*¹⁶⁷

Praktik seperti digambarkan di atas sejatinya adalah bentuk supremasi konstitusi yang "diperhalus" supaya sejalan dengan masih dipegang teguhnya asas supremasi parlemen sebagai penghormatan terhadap tradisi yang sudah bersifat turun temurun di Inggris. Pengertian senada juga berkembang dalam kaitan dengan Hukum Uni Eropa di mana sebagai implikasinya makna supremasi parlemen juga turut mengalami pergeseran seperti digambarkan oleh **Limbach** berikut ini:

the British courts apply a kind of implicit constitution-conformable interpretation. This means that if the wording of the statute so allows, the court will interpret parliamentary legislation in such a way as to avoid a violation of fundamental principles. Since the passage of the European Communities Act 1972 the British courts play 'a key role by seeking, wherever possible, to interpret national law consistently with Community law, thus

¹⁶⁶ Ibid., 22.

¹⁶⁷ Ibid., 19.

ensuring that the latter takes effect throughout the Union.¹⁶⁸

Dengan demikian, Hukum Uni Eropa pun juga memiliki fungsi pembatasan atas kekuasaan legislatif Parlemen Inggris padahal dasarnya yang berlaku adalah supremasi parlemen. Dalam pengertian demikian, Hukum Uni Eropa nampak memiliki peranan konstitusional yang signifikan untuk pembatasan terhadap materi muatan undang-undang yang boleh dihasilkan oleh Parlemen Inggris.

Dalam perkembangannya, pandangan seperti dikemukakan **Lord Irvine** (dan juga **Limbach**) tidak sendiri. Pendapat otoritatif yang pengertiannya konsisten dapat kita temukan dalam diri **Lord Steyn** dalam kasus *R (Jackson) v. Attorney-General* (2006) yang menyatakan *obiter dictum*: “*We do not in the United Kingdom have an uncontrolled constitution as the Attorney General implausibly asserts ... The classic account given by Dicey of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United Kingdom.*”¹⁶⁹ **Lord Hope** dalam kasus yang sama memberikan *obiter dictum* juga dengan nada yang sama:

*Parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute. It is not uncontrolled in the sense referred to by Lord Birkenhead LC in McCawley v King [1920] AC 691, 720. It is no longer right to say that its freedom to legislate admits of no qualification whatever. Step by step, gradually but surely, the English principle of the absolute legislative sovereignty of Parliament which Dicey derived from Coke and Blackstone is being qualified. For the most part these qualifications are themselves the product of measures enacted by Parliament.*¹⁷⁰

Lebih lanjut **Lord Hope** juga memberikan persetujuan atas pendapat **Sir Owen Dixon** yang mendeskripsikan tentang sistem konstitusional Inggris sebagai “*supremacy throughout the constitution of ordinary law*”.¹⁷¹ Dengan demikian, supremasi parlemen saat ini bukanlah parlemen bebas membuat atau tidak membuat undang-undang sesuai kehendaknya sendiri. Undang-undang, produk dari Parlemen yang *supreme*-pun juga dibatasi.¹⁷² Pembatasan demikian tidak lain

¹⁶⁸ Jutta Limbach, Op.cit., 6.

¹⁶⁹ Anthony Gray, “The Common Law and the Constitution as Protector of Rights in Australia” (2010) 39 *Common Law World Review* 119, 125.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Secara umum lihat Ibid., 120-125.

adalah produk dari pemikiran tentang konstitusionalisme. Adanya pembatasan tersebut tentu saja mengandaikan adanya "hukum yang lebih tinggi" (*higher law*) dari kekuasaan legislatif Parlemen sehingga Parlemen menjadi tidak dapat bebas lagi dalam menjalankan kekuasaan legislatifnya.

Sebagai kesimpulan dari Sub-judul ini, seperti telah dijelaskan, konsep supremasi konstitusi tentu saja dapat mencakup makna formal maupun makna substantif. Walaupun Inggris secara spesifik memilih menggunakan asas "*supremacy of the law*" ketimbang "*supremacy of the Constitution*" dengan latar belakang asas supremasi parlemen, namun sesungguhnya dalam tradisi konstitusional Inggris juga tetap dikenal asas supremasi konstitusi dalam maknanya yang substantif ketimbang formal. Preseden kasus Dr. Bonham (*Thomas Bonham v. College of Physicians*) 1610, secara spesifik menjustifikasi asas supremasi konstitusi ala Inggris dengan pengertian implisit bahwa meskipun parlemen berdaulat, namun produk legislatifnya tidak tanpa batas, tetapi tunduk pada *higher law* yaitu *the Common Law*. Dalam pengertian demikian, konsepsi *common law constitutionalism* yang dikemukakan oleh **Jun Shimizu** menjadi relevan: "*Common law constitutionalism assumes that such long-accumulated professional wisdom acquires constitutional status, which means that it can be used in judicial review or it can restrain arbitrary governmental power.*"¹⁷³ Pendapat ini secara spesifik menjustifikasi pendapat **Coke** sebagai bentuk ekspresi konstitusionalisme spesifik dari negara yang tidak berbasis undang-undang dasar sehingga sebagai implikasinya "*a textual basis in a written constitution is not important.*"¹⁷⁴ Konsepsi demikian jelas sangat relevan untuk negara-negara yang tradisi konstitusionalnya tidak berbasis undang-undang dasar (seperti Inggris misalnya).

Dengan pendekatan atas konsep konstitusi seperti digambarkan di atas, jika kita berbicara tentang supremasi konstitusi maka yang memiliki supremasi di sini tidak hanya undang-undang dasarnya saja. Mengamini pendekatan konsep konstitusi yang dikemukakan oleh **Suzanna Sherry** dengan *background* Konstitusi Amerika Serikat, "*Our constitution is more than the written commands to which the*

¹⁷³ Jun Shimizu, Op.cit., 3.

¹⁷⁴ Ibid.

government must adhere. It is an embodiment of our aspiration as a people and as a nation. It carries a purpose and a history, a hope for the future and a resolution of the past. To interpret the written document – the Constitution with an uppercase 'C' – we must therefore look beyond its text to its deeper meaning."¹⁷⁵ Konstitusi di sini, menurut **Sherry**, tidak hanya undang-undang dasarnya, tetapi juga *our aspiration as a people and as a nation* sebagai aspek idealnya. Pendapat **Sherry** tentang konsep konstitusi tersebut dihasilkan dari studi historis terhadap Konstitusi Amerika Serikat di mana para penyusun konstitusinya sangat dipengaruhi oleh ajaran Filsafat Hukum Alam. Konstitusi Amerika Serikat tersebut tidak dimaksudkan untuk menggantikan Hukum Alam, dan malah sebaliknya, dalam ajudikasi konstitusional, para penyusunnya memiliki aspirasi supaya: "*the judiciary to keep legislatures from transgressing the natural rights of mankind, whether or not those rights found their way into the written Constitution.*"¹⁷⁶

Pendapat yang dikemukakan **Sherry** tidak menemui kesulitan ketika diadaptasikan ke dalam konsep konstitusi Amerika Serikat karena pendapat tersebut memiliki pijakan berupa klausul umum dalam konstitusi yang membuka ruang untuk adanya norma-norma konstitusi, khususnya hak-hak asasi manusia (HAM), di luar teks undang-undang dasar. Ketentuan dimaksud adalah Amandemen IX Konstitusi Amerika Serikat yang lebih sering dikenal sebagai klausul *unenumerated rights* yang mengotorisasi kepada badan yudisial Amerika Serikat, dalam interpretasi konstitusi, untuk merumuskan hak-hak seperti digambarkan **Sherry** sebagai hak-hak alamiah atau kodrati "*whether or not those rights found their way into the written Constitution.*"¹⁷⁷ Konsepsi konstitusi demikian, konsepsi yang luas tidak hanya

¹⁷⁵ Suzanna Sherry, "The Four Pillars of Constitutional Doctrine" (2011) 32 *Cardozo Law Review* 969, 974-975.

¹⁷⁶ Suzanna Sherry, "The Founders' Unwritten Constitution" (1987) 54 *University of Chicago Law Review* 1127, 1176-1177.

¹⁷⁷ Untuk kajian spesifik tentang Amandemen IX Konstitusi Amerika Serikat lihat: Kurt T. Lash, *The Lost History of the Ninth Amendment* (Oxford University Press 2009). Yuris konstitusional terkemuka dalam pembahasan tentang Amandemen IX adalah Randy E. Barnett dengan karya-karyanya yang relevan sebagai berikut: "Are Enumerated Constitutional Rights the Only Rights We Have?" (1987) 10 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 143, 143-160; "Foreword: The Ninth Amendment and Constitutional Legitimacy" (1988) 64 *Chicago-Kent Law Review* 37, 37-65; "Reconceiving the Ninth Amendment" (1988) 74 *Cornell Law Review* 1, 1-42; "A Ninth Amendment for Today's Constitution" (1991) 26 *Valparaiso University Law Review* 419, 419-435; "Who's Afraid of Unenumerated Rights?" (2006) 9 *University of Pennsylvania Journal of*

undang-undang dasar, akan sangat menentukan proses interpretasi konstitusi di mana tidak semua isu-isu konstitusional dapat diberikan jawaban secara eksplisit oleh undang-undang dasar. Sementara, dalam menjawab isu-isu konstitusional tersebut, dipresumsikan bahwa konstitusi menentukan apa yang seharusnya atas isu-isu konstitusional tersebut. Oleh karenanya, kelemahan tekstual dari undang-undang dasar, yang mungkin mengandung *gap* atau *lacunae* inheren, perlu diberikan solusi sehingga konsepsi supremasi konstitusi itu sendiri dapat menjangkau semua situasi termasuk kemungkinan *gap* atau *lacunae* dari undang-undang dasarnya sendiri.

Dalam konteks Indonesia, pengertian di atas masih perlu penggalian lebih dalam apakah ada aspirasi yang sama seperti itu. Tetapi paling tidak pemikiran konseptual di atas sangat menarik dalam mengkonstruksikan makna supremasi konstitusi, khususnya makna konstitusi itu sendiri. Jika sejarah konstitusi menjadi pendekatan kita dalam mengkonstruksikan makna tersebut, Penjelasan Umum UUD NRI 1945 sejatinya dapat dijadikan sebagai *starting point*. Dengan pendekatan historis, sebelum konsep konstitusi formal dikenal, kita memiliki konsep filosofis, yang berkembang dalam tradisi Eropa, konsep *higher law* sebagai pembatasan hukum kepada penguasa. Konsep klasik ini sangat relevan sebagai pelengkap atas konsep undang-undang dasar, terutama jika kita perlakukan dalam fungsinya sebagai konstitusi yang ideal. Dengan berpegang pada konsep tersebut, kelemahan tekstual undang-undang dasar, yaitu kemungkinan mengalami *gap* atau *lacunae*, dapat teratasi.¹⁷⁸

ii. Supremasi Konstitusi dan Pentingnya Ajudikasi Konstitusional

Ajudikasi konstitusional sebagai proses yudisial dalam rangka *enforcement* konstitusi, khususnya pengujian konstitusionalitas undang-undang, merupakan keniscayaan dalam mewujudkan supremasi konstitusi secara faktual. Pengertian ini dikonfirmasi oleh **Arend Lijphart** dengan pernyataannya:

Constitutional Law 1, 1-22.

¹⁷⁸ Lihat karya klasik Edward S. Corwin, "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law I" (1928) 42 *Harvard Law Review* 149, 149-185; "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law II" (1928) 42 *Harvard Law Review* 365, 365-409.

*a written and rigid constitution is still not a sufficient restraint on parliamentary majorities, unless there is an independent body that decides whether laws are in conformity with the constitution. If parliament itself is the judge of the constitutionality of its own laws, it can easily be tempted to resolve any doubts in its favor. The remedy that is usually advocated is to give the courts or a special judicial tribunal the power of judicial review – that is, the power to test the constitutionality of laws passed by the national legislature.*¹⁷⁹

Konsep pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang mengandung konsepsi atau pengertian:

*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.*¹⁸⁰

Lebih lanjut, Sub-judul ini akan mengelaborasi kerangka teoretis mengenai ajudikasi konstitusional, dalam hal ini pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang, dengan tujuan untuk merealisasikan atau menegakkan asas supremasi konstitusi bagi pembentuk undang-undang. Teori yang dikehendaki di sini adalah teori dengan tataran generalisasi seluas mungkin, yang tidak hanya membatasi diri pada negara-negara yang sistem konstitusionalnya secara spesifik mengadopsi tradisi atau pendekatan konstitusi formal atau undang-undang dasar.¹⁸¹

Secara historis, pemikiran teoretis-filosofis sebagai justifikasi institusi ini nampak jauh lebih tua dibandingkan dengan praktiknya sendiri, misalnya jika dibandingkan dengan putusan bersejarah kasus *Marbury v. Madison* (1803). Merumuskan pengertian teoretis-filosofis tersebut, dengan pendekatan sejarah dan perbandingan, **Mauro Cappelletti** menyatakan:

Written constitutions, and the subordination by the courts of statutory law to those constitutions, represent innovations with deep philosophical roots. From the earliest times men have sought to create or discover a hierarchy of laws and to guarantee observance of this hierarchy. Indeed, this search is

¹⁷⁹ Arend Lijphart, Op.cit., 212.

¹⁸⁰ Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa* (Springer 2010) 5.

¹⁸¹ Lihat kembali *supra* Sub-judul 3.a.i.

*one aspect of man's never-ending attempt to find something immutable in the continuous change that is his destiny. Laws change, but the Law must remain, and with it society's fundamental values; a law which contravenes that Higher Law is not a law at all.*¹⁸²

Menghubungkan pandangan di atas dengan apa yang dipraktikkan oleh **Chief Justice John Marshall** dalam kasus *Marbury v. Madison*, **Cappelletti** menyimpulkan: "*the American version of judicial review was the logical result of centuries of European thought and colonial experience which had made Western man generally willing to admit the theoretical primacy of certain kinds of law and had made Americans in particular ready to provide a judicial means of enforcing that primacy.*"¹⁸³

Pendapat **Cappelletti** nampaknya diamini oleh pendapat **Edward Rubin** yang lebih baru berikut ini: "*The most basic feature of judicial review, one that is so general that it is not limited to the Judiciary, is that it is an effort to impose some sort of higher law upon the ruler of a political entity.*"¹⁸⁴ Pendapat **Cappelletti** maupun **Rubin** memiliki tataran generalisasi sangat tinggi karena tidak bertolak dari konsep spesifik konstitusi sebagai konstitusi formal atau undang-undang dasar, melainkan menggunakan konsep yang lebih filosofis yaitu *higher law*, dan upaya untuk menegakkan *higher law* tersebut terhadap penguasa.

Konsepsi tentang *higher law* yang harus dihormati oleh penguasa pada hakikatnya merupakan pemikiran klasik dalam literatur politik di Barat sejak abad ke-12, tetapi masih dalam bentuk keprihatinan mengenai sulitnya menundukkan para penguasa politik tersebut terhadap *higher law*. Enam ratus tahun kemudian berkembang pemikiran yang lebih maju dan operasional oleh para filsuf Eropa untuk menanggapi kesulitan tersebut. Inti dari pemikiran para filsuf tersebut, menurut **Rubin**, "*A ruler's action that violates the higher law is invalid, they asserted, and those subject to that action have the right to resist or to revolt.*"¹⁸⁵ Dengan menggunakan kerangka

¹⁸² Mauro Cappelletti, "Judicial Review in Comparative Perspective" (1970) 58 *California Law Review* 1017, 1018.

¹⁸³ Ibid., 1020.

¹⁸⁴ Edward Rubin, "Judicial Review and the Right to Resist" (2008) 97 *Georgetown Law Journal* 61, 62.

¹⁸⁵ Ibid., 63.

berpikir demikian, **Rubin** melakukan analisis yang agak berbeda tentang konsep ajudikasi konstitusional, khususnya teoresasi atas institusi ajudikasi konstitusional dalam bentuk pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang yang dijalankan oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat.

Poin pengertian yang ditekankan **Rubin** adalah solusi atas pelanggaran terhadap *higher law* oleh penguasa: "*If the regularly resolve their doubts in favor of inaction, violations of the higher law go uncorrected; if they regularly resolve them in favor of resistance, the regime will be plunged into anarchy.*"¹⁸⁶ Kemungkinan solusi atas pelanggaran terhadap *higher law* oleh penguasa di atas sama-sama dalam dua kutub ekstrem: mendiamkan (dengan implikasi tidak dilakukan koreksi) atau melakukan perlawanan (dengan implikasi anarki). Di sinilah institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang menjadi jawaban atas isu efektivitas *higher law* terhadap penguasa. Institusi ini bersifat melakukan moderasi atas kemungkinan rakyat menempuh jalan anarki terhadap penguasa politiknya, atas nama *the right to resist*, supaya si penguasa politik tersebut dapat menunjukkan rasa hormat atau patuhnya terhadap *higher law*.

Menjelaskan poin utama teorinya tentang the *American doctrine of judicial review*, **Rubin** menyatakan:

One of the enduring aspects of Western political thought, one that long pre-dates to democracy, is the idea that the rulers are subject to a higher law, a set of guiding principles beyond the reach of the rules that the enact. For at least six centuries, political thinkers who held fast to this belief found themselves unable to devise some mechanism to apply it. As a result, they had to content themselves with abstract assertions that the people possessed the right to resist or revolt when their rulers violated higher law, while conceding that the exercise of that right was dangerous for both those who possessed it and society at large, and speculating that people would not take that risk unless they were correct in their judgment and sure of their success. Then, in a few short decades, the people of the United States solved this problem. They realized that once higher law had been codified in definitive form, they could rely on the courts, a familiar, well-regarded governmental mechanism, to apply that law in the same way that the courts applied the ordinary law enacted by the rulers. For the first time in Western history, there was a mechanism that could reverse a decision made by the ruling force of the society in the ordinary course of governance, without

¹⁸⁶ Ibid.

*disrupting the government or endangering the populace.*¹⁸⁷

Konsepsi tentang *higher law* yang harus dipatuhi oleh penguasa pada saat sekarang dapat dengan mudah digantikan dengan konsep konstitusi, baik konstitusi material maupun formal.¹⁸⁸ Poin pengertian paling penting adalah institusi untuk menjaga supaya konstitusi tersebut memiliki supremasi terhadap penguasa. Pilihan atas badan yudisial sebagai institusi untuk menjaga atau mengawal supremasi konstitusi tersebut, melalui proses ajudikasi konstitusional, adalah pilihan yang mengandung banyak pemikiran teoretis-filosofis. Inti pengertiannya di sini adalah, sebagai fakta politik, Indonesia pun memilih badan yudisial yaitu Mahkamah Konstitusi untuk menjalankan ajudikasi konstitusional tersebut. Tetapi fakta politik ini tentu saja maknanya tidak bersifat *taken for granted* begitu saja. Pemahaman teoretis-filosofis seperti dikemukakan di atas, meskipun dalam konteks menjelaskan institusi spesifik yang dimiliki oleh negara lain, tidak berarti tidak aplikabel sebagai dasar teoretis-filosofis untuk institusi yang kita miliki sendiri.

Kasus *Marbury v. Madison* sangat relevan sebagai *starting point* untuk menjelaskan pentingnya konsep ajudikasi konstitusional dalam kaitan dengan asas supremasi konstitusi, dalam arti lebih spesifik lagi adalah supremasi undang-undang dasar. Pengertian teoretis-konseptual dari kasus *Marbury* sudah bersifat *self-evident* untuk memberikan rasionalisasi institusi ajudikasi konstitusional dengan latar belakang kepentingan untuk menegakkan supremasi konstitusi. Namun, poin sebagaimana disinggung di atas, pengertiannya tidak terbatas pada apa yang eksplisit dari kasus tersebut. Konsepnya nampak lebih lama lagi dan kasus *Marbury* hanya sekadar implikasi logis belaka dalam penerimaan atas konsep tersebut. Bahkan dari praktik-praktik yang lebih lama diperoleh pengertian bahwa supremasi konstitusi di sini tidak hanya supremasi undang-undang dasar.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Ibid., 117-118.

¹⁸⁸ Lihat kembali *supra* Sub-judul 3.a.i.

¹⁸⁹ Sebelum kasus *Marbury* yang asas spesifiknya adalah supremasi konstitusi dalam arti undang-undang dasar secara eksklusif, pembatasan kekuasaan terhadap pembentuk undang-undang dalam proses ajudikasi konstitusional di Amerika Serikat menggunakan konsep lebih abstrak yaitu "*fundamental principles underlying and controlling government*". Edward S. Corwin, "*Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*" (1914) 12 *Michigan Law Review* 538, 553.

Itu artinya, jika yang didiskusikan di sini adalah hubungan antara ajudikasi konstitusional dan supremasi konstitusi maka, dalam rangka supremasi konstitusi tersebut, objek dalam ajudikasi konstitusional tidak dibatasi secara spesifik hanya oleh undang-undang dasar. Poin utama dari ajudikasi konstitusional adalah upaya yudisial untuk membatasi penguasa, khususnya pembentuk undang-undang bahwa materi muatan undang-undangnya dibatasi oleh hukum yang lebih tinggi apakah namanya disebut secara eksplisit undang-undang dasar atau dengan nama lain. Dengan pengertian berbeda, supremasi konstitusi di sini artinya pembentuk undang-undang tunduk pada hukum yang lebih tinggi, *higher law*, apakah yang diperlakukan sebagai *higher law* tersebut adalah undang-undang dasar sendiri atau istilah yang lain. Ajudikasi konstitusional hanyalah sarana dalam mewujudkan konsepsi supremasi konstitusi tersebut.

iii. *Overruling* dan Supremasi Konstitusi

Overruling, khususnya dalam ranah interpretasi konstitusi oleh badan yudisial melalui ajudikasi konstitusional, adalah praktik normal dan halal dalam tradisi *common law* (khususnya Amerika Serikat). Secara logika sederhana, dalam tradisi *civil law*, karena tidak berlaku asas preseden atau *stare decisis*, maka badan yudisial bebas untuk melakukan *overruling*, lebih bebas dari koleganya dalam tradisi *common law*. Logika sederhana ini benar, tetapi penelitian ini hendak menjelaskan lebih substantif kausa halal untuk praktik *overruling* oleh MK RI dengan bertolak dari asas supremasi konstitusi. Dengan demikian Sub-judul ini berargumen bahwa *overruling* dapat dijustifikasi berdasarkan asas supremasi konstitusi dengan rasionalisasi atau penjelasan bahwa "preseden tidak di atas undang-undang dasar".¹⁹⁰ Untuk menghindari kesalahan interpretasi yudisial yang implikasinya adalah praktik perubahan konstitusi yang inkonstitusional maka supremasi konstitusi adalah justifikasi untuk praktik *overruling*.

Pengertian mendasar atau fundamental dari institusi ajudikasi konstitusional, khususnya pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang, adalah dalam

¹⁹⁰ Cf. Akhil Reed Amar, "The Supreme Court 1999 Term: Foreword: The Document and the Doctrine" (2000) 114 *Harvard Law Review* 26, 26-134; Akhil Reed Amar, "On Text and Precedent" (2008) 31 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 961, 961-967.

rangka "*supremacy of the Constitution*", dan bukan dalam rangka "*judicial supremacy*" atau supremasi yudisial. Dengan pengertian lain, kewenangan badan yudisial untuk menguji undang-undang terhadap konstitusi, termasuk membatalkan undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi, adalah dalam kerangka mewujudkan supremasi konstitusi, bukan supremasi yudisial. Oleh karena itu, secara teori, terkait pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang, perlu dibedakan antara konsep *judicial review* dengan konsep *judicial supremacy*.¹⁹¹

Tentang teori *judicial review* **Keith E. Whittington** memberikan pendapatnya sebagai berikut:

*The doctrine of judicial review refers to the authority of a court, in the context of deciding a particular case, to refuse to give force to an act of another governmental institution on the grounds that such an act is contrary to the requirements of the Constitution. Judges, in this reading, are the agents of the people, not merely of the legislature. As such, they have an independent responsibility to adhere to the mandates of the Constitution, even when they contradict the instructions of the legislature.*¹⁹²

Pendapat **Whittington** di atas tentu saja dengan bertolak dari sistem konstitusional Amerika Serikat di mana kewenangan badan yudisial dalam menguji konstitusionalitas undang-undang berbeda dengan sistem kita di Indonesia. Akan tetapi pada tataran abstraksi pendapat tersebut dapat kita berlakukan pula untuk teori *judicial review* oleh MK RI secara *mutatis mutandis*. Poin penting dari pendapat **Whittington** adalah upayanya untuk membedakan konsep *judicial review* (tentunya dengan latar belakang upaya untuk menegakkan konstitusi secara yudisial) dengan konsep *judicial supremacy* sebagai praktik yang dapat timbul sebagai implikasi dari praktik *judicial review*.

Sebagai pra-pemahaman **Whittington** menjelaskan: "*The concept of judicial supremacy does not focus on the specific act of review itself.*"¹⁹³ Mengutip **Walter F. Murphy**, **Whittington** menyatakan: "*Judicial supremacy refers to the` obligation of coordinate officials not only to obey that [judicial] ruling but to follow its*

¹⁹¹ Keith E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The President, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History* (Princeton University Press 2007) 5.

¹⁹² Ibid., 6.

¹⁹³ Ibid.

reasoning in future deliberations."¹⁹⁴ Lebih lanjut, **Whittington** mengelaborasi konsep *judicial supremacy* sebagai berikut:

*For the judicial supremacist, the Court defines effective constitutional meaning such that other government officials are bound to adhere not only to the Court's disposition of a specific case but also to the Court's constitutional reasoning. Judicial supremacy requires deference by other government officials to the constitutional dictates of the Court, even when other government officials think that the Court is substantively wrong about the meaning of the Constitution and in circumstances that are not subject to judicial review. Judicial supremacy asserts that the Constitution is what the judges say it is, not because the Constitution has no objective meaning or that courts could not be wrong but because there is no alternative interpretive authority beyond the Court.*¹⁹⁵

Isu kritis dari konsep *judicial supremacy* adalah badan yudisial sebagai pusat kebenaran konstitusional, termasuk pengertian bahwa konstitusi bukan lagi KONSTITUSI itu sendiri, tetapi konstitusi kemudian menjadi hanya sebatas pendapat yudisial tentang konstitusi.¹⁹⁶ Pemahaman demikian tentu tidak selalu koheren dengan tujuan hakiki dari institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang itu sendiri di mana penegakan konstitusi secara yudisial adalah untuk atau dalam rangka supremasi konstitusi. *Judicial supremacy* hanya akan sejalan dengan *judicial review* sepanjang dalam *frame* pengertian bahwa interpretasi konstitusi secara yudisial sudah dilakukan dengan BENAR; dan di sisi lain pembentuk undang-undang sungguh-sungguh melakukan pelanggaran fundamental terhadap konstitusi (dan karena itu pelanggaran tersebut harus dikoreksi). Hal ini sejalan dengan pandangan **Rubin** tentang insentif institusional untuk *judicial supremacy*, yaitu: "*we want all the components of government to comply with higher law because the institution assigned to enforce that law will necessarily be limited in its ability to reach and adjudicate potential violations.*"¹⁹⁷

Oleh karena itu, menghasilkan kebenaran konstitusional adalah proses sangat penting dalam ajudikasi konstitusional di mana kebenaran tersebut tidak niscaya menetap. Kalaupun proses ajudikasi konstitusional itu menghasilkan putusan yang

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Ibid., 7.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Edward Rubin, Op.cit., 107.

bersifat "*final and binding*" maka tidak berarti bahwa putusan yang demikian pasti benar, tetapi baru sebatas "harus dianggap benar". Penjelasan menarik tentang konsep *final* ini diberikan oleh **Justice Robert H. Jackson**, Mahkamah Agung Amerika Serikat, yang berpendapat: "*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.*"¹⁹⁸

Itu artinya, sebagai bagian dari proses diskursus yang bersifat terus menerus (kontinyu) dan berkelanjutan (*sustainable*), proses pencarian kebenaran dalam ajudikasi konstitusional tentu tidak seyogianya mengabaikan kemungkinan bahwa di masa depan, pendapat berbeda tentang makna konstitusi dalam proses interpretasi yudisial dapat terjadi dan hal itu harus diakomodasi sebagai hal yang normal belaka sehingga praktik demikian bersifat *legitimate*. Di sinilah relevansi dari diskusi tentang praktik *overruling* dalam ajudikasi konstitusional. Kebenaran makna dari konstitusi (melalui interpretasi konstitusi) adalah agenda utama dalam rangka supremasi konstitusi dengan pengertian bahwa konstitusi tidak boleh diinterpretasi semaunya oleh badan yudisial. Itu artinya, sebagai standar dalam rangka keterpenuhan tuntutan dari asas supremasi konstitusi, badan yudisial harus menginterpretasi konstitusi dengan benar, yang sesuai dengan konstitusi itu sendiri. Badan yudisial, dengan kewenangan menguji konstitusionalitas undang-undang, tidak boleh dibiarkan berjalan sendiri untuk mengubah konstitusi seenaknya lewat interpretasinya.

Justice Felix Frankfurter, dalam kasus *Graves v. New York* (1939) dengan tegas menyatakan: "*the ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself, not what the Justices have said about it.*"¹⁹⁹ Pendapat **Justice Frankfurter** sejatinya adalah penegasan kembali asas supremasi konstitusi dalam ajudikasi konstitusional bahwa yang memiliki supremasi adalah konstitusi itu sendiri, bukan interpretasi konstitusi yang dilakukan oleh badan yudisial meskipun praktik ajudikasi konstitusional tersebut berlangsung dalam negara yang menganut tradisi *common law* seperti Amerika Serikat. Memperkuat pendirian di atas, **Justice Antonin Scalia**, *dissenting opinion*, dalam kasus *South Carolina v. Gathers* (1989)

¹⁹⁸ *Brown v. Allen* (1953). Seperti dikutip dalam Ibid.

¹⁹⁹ Geoffrey R. Stone, "Precedent, the Amendment Process and Evolution in Constitutional Doctrine" (1988) 11 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 67, 72.

menyatakan:

*In any case, I would think it a violation of my oath to adhere to what I consider a plainly unjustified intrusion upon the democratic process in order that the Court might save face. With some reservation concerning decisions that have become so embedded in our system of government that return is no longer possible ... I agree with Justice Douglas: "A judge looking at a constitutional decision may have compulsions to revere past history and accept what was once written. But he remembers above all else that it is the Constitution which he swore to support and defend, not the gloss which his predecessors may have put on it." Or as the Court itself has said: "[W]hen convinced of former error, this Court has never felt constrained to follow precedent. In constitutional questions, where correction depends upon amendment and not upon legislative action this Court throughout its history has freely exercised its power to reexamine the basis of its constitutional decisions."*²⁰⁰

Lebih lanjut, atas implikasi dari pendiriannya, **Justice Scalia** berpendapat dalam hal pengadilan berhadapan dengan preseden yang keliru, "*[w]e provide far greater reassurance of the rule of law by eliminating than by retaining such a decision.*"²⁰¹ *The rule of law* di sini tentu maksudnya adalah konstitusi harus mengesampingkan preseden yang keliru (dan dalam pengertian umum interpretasi konstitusi yang telah dilakukan oleh badan yudisial dalam proses ajudikasi konstitusional). Oleh karena itu, dengan bersandarkan pengertian tersebut, supremasi konstitusi dalam proses ajudikasi konstitusional dapat senantiasa dipertahankan.

Dalam tradisi *common law*, *overruling* sebagai pengecualian atas keberlakuan preseden berdasarkan asas *stare decisis* mengandung pengertian yuridis bahwa keberlakuan preseden tidak absolut. Jika preseden bersifat absolut maka, "*In a legal system where the rule of stare decisis is strictly and consistently applied, a precedent must not be disregarded or set aside, even though the rule or principle for which it is authority may seem archaic and wholly unreasonable to the judge called upon to apply it in a lawsuit.*"²⁰² Oleh karena itu, *overruling* merelaksasi keberlakuan asas *stare decisis*. Dalam posisi ini respons hukum (dalam tradisi *common law*) seyogianya adalah pembatasan terhadap *overruling*. Isu demikian

²⁰⁰ Seperti dikutip dalam Daniel A. Farber, "The Rule of Law and the Law of Precedents" (2006) 90 *Minnesota Law Review* 1173, 1174.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Edgar Bodenheimer, Op.cit., 368.

didiskusikan secara spesifik oleh **J.W. Harris** yang merumuskan kaidah bahwa selain *overruling* boleh, tentu harus diimbangi pula dengan pembatasan berupa larangan.²⁰³ Sebagai implikasinya, selain halal, praktik *overruling* juga sangat memerlukan kritisisme.²⁰⁴ Hal ini dimaksudkan supaya praktik tersebut berjalan sesuai dengan aspek purposifnya (dalam konteks interpretasi konstitusi secara yudisial adalah untuk menghasilkan kebenaran konstitusional).

b. Kesalahan dalam Interpretasi Konstitusi Tidak Boleh Dibiarkan

Supremasi konstitusi dalam adjudikasi konstitusional mengandung pengertian bahwa interpretasi konstitusi oleh badan yudisial harus dilakukan dengan benar sehingga interpretasi itu sendiri konstitusional dan, *a fortiori*, layak untuk berkekuatan sebagai "konstitusi". Lebih lanjut, supremasi konstitusi dalam adjudikasi konstitusional juga mengandung pengertian bahwa kesalahan dalam interpretasi konstitusi seyogianya dikoreksi supaya dihasilkan interpretasi konstitusi yang benar oleh badan yudisial. Oleh karena itu yang menjadi dasarnya kemudian adalah keharusan untuk kebenaran produk interpretasi konstitusi oleh badan yudisial dalam rangka menjawab tuntutan asas supremasi konstitusi itu sendiri. Atau dengan pengertian lain, *overruling* adalah upaya mempertahankan supremasi konstitusi berhadapan dengan produk interpretasi yudisial yang tidak tepat atau tidak benar terhadap konstitusi.

Interpretasi konstitusi oleh badan yudisial yang tidak tepat atau tidak benar adalah praktik perubahan konstitusi yang inkonstitusional. Oleh karena itu, semua produk yang inkonstitusional harus dikoreksi. Badan yudisial tidak boleh mengubah konstitusi seenaknya karena, sepanjang asas yang berlaku masih tetap asas supremasi konstitusi, badan yudisial tidak berada di atas konstitusi. Berdasarkan pengertian demikian maka interpretasi konstitusi dalam proses adjudikasi konstitusional seyogianya diposisikan sebagai proses dialogis terus menerus untuk menghasilkan kebenaran konstitusional. Kebenaran di sini adalah "hukum" tidak hanya untuk menjustifikasi praktik *overruling*, tetapi juga untuk menjustifikasi upaya

²⁰³ J.W. Harris, "Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess?" (1990) 10 *Oxford Journal of Legal Studies* 135, 149-195.

²⁰⁴ Lihat pembahasan *infra* BAB IV.A.3.

mempertahankan preseden atau pendapat yudisial sebelumnya yang sudah benar.²⁰⁵

Badan yudisial, dalam menjalankan ajudikasi konstitusional, harus menyikapi kemungkinan demikian dengan lapang dada. Berubah pendirian bukan hal yang patut diharamkan, tetapi bahkan mungkin sangat dihalalkan sepanjang motivasinya adalah untuk mengejar kebenaran dalam proses dan produk interpretasi konstitusi. Hal ini nampak dalam pendapat **Calabresi** yang mempreskripsi supaya Mahkamah Agung Amerika Serikat melakukan *overruling* terhadap pendapat yudisialnya pada kasus *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey* (1992):

*I conclude by applying my approach to the Supreme Court's decision in Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey and argue that that case's discussion of stare decisis is fatally flawed and ought itself to be overruled. In my view, the Casey discussion of precedent is at odds with both the understanding of the Framers of the Constitution and with good public policy. Far from being a "super-duper precedent", in the notorious words of Senate Judiciary Committee Chairman Arlen Specter, Casey is a case that should be swiftly overruled—even without regard to whether Roe v. Wade should also be overruled.*²⁰⁶

Sebaliknya, bukan tidak mungkin pula badan yudisial, dalam interpretasi konstitusi, "menciptakan" *super precedent*. **Michael J. Gerhardt** mendeskripsikan pengertian *super precedent* sebagai berikut: "*Super precedents are those constitutional decisions in which public institutions have heavily invested, repeatedly relied, and consistently supported over a significant period of time.*"²⁰⁷ Dengan pengertian lain, preseden yang demikian mampu memenuhi kriteria kebenaran yang mendekati "aksiomatik" dengan pengertian:

Super precedents are the constitutional decisions whose correctness is no longer a viable issue for courts to decide; it is no longer a matter on which courts will expend their limited resources. Super precedents are the clearest instances in which the institutional values promoted by fidelity to precedent – consistency, stability, predictability, and social reliance – have become

²⁰⁵ Titon Slamet Kurnia, "Prediktabilitas Ajudikasi Konstitusional: Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang" (2016) 13 *Jurnal Konstitusi* 259, 275. Cf. J.W. Harris, Op.cit., 136. Harris di sini menunjuk kemungkinan suatu asas atau prinsip dalam rangka "*which would support the exercise of the power in those cases in which it has been used and also refusal to exercise it in other cases.*"

²⁰⁶ Steven G. Calabresi, "Text ...," Op.cit., 313.

²⁰⁷ Michael J. Gerhardt, "Super Precedents" (2006) 90 *Minnesota Law Review* 1204, 1205.

*irredeemably compelling.*²⁰⁸

Oleh karena itu, sebagai implikasinya, preseden demikian: "*practically immune to reconsideration and reversal.*"²⁰⁹ Itu artinya, *a contrario*, preseden yang tidak mampu memenuhi kriteria seperti di atas adalah preseden yang sangat terbuka menjadi objek *overruling* dengan pra-pemahaman bahwa nilai kebenaran dari preseden tersebut tidak mampu mencapai tataran nilai kebenaran yang aksiomatik.

Sejalan dengan itu maka yang menjadi pertanyaan adalah: Apakah pencarian kebenaran dalam proses interpretasi konstitusi oleh MK RI memadai sebagai basis legitimasi untuk kausa halal bagi praktik *overruling*? Dengan pengertian berbeda, pencarian kebenaran dalam proses interpretasi konstitusi tersebut perlu dijustifikasi lebih lanjut dalam konsep legitimasi itu sendiri yang menyangkut tiga sub-konsep, yaitu legitimasi *legal*, *sociological*, dan *moral*. Pendapat ini dikemukakan oleh **Richard H. Fallon, Jr.**, yang menyatakan: "*the term legitimacy invites appeal to three distinct kinds of criteria that in turn support three concepts of legitimacy: legal, sociological and moral.*"²¹⁰ Lebih lanjut **Fallon, Jr.**, menjelaskan:

*When legitimacy functions as a legal concept, legitimacy and illegitimacy are gauged by legal norms. As measured by sociological criteria, ... a claim of legal authority is legitimate insofar as it is accepted (as a matter of fact) as deserving of respect or obedience – or, in a weaker usage ... insofar as it is otherwise acquiesced in. A final set of criteria is moral. Pursuant to a moral concept, legitimacy inheres in the moral justification, if any, for claims of authority asserted in the name of the law.*²¹¹

Supaya klaim pencarian kebenaran dalam proses interpretasi konstitusi dapat dijustifikasi sebagai basis legitimasi untuk praktik *overruling* maka klaim tersebut harus diuji terlebih dulu apakah memenuhi kriteria *legal*, *sociological* dan *moral* seperti dijelaskan pada kutipan di atas. Dengan kata lain, untuk supaya praktik *overruling legitimate* maka praktik *overruling* harus dapat dijustifikasi dari aspek *legal*, *sociological* dan *moral*. Secara teoretis, *overruling* seyogianya dimaknai sebagai proses diskursus internal dalam badan yudisial yang dimaksudkan untuk

²⁰⁸ Ibid., 1205-1206.

²⁰⁹ Ibid., 1206.

²¹⁰ Richard H. Fallon, Jr., "Legitimacy and the Constitution", Loc.cit.

²¹¹ Ibid., 1790-1791.

melakukan kontrol terhadap proses pencarian kebenaran dalam interpretasi konstitusi yang dilakukan melalui ajudikasi konstitusional. Teoresasi demikian dapat lebih mudah menjustifikasi isu legitimasi dari praktik *overruling* itu sendiri baik *legal*, *sociological* maupun *moral*.

Dari sisi legitimasi *legal*, kebenaran atas interpretasi konstitusi adalah tuntutan substansial karena kesalahan dalam interpretasi konstitusi merupakan praktik perubahan konstitusi yang inkonstitusional. Oleh karena itu, sesuiasnya yaitu supremasi konstitusi, konstitusi adalah standar yang menentukan kebenaran dari/untuk interpretasinya.²¹² Mengingat konstitusi tidak spesifik meletakkan preskripsi untuk isu ini, dan kebanyakan karena ketentuan-ketentuan konstitusional itu bersifat umum, maka kebenaran interpretasi konstitusi tersebut harus dijaga melalui proses diskursus secara berkelanjutan dan terus menerus.

Praktik interpretasi konstitusi oleh badan yudisial di negara yang menganut tradisi *common law* itu sendiri menganut kaidah bahwa: "*the doctrine of precedent has less force in the realm of constitutional interpretation than in other areas of the law.*"²¹³ **Edward Levy** memberikan alasan mengapa fenomena demikian dapat terjadi:

*A change of mind from time to time is inevitable when there is a written constitution ... [for] there can be no authoritative interpretation of the Constitution ... The Constitution in its general provisions embodies the conflicting ideals of the community. Who is to say what these ideals mean in any definite way? Certainly not the framers, for they did their work when words were put down. The words are ambiguous.*²¹⁴

Pada hakikatnya, secara teoretis, badan yudisial dimungkinkan untuk berpartisipasi dalam proses perubahan konstitusi secara informal melalui interpretasi konstitusi yang dilakukannya. Akan tetapi, praktik ini perlu ditanggapi secara kritis, terutama karena perubahan konstitusi yang *legitimate*, yaitu perubahan formal, harus dilakukan oleh pemegang *constituant power* itu sendiri. Ketiadaan kewenangan

²¹² Lihat kembali pendapat **Justice Felix Frankfurter**, dalam kasus *Graves v. New York* (1939): "*the ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself, not what the Justices have said about it.*" *Supra* Sub-judul 3.a.iii.

²¹³ Geoffrey R. Stone, *Loc.Cit.*

²¹⁴ *Ibid.*

merupakan isu hukum sangat kritis, khususnya di area hukum publik seperti Hukum Konstitusi. Badan yudisial sebagai pemegang kekuasaan yudisial hanya memiliki kapasitas untuk melakukan adjudikasi, tidak untuk mengubah konstitusi. Walaupun implikasinya adalah terjadi perubahan konstitusi, maka makna yuridis dari perubahan tersebut yang perlu mendapatkan perhatian sebelumnya.

Menjelaskan tentang kemungkinan perubahan konstitusi melalui putusan yudisial, **K.C. Wheare** mengatakan:

*Courts, it must be emphasized, cannot amend a Constitution. They cannot change the words. They must accept the words, and so far as they introduce change, it can come only through their interpretation of the meaning of the words ... the judge's proper function is to interpret, not to amend, the words of a statute or of a Constitution, and such a changes as a Court may legitimately bring about in the meaning of a Constitution, spring from this function of interpretation.*²¹⁵

Dengan demikian, mengamini kemungkinan partisipasi badan yudisial dalam proses perubahan konstitusi secara informal melalui interpretasi konstitusinya, kaidah yang tetap juga harus diperhatikan adalah interpretasi konstitusi tersebut harus benar supaya partisipasi badan yudisial dalam perubahan konstitusi secara informal tersebut dapat dijustifikasi. Dengan pengertian lain, kesalahan interpretasi konstitusi oleh badan yudisial sama saja dengan interpretasi konstitusi yang inkonstitusional. Oleh karena itu, secara yuridis, produk demikian tentu tidak dapat dipertahankan jika yang dikehendaki adalah interpretasi konstitusi yang konstitusional. Atas dasar itu dapat disimpulkan, basis legitimasi *legal* dari praktik *overruling* adalah meluruskan supaya interpretasi konstitusi dilakukan secara benar sehingga interpretasi konstitusi tersebut konstitusional, dan, implikasinya lebih jauh, walaupun lewat interpretasi konstitusi terjadi perubahan konstitusi secara informal maka perubahan tersebut konstitusional.

Selanjutnya adalah legitimasi *sociological*. Berdasarkan penjelasan di atas, basis legitimasi *sociological* menghendaki bahwa suatu praktik, institusi atau norma/kaidah dikatakan *legitimate* jika: "*it is accepted (as a matter of fact) as deserving of respect or obedience.*" Dengan demikian basis legitimasi *sociological*

²¹⁵ K.C. Wheare, *Modern Constitutions* (Oxford University Press 1975) 105.

adalah penerimaan faktual. Praktik *overruling* menuntut legitimasi *sociological* karena: “*The costs generated by the overruling of a precedent, after all, might be significant: public bodies and private citizens might have to invest heavily to understand and conform to the new ruling, and may even have to litigate in order to force the courts to make the ruling clearer or more refined.*”²¹⁶ Meskipun pendapat ini bertolak dari tradisi *common law*, namun dalam batas-batas tertentu pendapat ini juga aplikabel untuk tradisi *civil law* di mana dari awal orang sudah sadar bahwa tradisi ini tidak mengenal asas preseden.

Dengan demikian, yang akan didiskusikan lebih spesifik di sini adalah memberikan justifikasi basis legitimasi *sociological* terhadap kebenaran dalam interpretasi konstitusi secara yudisial. Analisis yang akan dikemukakan adalah menjustifikasi bahwa alasan tersebut, sebagai basis legitimasi *sociological* praktik *overruling*, dalam posisi sebagai alasan yang akan cenderung memperoleh penerimaan secara faktual. Untuk sampai pada kesimpulan tersebut, ada dua pendekatan analisis yang akan digunakan. Pertama, memposisikan alasan tersebut dalam konteks situasi tertentu di mana tanggapan hukum kepadanya (secara umum maupun secara khusus adalah putusan pengadilan) menghendaki respons atau tanggapan yang dinamis. Itu artinya, interpretasi konstitusi hendaknya memang tidak terburu-buru diberikan kristalisasi. Kedua, memposisikan alasan tersebut *make sense* dari sudut pandang masyarakat dengan harapan bahwa alasan tersebut dapat memperoleh penerimaan secara faktual.

Pra-kondisi yang memungkinkan penerimaan faktual terjadi berkaitan dengan praktik *overruling* adalah interpretasi konstitusi harus mampu menjawab kemungkinan dinamika masyarakat yang terjadi atau responsif terhadap tuntutan masyarakat yang cenderung tidak statis. Posisi demikian nampak dari pendapat **Pound**. Menggunakan optik ajaran *Legal Realism*, **Pound** menjelaskan pendapat kritisnya tentang keberlakuan *stare decisis* atau preseden yang seyogianya fleksibel sebagai berikut:

It is impossible to have at the same time a perfect stability, a complete certainty and predictability in the judicial process, and a perfect flexibility, a

²¹⁶ Neil Duxbury, Op.cit., 123.

*complete instant adaptation to the requirements of changes in the social and economic order. The best that can be done is to maintain a balance between them which will give as much effect as we can to each consistently with not impairing the other. This is achieved by finding and establishing principles, authoritative starting points for legal reasoning, which enable new situations to be dealt with in the light of experience and rules to grow out of application of experience.*²¹⁷

Pendapat **Pound** di atas dapat dikembangkan sebagai argumen justifikasi *sociological* terhadap praktik *overruling* di mana legitimasi tersebut adalah kebenaran interpretasi konstitusi. Itu artinya, kebenaran interpretasi konstitusi di sini sangat mungkin di nilai berdasarkan dinamika kemasyarakatan sehingga interpretasi konstitusi yang benar adalah interpretasi konstitusi yang paling dekat dengan aspirasi yang berkembang dalam masyarakat.

Interpretasi konstitusi yang demikian tentu sangat bergantung pada ketentuan konstitusinya sendiri sebagai objek interpretasi. Satu contoh model interpretasi demikian adalah terkait dengan pelarangan terhadap hukuman yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan yang maknanya berkembang dari waktu ke waktu. Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam menginterpretasi Amandemen VIII Konstitusi Amerika Serikat yang melarang *cruel and unusual punishments* secara eksplisit menggunakan prinsip interpretatif ini. Dalam kasus *Weems v. United States* (1910), Mahkamah Agung berpendapat bahwa makna *cruelty* hendaknya tidak dibatasi oleh makna pada abad ke-18, tetapi: "*May be ... progressive, and ... acquire meaning as public opinion becomes enlightened by a humane justice.*"²¹⁸ Dalam kasus *Trop v. Dulles* (1958), Mahkamah Agung menyikapi sanksi pidana berupa pencabutan kewarganegaraan yang dikaitkan dengan larangan *cruel and unusual punishments* dengan menggunakan prinsip interpretatif: "*evolving standard of decency that marked the progress of a maturing society.*"²¹⁹ Prinsip interpretatif di atas sangat relevan dengan pendapat **Pound** yang pada intinya menghendaki, secara umum, praktik interpretasi yudisial yang lebih realistis sehingga fleksibel dikaitkan dengan dinamika kemasyarakatan. Itu artinya, jika *overruling* dilakukan

²¹⁷ Roscoe Pound, "What of ..." 11.

²¹⁸ Sarah H. Cleveland, "Our International Constitution" (2006) 31 *Yale Journal of International Law* 1, 71.

²¹⁹ *Ibid.*

dengan menggunakan pendekatan interpretif seperti dijelaskan di atas, maka secara presuntif praktik demikian memiliki kecenderungan akan mendapatkan penerimaan masyarakat sehingga *legitimate* secara *sociological* karena praktik demikian sejalan dengan aspirasi kemasyarakatan.

Pendekatan untuk analisis kedua adalah mempertanyakan secara langsung apakah kebenaran dalam interpretasi konstitusi secara presuntif akan dapat memperoleh penerimaan kita secara faktual sebagai alasan untuk menjustifikasi kegitimasi praktik *overruling* secara *sociological*. Selain dijawab secara empiris, pertanyaan ini juga dapat dijawab secara rasional. Pada kesempatan ini jawaban yang akan diberikan adalah jawaban secara rasional ketimbang jawaban secara empiris.

Jawaban untuk pertanyaan tersebut bergantung pada *human nature* yang kita miliki.²²⁰ Kita, manusia, adalah makhluk yang berakal budi (memiliki *reason*) sebagai *human nature* kita. Dalam Ilmu Hukum, pendekatan demikian sudah bersifat klasik, dan karena itu diamini sebagai hakikat ontologis hukum pula. **Edward Coke** secara eksplisit menyatakan: "*Reason is the life of the law.*"²²¹ Proposisi ini dapat dipahami dengan mudah dengan pra-anggapan bahwa manusia adalah makhluk rasional sehingga penataan hidupnya tentu harus rasional pula. Karena hukum adalah instrumen penataan hidup manusia maka sebagai implikasinya hukum harus rasional, dan oleh karena itu, "*Reason is the life of the law.*" Dalam sejarah pemikiran Filsafat Hukum, konsepsi demikian berkembang sangat kuat dalam tradisi *Natural Law* sekuler baik klasik maupun modern.²²² Neil MacCormick menegaskan pengertian ini sebagai berikut:

*The idea that reason has a part to play in the ordering of human affairs has a long history. It is associated with the view that some things are 'by nature' right for human beings; others so, merely by convention or by enactment. Whether or not there were enforced laws prohibiting murder, it would be wrong for human beings wantonly to take each others' lives.*²²³

²²⁰ Pendekatan demikian secara teoretis disebut pendekatan antropologis. Edgar Bodenheimer, "Anthropological Foundations of Law" dalam Eugenio Bulygin, Jean-Louis Gardies & Ilkka Niiniluoto, eds., *Man, Law and Modern Forms of Life* (D. Reidel Publishing Co. 1985) 1.

²²¹ Roscoe Pound, *Law Finding Through Experience and Reason* (University of Georgia Press 1960) 45.

²²² Cf. Suri Ratnapala, *Jurisprudence* (Cambridge University Press 2009) 119-160.

²²³ Neil MacCormick, *Op.cit.*, 1.

Oleh karena itu, secara alamiah atau kodrati, berdasarkan presumsi bahwa setiap manusia adalah makhluk berakal budi, aspirasi manusia untuk cenderung mengejar kebenaran ketimbang yang sebaliknya merupakan hal yang rasional, sehingga, *a fortiori*, jika hal itu yang digunakan sebagai basis legitimasi *sociological* adalah alasan untuk kebenaran dalam interpretasi konstitusi maka alasan demikian tentu tidak sulit untuk mendapatkan penerimaan faktual tanpa hal demikian perlu diverifikasi tetapi dianggap sebagai aksioma. Secara inferensial, sebagai legitimasi *sociological*, mengoreksi kesalahan dalam interpretasi konstitusi yang lama dan memberikan interpretasi konstitusi yang baru, yang dianggap lebih benar, tentu alasan sangat masuk akal dan sangat mungkin untuk memperoleh penerimaan secara faktual. Dengan semangat mengejar kebenaran konstitusional dalam interpretasi konstitusi, tentu kesalahan dalam interpretasi konstitusi adalah praktik yang tidak boleh menjadi *status quo*.

Terakhir, basis legitimasi *moral* untuk *overruling*, adalah nilai fundamental dari adjudikasi secara umum, maupun adjudikasi konstitusional secara khusus. Adjudikasi tidak hanya sekadar tindakan badan yudisial dalam memutus perkara berdasarkan hukum, tetapi di balik tindakan tersebut terkandung nilai-nilai tertentu. Oleh karena itu, adjudikasi dapat dimaknai secara teoretis dalam pengertian sebagai proses diskursus dalam upaya menemukan kebenaran, terutama kebenaran hukum dari putusan yang diberikan di mana pembuat putusan, dalam hal ini badan yudisial, harus mengemukakan *judicial reasoning* atas putusannya yang menjustifikasi bahwa putusan tersebut benar adanya.²²⁴

Seperti halnya tuntutan mengikuti preseden yang mengandung legitimasi *moral*, maka hal sebaliknya, melakukan *overruling*, juga memiliki dasar tuntutan yang sama. Dengan posisi demikian, upaya memperjuangkan basis legitimasi *moral* dari *overruling* tentu harus mampu melampaui batasan tentang legitimasi *moral* dari kewajiban untuk mengikuti preseden.²²⁵ Untuk itu, sebelum sampai pada diskusi spesifik tentang legitimasi *moral* untuk praktik *overruling*, maka akan didiskusikan

²²⁴ Cf. Martin P. Golding, "Discovery and Justification in Science and Law" dalam Aleksander Peczenik, Lars Lindahl & Bert van Roermund eds., *Theory of Legal Science* (D. Reidel Publishing Co. 1983) 303.

²²⁵ Cf. Neil Duxbury, *Op.cit.*, 117.

sebelumnya legitimasi *moral* dari kewajiban mengikuti preseden.

Basis legitimasi *moral* dari kewajiban mengikuti preseden nampak telah memperoleh kesepakatan umum dalam pengertian sebagai berikut: "*The justification for stare decisis usually rests on the values it fosters. Among such values are efficiency, continuity of the law, justice or fairness, legitimacy, and the enhancement of the Court's decision.*"²²⁶ Nilai-nilai demikian, karena didalilkan sebagai kesepakatan umum, tentu perlu pembuktian adanya persesuaian pendapat untuk memverifikasinya. Pendapat **Glendon, Gordon & Osakwe** berikut adalah satu bukti untuk menunjukkan adanya persesuaian pendapat terkait dengan legitimasi *moral* dari kewajiban mengikuti preseden: "*Certainty, precision and flexibility are thought to be characteristics of precedent as a binding source of law. Once a decision has been rendered involving particular facts, there is some assurance that in a subsequent identical fact situation a similar conclusion will be reached.*"²²⁷ Pendapat senada juga dikemukakan oleh **Duxbury** yang menyatakan: "*Perhaps the most commonly cited reason is that to accept precedents as authoritative is to facilitate consistency and fairness in decision-making: when decision-makers treat precedents as constraints they increase the likelihood that like cases will be treated alike.*"²²⁸ Kecenderungan untuk *like cases will be treated alike* ini mengandung makna intrinsik yaitu kepastian, meskipun hal ini bukan tujuan itu sendiri:

*The certainty generated by the precedent is not itself the end, however, but that which is crucial to achieving an end: i.e., being in a position where we can confidently anticipate how courts will rule on matters important to us. The certainty generated by precedent, as has often been observed, enables citizens to obtain definite advice on how to order their affairs.*²²⁹

Selain pendapat para ahli, pendapat badan yudisial terkait dengan nilai-nilai dari preseden juga relevan untuk dikemukakan di sini. Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam kasus *Welch v. Tex. Dep't of Highways & Pub. Transp.* (1987) mengklaim

²²⁶ Saul Brenner & Harold J. Spaeth, Op.cit., 2.

²²⁷ Mary Ann Glendon, Michael W. Gordon & Christopher Osakwe, Op.cit., 235. Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent* (Oxford University Press 2008) 201.

²²⁸ Neil Duxbury, Op.cit., 24-25.

²²⁹ Ibid., 160-161. Lihat juga Edgar Bodenheimer, Op.cit., 369-370.

bahwa *stare decisis*: "fundamental importance to the rule of law." Dalam kasus *Payne v. Tennessee* (1991) *stare decisis* diyakini memajukan "the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles." Selain itu, masih dalam kasus *Payne v. Tennessee* (1991), Mahkamah Agung Amerika Serikat juga mengklaim kontribusi *stare decisis* untuk "the actual and perceived integrity of the judicial process."²³⁰

Untuk singkatnya, pendapat-pendapat yang dikutip di atas adalah pendapat-pendapat yang memberikan *moral justification* terhadap kewajiban mengikuti preseden. Oleh karena itu, jika yang menjadi isu adalah mendiskusikan tentang legitimasi *moral* dari praktik *overruling*, maka legitimasi *moral* untuk praktik *overruling* tersebut harus lebih kuat dibandingkan dengan legitimasi *moral* untuk kewajiban mengikuti preseden seperti dikemukakan di atas.

Dikaitkan dengan legitimasi *moral* kewajiban mengikuti preseden, isu *moral* utama atas legitimasi *moral* praktik *overruling* yang cenderung dilematis, khususnya dalam tradisi *common law*, ialah "legitimate expectations of citizens who have arranged some of their affairs on the understanding that the precedent is binding."²³¹ Dilema demikian nampak dalam pendapat **Lord Reid** dalam kasus *Ross Smith v. Ross Smith* (1963) dan *Indyka v. Indyka* (1969) dalam menyikapi *overruling*. Dalam kasus *Ross Smith v. Ross Smith*, **Lord Reid** menyatakan: "It would have been a compelling reason against overruling that decision if it could reasonably be supposed that anyone has regulated his affairs in reliance on its validity, but it would be fantastic to suppose that anyone has." Sementara dalam kasus *Indyka v. Indyka*, **Lord Reid** menyatakan: "(I)t is well recognised that we ought not to alter what is presently understood to be the law if that involves any real likelihood of injustice to people who have relied on the present position in arranging their affairs."²³²

Sebagai basis legitimasi *moral*, tentu kebenaran di sini diposisikan atau dikualifikasikan sebagai *moral justification* atas praktik *overruling*. **Duxbury** memberikan pendapat menarik dari perspektif tradisi *common law* terkait dengan

²³⁰ Seperti dikutip dalam Randy J. Kozel, "Stare Decisis as Judicial Doctrine" Op.cit., 412-413.

²³¹ Ibid., 118-119.

²³² Ibid., 119.

mengikuti preseden atau sebaliknya, melakukan *overruling*, dengan pernyataan sebagai berikut: "*past events be respected as guides for present action, but not to the extent that judges maintain outdated attitudes and a commitment to repeating their predecessors' mistakes.*"²³³ Pendapat di atas nampaknya klise, tetapi itulah *the simple truth* ketika kita berbicara tentang alasan yang seyogianya mengapa *overruling* perlu dilakukan (yang mana ini bahkan terjadi dalam tradisi *common law* yang memposisikan preseden bersifat otoritatif, tidak persuasif seperti dalam tradisi *civil law*).

Pencarian kebenaran sebagai *moral justification* praktik *overruling* tentunya mengandung pengertian bahwa, sebagai implikasinya, hakim (badan yudisial) memiliki kewajiban untuk menyatakan hukum dengan sebenar-benarnya, khususnya dalam interpretasi ketika memberikan *judicial reasoning*. Pendapat **Justice Isaac Isaacs**, Mahkamah Agung Australia (*the High Court of Australia*), dalam kasus *Australian Agricultural Co. v. Federated Engine Drivers and Firemen's Association of Australasia* (1913), tentang kewajiban dari hakim (badan yudisial) terkait dengan interpretasi adalah "*to declare the law truly*", sangat relevan untuk menyepakati pencarian kebenaran sebagai *moral justification* terhadap praktik *overruling*. Untuk lengkapnya pendapat **Justice Isaacs** menyatakan:

*The oath of a justice of this court is 'to do right to all manner of people according to law'. Our sworn loyalty is to the law itself and to the organic law of the constitution first of all. If then we find the law to be plainly in conflict with what we or any of our predecessors erroneously thought it to be, we have as I conceive no right to choose between giving effect to the law and maintaining an incorrect interpretation. It is not my opinion better that the court should be persistently wrong than that it should be ultimately right. In my opinion where the prior decision is manifestly wrong it is the paramount and sworn duty of this court to declare the law truly.*²³⁴

Pertanyaannya kemudian adalah tentang cakupan makna dari "*to declare the law truly*" (menyatakan hukum yang sebenarnya) apakah hanya sebatas konsepsi deskriptif mengenai hukum ataukah juga mencakup konsepsi normatif mengenai

²³³ Ibid., 183.

²³⁴ J.W. Harris, "Overruling Constitutional Interpretations" dalam Charles Sampford & Kim Preston, eds., *Interpreting Constitutions: Theories, Principles and Institutions* (The Federation Press 1996) 231.

hukum. Konsepsi hukum yang sebenarnya di sini seyogianya tidak dibatasi dalam pengertiannya yang deskriptif saja, yaitu hanya "*law as it is*", tetapi juga mencakup pengertian yang normatif, yaitu "*law as it ought to be*". Boleh jadi bahwa hakim telah menyatakan *law as it is* secara benar, tetapi belum tentu pernyataan tersebut benar sebagai hukum yang ideal; *law as it ought to be*. Pemikiran yang hendak disampaikan di sini nampak sangat jelas dikonfirmasi oleh **Chief Justice Logan Edwin Bleckley**, Mahkamah Agung Negara Bagian Georgia, dalam kasus *Ellison v. Georgia R.R.* (1891) yang berpendapat tentang otoritas *stare decisis* kepada badan yudisial tidak mutlak, justru kalah oleh pertimbangan keadilan: "*the maxim for a supreme court, supreme in the majesty of duty as well as in the majesty of power, is not stare decisis but Fiat justitia ruat coelum.*"²³⁵

Dengan demikian, *overruling* juga dapat dijustifikasi berdasarkan konsepsi hukum yang normatif (atau ideal), tidak hanya deskriptif seperti pada basis legitimasi *legal* bahwa badan yudisial tidak boleh mengubah konstitusi dengan seenaknya, tetapi juga sekaligus disertai tuntutan bahwa badan yudisial juga hendaknya menegakkan hukum yang ideal sebagai hukum yang benar, yang seharusnya, misalnya hukum (preseden) yang diletakkan tersebut harus mencerminkan keadilan. Pendirian demikian bersesuaian dengan pendapat **J.W. Harris** tentang justifikasi praktik *overruling* dengan diberikan alasan "*improvement of the law*". Aspek normatif dari *improvement of the law* ini meliputi: *justice, certainty* dan *coherence*.²³⁶ Kaidah ini mengacu pada *Practice Statement (Judicial Precedent) 1966*:

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

*Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.*²³⁷

²³⁵ Roscoe Pound, *Law Finding ...*, Op.cit., 42.

²³⁶ J.W. Harris, "Towards ...," Op.cit., 149-156.

²³⁷ Ibid., Op.cit., 135. *Practice Statement* ini adalah dasar bagi *House of Lords* untuk melakukan

Isu spesifik setelah isu tentang legitimasi terjawab adalah tentang konsep kebenaran konstitusional dengan preskripsi bahwa badan yudisial seyogianya melakukan *overruling* atas pendapat yudisial atau interpretasi konstitusinya terdahulu yang dalam penilaian sekarang dianggap mengandung kesalahan. Cakupan makna dari konsep kebenaran konstitusional di sini untuk lebih konkretnya adalah preskripsi tentang interpretasi konstitusi yang seyogianya. Itu artinya, dengan berpegang pada pengertian tersebut, produk interpretasi konstitusi yang ada dapat menjadi objek evaluasi kebenarannya, yaitu apakah sudah sesuai dengan yang seyogianya ataukah belum. Sebagai implikasinya, pengertian ini akan aplikabel dalam fungsinya sebagai kaidah untuk mempertahankan apa yang sudah benar sebagai preseden atau sebaliknya untuk melakukan *overruling* yang *legitimate*.

Isu utama dalam interpretasi konstitusi secara umum, dan interpretasi konstitusi oleh badan yudisial secara khusus, adalah sifat dari materi muatan konstitusi yang seringkali memiliki makna ganda (*ambiguous*), bahkan jamak. Pengertian demikian dikonfirmasi oleh **James B. Thayer** yang menyatakan:

*having regard to the great, complex, ever-unfolding exigencies of government, much which will seem unconstitutional to one man, or body of men, may reasonably not seem so to another; that the constitution often admits different interpretations; that there is often a range of choice and judgment; that in such cases the constitution does not impose upon the legislature any one specific opinion, but leaves open this range of choice; and that whatever choice is rational is constitutional.*²³⁸

Mengacu pada pendapat **Thayer**, mengingat luasnya cakupan makna dari materi muatan konstitusi, tentu upaya unilateral untuk mengkristalkan makna konstitusi, melalui interpretasi yudisial, bukan tindakan yang bijak. Kemungkinan untuk makna interpretif konstitusi, yang diperoleh melalui proses interpretasi yudisial, berkembang tentu perlu diberikan kesempatan *fair*, terlebih ketika makna benar/salah secara konstitusional dalam hal-hal tertentu menjadi, sebagai implikasinya, relatif.²³⁹ Oleh karena itu, dalam isu demikian, perlu dibedakan dua

overruling. Practice statement ini dirumuskan oleh Lord **John Gardiner** 26 Juli 1966.

²³⁸ James B. Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law" (1893) 7 Harvard Law Review 129, 144.

²³⁹ Posisi ini memiliki tempat tersendiri dalam Teori Konstitusi, khususnya Teori Interpretasi Konstitusi, yang mengaspirasikan supaya makna konstitusi berkembang mengikuti

kemungkinan. Pertama, makna konstitusi yang *fix* (sehingga tidak mungkin diinterpretasi atau diberikan makna lain). Kedua, makna konstitusi yang diskursif. Dalam kasus ini pendapat **Thayer** memiliki relevansi dengan isu yang kita diskusikan, terutama terkait dengan pendekatan yang seyogianya ditempuh oleh badan yudisial dalam menjalankan ajudikasi konstitusional seperti dalam menguji konstitusionalitas undang-undang terhadap makna konstitusi yang diskursif.

Sebagai implikasi dari pandangannya tentang konstitusi tersebut, **Thayer** merumuskan doktrin atau ajaran untuk ajudikasi konstitusional yang disebut *the rule of clear mistake*. Menjelaskan ajaran **Thayer** tersebut, **Alexander M. Bickel** menyatakan bahwa badan yudisial hanya boleh membatalkan ketentuan undang-undang dengan alasan inkonstitusional jika: "*when those who have the right to make laws have not merely make a mistake, but have made a very clear one – so clear that it is not open to rational question.*"²⁴⁰ Poin pendapat di atas perlu kita pahami bersama latar belakangnya bahwa, terkait dengan kecenderungan makna konstitusi yang dapat bermakna ganda bahkan jamak: "*reasonable men will differ about its proper construction. The Constitution leaves open 'a range of choice and judgment,' so that 'whatever choice is rational is constitutional.'* The Court, exercising the power of judicial review, is to be the ultimate arbiter of what is rational and permissible, but is to have no further concern with policy choices."²⁴¹ **Restatement Bickel** atas ajaran **Thayer** ini sangat relevan sebagai poin pengertian untuk didiskusikan di sini terkait dengan legitimasi praktik *overruling* dalam kasus interpretasi konstitusi secara umum, dan *overruling* oleh MK RI secara khusus.

Sejalan dengan pendapat teoretis **Thayer, Richard H. Fallon, Jr.** juga mengemukakan pandangan tentang peluang terbukanya situasi *reasonable disagreement* menyangkut isu interpretasi konstitusi. Semangat dari pendapat **Fallon** sejatinya memiliki kemiripan dengan pendapat **Thayer**: "*reasonable people*

perkembangan jaman dengan mengambil perumpamaan tentang makhluk hidup (*living organism*). Pandangan ini diberi label atau konsep *living constitution*. Secara umum lihat David A. Strauss, *The Living Constitution* (Oxford University Press 2010).

²⁴⁰ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press 1986) 35.

²⁴¹ *Ibid.*, 35-36.

differ about how the Constitution would best be interpreted or applied ... Under such circumstances, the ideal of constitutional law requires willingness among those charged with implementing the law to accept reasonable, if not always ideal, premises as bases for coordinated decision making."²⁴² Dalam kasus demikian, menyikapi makna konstitusi seperti itu, potensi untuk perbedaan pendirian atas makna ketentuan konstitusi pada suatu waktu dengan pada waktu yang akan datang sangat terbuka.

Pada hakikatnya, isu utama dari praktik *overruling* di sini adalah perbedaan dalam interpretasi konstitusi terdahulu dengan interpretasi konstitusi sekarang. Oleh karena itu, seperti dijanjikan di atas, isu spesifiknya masih tentang kriteria kebenaran untuk interpretasi konstitusi melalui proses yudisial. Isu ini, kebenaran konstitusional atau kriteria kebenaran untuk interpretasi konstitusi melalui proses yudisial, adalah isu yang pelik seperti disinggung oleh **Saul Brenner & Harold J. Spaeth** yang secara eksplisit mengakui bahwa praktik *overruling* sangat terbuka dilakukan dalam tradisi *common law* sepanjang terdapat *cogent reason*, namun ditambahkan: "*What constitutes a 'cogent' reason in this context is uncertain; one certainly would exist if it could be shown that the law in the prior case is no longer workable or never was.*"²⁴³ Itu artinya, jika *cogent reason* yang dimaksudkan secara implisit adalah tentang kebenaran, maka yang dipersoalkan dari pernyataan **Brenner & Spaeth** di atas adalah aspek substantif dari kebenaran tersebut, khususnya jika sebagai bentuk preskripsi rumusannya adalah konstitusi harus diinterpretasi dengan benar (untuk memenuhi *cogent reason* dalam melakukan praktik *overruling* tersebut).

Pertanyaannya: Bilamana ketentuan konstitusi telah diinterpretasi dengan benar? Pertanyaan demikian adalah pertanyaan untuk Teori Konstitusi, khususnya Teori Interpretasi Konstitusi karena konstitusi tidak mungkin menjawab atau memberikan preskripsi untuk pertanyaan tersebut. Pertanyaan ini juga perlu dipahami tingkat kesulitannya mengingat tidak mungkin dijawab secara spesifik dalam bentuk

²⁴² Richard H. Fallon, Jr., "The Supreme Court 1996 Term: Foreword: Implementing the Constitution" (1997) 111 *Harvard Law Review* 54, 109.

²⁴³ Saul Brenner & Harold J. Spaeth, Op.cit., 1.

rumusan umum yang berlaku untuk semua situasi, tetapi hanya sebatas rumusan kriteria yang bersifat kasuistik (dan walaupun kriteria itu ada maka hanya sekadar bersifat ilustratif). Tetapi, teori demikian – yang memberikan batasan konseptual tentang konsep kebenaran konstitusional, sebagai basis untuk praktik *overruling*, sangat strategis maknanya seperti digambarkan oleh pernyataan di bawah:

The challenge for such a theory is to resolve a conflict between stare decisis and overruling. Both are vital to the legal system. Stare decisis fosters unity, stability, and equality over time. Overruling enables supreme courts to correct their past errors and to adapt the law to changing circumstances. Without a sound theory of overruling, a paradox results: A supreme court must follow its precedents but, in any case, it can overrule them. That is, a supreme court must follow its precedents except that it need not. This paradox enables supreme courts to pick and choose the law that "binds" them. It tolerates incoherent and unreliable law, result-oriented judging, and, at least at the U.S. Supreme Court, illegitimate constitutional adjudication.²⁴⁴

Pendapat di atas adalah pendapat dalam konteks tradisi *common law*, tetapi secara *mutatis mutandis* memiliki nilai kebenaran yang sama, bahkan, untuk diberlakukan bagi tradisi *civil law*.

Karena sifatnya yang kasuistik maka selanjutnya akan diberikan satu contoh yang sangat relevan mengenai isu interpretasi konstitusi dalam ajudikasi konstitusional (khususnya pengujian konstitusionalitas undang-undang) dalam ranah perlindungan HAM. Kasus ini diangkat sebagai contoh karena merepresentasikan justifikasi institusional terhadap institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang di mana perlindungan HAM menjadi aspek purposifnya.²⁴⁵ Jika isu utama dalam ajudikasi konstitusional tersebut adalah perlindungan HAM dari kekuasaan legislatif, maka kriteria kebenaran dari interpretasi konstitusi terhadap ketentuan-ketentuan konstitusional tentang HAM ditentukan oleh pandangan atau doktrin tentang bagaimana seyogianya interpretasi tersebut dilakukan di ranah

²⁴⁴ Steven J. Burton, Op.cit., 1688.

²⁴⁵ Cf. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980) 135-179; Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asia Cases* (Cambridge University Press 2003) 21-33; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press 2004) 100-148; Michael J. Perry, *Constitutional Rights, Moral Controversy and the Supreme Court* (Cambridge University Press 2009) 1-7; Titon Slamet Kurnia, *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Sang Penjaga HAM (The Guardian of Human Rights)* (Penerbit PT. Alumni 2013).

Hukum HAM. Satu pendekatan, sebagai contoh, interpretasi konstitusi dinilai kebenarannya berdasarkan kapasitasnya dalam memperkuat perlindungan HAM individu *vis-à-vis* pembentuk undang-undang. Preferensi atau aspirasi demikian tentu subjektif, tetapi dapat dipahami dari *starting point* tertentu mengapa preferensinya demikian. Preskripsi demikian muncul rupanya karena dirasionalisasi oleh pendekatan *natural law* dan *natural rights* dalam interpretasi konstitusi dengan asasnya adalah *rights first-government second*. Oleh karena itu, yang menjadi kriteria kebenaran dalam interpretasi demikian adalah apakah subjek pemegang hak yang lebih diuntungkan ketimbang pembentuk undang-undang.²⁴⁶

Jika pra-pemahaman teoretis di atas yang berlaku sebagai asasnya maka implikasinya adalah pemikiran tersebut akan berpengaruh terhadap *legal method* spesifik dalam interpretasi konstitusi. Berikut adalah contoh prinsip-prinsip interpretif yang dikembangkan berdasarkan *best-practices* badan yudisial dalam interpretasi konstitusi dengan objek ketentuan terkait dengan perlindungan HAM di mana yang menjadi preferensi adalah penguatan HAM. Beberapa prinsip yang dikemukakan di sini sifatnya indikatif, tetapi dapat diperlakukan sebagai kriteria dalam menilai kebenaran interpretasi konstitusi yang objeknya adalah ketentuan konstitusional tentang HAM, di mana prioritas lebih diberikan kepada kepentingan subjek pemegang hak ketimbang pembentuk undang-undang. Prinsip-prinsip interpretif tersebut adalah:

[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

²⁴⁶ Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi ...*, Op.Cit., 123.

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, 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.²⁴⁷

Untuk pendekatan HAM dalam interpretasi konstitusi, pendirian MK RI sendiri masih perlu dipertajam (ke arah penguatan HAM), setidaknya *judicial policy* yang hendak dipertahankan. Kelemahan fundamental, setidaknya pada periode 2003-2008, adalah interpretasi dan penerapan ketentuan pembatasan HAM yang terlalu eksekutif, sehingga menimbulkan kesan MK RI lebih condong pada posisi positivis yang dasarnya adalah *government first-rights second*.²⁴⁸ Dalam isu-isu pengujian konstitusionalitas undang-undang yang bertolak dari kepentingan perlindungan HAM, tolok ukur kriteria kebenaran interpretasi konstitusi dapat dirumuskan misalnya dengan melihat tujuan hakiki dari praktik pengujian tersebut. Misalnya, penggunaan metode interpretasi purposif untuk melihat apakah ketentuan konstitusional tentang HAM sudah diinterpretasi secara benar.

Untuk isu-isu non-HAM tentu kriteria kebenarannya berbeda lagi. Tetapi nampak kecenderungan umum praktik MK RI untuk saling berbagi ranah kewenangan dalam interpretasi konstitusi dengan pembentuk undang-undang. Dalam kasus demikian MK RI menganut pendekatan *departmentalism* dengan mengembangkan kaidah

²⁴⁷ Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence* (Cambridge University Press 2002) 163-166.

²⁴⁸ Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi ...*, Op.cit., 323-329.

kebijakan legislatif terbuka yang fungsinya adalah mengakui bahwa "Pembentuk undang-undang bebas menentukan isi undang-undang, kecuali hal-hal yang secara tegas sudah digariskan oleh Undang-Undang Dasar."²⁴⁹ Praktik demikian layak diberikan apresiasi positif dengan menghindari kecenderungan untuk menjadi praktik yang mengarah pada supremasi yudisial. Fenomena praktis yang nampak adalah makna konstitusi tidak akan ditentukan secara monopolistik oleh MK RI sendiri sehingga proses diskursus konstitusional menjadi lebih utama, terutama dalam hubungan antara MK RI dengan pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden).

MK RI, dalam praktik pengujian konstitusionalitas undang-undang, sejatinya telah menghasilkan beberapa kaidah yudisial *landmark* yang relevan sebagai kriteria kebenaran untuk interpretasi konstitusinya, meskipun pendapat tersebut tentu masih perlu lebih dielaborasi lagi. Kaidah-kaidah tersebut adalah "pelanggaran moralitas, rasionalitas dan ketidakadilan yang *intolerable*"²⁵⁰ sebagai pintu masuk untuk MK RI menilai konstitusionalitas undang-undang meskipun ketentuan undang-undang dasar tidak secara eksplisit mengatur. *A contrario*, kebijakan legislatif terbuka tidak berlaku jika kebijakan legislatif tersebut mengandung "pelanggaran moralitas, rasionalitas dan ketidakadilan yang *intolerable*".²⁵¹ Kaidah-kaidah demikian adalah kaidah-kaidah yang universal, tetapi di Mahkamah Konstitusi belum banyak dielaborasi. Oleh karena itu kaidah-kaidah tersebut perlu diberikan materi muatan supaya berdaya guna dalam proses interpretasi, khususnya untuk menjadi teori kebenaran dalam interpretasi konstitusi, khususnya ketika undang-undang dasar tidak secara spesifik mengatur. Dari posisi ini dapat kita simpulkan bahwa MK RI sejatinya sangat siap untuk mengambil sikap atau posisi normatif, ketimbang deskriptif, dalam melakukan pengujian yudisial

²⁴⁹ Putusan MK RI No. 002/PUU-II/2004, 26.

²⁵⁰ Putusan MK RI Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, 187.

²⁵¹ Posisi demikian mirip dengan ajaran Filsafat Hukum **Gustav Radbruch** setelah Perang Dunia II yang beralih dari posisi positivis-deskriptif menjadi posisi normativis. Gustav Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)" (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 1-11; Gustav Radbruch, "Five Minutes of Legal Philosophy (1945)" (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 13, 13-15. Untuk penilaian terhadap ajaran Filsafat Hukum **Radbruch** lihat Heather Leawoods, "Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher" (2000) 2 *Washington University Journal of Law and Policy* 489, 489-515.

konstitusionalitas undang-undang.²⁵²

Pada analisis akhir, untuk menanggapi kebenaran dari praktik *overruling*, kita harus dapat menunjukkan apa yang seharusnya/seyogianya menurut konstitusi. Oleh karena itu praktik *overruling* sejatinya dinilai berdasarkan apa yang seharusnya menurut konstitusi. Jika sesuai dengan apa yang seharusnya menurut konstitusi (dalam pengertian deskriptif maupun normatif) maka praktik *overruling* tersebut dapat dikualifikasikan sebagai praktik interpretasi konstitusi yang benar. Masalahnya adalah: Konstitusi sendiri tidak memberikan preskripsi tentang interpretasinya yang seyogianya. Kesulitan ini dalam Teori Hukum disebut dengan konsep *hard cases*, yang menurut **Ronald Dworkin**: "*when no settled rule dictates a decision either way.*"²⁵³ Dalam konteks penelitian ini, *hard cases* tersebut kurang lebih bermakna bahwa isu konstitusional yang kita hadapi, yang seharusnya dijawab dengan preskripsi konstitusi, tetapi konstitusi sendiri tidak memberikan preskripsi tersebut.

Situasi demikian problematis karena berkaitan dengan tolok ukur atau kriteria kebenaran konstitusional yang akan kita gunakan dalam menilai kebenaran dari praktik *overruling*. Isu utama dalam menilai kebenaran konstitusional dengan demikian adalah jika konstitusi yang kita harapkan mampu memberi preskripsi untuk isu konstitusional yang kita hadapi ternyata justru memilih "bungkam" (mengalami kondisi *gap* atau *lacunae*). Asas atau prinsipnya terkait dengan supremasi konstitusi adalah semua isu konstitusional harus dapat diberikan jawaban berdasarkan konstitusi. Itu artinya, konstitusi harus mampu menyatakan apa yang seharusnya atas isu konstitusional tersebut, termasuk dalam kondisi mengalami *gap* atau *lacunae* sekalipun. Dalam posisi demikian, kita membutuhkan tidak hanya Teori Interpretasi Konstitusi yang memadai, tetapi juga sekaligus Teori Konstitusi yang mampu mengakomodir solusi untuk situasi tersebut dengan konsep konstitusi tertentu. Oleh karena itu, walaupun kriteria kebenaran ini hendak dirumuskan dalam bentuk disposisi positif, maka disposisi tersebut hendaknya berkaitan dengan teori

²⁵² Tentang perbedaan pandangan "normatif" dan pandangan "deskriptif" lihat Titon Slamet Kurnia, *Konstitusi HAM* (Pustaka Pelajar 2014) 17-22.

²⁵³ Ronald Dworkin, "Hard Cases" (1975) 88 *Harvard Law Review* 1057, 1060.

atau doktrin mengenai interpretasi konstitusi yang, sekurang-kurangnya berdasarkan *best-practices*, agak kurang kontroversial. Namun pada akhirnya, kriteria kebenaran tersebut bersifat kasuistik dan harus melihat kembali hakikat hukum dari konstitusi sebagaimana diskusi teoretis tentang isu tersebut sudah banyak mengemuka.²⁵⁴

Terkait dengan konsep kebenaran konstitusional, sebagai kriteria apakah praktik *overruling* memiliki legitimasi (*legitimate*) atau tidak, konsep kebenaran tersebut ada yang bersifat final atau aksiomatik dan ada pula kebenaran yang maknanya harus dikonstruksi melalui proses dialogis secara terus menerus. Terkait dengan pengertian kedua, praktik *overruling* dapat dijustifikasi dari aspek *moral*, yaitu adjudikasi sebagai proses dialogis dalam memperoleh kebenaran di mana kebenaran dalam interpretasi konstitusi tersebut yang harus menjadi hasilnya. Hasil dari penilaian ini tentu saja dapat bersifat pro-kontra, yang artinya penilaian yang diberikan sangat mungkin untuk ditanggapi dengan pendapat kontra. Hal demikian, dalam kaitan dengan hakikat Ilmu Hukum yang bersifat argumentatif, adalah wajar belaka.

Posisi Teori Interpretasi Konstitusi di sini, sebagai salah satu bagian dari Teori Konstitusi secara umum, bersifat normatif, yaitu memberikan preskripsi tentang interpretasi yang seyogianya dilakukan,²⁵⁵ sehingga praktik *overruling* juga akan dinilai pada poin interpretasi konstitusi yang diberikan apakah sudah seyogianya atau belum. Dalam posisi demikian, sebagai bagian dari proses untuk mempengaruhi lingkungan yuris secara umum, dan yuris konstitusional secara khusus, preskripsi untuk Teori Interpretasi Konstitusi sebagai kriteria kebenaran dari praktik *overruling* adalah teori normativisme (lawannya formalisme dan realisme).²⁵⁶ *Best-practices* dalam interpretasi konstitusi juga dapat menjadi pembanding apakah interpretasi konstitusi telah dilakukan dengan benar, termasuk dengan jalan pendekatan perbandingan.²⁵⁷

²⁵⁴ Lihat kembali pembahasan *supra* Sub-judul A.3.a.i.

²⁵⁵ Cf. Richard A. Posner, "Against Constitutional Theory" (1998) 73 *New York University Law Review* 1, 2.

²⁵⁶ Titon Slamet Kurnia, *Konstitusi ...*, Op.cit., 105-140.

²⁵⁷ Cf. Mark C. Rahdert, "Comparative Constitutional Advocacy" (2007) 56 *American University Law*

B. EVALUASI PRAKTIK *OVERRULING* MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

Bab ini secara spesifik ditujukan sebagai pembahasan atas isu hukum penelitian yaitu legitimasi praktik *ouerruling* oleh MK RI. Praktik *ouerruling* oleh MK RI memiliki legitimasi (*legitimate*) sepanjang dilakukan untuk memperoleh kebenaran konstitusional, yaitu kebenaran dalam interpretasi konstitusi yang dilakukan oleh MK RI. Tesis atau argumen ini bertolak dari pra-pemahaman bahwa hukum atau dasarnya adalah supremasi konstitusi, bukan supremasi “pendapat yudisial” MK RI. Supremasi konstitusi menghendaki atau menuntut supaya interpretasi konstitusi dilakukan dengan benar. Untuk sampai pada jawaban terhadap isu di atas maka sistematika pembahasan Bab ini dapat dijelaskan terlebih dahulu sebagai berikut.

Pertama, penelitian ini akan menguraikan bentuk-bentuk praktik *ouerruling* yang dilakukan oleh MK RI. Pokok bahasan demikian tentu sangat logis karena penelitian ini mengangkat isu tentang legitimasi *ouerruling* sehingga, *a fortiori*, harus dibuktikan terlebih dahulu bahwa *ouerruling* tersebut ada atau terjadi (baca: dipraktikkan oleh MK RI). Kedua, menjustifikasi bahwa praktik *ouerruling* oleh MK RI secara umum adalah praktik yang memiliki legitimasi. Seperti telah dijelaskan sebelumnya,²⁵⁸ dalam teori umum (*general theory*) tentang *ouerruling*, legitimasi praktik ini, khususnya dalam interpretasi konstitusi adalah untuk supremasi konstitusi yang menghendaki supaya konstitusi diinterpretasi dengan benar oleh badan yudisial. Oleh karena itu, singkatnya, legitimasi praktik *ouerruling* ini adalah kebenaran konstitusional dari interpretasi konstitusi oleh badan yudisial. Teori umum ini, untuk berlaku bagi MK RI, harus dijustifikasi lagi dalam konteks lebih spesifik. Prinsipnya, dalam konteks khusus MK RI, legitimasi *ouerruling* tersebut juga dapat diberlakukan. Terakhir, ketiga, penelitian ini akan fokus pada anotasi kasus-kasus *ouerruling* secara spesifik. Isu utamanya di sini adalah apakah *ouerruling* tersebut sudah benar. Dikaitkan dengan isu legitimasi *ouerruling*, hanya interpretasi konstitusi yang benar yang akan, pada analisis akhir, menjustifikasi secara kasuistis

Review 553, 553-658.

²⁵⁸ Lihat kembali *supra* BAB IV Sub-judul 3.b.

apakah praktik *overruling* spesifiknya telah *legitimate* atukah tidak.

1. Praktik *Overruling* oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Seperti telah dijelaskan sebelumnya, isu *overruling* tidak dikenal dalam tradisi *civil law* karena tidak berlakunya asas preseden atau *stare decisis*.²⁵⁹ Penggunaan konsep *overruling* di sini adalah untuk kepentingan analitis guna memberikan kualifikasi atas praktik MK RI ketika tidak lagi mempertahankan interpretasi konstitusinya dalam kasus terdahulu. Dalam tradisi *civil law*, perbedaan interpretasi, meskipun kasusnya sama, bukan merupakan masalah karena badan yudisial di sini, tanpa berlakunya asas preseden, lebih memiliki kebebasan dibandingkan dengan koleganya yaitu badan yudisial dalam tradisi *common law*. Namun demikian, penelitian ini juga hendak mempertahankan sebuah misi spesifik bahwa interpretasi konstitusi yang sudah benar hendaknya tetap dipertahankan dalam kasus yang akan datang.

Dalam pembahasan ini ditemui kesulitan untuk secara spesifik menentukan kasus-kasus di mana MK RI melakukan *overruling*. Berbeda dengan tradisi *common law*, suatu tindakan *overruling* harus dinyatakan secara eksplisit sebagai wujud pernyataan bahwa pengadilan yang sekarang memilih hendak memutuskan kasusnya dengan pendapat yudisial yang berbeda dari sebelumnya sesuai preskripsi asas preseden atau *stare decisis*. Karena dilatar belakangi oleh kebebasan hakim terkait dengan pendapat yudisialnya terdahulu maka menemukan praktik *overruling* oleh M KRI tidaklah mudah. Lebih jauh lagi, untuk membuat kesimpulan tentang terjadinya *overruling* tersebut, maka perlu dibangun *justifying reason* bahwa praktik itu terjadi. Dengan pengertian lain, *overruling* di sini tidak eksplisit, tetapi hasil dari proses konstruksi.

a. Penyelenggaraan Pemilu (Pilpres dan Pileg): Serentak atau Terpisah

Pasca perubahan konstitusi, pengisian jabatan Presiden dan Wakil Presiden, anggota DPR, DPD, dan DPRD dilakukan melalui pemilihan umum, sebagaimana diatur dalam Pasal 22E ayat (2) UUD NRI Tahun 1945. Khusus untuk pemilihan

²⁵⁹ Lihat kembali *supra* BAB IV.A.2.

Presiden dan Wakil Presiden diatur dalam Pasal 6 dan Pasal 6A UUD NRI Tahun 1945. UU organik pertama sebagai pelaksanaan Pasal 6 ayat (2) dan Pasal 6A ayat (5) UUD NRI Tahun 1945 yaitu Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (UU No. 23 Tahun 2003), selanjutnya dicabut dan diganti dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (UU No. 42 Tahun 2008) dan saat ini berlaku Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum (UU No. 7 Tahun 2017).

Salah satu materi dalam UU Pilpres sebelumnya yang mengundang perdebatan publik yaitu kaidah tentang penyelenggaraan pemilihan umum presiden dan wakil presiden (Pilpres) dalam Pasal 3 ayat (5) yang berbunyi: "*Pemilu Presiden dan Wakil Presiden dilaksanakan setelah pelaksanaan Pemilu anggota DPR, DPD, dan DPRD*". Pro kontra muncul terkait tafsiran terhadap Pasal 6A ayat (2) UUD NRI Tahun 1945, khususnya frasa "sebelum pelaksanaan pemilihan umum", apakah pelaksanaan Pilpres dilaksanakan setelah pemilihan umum anggota DPR, DPD dan DPRD (Pileg) atau dilakukan secara bersamaan dengan Pileg. Oleh karenanya beberapa pihak melakukan pengujian atas kaidah Pasal 3 ayat (5) UU Pilpres ke MK RI lebih dari sekali.

Dalam pengujian yang dilakukan oleh MK RI, muncul putusan yang berbeda atas obyek pengujian yang sama (Pasal 3 ayat 5 UU Pilpres), yang dilatarbelakangi oleh adanya pertimbangan yang berbeda. Gambaran adanya *overruling* tersebut tampak dalam Putusan MK RI No. 51-52-59/PUU-VI/2008 dan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 14/PUU-XI/2013.

Dalam Putusan MK RI No. 51-52-59/PUU-VI/2008, obyek permohonan Pemohon yaitu Pasal 3 ayat (5) UU Pilpres, yang diuji dengan kaidah dalam UUD NRI Tahun 1945 (Pasal 6A ayat 1 dan 2). Amar Putusan MK RI atas permohonan *aquo* yaitu menolak permohonan Pemohon, sehingga Pasal 3 ayat (5) UU Pilpres tetap konstitusional atau tidak bertentangan dengan Pasal 6A ayat 1 dan 2 UUD NRI Tahun 1945.²⁶⁰

²⁶⁰ Terhadap putusan *a quo*, terdapat *dissenting opinion* dari 3 Hakim Konstitusi (Abdul Mukthie

Adapun pertimbangan MK RI sehingga menolak permohonan Pemohon, lebih menggunakan pendekatan praktik atau kebiasaan yang telah terjadi pada Pilpres sebelumnya (2004), dimana penyelenggaraan Pileg dilakukan terpisah atau lebih awal dari pada Pilpres. Selengkapnya pertimbangan MK RI sebagai berikut:

Bahwa terhadap Pasal 3 ayat (5) UU 42/2008 Mahkamah berpendapat bahwa hal tersebut merupakan cara atau persoalan prosedural yang dalam pelaksanaannya acapkali menitikberatkan pada tata urut yang tidak logis atas dasar pengalaman yang lazim dilakukan. Apa yang disebut dengan hukum tidak selalu sama dan sebangun dengan pengertian menurut logika hukum apalagi logika umum. Oleh sebab itu, pengalaman dan kebiasaan juga bisa menjadi hukum. Misalnya, Pasal 3 ayat (5) berbunyi, "*Pemilu Presiden dan Wakil Presiden dilaksanakan setelah pelaksanaan Pemilu DPR, DPRD dan DPD*". Pengalaman yang telah berjalan ialah Pemilu Presiden dilaksanakan setelah Pemilu DPR, DPD, dan DPRD, karena Presiden dan/atau Wakil Presiden dilantik oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat [Pasal 3 ayat (2) UUD 1945], sehingga Pemilu DPR dan DPD didahulukan untuk dapat dibentuk MPR. Lembaga inilah yang kemudian melantik Presiden dan Wakil Presiden, oleh karenanya harus dibentuk lebih dahulu. Sesungguhnya telah terjadi apa yang disebut *desuetudo* atau kebiasaan (konvensi ketatanegaraan) telah menggantikan ketentuan hukum, yaitu suatu hal yang seringkali terjadi baik praktik di Indonesia maupun di negara lain. Hal ini merupakan kebenaran bahwa "*the life of law has not been logic it has been experience*". Oleh karena kebiasaan demikian telah diterima dan dilaksanakan, sehingga dianggap tidak bertentangan dengan hukum. Dengan demikian maka kedudukan Pasal 3 ayat (5) UU 42/2008 adalah konstitusional;

Pasca Putusan MK RI No. 51-52-59/PUU-VI/2008, muncul permohonan yang salah satu obyeknya sama dengan putusan MK RI sebelumnya²⁶¹, namun dengan alasan dan batu uji yang relatif berbeda.²⁶² Permohonan baru tersebut direspon oleh MK RI melalui Putusan MK RI No. 14/PUU-XI/2013, yang mana MK RI mengabulkan permohonan Pemohon, yaitu dengan menyatakan kaidah Pasal 3 ayat (5) UU Pilpres bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945.²⁶³

Fadjar, Maruarar Siahaan, dan M. Akil Mochtar), yang pada intinya berpendapat bahwa jika MK RI konsisten dengan pola penafsiran konstitusi yang cenderung menekankan pada tafsir tekstual dan original intent sebagaimana dalam Putusan MK RI No. 56/PUU-VI/2008 dan Putusan MK RI No. 3/PUU-VII/2009, maka seyogyanya MK mengabulkan permohonan Pemohon.

²⁶¹ Obyek pengujian yaitu Pasal 3 ayat (5), Pasal 9, Pasal 12 ayat (1) dan (2), Pasal 14 ayat (2) dan Pasal 112 UU 42 Tahun 2008

²⁶² Batu uji yaitu Pasal 4 ayat (1), Pasal 6A ayat (2), Pasal 22E ayat (1) dan ayat (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (1), dan Pasal 33 ayat (4) UUD NRI Tahun 1945;

²⁶³ Dalam Putusan MK RI tersebut, Hakim Maria Farida Indrati melakukan *dissenting opinion*, yang pada intinya beranjak dari persoalan penggunaan metode interpretasi yang tidak semata-mata original intent dan kaidah yang menjadi obyek pengujian sebagai kebijakan hukum terbuka

Dalam Putusan MK RI No. 14/PUU-XI/2013, MK RI berpandangan bahwa Putusan MK RI No. 51-52-59/PUU-VI/2008 yang menggunakan konvensi ketatanegaraan sebagai pertimbangan putusan, dipahami sebagai pilihan penafsiran MK RI sesuai konteks (ajaran realis), yang mana praktik ketatanegaraan tersebut dianggap belum memenuhi syarat sebagai konvensi, maupun konvensi tidak dapat menjadi norma konstitusional manakala kaidah konstitusinya sudah sangat jelas. Selengkapnya pertimbangan MK RI dalam Putusan MK RI No. 14/PUU-XI/2013, sebagai berikut:

Pertimbangan MK sebelumnya yang beranjak dari praktik ketatanegaraan (*desuetudo*) harus dipahami sebagai pilihan penafsiran MK sesuai konteks saat putusan dijatuhkan. Praktik ketatanegaraan, apalagi merujuk pada praktik ketatanegaraan yang terjadi hanya sekali, tidaklah memiliki kekuatan mengikat seperti halnya ketentuan konstitusi itu sendiri. Apabila teks konstitusi baik yang secara tegas (*expresis verbis*) maupun yang secara implisit sangat jelas, maka praktik ketatanegaraan tidak dapat menjadi norma konstitusional untuk menentukan konstitusionalitas norma dalam pengujian Undang-Undang. Kekuatan mengikat dari praktik ketatanegaraan tidak lebih dari keterikatan secara moral, karena itu praktik ketatanegaraan biasa dikenal juga sebagai ketentuan moralitas konstitusi (*rules of constitutional morality*), yaitu kekuatan moralitas konstitusional yang membentuk kekuasaan dan membebani kewajiban yang secara legal tidak dapat dipaksakan tetapi dihormati dan dianggap mengikat (*rules of constitutional morality, create powers and imposed obligations which are not legally enforceable, but which are regarded as binding*). Dalam hal ini, penyimpangan dalam praktik ketatanegaraan, secara konstitusional adalah tidak patut, tetapi bukan berarti inkonstitusional. Bahkan pada praktik di berbagai negara *common law*, "praktik ketatanegaraan" cenderung diletakkan di bawah *rule of law* dan *common law* (hukum yang bersumber dari putusan pengadilan), serta tidak mengikat pengadilan karena dianggap bukan hukum.

Dengan demikian, menurut Mahkamah, praktik ketatanegaraan yang menjadi pertimbangan Mahkamah dalam Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, bertanggal 18 Februari 2009 tersebut, bukanlah berarti bahwa penyelenggaraan Pilpres setelah Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan merupakan permasalahan konstitusionalitas, melainkan merupakan pilihan penafsiran konstitusional yang terkait dengan konteks pada saat putusan itu dibuat. Mengenai pelantikan atau pengucapan sumpah Presiden dan Wakil Presiden, berdasarkan ketentuan Pasal 9 ayat (1) UUD 1945, sebelum memangku jabatannya, Presiden dan Wakil Presiden bersumpah menurut agama, atau berjanji dengan sungguh-sungguh di hadapan MPR atau DPR. Menurut Mahkamah, secara rasional berdasarkan penalaran yang wajar dan praktik ketatanegaraan maka pengucapan sumpah anggota DPR dan Dewan Perwakilan Daerah pada periode tersebut lebih dahulu dilaksanakan,

pembentuk UU.

sesudahnya Presiden dan Wakil Presiden periode baru bersumpah menurut agama, atau berjanji dengan sungguh-sungguh di hadapan MPR. Jadi penyelenggaraan Pilpres dan Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan baik secara serentak maupun tidak serentak tidaklah mengubah agenda pengucapan sumpah Presiden dan Wakil Presiden sebagaimana dilaksanakan selama ini;

Selain pertimbangan persoalan praktik ketatanegaraan, MK RI juga memberikan pertimbangan “baru” yang “menggugurkan” pertimbangan dalam Putusan MK RI No. 51-52-59/PUU-VI/2008, yaitu untuk menentukan konstitusionalitas penyelenggaraan Pilpres apakah setelah atau bersamaan dengan penyelenggaraan Pileg, paling tidak harus memperhatikan 3 (tiga) pertimbangan pokok, yaitu kaitan antara sistem pemilihan dan pilihan sistem pemerintahan presidensial, *original intent* dari pembentuk UUD NRI Tahun 1945, efektivitas dan efisiensi penyelenggaraan pemilihan umum, serta hak warga negara untuk memilih secara cerdas. Berdasarkan 3 (tiga) pertimbangan tersebut, MK RI sampai pada keyakinan untuk memutuskan bahwa Pilpres dan Pileg diselenggarakan secara serentak, yang keberlakuannya ditunda pada Pemilu 2019.

b. Hak Mantan Terpidana dalam Menduduki Jabatan Publik

Perdebatan (isu) terkait berhak tidaknya mantan terpidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau lebih untuk menduduki jabatan publik merupakan perdebatan lama yang kembali mencuat jelang Pemilu 2019. Isu tersebut telah menjadi obyek pemeriksaan MK RI sejak tahun 2007, sebagaimana tampak dari Putusan MK RI No. 14 – 17/PUU-V/2007, Putusan No. MK RI No. 4/PUU-VII/2009, dan Putusan MK RI No. 42/PUU-XIII/2015. Dari ketiga putusan MK RI tersebut, telah terjadi praktik *overruling*, dimana MK RI memberi tafsir konstitusi yang berbeda terkait konstitusionalitas norma (*in casu* larangan mantan terpidana menduduki jabatan publik) pada beberapa undang-undang.

Dalam Putusan MK RI No. 14 – 17/PUU-V/2007, MK RI menolak permohonan dengan menyatakan bahwa Pasal 6 huruf t UU Pilpres, Pasal 16 Ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 Ayat (2) huruf d UU MA, Pasal 58 huruf f UU Pemda, dan Pasal 13 huruf g UU BPK, tidak bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945, sepanjang ketentuan

dimaksud diartikan tidak mencakup tindak pidana yang lahir karena kealpaan ringan (*culpa levis*) dan tindak pidana karena alasan politik tertentu serta dengan mempertimbangkan sifat jabatan tertentu yang memerlukan persyaratan berbeda.

Sementara dalam Putusan MK RI No. 4/PUU-VII/2009, MK RI justru mengabulkan permohonan untuk sebagian, yaitu dengan menyatakan Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UUPemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD (UU Pileg) serta Pasal 58 huruf f UU Pemda bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Meski tidak persis seirama, melalui Putusan MK RI No. 42/PUU-XIII/2015, MK RI juga mengabulkan permohonan untuk sebagian, sehingga Pasal 7 huruf g UU No. 8 Tahun 2015 tentang Pilkada bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan narapidana.

Ratio decidendi MK RI dalam Putusan MK RI No. 14 – 17/PUU-V/2007, yaitu bahwa setiap jabatan publik menuntut kepercayaan masyarakat sehingga perlu sejumlah persyaratan dalam pengisian jabatan tersebut agar diperoleh pejabat yang benar-benar bersih, jujur dan memiliki integritas moral yang tinggi. Bagi MK RI, seharusnya Pasal 27 ayat (1) yang dijadikan dasar permohonan dikaitkan pula dengan Pasal 28J UUD NRI Tahun 1945, sehingga meskipun setiap warga negara memiliki kesamaan kedudukan di dalam pemerintahan, namun negara dapat melakukan pembatasan melalui undang-undang. MK RI juga berpandangan bahwa terhadap jabatan publik yang pengisiannya melalui pemilihan oleh rakyat juga dibutuhkan persyaratan, sebagaimana tampak dari pertimbanganberikut:

... terhadap jabatan publik yang pengisiannya dilakukan dengan cara pemilihan oleh rakyat, hal tersebut tidaklah dapat sepenuhnya diserahkan kepada rakyat tanpa persyaratan sama sekali dan semata-mata atas dasar alasan bahwa rakyatlah yang akan memikul sendiri risiko pilihannya. Sebab, jabatan demikian haruslah dipangku oleh orang yang kualitas dan integritas tinggi.

Pencalonan seseorang untuk mengisi suatu jabatan publik dengan tanpa membeda-bedakan orang sebagaimana dimaksud Pasal 27 Ayat (1) UUD 1945 tidaklah berarti bahwa negara tidak boleh mengatur atau menentukan persyaratannya, sepanjang pengaturan dan/atau persyaratan itu

merupakan tuntutan objektif yang dibutuhkan oleh suatu jabatan atau aktivitas pemerintahan tertentu dan sepanjang pengaturan dan/atau persyaratan tersebut tidak bersifat diskriminatif dalam pengertian tidakmembeda-bedakan orang atas dasar agama, ras, suku, bahasa, jenis kelamin, keyakinan politik, atau status sosial tertentu lainnya. Jadi, haruslah dipahamibahwa pengaturan dan/atau penentuan persyaratan demikian adalah sebagaimekanisme yang akan memungkinkan pemilihan itu berlangsung secara wajardan terpercaya. Hal mana dapat dibenarkan oleh Pasal 28J Ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi, "*Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orangwajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undangdengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatanatas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adilsesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, danketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis*".

Meski memperkenankan adanya persyaratan dalam menduduki jabatan publik, namun MK RI memberi pengecualian terhadap mantan terpidana karena kealpaan ringan (*culpa levis*) dan karena alasan politik. Dalam tindak pidana karena kealpaan ringan sesungguhnya tidak terkandung unsur niat jahat (*mens rea*), sehingga orang yang dipidana karena kealpaannya bukanlah orang yang jahat. Pidanaan kealpaansesungguhnya tidaklah menggambarkan adanya moralitas kriminal pada diriorang itu melainkan semata-mata karena kekuranghati-hatiannya yang berakibat timbulnya perbuatan yang dapat dipidana.Selanjutnya terhadap perbuatan yang sesungguhnya merupakan ekspresi pandangan atau sikap politik (*politieke overtuiging*) yang dijamin dalam sebuah negara hukum yang demokratis, telah menjadi pandangan yang diterima secara universal bahwa kejahatan politik dalam pengertian demikian bukanlah termasuk pengertian kejahatan pada umumnya.

Berbeda dengan pandangan sebelumnya, MK RI dalam Putusan MK RI No. 4/PUU-VII/2009 berpandangan bahwa norma dalam UU Pileg dan UU Pemda yang berbunyi "*tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkanputusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetapkarena melakukan tindak pidana yang diancam pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*" jika diberlakukan tanpa syarat-syarat tertentu dapat menegasi prinsip persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan serta melanggar hak seseorang atau warga negara atas perlakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum, dan hak memperoleh kesempatan yang sama dalam

pemerintahan, yang pada hakikatnya merupakan moralitas hukum dan moralitas konstitusi. Oleh karenanya, norma tersebut bersifat inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*), sepanjang tidak dipenuhi syarat-syarat: (i) tidak berlaku untuk jabatan publik yang dipilih (*elected officials*); (ii) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya; (iii) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana; (iv) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.

Untuk menguatkan pendiriannya, MK RI menyetir pandangan pakar dan putusan MK RI sebelumnya dalam menguatkan amar seperti berikut ini:

bahwa norma hukum tidak dapat dilepaskan dari moralitas yang mendasarinya, yaitu keadilan, karena "kehadiran moral dalam hukum dilambangkan oleh keadilan" (Satjipto Rahardjo). Oleh karena itu, sebagaimana dikemukakan oleh Fuller, "*A Rule becomes law only if it has fulfilled some moral criterion, and not merely because it complies with formal requirement. For instance, unjust laws are not laws, though they fulfill the formal requirements. Morality consists of features without which a system cannot be properly called a legal system*", sehingga norma hukum mengenai persyaratan bagi seseorang untuk dapat menduduki atau mencalonkan diri dalam suatu jabatan publik yang mengabaikan keadilan sebagai lambing kehadiran moralitas dalam hukum, meskipun telah dibuat melalui prosedur yang semestinya oleh pembentuk Undang-Undang, dalam pandangan *Fuller* bukanlah hukum. Berdasarkan perspektif ini, perlu dipertimbangkan oleh Mahkamah apakah cukup adil dari segi moralitas hukum, apabila norma hukum mengenai persyaratan *a quo* dibandingkan dengan pemberian amnesti terhadap mereka yang terlibat dalam Pemerintah Revolusioner Republik Indonesia/Perjuangan Rakyat Semesta (PRRI/Permesta) dan Gerakan Aceh Merdeka (GAM) serta ditiadakannya persyaratan tidak terlibat secara langsung atau tidak langsung dengan pemberontakan G.30.S/PKI untuk menjadi calon anggota DPR, DPD, dan DPRD (Pasal 60 huruf g Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD) berdasarkan Putusan Mahkamah Nomor 011-017/PUU-I/2003 tanggal 24 Februari 2004;

Kemudian, melalui Putusan MK RI No. 42/PUU-XIII/2015 MK RI juga mengabulkan permohonan dengan menyatakan inkonstitusional bersyarat. Perbedaannya dengan dengan Putusan MK RI No. 4/PUU-VII/2009, yaitu MK RI melakukan "pengurangan" syarat yang harus dipenuhi manakala mantan terpidana ingin terlibat dalam

pengisian jabatan publik. Dalam dengan Putusan MK RI No. 4/PUU-VII/2009, ada empat persyaratan yaitu: tidak berlaku untuk *elected officials*), berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya, dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana, dan bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang. Namun dalam Putusan MK RI No. 42/PUU-XIII/2015, persyaratan hanya berupa: dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana.

Adapun pertimbangan MK dalam Putusan MK RI No. 42/PUU-XIII/2015 yaitu bahwa ketentuan dalam Pasal 7 huruf g UU Pilkada merupakan bentuk pengurangan hak atas kehormatan, yang dapat dipersamakan dengan pidana pencabutan hak-hak tertentu, dalam hal ini hak untuk dipilih dalam Pilkada. MK RI berpandangan bahwa UU tidak dapat mencabut hak pilih seseorang, melainkan hanya memberi pembatasan-pembatasan yang dalam Pasal 28 J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 dinyatakan bahwa pembatasan dapat dilakukan dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

c. Hak Menguasai Negara

Prinsip dasar mengenai hak menguasai negara bersumber dari Pasal 33 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 yang mengatakan bahwa "*Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat*". Isu mengenai hak menguasai negara tersebut lahir dari frasa "dikuasai oleh negara". Pemaknaan frasa "dikuasai oleh negara" mengemuka sejak lahirnya Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (UU No. 7 Tahun 2004).

Dalam Putusan MK RI No. 058-059-060-063/PUU-II/2004, Putusan MK RI No. 008/PUU-III/2005 serta Putusan MK RI No. 36/PUU-X/2012 hak menguasai negara diinterpretasikan terpenuhi manakala negara mengelola sendiri. Dalam konteks

Putusan-Putusan tersebut, hak penguasaan negara atas air terpenuhi manakala negara sebagai satu-satunya pengelola air. Sementara Putusan MK RI No. 85/PUU-XI/2013, hak penguasaan negara atas air dikatakan ada bilamana negara masih memegang kendali dalam melaksanakan tindakan pengurusan, pengaturan, pengelolaan dan pengawasan air. Sehingga isu *outruling*-nya terletak pada apakah hak menguasai negara berarti negara menjalankan sendiri pengelolaan air ataulah negara dapat mengizinkan pihak lain selama negara masih memegang kendali.

Dalam Putusan MK RI No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan MK RI No. 008/PUU-III/2005, MK RI melandaskan pertimbangannya pada prinsip dasar bahwa akses terhadap air merupakan bagian dari hak asasi manusia. Posisi air yang sedemikian penting membawa kesulitan tersendiri dalam menempatkan posisi negara dalam hubungannya dengan air sebagai benda publik atau benda sosial yang bahkan telah diakui sebagai bagian dari hak asasi manusia. Sebagaimana hak-hak asasi manusia lainnya posisi negara dalam hubungannya dengan kewajibannya yang ditimbulkan oleh hak asasi manusia, negara harus menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhinya (*to fulfil*).²⁶⁴ Secara konstitusional, landasan pengaturan air adalah Pasal 33 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 dan Pasal 28H UUD NRI Tahun 1945 yang memberikan dasar bagi diakuinya hak atas air sebagai bagian dari hak hidup sejahtera lahir dan batin yang artinya menjadi substansi dari hak asasi manusia.²⁶⁵ Air selain untuk pemenuhan kebutuhan manusia secara langsung, juga diperlukan untuk kebutuhan lainnya seperti pengairan untuk pertanian, pembangkit tenaga listrik, dan untuk keperluan industri. Pemanfaatan sumber daya air tersebut juga mempunyai andil yang penting bagi kemajuan kehidupan manusia, dan menjadi faktor yang penting pula bagi manusia untuk dapat hidup secara layak.²⁶⁶ Oleh karenanya, pengaturan sumber daya air tidak cukup hanya menyangkut pengaturan air sebagai kebutuhan dasar manusia yaitu sebagai hak asasi, tetapi juga perlu diatur pemanfaatan sumber daya air untuk

²⁶⁴ Putusan MK RI No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005, 487.

²⁶⁵ Ibid., 488.

²⁶⁶ Ibid., 490.

keperluan sekunder yang tidak kalah pentingnya bagi manusia agar dapat hidup secara layak.²⁶⁷

Melandaskan pada pemikiran tersebut maka MK RI meletakkan pengaturan mengenai air pada ranah hukum publik, seperti nampak dalam kutipan berikut:

Menimbang bahwa air adalah *res commune*, dan oleh karenanya harus tunduk pada ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, sehingga pengaturan tentang air harus masuk ke dalam sistem hukum publik yang terhadapnya tidak dapat dijadikan objek pemilikan dalam pengertian hukum perdata.

Sebagai konsekuensi dari pendapat tersebut, Hak Guna Pakai Air dalam UU No. 7 Tahun 2004 harus ditafsirkan sebagai turunan (*derivative*) dari hak hidup yang dijamin oleh UUD NRI Tahun 1945. Hak Guna Air bukan merupakan hak pemilikan atas air tetapi hanya terbatas pada hak untuk memperoleh dan memakai atau mengusahakan sejumlah (kuota) air sesuai dengan alokasi yang ditetapkan oleh Pemerintah kepada pengguna air.

Sebagai konsekuensi dari aspek publik dalam penguasaan atas air, maka meskipun negara mempunyai hak penguasaan atas air, pengelolaan terhadap air haruslah dilakukan secara transparan, yaitu dengan mengikutsertakan peran masyarakat, dan tetap menghormati hak-hak masyarakat hukum adat terhadap air, dengan demikian terbangun demokratisasi dalam sistem pengelolaan sumber daya air.

Poin penting yang menjadi titik perdebatan mengenai isu hak menguasai negara lahir dari pertimbangan MK RI yang mengatakan bahwa peran negara sebagai yang menguasai air, demikian perintah Pasal 33 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 yang dilaksanakan oleh Pemerintah atau Pemerintah Daerah tetap ada dan tidak dialihkan kepada dunia usaha atau swasta.

Pendapat mengenai hak menguasai negara tersebut mendapatkan penguatan dalam Putusan MK RI No. 36/PUU-X/2012, tanggal 13 November 2012 yang mengatakan bahwa:

“Hak menguasai negara” dengan meletakkan peringkat pertama pada pengelolaan sendiri oleh negara atas sumber daya alam, dalam hal ini minyak dan gas bumi, supaya perolehan pendapatnya lebih banyak, yang akan meningkatkan APBN dan selanjutnya akan meningkatkan usaha kearah sebesar-besar kemakmuran rakyat.”

²⁶⁷ Ibid.

Akan tetapi dalam pertimbangannya pada Putusan MK RI No. 85/PUU-XI/2013, Mahkamah menyatakan bahwa dalam pengusahaan air harus ada pembatasan yang sangat ketat sebagai upaya untuk menjaga kelestarian dan keberlanjutan ketersediaan air bagi kehidupan bangsa. Salah satu pembatasan yang dikemukakan berkaitan dengan interpretasi Pasal 33 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 sebagai berikut: *"...dan air yang menurut Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 harus dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat, maka pengawasan dan pengendalian oleh negara atas air sifatnya mutlak."* Selanjutnya dikatakan bahwa *"sebagai kelanjutan hak menguasai oleh negara dan karena air merupakan sesuatu yang sangat menguasai hajat hidup orang banyak maka prioritas utama yang diberikan pengusahaan atas air adalah Badan Usaha Milik Negara atau Badan Usaha Milik Daerah."* Dikatakan pula bahwa apabila semua pembatasan yang disebutkan oleh MK RI sudah terpenuhi dan ternyata masih ada ketersediaan air, Pemerintah masih dimungkinkan untuk memberikan ijin kepada usaha swasta untuk melakukan pengusahaan atas air dengan syarat-syarat tertentu dan ketat.²⁶⁸

Dalam Putusan MK RI No. 85/PUU-XI/2013, MK RI menegaskan bahwa hak penguasaan negara atas air dapat dikatakan ada bilamana negara masih memegang kendali dalam melaksanakan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), tindakan pengaturan (*regelendaad*), tindakan pengelolaan (*beheersdaad*), dan tindakan pengawasan (*toezichthoudensdaad*).²⁶⁹

Isu *overruling* terkait dengan hak menguasai negara tidak mudah ditemukan karena tidak ada kata-kata secara tegas yang mengemukakan hal tersebut, bahkan dalam pertimbangannya ketika menguji hak menguasai negara, MK RI menyatakan masih dalam pendirian yang sama. Namun demikian, jika dicari dengan cermat, diketahui bahwa terdapat perbedaan interpretasi yang dikemukakan oleh MK RI. Secara ringkas, dapat disampaikan bahwa interpretasi hak penguasaan negara mengalami pergeseran dari yang sebelumnya diartikan bahwa negara mengelola sendiri tanpa dialihkan oleh dunia usaha atau swasta; menjadi hak menguasai negara diartikan

²⁶⁸ Putusan MK RI No. 85/PUU-XI/2013.

²⁶⁹ Putusan MK RI No. 85/PUU-XI/2013, 140.

bahwa negara memegang kendali dalam melaksanakan tindakan pengurusan, pengaturan, pengelolaan, dan pengawasan terkait air.

d. Hak untuk Tidak Dituntut atas Dasar Hukum yang Berlaku Surut

Isu mengenai hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut sebagaimana diatur dalam Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 terletak pada pertanyaan apakah hak tersebut bersifat mutlak sebagaimana secara tekstual dirumuskan demikian: *"... hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun"* ataukah pemaknaan terhadap Pasal tersebut harus ditafsirkan secara sistematis-historis dengan Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945.

Mengenai isu tersebut, terdapat perbedaan interpretasi yang dibuat oleh MK RI. Dalam Putusan MK RI No. 013/PUU-I/2003 pada prinsipnya MK RI berpendapat bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut bersifat mutlak. Artinya, MK RI mengartikan secara langsung dan mandiri apa yang tertuang dalam teks Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945. Pendapat tersebut mengalami *overruling* dalam Putusan MK RI No. 065/PUU-II/2004, yang menyatakan bahwa ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 tidak berdiri sendiri melainkan harus dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945.

Pada Putusan MK RI No. 013/PUU-I/2003, MK RI mempertahankan empat pendirian umum terkait isu penerapan undang-undang secara retroaktif:

1. Bahwa pada dasarnya hukum itu harus berlaku ke depan (*prospectively*). Adalah tidak fair, jika seseorang dihukum karena perbuatan yang pada saat dilakukannya merupakan perbuatan yang sah. Adalah tidak fair pula jika pada diri seseorang diberlakukan suatu ketentuan hukum yang lebih berat terhadap suatu perbuatan yang ketika dilakukannya diancam oleh ketentuan hukum yang lebih ringan, baik yang berkenaan dengan hukum acara (*procedural*), maupun hukum material (*substance*).
2. Bahwa asas non-retroaktif lebih mengacu kepada filosofi pemidanaan atas dasar pembalasan (*retributive*), padahal asas ini tidak lagi merupakan acuan utama dari

sistem pemidanaan di negara kita yang lebih merujuk kepada asas preventif dan edukatif.

3. Bahwa telah menjadi pengetahuan umum bahwa pengesampingan asas non-retroaktif membuka peluang bagi rezim penguasa tertentu untuk menggunakan hukum sebagai sarana balas dendam (*revenge*) terhadap lawan-lawan politik sebelumnya. Balas dendam semacam ini tidak boleh terjadi, oleh karena itu harus dihindari pemberian peluang sekecil apapun yang dapat memberikan kesempatan ke arah itu.
4. Bahwa saat ini tengah berlangsung upaya penegakan hukum (*rule of law*) termasuk penegakan peradilan yang fair. Adapun jaminan minimum bagi suatu proses peradilan yang fair adalah: asas praduga tak bersalah (*presumption of innocence*), persamaan kesempatan bagi pihak yang berperkara, pengucapan putusan secara terbuka untuk umum, asas *ne bis in idem*, pemberlakuan hukum yang lebih ringan bagi perbuatan yang tengah berproses (*pending cases*), dan larangan pemberlakuan asas retroaktif. Dengan mengacu kepada syarat-syarat minimum tersebut di atas maka Undang-Undang No. 16 Tahun 2003 justru berselisihan arah dengan jaminan bagi suatu peradilan yang fair, karena jelas-jelas telah melanggar salah satu syarat yang harus dipenuhi, yaitu pemberlakuan asas retroaktif.²⁷⁰

Selanjutnya, MK RI juga memberikan pertimbangan secara khusus terhadap Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 mengenai hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut sebagai berikut:

Menimbang bahwa Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 itu mengukuhkan peraturan perundang-undangan sebelumnya dan menempatkan asas *a quo* dalam tingkatan peraturan perundang-undangan yang tertinggi (*hogere optrekking*) pada tataran hukum konstitusional. *Constitutie is de hoogste wet!* Negara tidaklah dapat menegasi UUD, karena jika demikian halnya, niscaya konstitusi telah menyayat-nyayat dagingnya sendiri (*de constitutie snijdt zijn eigen vlees*). Dengan mengacu pula kepada pendapat ahli Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H. maka ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berisi kemungkinan untuk melakukan pembatasan hak asasi manusia tidak dapat diberlakukan terhadap Pasal 28I ayat (1), karena adanya anak kalimat (frasa) "dalam keadaan apapun".

²⁷⁰ Putusan MK RI No. 013/PUU-I/2003, 38.

Menimbang bahwa dengan demikian Mahkamah berpendapat bahwa semua hak asasi dapat dibatasi, kecuali dinyatakan sebaliknya dalam UUD. Hal ini sesuai dengan kesimpulan Bryan A. Garner dalam Black's Law Dictionary page 1318 yang menyatakan : "*A retroactive law is non unconstitutional unless ... is constitutionally forbidden*".

Sampai pada titik ini maka jelas bahwa Mahkamah memiliki pendirian bahwa Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 harus ditafsirkan secara mutlak. Dengan kata lain, prinsip non-retroaktif menjadi suatu keharusan.

Pendapat MK RI tersebut dibantah (*overruling*) dengan pendapatnya sendiri dalam Putusan MK RI No. 065/PUU-II/2004, MK RI pada pokoknya menyatakan,

Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Meskipun rumusan harfiah demikian menimbulkan kesan seolah-olah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut bersifat mutlak, namun sesuai dengan sejarah penyusunannya, Pasal 28I ayat (1) tidak boleh dibaca secara berdiri sendiri melainkan harus dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2). Dengan cara demikian maka akan tampak bahwa, secara sistematis, hak asasi manusia – termasuk hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut -- tidaklah bersifat mutlak, karena dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2). Dengan membaca Pasal 28I ayat (1) bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2), tampaklah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut (retroaktif) tidaklah bersifat mutlak, sehingga dalam rangka "memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban", dapat dikesampingkan;

Berdasarkan pada pendapat MK RI diatas, maka diketahui bahwa non-retroaktif bukan merupakan hal yang mutlak seperti pada pendapat MK RI sebelumnya. Dalam menerapkan asas non-retroaktif haruslah juga diperhitungkan apakah dengan penerapan secara kaku asas non-retroaktif dimaksud akan menimbulkan ketidakadilan, merongrong nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum, sehingga apabila hal itu terjadi justru perlindungan kepada seorang individu secara

demikian bukanlah menjadi tujuan hukum.²⁷¹ Keseimbangan harus ditemukan antara kepastian hukum dan keadilan dengan memahami arti Pasal 28I ayat (1) UUD Tahun 1945 dengan tidak hanya mendasarkan pada teksnya, tetapi juga mempelajari pengertian asas tersebut dari sejarah, praktik dan tafsiran secara komprehensif.²⁷²

Isu *overruling* terkait dengan hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut cukup mudah ditemukan dan nampak jelas bahwa telah terjadi perbedaan penafsiran sebagaimana tertuang dalam Putusan MK RI No. 013/PUU-I/2003 yang kemudian di *overruling* dengan Putusan MK RI No. 065/PUU-II/2004.

e. Status Komisi Pemberantasan Korupsi

Justifikasi mengenai status Komisi Pemberantasan Korupsi Republik Indonesia (KPK) dalam struktur ketatanegaran Indonesia oleh MK RI telah mengalami perubahan dalam kurun waktu 11 tahun semenjak pertama kali diuji dalam Putusan MK RI No. 012-016-019/PUU-IV/2006. Perubahan pandangan terhadap status KPK yang dimaksud tersebut terkait dengan pendapat MK RI yang semula menyatakan status KPK sebagai lembaga negara di dalam cabang kekuasaan yudisial yang kemudian pandangannya berubah menjadi lembaga negara di dalam cabang kekuasaan eksekutif.

Perubahan atau pergeseran pandangan mengenai status KPK tersebut nampak melalui pendapat MK RI saat menguji Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU KPK) dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3). Dengan meletakkan dasar konstitusionalitas pada Pasal 24 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 yang berbunyi, "*Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.*", MK RI dalam Putusan sebelumnya memandang KPK sebagai salah satu badan atau lembaga negara yang fungsinya melakukan

²⁷¹ Putusan MK RI No. 065/PUU-II/2004, 52.

²⁷² Ibid.

penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan serta melakukan supervisi atas penanganan perkara-perkara korupsi yang dilakukan oleh institusi negara lain²⁷³, oleh karena itu, KPK dipandang sebagai institusi yudisial. Pendapat MK RI tersebut kemudian 'dievaluasi' kembali melalui Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017 dengan menyatakan bahwa KPK merupakan lembaga negara yang fungsinya sama dengan lembaga negara eksekutif (Kepolisian dan Kejaksaan) sehingga ia menjadi bagian dari eksekutif yang dikonstruksikan selaras dengan Pasal 4 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 yang menyatakan, "*Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar*".

Praktik *overruling* terhadap status KPK setidaknya teridentifikasi dari pendapat MK RI terhadap isu independensi, lembaga *super body*, dan cabang kekuasaan yudisial-eksekutif. Pada dasarnya, keseluruhan Putusan MK RI tersebut sepakat berpendapat bahwa KPK merupakan lembaga negara yang independen. Hal tersebut tercermin dalam salah satu pendapat MK RI dalam Putusan MK RI No. 37-39/PUU-VIII/2010 yang mengatakan, "*.... mengingat lembaga negara (KPK) yang akan dipimpin merupakan lembaga negara yang bersifat independen yang dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya bebas dari kekuasaan manapun.*"²⁷⁴

Frasa '*independen*' dan '*bebas dari kekuasaan manapun*' sejatinya mengalami pergeseran makna dalam beberapa Putusan MK RI. Pada Putusan MK RI No. 109/PUU-XIII/2015 dijelaskan bahwa:

... KPK sebagai badan khusus yang mempunyai kewenangan luas, independen, serta bebas dari kekuasaan manapun dalam upaya pemberantasan tindak pidana korupsi, yang pelaksanaannya dilakukan secara optimal, intensif, efektif, professional serta berkesinambungan, yang demikian seharusnya tidak memiliki ketergantungan secara tidak rasional dengan lembaga lain. **Ketergantungan terhadap lembaga lain demikian akan membuka peluang intervensi lembaga lain** tersebut kepada KPK yang dapat menyebabkan KPK menjadi tidak optimal dalam melaksanakan fungsinya bahkan dapat melemahkannya.²⁷⁵

²⁷³ Putusan MK RI No. 5/PUU-IX/2011, 75-76.

²⁷⁴ Putusan MK RI No. 37-39/PUU-VIII/2010, 58. Independensi KPK juga diperkuat dalam setidaknya Putusan MK RI No. 012-016-19/PUU-IV/2006, 269, dan Putusan MK RI No. 133/PUU-VII/2009, 65.

²⁷⁵ Putusan MK RI No. 109/PUU-XIII/2015, 144.

Hal demikian sejalan dengan Putusan terdahulu yakni Putusan MK RI No. 012-016-019/PUU-IV/2006 yang menegaskan pentingnya independensi KPK dari pengaruh kekuasaan manapun dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya supaya tidak terjadi keragu-raguan terhadap KPK.²⁷⁶ Pendapat demikian mengeksplicitkan bahwa KPK merupakan lembaga independen yang terlepas murni dari intervensi lembaga negara yang lain.

Pada tahun 2017, MK RI mengeluarkan pendapat yang bersifat membatasi pendapat 'independensi' sebelumnya yakni melalui Putusan MK RI No. 36/PUU/XV/2017. Putusan *a quo* menjelaskan bahwa "*walaupun dikatakan KPK independen dalam arti bebas dari pengaruh kekuasaan lain, namun DPR sebagai wakil rakyat berhak untuk meminta pertanggungjawaban pelaksanaan tugas dan kewenangan KPK...*".²⁷⁷ Dalam kaitannya uji materiil Pasal 79 ayat (3) UU No. 17 Tahun 2014 mengenai hak angket, MK RI menilai bahwa KPK dapat menjadi obyek hak angket DPR sebagai bagian dari fungsi pengawasan DPR terhadap KPK yang berkaitan dengan pelaksanaan tugas dan kewenangan KPK. Hal ini menunjukkan bahwa posisi KPK tidak independen seutuhnya, terdapat konsep akuntabilitas yang tidak menutup prinsip *check and balances* yang melibatkan pengawasan dari lembaga negara yang lain yang dalam pengujian tersebut adalah DPR.

Pandangan terhadap status KPK sebagai lembaga *superbody* juga mengalami pergeseran. Pendapat MK RI dalam Putusan MK RI No. 133/PUU-VII/2009 menjelaskan bahwa KPK adalah lembaga *extraordinary* dilihat dari sistem rekrutmen yang menerapkan prosedur yang luar biasa dengan seleksi dan syarat-syarat pengangkatan, pemberhentian, serta sanksi terhadap pimpinan KPK yang berbeda dengan pimpinan lembaga negara lain.²⁷⁸ Namun pendapat tersebut seolah ditepis oleh pendapat MK RI dalam Putusan MK RI No. 109/PUU-XIII/2015 yang menyatakan:

Meskipun tindak pidana korupsi merupakan kejahatan luar biasa, hal ini **tidaklah serta merta menyebabkan KPK menjadi lembaga *superbody***. Kendatipun dalam hal-hal tertentu KPK diberi kekhususan oleh Undang-Undang. Sistem penegakan hukum pidana di Indonesia merupakan

²⁷⁶ Putusan MK RI No. 012-016-019 /PUU-IV/2006, 269.

²⁷⁷ Putusan MK RI No. 36/PUU/XV/2017, 110.

²⁷⁸ Putusan MK RI No. 133/PUU-VII/2009, 65.

rangkaian keterkaitan antara lembaga penegak hukum yang ada dengan perangkat hukum pendukungnya. KPK adalah lembaga independen namun tidak dapat berdiri sendiri dalam menjalankan tugasnya untuk melakukan upaya pemberantasan korupsi. Demikian juga dengan lembaga penegak hukum lainnya. Oleh karena itu, upaya penguatan lembaga penegak hukum, baik KPK maupun lembaga penegak hukum lain menjadi penting. Selain itu upaya penguatan dimaksud tidak hanya dari segi instrument hukum pendukungnya, namun juga dari sumber daya aparat penegak hukum yang melaksanakan fungsi lembaga dimaksud.²⁷⁹

Pergeseran pendapat MK RI mengenai independensi dan sifat lembaga *super body* di atas menginisiasi diskusi akademik mengenai *overruling* terhadap isu intinya yakni status konstitusional KPK dalam struktur ketatanegaraan Indonesia. Semenjak tahun 2006, MK RI berpendapat bahwa KPK berada dalam ranah yudisial. Hal tersebut ditegaskan melalui *dissenting opinion* dalam Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017 yang menyatakan:

Secara hukum, serangkaian putusan Mahkamah Konstitusi telah berulang kali menyatakan independensi posisi KPK, di antaranya: (1) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-018/PUU-IV/2006, tertanggal 19 Desember 2006; (2) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 19/PUU-V/2007, tertanggal 13 November 2007; (3) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 37-39/PUU-VIII/2010, tertanggal 15 Oktober 2010; dan (4) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-IX/2011, tertanggal 20 Juni 2011. Independensi posisi KPK dalam sistem ketatanegaraan Indonesia masih dapat ditelisik dari belasan putusan Mahkamah Konstitusi yang lain. Secara umum, serangkaian putusan Mahkamah Konstitusi tersebut menegaskan:

- 1) Pembentukan lembaga seperti KPK dapat dianggap penting secara konstitusional (constitutionally important) dan keberadaan komisi-komisi negara semacam KPK telah merupakan suatu hal yang lazim.
- 2) Sifat kelembagaan KPK adalah sebagai lembaga penegakan hukum dalam bidang tindak pidana korupsi.
- 3) KPK merupakan lembaga negara yang bersifat independen yang dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya bebas dari (campur-tangan) kekuasaan manapun.
- 4) KPK adalah lembaga negara independen yang diberi tugas dan wewenang khusus antara lain melaksanakan sebagian fungsi yang terkait dengan kekuasaan kehakiman untuk melakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan serta melakukan supervisi atas penanganan perkara-perkara korupsi yang dilakukan oleh institusi negara yang lain.
- 5) Pimpinan bersifat kolektif dan berakhirnya masa jabatan pimpinan (dapat) habis secara bergantian (staggered terms).

²⁷⁹ Putusan MK RI No. 109/PUU-XIII/2015, 137.

Bahwa teori hukum tata negara dan rekaman putusan Mahkamah Konstitusi di atas telah menjadi benteng yang kokoh dalam mempertahankan dan meneguhkan posisi KPK dalam desain besar (grand design) agenda pemberantasan korupsi sebagai salah satu amanah pokok yang diperjuangkan para Era Reformasi serta menegaskan bahwa KPK merupakan lembaga independen yang bukan berada di dalam tiga cabang kekuasaan negara di dalam doktrin trias politika. Dengan demikian, telah jelas KPK bukan termasuk dalam cabang kekuasaan eksekutif.²⁸⁰

Pendapat MK RI di atas dijalankan konsisten dengan meletakkan dasar argumen bahwa doktrin klasik tentang pemisahan kekuasaan negara ke dalam tiga cabang kekuasaan telah jauh berkembang sehingga di era kini lahirnya komisi negara yang bahkan bersifat kuasi seperti KPK merupakan hal yang lazim.²⁸¹ Pembentukan KPK dipandang sebagai pembentukan lembaga yang terkait dengan fungsi kekuasaan kehakiman untuk melakukan penyelidikan, penyidikan dan penutupan serta melakukan supervisi atas penanganan perkara-perkara korupsi yang dilakukan oleh institusi negara lain.²⁸² Pendapat tersebut dianggap konstitusional berdasarkan Pasal 24 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 yang menyatakan "*Badan-Badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.*".²⁸³ Dengan kata lain, KPK dikonstruksikan sebagai badan lain yang fungsinya terkait dengan kekuasaan kehakiman (yudisial).

Belakangan, melalui Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017, MK RI melakukan praktik *overruling* terhadap pendapat terdahulu yang menyebutkan KPK berada dalam ranah yudisial. Dijelaskan melalui Putusan *a quo* bahwa:

Dengan demikian, dasar pembentukan KPK ialah karena belum optimalnya lembaga negara in casu Kepolisian dan Kejaksaan yang mengalami public distrust dalam pemberantasan tindak pidana korupsi. Dalam rangka mengembalikan kepercayaan masyarakat terhadap penegakan hukum, dibentuklah KPK. Dalam konstruksi demikian, secara tugas dan fungsi, Kepolisian, Kejaksaan, dan **KPK merupakan lembaga yang berada di ranah eksekutif.**²⁸⁴

...

Dalam pandangan Mahkamah, **KPK sebenarnya merupakan lembaga di ranah eksekutif**, yang melaksanakan fungsi-fungsi dalam domain

²⁸⁰ Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017, 124-125.

²⁸¹ Putusan MK RI No. 012-016-019/PUU-IV/2006, 268.

²⁸² Baca Putusan MK RI No. 5/PUU-IX/2011, 75-76.

²⁸³ Putusan MK RI No. 49/PUU-XI/2013, 30.

²⁸⁴ Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017, 108-109.

eksekutif, yakni penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan. KPK jelas bukan di ranah yudikatif, karena bukan badan pengadilan yang berwenang mengadili dan memutus perkara. KPK juga bukan badan legislatif, karena bukan organ pembentuk undang-undang.²⁸⁵

...
*secara tekstual, jelas bahwa **KPK adalah organ atau lembaga yang termasuk eksekutif** dan pelaksana undang-undang di bidang penegakan hukum khususnya dalam pemberantasan tindak pidana korupsi.*²⁸⁶

Pendapat di atas menunjukkan bahwa MK RI telah melakukan koreksi terhadap pendapatnya sendiri pada Putusan-Putusan sebelumnya. Jika Putusan sebelumnya menunjukkan bahwa KPK merupakan badan yudisial sehingga konsekwensi logisnya ketika MK RI mengikuti persepsi yang sama, maka ia tidak dapat dikenakan hak angket. Namun MK RI memilih untuk melakukan praktik *overruling* yang tujuan dari praktik tersebut adalah merubah persepsi dengan menegaskan bahwa KPK merupakan lembaga negara yang ada dalam kekuasaan eksekutif sehingga konsekwensi yang kemudian mempengaruhi amar Putusan tersebut adalah KPK dapat dikenakan hak angket oleh DPR.

f. Hak atas Kepastian Hukum: Pemaknaan Frasa "Dapat Merugikan Keuangan Negara"

Definisi mengenai tindak pidana korupsi dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU Tipikor) setidaknya telah mengalami pengujian materiil dua kali di MK RI terkait frasa "dapat". Baik dalam Pasal 2 ayat (1)²⁸⁷ maupun Pasal 3²⁸⁸ UU

²⁸⁵ Ibid. 109.

²⁸⁶ Ibid., 111.

²⁸⁷ Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 menyatakan, "*Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang **dapat** merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana penjara dengan penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp. 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah).*"

²⁸⁸ Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 berbunyi, "*Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang **dapat** merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan atau denda paling sedikit Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah).*"

a quo menentukan klasifikasi perbuatan yang termasuk tindak pidana korupsi dengan salah satu unsurnya yakni “dapat merugikan keuangan negara dan perekonomian negara”. Pemaknaan terhadap frasa tersebut dilakukan dengan interpretasi yang berbeda oleh MK RI meski menggunakan dasar konstitusional yang sama dalam melandasi argumentasinya yaitu Pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945²⁸⁹.

Praktik *overruling* terkait frasa “dapat” di atas dapat dijumpai melalui Putusan MK RI No. 003/PUU-IV/2006 dan Putusan MK RI No. 25/PUU-XIV/2016. Kedua Putusan MK RI tersebut memiliki tafsiran yang berbeda terhadap frasa ‘jaminan kepastian hukum’ dalam Pasal 28D ayat (1) UUD NRI 1945 dikaitkan dengan frasa ‘dapat’ dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor. Pada Putusan MK RI No. 003/PUU-IV/2006, MK RI menafsirkan ‘jaminan kepastian hukum’ dalam penerapan unsur merugikan keuangan negara sebagai *potential loss*. Tafsiran yang sama tidak digunakan oleh MK RI pada Putusan MK RI No. 25/PUU-XIV/2016, dimana MK RI justru menggunakan konsep *actual loss* untuk menjamin kepastian hukum.

Pada Putusan MK RI No. 003/PUU-IV/2006, MK RI berpendapat bahwa perbuatan tindak pidana korupsi tidak hanya berupa tindakan nyata melainkan termasuk kemungkinan yang akan terjadi atau diistilahkan dengan *potential loss*.²⁹⁰ Dengan menggunakan konsep *potential loss*, maka suatu perbuatan yang disangkakan sebagai tindak pidana korupsi dapat dituntut di depan pengadilan tanpa perlu melihat ada atau tidaknya akibat nyata yang timbul dari perbuatan tersebut, melainkan hanya melihat pemenuhan unsur perbuatan yang dirumuskan.

Ratio decidendi yang digunakan MK RI untuk menerapkan konsep *potential loss* dapat dilihat melalui pendapat di bawah ini:

Menimbang bahwa Mahkamah berpendapat, kerugian yang terjadi dalam tindak pidana korupsi, terutama yang berskala besar, sangatlah sulit untuk dibuktikan secara tepat dan akurat. Ketepatan yang dituntut sedemikian rupa, akan menimbulkan keraguan, apakah jika satu angka jumlah kerugian diajukan dan tidak selalu dapat dibuktikan secara akurat, namun kerugian

²⁸⁹ Pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 menyatakan, “*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.*”

²⁹⁰ Putusan MK RI No. 003/PUU-IV/2006, 70-72.

telah terjadi, akan berakibat pada terbukti tidaknya perbuatan yang didakwakan. Hal demikian telah mendorong antisipasi atas akurasi kesempurnaan pembuktian, sehingga menyebabkan dianggap perlu mempermudah beban pembuktian tersebut. Dalam hal tidak dapat diajukan bukti akurat atas jumlah kerugian nyata atau perbuatan yang dilakukan adalah sedemikian rupa bahwa kerugian negara dapat terjadi, telah dipandang cukup untuk menuntut dan memidana pelaku, sepanjang unsur dakwaan lain berupa unsur memperkaya diri atau orang lain atau suatu korporasi dengan cara melawan hukum (*wederrechtelijk*) telah terbukti.²⁹¹

Bahwa untuk menjamin kepastian hukum agar suatu tindak pidana korupsi benar-benar dapat ditangani dengan serius, maka MK RI merasa perlu untuk mempermudah beban pembuktian dengan tidak melihat pada akibat dari perbuatan. Dengan demikian, tindak pidana korupsi digolongkan sebagai delik formil dimana mensyaratkan pada pemenuhan unsur-unsur perbuatan. Hal tersebut jelas berbeda dengan delik materiil yang mensyaratkan akibat perbuatan berupa kerugian yang timbul tersebut harus telah terjadi.²⁹²

Meski MK RI berpendapat bahwa akibat dari perbuatan tidak menjadi penentu dalam proses pembuktian, MK RI memberi penafsiran tambahan bahwa unsur kerugian negara tetap harus dibuktikan dan harus dapat dihitung oleh seorang ahli di bidangnya, meskipun sebagai perkiraan atau belum terjadi.²⁹³ Nampaknya dalam pertimbangannya, MK RI tidak berkeinginan pendapatnya tersebut dapat ditafsir secara bebas melainkan harus dalam kerangka batasan bahwa sekalipun kerugian negara belum dapat ditentukan ketepatannya, namun kerugian negara tersebut harus dapat dibuktikan dan dihitung.

Pada tahun 2016, MK RI melakukan praktik *overruling* terhadap pendapat terdahulunya. Hal tersebut dinyatakan secara jelas pada Putusan MK RI No. 25/PUU-XIV/2016 yang menyatakan, "*... terdapat alasan yang mendasar bagi Mahkamah untuk mengubah penilaian konstitusionalitas dalam putusan sebelumnya, karena penilaian sebelumnya telah nyata secara berulang-ulang justru menimbulkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan dalam pemberantasan*

²⁹¹ Putusan MK RI No. 003/PUU-IV/2006, 71.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Ibid. 72.

korupsi'.²⁹⁴ Pada Putusan *a quo*, MK RI berpendapat bahwa konsep *potential loss* yang diterapkan pada Putusan sebelumnya justru tidak menimbulkan ketidakpastian hukum serta bertentangan dengan prinsip perumusan tindak pidana yang harus memenuhi prinsip hukum tertulis (*lex scripta*).²⁹⁵ Adapun alasan ketidaksependapat MK RI terhadap Putusan sebelumnya adalah sebagai berikut:

Kondisi tersebut²⁹⁶ tentu dapat menyebabkan pejabat publik takut mengambil suatu kebijakan atau khawatir kebijakan yang akan diambil akan dikenakan tindak pidana korupsi sehingga di antaranya akan berdampak pada stagnasi proses penyelenggara negara, rendahnya penyerapan anggaran, dan terganggunya pertumbuhan investasi. Kriminalisasi kebijakan terjadi karena terdapat perbedaan pemaknaan kata "dapat" dalam unsur merugikan keuangan negara dalam tindak pidana korupsi oleh aparat penegak hukum, sehingga seringkali menimbulkan persoalan mulai dari perhitungan jumlah kerugian negara yang sesungguhnya sampai kepada lembaga manakah yang berwenang menghitung kerugian negara.²⁹⁷

Dengan alasan di atas, MK RI selanjutnya melakukan penilaian kembali terhadap Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor. Pada Putusan yang terakhir, MK RI menggunakan konsep *actual loss* untuk menjamin kepastian hukum dan bersesuaian dengan upaya sinkronisasi dan harmonisasi instrumen hukum nasional dan internasional. Frasa "dapat merugikan keuangan negara" dinilai harus memenuhi persyaratan 'benar-benar nyata atau aktual terjadi'. Hal tersebut menyimpulkan bahwa tindak pidana korupsi adalah delik materiil yang memperhatikan adanya akibat untuk dapat dituntut di depan pengadilan. Selain itu, penerapan konsep *actual loss* dapat menjadi upaya sinkronisasi dan harmonisasi dengan peraturan perundang-undangan yang lain seperti UU Administrasi Pemerintahan, UU Perbendaharaan Negara, UU BPK, serta the 2003 United Nation Convention Against Corruption yang semuanya menganut konsep *actual loss*.²⁹⁸

²⁹⁴ Putusan MK RI No. 25/PUU-XIV/2016, 115.

²⁹⁵ Ibid. 113-114.

²⁹⁶ Pemaknaan kata "dapat" dengan konsep *potential loss*.

²⁹⁷ Ibid. 113.

²⁹⁸ Ibid. 114.

2. Pencarian Kebenaran sebagai Legitimasi Praktik *Overruling* Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Jika Sub-judul B.1 fokus dengan temuan praktik-praktik *overruling* oleh MK RI maka Sub-judul ini fokus dengan isu legitimasi praktik *overruling* secara oleh MK RI (di mana nantinya, *infra* Sub-judul B.3, akan ditindaklanjuti dengan anotasi kasus per kasus untuk menemukan praktik *overruling* yang benar-benar memiliki legitimasi dan tidak). Fokus Sub-judul ini tidak sama dengan *supra* BAB IV Sub-judul 3.b. Fokus Sub-judul ini adalah elaborasi pemikiran umum tentang legitimasi praktik *overruling* untuk diberlakukan sebagai dasar legitimasi bagi MK RI dalam melakukan hal yang sama.

Prinsipnya secara umum adalah praktik *overruling* oleh MK RI memiliki legitimasi sepanjang ditujukan untuk mengejar kebenaran konstitusional dalam rangka interpretasi konstitusi, yaitu UUD NRI Tahun 1945. Itu artinya, secara *legal*, *sociological* maupun *moral* MK RI dituntut untuk memberikan interpretasi konstitusi secara benar, sehingga ketika di kemudian hari dirasa ada kesalahan dalam interpretasi konstitusi yang dahulu dilakukan maka teknik korektifnya adalah dengan MK RI melakukan *overruling*.

a. Legitimasi Legal

Uraian ini berisi justifikasi legitimasi dari aspek legal, ketika MK RI melakukan salah satu kewenangannya dalam pengujian undang-undang. Dari sisi legitimasi *legal*, kebenaran atas interpretasi konstitusi adalah tuntutan substansial karena kesalahan dalam interpretasi konstitusi merupakan praktik perubahan konstitusi yang inkonstitusional. Oleh karena itu, sesuai asasnya yaitu supremasi konstitusi, konstitusi adalah standar yang menentukan kebenaran dari/untuk interpretasinya. Uraian ini akan mengarah pada penelusuran peraturan perundang-undangan di Indonesia (khususnya UUD dan UU terkait kekuasaan kehakiman dan MK) yang mengandung perintah atau tuntutan agar MK RI melakukan interpretasi konstitusi secara benar dalam pengujian UU demi mewujudkan supremasi konstitusi.

Secara teoretik, MK RI berfungsi sebagai *the guardian of the constitution* dan *the final interpreter of the constitution*. Kedua fungsi tersebut diemban dalam rangka

mewujudkan prinsip supremasi konstitusi, yang bermakna bahwa konstitusi memiliki otoritas tertinggi dalam sistem hukum sebuah negara. Oleh karenanya, Jimly Asshiddiqie mengatakan bahwa konstitusi itu wajib ditegakkan, jangan biarkan norma yang terkandung di dalamnya menjadi sekedar di atas kertas, yang kemudian ditegakkan oleh Abbe de Sieyes sebagai berikut: "*a constitution is a body of obligatory laws, or it is nothing*".²⁹⁹

Cikal bakal pemikiran akan pengakuan ajaran supremasi konstitusi muncul sebelum kemerdekaan, tampak melalui percakapan *the founding fathers* dalam persidangan Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI), khususnya ketika mempersiapkan dan membahas penyusunan "hukum dasar" yang kemudian dikenal dengan UUD NRI Tahun 1945, yang kemudian disahkan tanggal 18 Agustus 1945. Ketika telah merdeka, pengakuan ajaran supremasi konstitusi diawali dengan pengesahan hukum dasar (UUD) oleh PPKI tanggal 18 Agustus 1945, selanjutnya melalui Konstitusi RIS, UUD Sementara 1950, pemberlakuan kembali UUD 1945 pada 5 Juli 1959, dan UUD NRI hasil amandemen Pertama sampai Keempat. Dokumen hukum berikut yang menggambarkan pengakuan ajaran supremasi konstitusi yaitu Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966, Ketetapan MPR No. III/MPR/2000, UU No. 10 Tahun 2004 dan UU No. 12 Tahun 2011, yang mana menempatkan UUD NRI Tahun 1945 sebagai salah satu jenis peraturan perundang-undangan pada kedudukan yang paling tinggi (*supreme*) dibandingkan dengan peraturan perundang-undangan lainnya, seperti Undang Undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden dan Peraturan Daerah.

Konstitusi sebagai hukum dasar tertinggi atau yang *supreme*, pemaknaannya bisa dalam arti formal dan substantif. Pemaknaan secara formal tampak dengan adanya sebuah dokumen UUD NRI Tahun 1945 pra dan pasca amandemen. Sedangkan pemaknaan konstitusi secara substantif, tampak dari dua indikasi. *Pertama*, dalam dokumen UUD NRI Tahun 1945 yang disahkan PPKI dan diberlakukan kembali melalui Dekrit Presiden, pada bagian Romawi I Penjelasan Umum UUD negara

²⁹⁹ Ni'matul Huda, *Problematika Pembatalan Peraturan Daerah* (FH UII Press) 75.

Indonesia, dinyatakan: “*Undang-Undang Dasar suatu negara ialah hanya sebagian dari hukumnya dasar negara itu. Undang-Undang Dasar ialah hukum dasar yang tertulis, sedang di sampingnya Undang-Undang Dasar itu berlaku juga hukum dasar yang tidak tertulis, ialah aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam praktek penyelenggaraan negara meskipun tidak tertulis*”. Indikasi *Kedua*, tampak dari pendapat Jimly Asshiddiqie yang berujar tentang ruang lingkup “konstitusi” sebagai dasar pengujian undang-undang, yaitu bahwa konstitusionalitas tidak hanya terbatas pada apa yang tertulis dalam naskah undang-undang dasar.³⁰⁰ Oleh karena itu, bagi Jimly sebagaimana dikutip Uumbu Rauta dan Ninon Melatyugra, untuk menilai atau menguji konstitusionalitas suatu undang-undang, kita dapat mempergunakan beberapa alat pengukur atau penilai, yaitu³⁰¹:

- a. naskah undang-undang dasar yang resmi tertulis;
- b. dokumen-dokumen tertulis yang terkait erat dengan naskah undang-undang dasar itu, seperti risalah-risalah, keputusan dan ketetapan MPR, undang-undang tertentu, peraturan tata tertib, dan lain-lain;
- c. nilai-nilai konstitusi yang hidup dalam praktik ketatanegaraan yang telah dianggap sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari keharusan dan kebiasaan dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara; serta
- d. nilai-nilai yang hidup dalam kesadaran kognitif rakyat serta kenyataan perilaku politik dan hukum warga negara yang dianggap sebagai kebiasaan dan keharusan-keharusan yang ideal dalam perikehidupan berbangsa dan bernegara.

Ketika negara Indonesia menganut ajaran supremasi konstitusi, maka salah satu implikasinya yaitu pentingnya kehadiran lembaga adjudikasi konstitusional yang bertugas “menjaga” konstitusi. Kesadaran perlunya lembaga adjudikasi dapat ditelusur dari tiga hal. *Pertama*, penelusuran percakapan persidangan BPUPKI dan PPKI 1945 serta Sidang Tahunan MPR 1999 – 2002; *Kedua*, teori penjenjangan norma, dan *Ketiga*, pengaturan dalam hukum positif Indonesia.

Dalam persidangan BPUPKI tanggal 11 Juli 1945 ketika membahas agenda enam alat perlengkapan negara Indonesia (*The six powers of the Republic of Indonesia*), khusus tentang Balai Agung dan Mahkamah Tinggi, Muhammad Yamin berujar

³⁰⁰ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang Undang* (Konstitusi Press 2006) 7.

³⁰¹ Uumbu Rauta dan Ninon Melatyugra, “Hukum Internasional sebagai Alat Interpretasi dalam Pengujian Undang-Undang” (2018) 15 *Jurnal Konstitusi* 73, 80.

demikian³⁰²: *Mahkamah inilah yang setinggi-tingginya, sehingga dalam membanding undang-undang, maka Balai Agung inilah yang akan memutuskan apakah sejalan dengan hukum adat, syariah dan Undang-undang Dasar.* Selanjutnya dalam persidangan tanggal 15 Juli 1945, anggota BPUPKI lainnya yaitu Muhammad Hatta kembali mengemukakan pikirannya secara lebih lengkap perihal Balai Agung dan Mahkamah Islam Tinggi, sebagai berikut³⁰³:

Balai Agung janganlah saja melaksanakan bagian kehakiman, tetapi juga hendaklah menjadi badan yang membanding, apakah Undang-undang yang dibuat oleh Dewan Perwakilan, tidak melanggar Undang-undang Dasar republik atau bertentangan dengan hukum adat yang diakui, ataukah tidak bertentangan dengan syariah agama Islam. Jadi, dalam Mahkamah Tinggi itu, hendaknya dibentuk badan sipil dan kriminil, tetapi juga Mahkamah Adat dan Mahkamah Islam Tinggi, yang pekerjaannya tidak saja menjalankan kehakiman, tetapi juga membanding dan memberi laporan tentang pendapatnya kepada Presiden Republik tentang segala hal yang melanggar hukum dasar, hukum adat dan aturan syariah.

Meski gagasan Yamin dan Hatta memperoleh tanggapan penolakan dari Soepomo dengan alasan bahwa sistem tersebut kurang sejalan dengan ajaran pembagian kekuasaan dan secara teknis belum siap dan masih minimnya pengalaman para ahli hukum Indonesia perihal pengujian, namun gagasan dan percakapan anggota BPUPKI tersebut merupakan merupakan cikal bakal perlunya lembaga adjudikasi yang membanding (baca: menguji) peraturan perundang-undangan sehingga tidak bertentangan dengan hukum dasar (konstitusi).³⁰⁴ Meskipun dalam dokumen UUD NRI Tahun 1945 yang disahkan tanggal 18 Agustus 1945 belum diakomodir kaidah terkait lembaga adjudikasi konstitusional, tidak berarti gagasan tersebut menjadi hilang. Saat berlakunya Konstitusi RIS 1949, gagasan Yamin akhirnya diakomodir, khususnya dalam Pasal 156 ayat (1) dan (2).

Selanjutnya, saat sidang Perubahan Pertama UUD NRI Tahun 1945 di tahun 1999, muncul kembali gagasan pentingnya lembaga pengujian undang-undang.³⁰⁵ Andi

³⁰² Saafroedin Bahar, dkk, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia, Jakarta, Sekretariat Negara Republik Indonesia*, 183.

³⁰³ Saafroedin Bahar, *Risalah ...*, Ibid., 299.

³⁰⁴ Umu Rauta, *Konstitusionalitas Pengujian Peraturan Daerah* (Genta Publishing 2016) 85.

³⁰⁵ Acuan atau referensi berkenaan dengan percakapan dalam sidang perubahan UUD 1945 baik Perubahan Pertama sampai Perubahan Keempat, yaitu *Naskah Komprehensif Perubahan*

Mattalatta dari Fraksi Golkar mengetengahkan bahwa perlu ada pembatasan terhadap wewenang MA melakukan *judicial review*. Menanggapi usulan Andi Mattalatta, Khofifah Indar Parawansa dari Fraksi Kebangkitan Bangsa justru meminta kewenangan MA diperluas tidak hanya terbatas pada kewenangan menguji peraturan pemerintah saja tapi juga mencakup pengujian undang-undang. Usulan Khofifah direspon oleh Hendy Tjaswadi dari Fraksi TNI/Polri, dengan gagasannya agar wewenang *judicial review* oleh MA berpatokan pada UUD 1945.

Percakapan tentang pentingnya lembaga adjudikasi konstitusional semakin mengkristal saat Perubahan Kedua tahun 2000. Ketika PAH I BP MPR melakukan rapat dengar pendapat dengan Mahkamah Agung pada tanggal 17 Februari 2000, Paulus Efendi Lotulung, salah satu wakil MA yang hadir menyampaikan pendapat bahwa pembentukan MK RI tergantung dari sistem hukum dan politik hukum yang ingin digariskan. Apabila ingin memberikan *review* pada badan peradilan tetapi bukan MA, harus dibentuk MK RI. Muara dari percakapan perihal tersebut, tampak pada hasil Perubahan Ketiga, yang diputuskan dalam Rapat Paripurna MPR RI ke-7 tanggal 9 November 2001, yaitu amandemen pada Pasal 24A ayat (1) dan Pasal 24C ayat (1).

Dari aspek teori penjenjangan norma hukum, adalah Adolf Merkel, Hans Nawiaski, maupun Hans Kelsen yang mengembangkan doktrin "*hierarchy of norms*" (*Stufenbau der Rechtsordnung*), yang menempatkan konstitusi (*verfassungsrecht*) pada puncak hirarki norma hukum. Hukum tertinggi inilah yang menentukan bentuk dan lingkup isi undang-undang biasa (*einfaches Gesetzesrecht, statutory law*).³⁰⁶ Di Indonesia, ajaran Hans Nawiasky, mengilhami Hamid Attamimi³⁰⁷ sehingga mengelompokkan struktur hirarki tata hukum Indonesia seperti berikut³⁰⁸:

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945; Latar belakang, Proses, dan Hasil pembahasan 1999-2002, (edisi revisi), Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010 (Khususnya Buku VI tentang Kekuasaan Kehakiman).

³⁰⁶ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara* (Konstitusi Press 2006) 52.

³⁰⁷ Hamid Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara ; Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam kurun waktu Pelita I – Pelita IV*, (Disertasi Ilmu Hukum Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia) 287.

³⁰⁸ Struktur tersebut didasarkan pada Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966, yang mana telah diganti dengan Ketetapan MPR No. III/MPR/2000, selanjutnya diganti dengan UU No. 10 Tahun

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

Dianutnya ajaran penjenjangan norma hukum dalam sistem norma hukum Indonesia, juga dipertegas oleh Maria Farida Indrati bahwa dalam sistem norma hukum Negara Republik Indonesia, maka norma-norma hukum yang berlaku berada dalam suatu sistem yang berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang sekaligus berkelompok-kelompok, dimana suatu norma itu selalu berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, dan norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma dasar negara (*staatsfundamentalnorm*) Republik Indonesia yaitu Pancasila.³⁰⁹

Ajaran pertingkatan norma sebagaimana diutarakan Kelsen dan Nawiasky juga dianut sebagaimana tampak dalam beberapa peraturan perundang-undangan yang pernah dan sedang berlaku, berawal dari Tap MPRS RI No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR Mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia Dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia, Tap MPR No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan, UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, dan UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Selanjutnya, dari perspektif hukum positif Indonesia, jaminan eksistensi lembaga ajudikasi konstitusional beranjak dari ketentuan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 24C ayat (5) UUD NRI Tahun 1945. Pasal 24 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 terkait hakekat kekuasaan kehakiman sebagai kekuasaan yang merdeka dalam menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Sedangkan Pasal 24C ayat (1) terkait salah satu kewenangan utama MK RI menguji undang-

2004, dan terakhir dengan UU No. 12 Tahun 2011.

³⁰⁹ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-undangan – Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan* (Kanisius) 57.

undang terhadap Undang-Undang Dasar.

Berdasarkan ketentuan Pasal 24C ayat (6) dan Pasal 25 UUD NRI Tahun 1945, dibentuklah Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK). Dalam Pasal 2 UU MK ditegaskan bahwa MK RI merupakan salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, MK RI berwenang menguji undang-undang terhadap UUD NRI Tahun 1945, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a UU MK. Pengujian undang-undang dilakukan secara materil (materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang) dan secara formil (proses pembentukan undang-undang) sebagaimana diatur dalam Pasal 51 ayat 3 UU MK *juncto* Pasal 4 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 6 Tahun 2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang (PMK No. 6 Tahun 2005).

Sebagaimana telah diuraikan pada bagian sebelumnya, tugas pokok lembaga adjudikasi konstitusional (MK RI) yaitu menjaga konstitusi dari berbagai "gangguan atau serangan" melalui pembentukan legislasi oleh pembentuk UU. Dalam menjaga konstitusi, aktivitas yang dilakukan MK RI yaitu menginterpretasi konstitusi secara benar saat menguji undang-undang. Perintah dan kewajiban bagi MK RI agar melakukan interpretasi konstitusi secara benar dapat ditelusuri dari beberapa norma atau kaidah pada tataran konstitusi (formal) dan undang-undang terkait kekuasaan kehakiman dan MK.

Dalam Pasal 24 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 *juncto* Pasal 2 UU MK, ditegaskan bahwa MK RI merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Makna implisit dari ketentuan konstitusional tersebut yaitu MK harus menegakkan (menjunjung tinggi) hukum dan keadilan, yang terkandung dalam konstitusi, baik dalam pemaknaan formal/tekstual (UUD NRI Tahun 1945) maupun secara substantif. Dalam kerangka itulah, MK RI mengemban salah satu kewenangan pokoknya, sebagaimana diatur dalam Pasal 24C ayat (1) yaitu menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Ketentuan dalam Pasal 24C ayat (1)

tersebut diatur lebih lanjut dalam Pasal 29 ayat (1) huruf a UU Kekuasaan Kehakiman, Pasal 10 ayat (1) huruf a UU MK, dan Pasal 1 angka 1 dan 2 PMK No. 6 Tahun 2005. Kewenangan tersebut membuktikan bahwa MK RI berwenang menguji undang-undang yang diduga tidak sejalan atau bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Sementara frase "Undang-Undang Dasar" yang boleh jadi bermakna formal/tekstual atau substantif, memberi gambaran bahwa MK RI harus menjadikan konstitusi sebagai batu uji atau standar dalam melakukan interpretasi yang benar dalam upaya menentukan apakah undang-undang yang dimohonkan pengujian sesuai atau sejalan dengan kaidah dalam konstitusi. Tuntutan agar MK RI melakukan interpretasi konstitusi secara benar tampak dari sumpah atau janji hakim konstitusi dalam Pasal 21 UU MK yang berbunyi: "*... saya bersumpah/berjanji bahwa saya akan memenuhi kewajiban hakim konstitusi dengan sebaik-baiknya dan seadil-adilnya, memegang teguh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 ...*"

Dalam rangka mewujudkan tuntutan melakukan interpretasi konstitusi secara benar, dalam beberapa perundang-undangan diatur beberapa prasyarat, di antaranya terkait: kualifikasi hakim konstitusi, proses pengisian jabatan hakim konstitusi, hukum acara dan peluang pengujian kembali UU yang sama (*rejudicial review*). Terkait kualifikasi hakim konstitusi, dalam Pasal 24C ayat 5 UUD NRI Tahun 1945 *juncto* Pasal 15 UU MK disebutkan bahwa Hakim Konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaran. Kemudian dalam Pasal 17 UU MK diatur bahwa pencalonan hakim konstitusi dilaksanakan secara transparan dan partisipatif. Perwujudannya tampak melalui pembentukan panitia atau tim seleksi yang independen dan materi seleksi yang tidak saja bersifat administratif tetapi substantif yang berkenaan dengan tingkat pemahaman akan konstitusi.

Sementara terkait hukum acara, baik dalam Pasal 50 – 60 UU MK *juncto* PMK No. 6 Tahun 2005 ada tahapan yang secara khusus menuntut hakim menginterpretasi secara benar akan konstitusi, yaitu berkas permohonan harus lengkap dan jelas, adanya kesempatan bagi pembentuk UU memberi keterangan akan produknya yang sedang diuji, dimungkinkannya keterangan ahli yang akan membantu perluasan

khazanah akademik/teoretik dari hakim, serta forum rapat permusyawaratan hakim yang mewajibkan adanya legal opinion dari para hakim serta terbukanya kesempatan di antara para hakim bermusyawarah atau pemungutan suara terbanyak.

Selanjutnya dalam Pasal 47 UU MK *juncto* Pasal 39 PMK No. 6 Tahun 2005 dinyatakan bahwa putusan MK RI memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum. Dengan kata lain putusan MK bersifat *final* dan *binding*, sehingga merupakan putusan akhir dan tidak ada upaya hukum berikutnya. Sehingga, terkait putusan pengujian undang-undang, dalam Pasal 60 UU MK *juncto* Pasal 42 ayat (1) PMK No 6 Tahun 2005 ditegaskan bahwa terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali atau *rejudicial review*. Namun, ketentuan tersebut dapat dikesampingkan manakala adanya alasan permohonan maupun dasar konstitusionalitas yang berbeda ketika melakukan pengujian terhadap UU yang sama. Hal tersebut dinyatakan dalam Pasal 42 ayat (2) PMK NO. 6 Tahun 2005 yang berbunyi: Terlepas dari ketentuan ayat (1) diatas, permohonan pengujian UU terhadap muatan, ayat, pasal, dan/atau bagian yang sama dengan perkara yang pernah diputus oleh Mahkamah dapat dimohonkan pengujian kembali dengan syarat-syarat konstitusionalitas yang menjadi alasan permohonan yang bersangkutan berbeda. Dalam praktik pengujian UU, ketentuan dalam PMK *a quo* sering digunakan sebagaimana tampak dari putusan *overruling* MK RI pada uraian sebelumnya.

Selain peluang normatif dalam PMK *a quo*, praktik *rejudicial review* juga terjadi sejak MK RI "memperkenalkan" jenis putusan bersyarat (*conditionally*), baik konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) maupun inkonstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*). Putusan bersyarat tersebut sangat bergantung pada pelaksana UU, apakah menjalankan syarat yang dinyatakan MK RI dalam amar putusannya atau tidak. Manakala Pemohon beranggapan bahwa pelaksana UU tidak menjalankan syarat tersebut, peluang *rejudicial review* terbuka lebar dan MK akan memutuskan sebaliknya dari putusan terdahulu.

b. Legitimasi *Sociological*

Parameter kedua dalam menentukan isu legitimasi praktik *overruling* oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dalam mencari kebenaran konstitusi adalah legitimasi *sociological*. Telah dijelaskan sebelumnya bahwa legitimasi *sociological* meletakkan basis argumennya pada penerimaan faktual dari masyarakat. Oleh sebab itu, sub bab ini akan menjelaskan secara aplikatif untuk menunjukkan bahwa praktik *overruling* yang dilakukan oleh MK RI telah memenuhi legitimasi *sociological*. Artinya, dalam bagian ini akan dipertahankan tesis bahwa masyarakat Indonesia akan menerima tindakan *overruling* selama tindakan tersebut dilakukan dalam upaya pencarian kebenaran melalui interpretasi konstitusi.

Legitimasi sosiologis mengenai penerimaan masyarakat Indonesia pada tindakan *overruling* akan dianalisis menggunakan pendekatan rasional. Pendekatan rasional ini menitikberatkan pada *public reasons* yang didasari oleh aspirasi masyarakat yang cenderung mengejar kebenaran. Artinya secara alamiah, masyarakat pasti akan lebih memilih mencari kebenaran interpretasi ketimbang sebaliknya. Hal tersebut sudah pasti diterima secara rasional secara universal sehingga pendekatan ini merupakan pemikiran yang bersifat aksioma.

Selanjutnya akan dilakukan elaborasi terhadap tesis bahwa masyarakat Indonesia menerima praktik *overruling* jika alasannya adalah mencari kebenaran dalam interpretasi konstitusi. Spesifiknya, sub bab ini akan menjelaskan dukungan terhadap *statement* bahwa masyarakat sebenarnya turut mengamini alasan demi pencarian kebenaran konstitusi tersebut. Pembuktian argumen ini di antaranya menggunakan sampel yaitu pendekatan historis proses *constitution-making* UUD NRI Tahun 1945 yang dapat dilihat melalui hal berikut.

Pertama, pendirian MK RI. Secara historis, gagasan untuk mendirikan MK RI di Indonesia mengalami proses yang cukup panjang. Dimulai dari era penyusunan UUD NRI Tahun 1945, muncul ide untuk membentuk lembaga adjudikasi konstitusional di Indonesia yang berwenang menafsir konstitusi. Meski ide yang diutarakan oleh Muhammad Yamin tersebut sempat ditolak oleh Soepomo³¹⁰, pada

³¹⁰ Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun

era amendemen UUD NRI Tahun 1945, pembahasan mengenai pembentukan MK RI kembali muncul pada masa perubahan pertama, kedua, serta ketiga yang akhirnya menghasilkan kesepakatan untuk membentuk MK RI sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia yang memiliki kewenangan menafsir UUD NRI Tahun 1945.

Pengalaman historis ini menunjukkan bahwa masyarakat Indonesia sudah sejak lama sadar bahwa interpretasi konstitusi merupakan sesuatu yang terbentuk melalui proses diskursus yang panjang. Ini adalah bentuk nyata perjuangan masyarakat Indonesia dalam mengejar kebenaran konstitusi dalam interpretasi konstitusi. Dalam proses tersebut, Hamdan Zoelva berpendapat bahwa fungsi MK RI untuk memberikan jalan keluar atas penafsiran konstitusi yang selama ini menjadi perdebatan di masyarakat. Pendapat tersebut cukup merepresentasikan kondisi dimana masyarakat sebenarnya juga ingin mengetahui kebenaran konstitusi. Oleh sebab itu, masyarakat Indonesia mendukung pendirian MK RI sebagai lembaga yang juga diharapkan dapat menemukan kebenaran konstitusi.

Implikasi dari kegiatan MK RI untuk mencari kebenaran konstitusi melalui interpretasi adalah praktik *overruling* ketika pendapat MK RI sebelumnya disadari tidak sesuai dengan kebenaran konstitusi. Hal ini tercermin pada Putusan MK RI No. 25/PUU-XIV/2016 yang menyatakan, "*terdapat alasan yang mendasar bagi Mahkamah untuk mengubah penilaian konstitusionalitas dalam putusan sebelumnya, karena penilaian sebelumnya telah nyata secara berulang-ulang justru menimbulkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan dalam pemberantasan korupsi*".³¹¹ Putusan ini menunjukkan adanya tindakan korektif MK RI terhadap putusan sebelumnya yang dipandang menjauhi kebenaran konstitusi.

Praktik *overruling* oleh MK RI yang demikian akan selalu dapat dibenarkan oleh masyarakat Indonesia apabila pendapatnya didasari atas keinginan untuk mencari kebenaran konstitusi. Jika MK RI berlaku demikian, maka masyarakat menerima praktik *overruling* sebagai aktivitas yang *legitimate* secara *sociological*.

1945: Buku VI, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (2010) 445.

³¹¹ Putusan MK RI No. 25/PUU-XIV/2016, 115.

Kedua, paska pendirian lembaga MK RI, permohonan dalam perkara pengujian undang-undang semakin meningkat dari tahun ke tahun. Trend perkara masuk dapat dilihat melalui bagan di bawah ini.



Sumber dari *official website* Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Nampak dari bagan di atas, kecenderungan peningkatan jumlah registrasi permohonan pengujian undang-undang jauh lebih dominan. Semenjak tahun 2003 sampai dengan tahun 2018, total tidak kurang dari 1218 permohonan dari masyarakat yang diregistrasi di MK RI. Data lebih lanjut menunjukkan bahwa permohonan tersebut ditujukan terhadap 600 lebih undang-undang³¹² yang dianggap tidak sesuai dengan UUD NRI Tahun 1945.

Hal di atas semakin mencerminkan antusiasme masyarakat Indonesia terhadap usaha mencari kebenaran konstitusi melalui MK RI. Sehingga dapat disimpulkan bahwa secara rasional, masyarakat Indonesia akan menerima praktik *overruling* MK RI yang sejalan dengan itu, dimana prinsip dasar yang dikejar adalah kebenaran interpretasi.

Sebagaimana dikutip oleh Titon Slamet Kurnia, Duxbury berpendapat bahwa "*past events be respected as guides for present action, but not to the extent that judges*

³¹² <https://mkri.id/index.php?page=web.RekapPUU&menu=5>. Diakses pada 10 Oktober 2018 pukul 22.00 WIB.

must maintain outdated attitudes and a commitment to repeating their predecessors' mistakes".³¹³ Pendapat tersebut menegaskan bahwa pengadilan terikat oleh preseden yang benar, dimana dalam konteks ini adalah preseden yang telah menemukan kebenaran konstitusi. Preseden yang tidak benar tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sehingga praktik *overruling* dilakukan untuk mengoreksi pendapat sebelumnya supaya sesuai dengan kebenaran konstitusi. Dengan demikian tujuan dari praktik *overruling* seyogyanya sejalan dengan kehendak masyarakat Indonesia untuk menemukan kebenaran konstitusi melalui interpretasi konstitusi.

Ketiga, dukungan masyarakat terhadap praktik *overruling* oleh MK RI dapat ditunjukkan melalui sikap masyarakat terhadap aplikasi putusan *overruling* MK RI. Sebagai contoh, pada Putusan mengenai Pilpres dan Pileg serentak sebagaimana telah diurai dalam sub bab sebelumnya, MK RI menilai bahwa sistem pemilu serentak merupakan sistem pemilu yang lebih mendekati kehendak konstitusi.

Jika melihat pada dinamika yang terjadi di masyarakat, maka nampak penerimaan masyarakat terhadap proses interpretasi konstitusi yang dilakukan oleh MK RI dalam putusannya yang terkait pemilu serentak. Ketidakpuasan masyarakat terhadap UU No. 42 Tahun 2008 menginisiasi tindakan masyarakat untuk mencari kebenaran konstitusi yang berbicara mengenai sistem pemilu yang seharusnya.

Putusan MK RI terhadap permohonan pengujian Undang-Undang tersebut menjawab keresahan sebagian besar masyarakat yang mempertanyakan kebenaran konstitusi terhadap penilaian masyarakat bahwa pemilu hanya sebagai agenda rutinitas lima tahunan yang menghabiskan dana tidak sedikit sementara hasil dari pemilu belum mampu menciptakan masyarakat yang adil dan sejahtera.³¹⁴ Dengan kata lain, Putusan MK RI tersebut menjadi proses mencari kebenaran konstitusi terhadap pertanyaan konstitusional dari masyarakat yang juga ingin mendapatkan kebenaran konstitusi. Bercermin dari sikap masyarakat ini, terindikasi adanya penerimaan dari masyarakat Indonesia terhadap praktik *overruling* yang dilakukan

³¹³ Titon Slamet Kurnia, 'Prediktabilitas...', Op.cit., 275.

³¹⁴ Triono, "Menakar Efektivitas Pemilu Serentak 2019" (2017) 2 Jurnal Wacana Politik 156, 157.

oleh MK RI pada tataran aplikatif.

Sub bab ini mengakhiri elaborasi dengan kesimpulan bahwa berdasarkan pendekatan sejarah, masyarakat Indonesia mengamini praktik *overruling* oleh MK RI sepanjang praktik tersebut didasarkan pada usaha pencarian kebenaran konstitusi. Selain itu, dukungan terhadap praktik *overruling* juga ditunjukkan dengan sikap masyarakat yang cenderung untuk selalu mencari kebenaran konstitusi melalui permohonan pengujian undang-undang di MK RI. Hal tersebut tergambarkan dengan jumlah kuantitas registrasi perkara pengujian undang-undang. Sebagai tambahan, masyarakat menyatakan dukungan yang secara implisit dicerminkan dari kepatuhan masyarakat terhadap putusan *overruling* yang dikeluarkan oleh MK RI, dengan asumsi putusan tersebut adalah hasil interpretasi konstitusi sebagai upaya mencari kebenaran konstitusi.

c. Legitimasi Moral

Seperti telah diuraikan sebelumnya, basis legitimasi moral adalah kebenaran dalam interpretasi konstitusi. Praktik *overruling* diklaim *legitimate* secara moral jika hakim (badan yudisial) yang melakukannya dimotivasi tujuan untuk menghasilkan interpretasi konstitusi yang benar, dan sekaligus melakukan koreksi atas interpretasi konstitusi sebelumnya yang mengandung kesalahan. Oleh karena itu, *a fortiori*, dalam melakukan *overruling*, hakim (badan yudisial) berkewajiban untuk menyatakan hukum dengan sebenar-benarnya, khususnya dalam interpretasi konstitusi ketika memberikan *judicial reasoning*. Sebagai basis legitimasi *moral* untuk praktik *overruling*, upaya pencarian kebenaran dalam interpretasi konstitusi sejatinya sudah mengandung *goodness* yang bersifat inheren (dalam dirinya sendiri). Dalam pengertian demikian, klaim tersebut sejatinya sudah memiliki daya laku yang bersifat universal. Pertanyaannya adalah apakah basis legitimasi *moral* tersebut, yang diklaim bersifat universal, juga aplikabel untuk MK RI yang eksistensinya bertolak dari Hukum Konstitusi Indonesia? Paragraf-paragraf di bawah akan menjawab pertanyaan tersebut secara afirmatif.

Kekuasaan kehakiman Indonesia di mana MK RI adalah salah satu pelakunya didesain secara konstitusional berdasarkan *judicial value* spesifik yaitu untuk

"menegakkan hukum dan keadilan".³¹⁵ Komitmen demikian pada hakikatnya bersinergi dengan basis legitimasi *moral* untuk praktik *overruling* sebagai upaya untuk menghasilkan kebenaran dalam interpretasi konstitusi. Dibeberatkan tuntutan untuk "menegakkan hukum dan keadilan" jelas menunjukkan bahwa basis legitimasi *moral* untuk menghasilkan interpretasi konstitusi yang benar berlaku sebagai basis legitimasi *moral* untuk MK RI dalam melakukan praktik *overruling*. Itu artinya, dari perspektif sistem konstitusional Indonesia, nama lain untuk kewajiban menyatakan hukum yang sebenar-benarnya, memberikan interpretasi konstitusi secara benar, sebagai upaya pencarian kebenaran konstitusional adalah "menegakkan hukum dan keadilan".

Itu artinya, terkait dengan komitmen menegakkan hukum dan keadilan, asas atau prinsipnya yang pertama adalah kebenaran itu sendiri (bahwa menegakkan hukum dan keadilan mengandung makna inheren menegakkan, atau menginterpretasi, hukum dengan benar). Sebagai implikasinya, apabila terjadi kesalahan dalam interpretasi konstitusi, dan atas kesalahan tersebut MK RI membiarkan saja (tidak melakukan *overruling*), maka sesungguhnya telah terjadi praktik ketidakadilan. Komitmen menegakkan hukum dan keadilan mengandung pengertian inheren bahwa kesalahan (dalam menginterpretasi konstitusi) tidak boleh dibiarkan pada tempatnya tanpa dilakukan koreksi. Douglas E. Edlin menggariskan konsepsi tentang keadilan sebagai *judicial duty* sebagai berikut: "*The idea that adjudicative institutions should be just above all connects judges and the judicial process to justice. Where a legal rule cannot be applied justly, the judge's duty to seek justice requires the judge to change or depart from the unjust legal rule.*"³¹⁶ Pendapat di atas, khususnya tentang konsep *the unjust legal rule*, dengan sendirinya akomodatif terhadap konsep kaidah konstitusional yang keliru yang dihasilkan melalui proses interpretatif. Itu artinya, dari perspektif keadilan, meninggalkan atau melakukan

³¹⁵ Pasal 24 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945. Pengaturan ini merupakan dasar pengaturan terkait dengan penyelenggaraan peradilan di Indonesia, sebagai konsekuensi pengaturan ini juga dijumpai dalam UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kehakiman dan UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, bahkan dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) No. 09/PMK/2006 tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi.

³¹⁶ Douglas E. Edlin, *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review* (The University of Michigan Press 2010) 120.

koreksi atas interpretasi konstitusi yang salah terdahulu adalah praktik yang normal karena demikianlah seharusnya secara moral.³¹⁷

Keadilan menurut Ulpianus adalah suatu keinginan yang terus-menerus dan tetap untuk memberikan kepada orang apa yang menjadi haknya.³¹⁸ Esensi keadilan, dengan demikian, berasal dari moral manusia yaitu nilai-nilai yang dianggap baik dan ideal. Nilai-nilai inilah yang harus diwujudkan oleh hakim konstitusi dalam menginterpretasi konstitusi. Pasal-pasal dalam konstitusi merupakan aturan hukum, sehingga menjadi tugas hakim konstitusi untuk memastikan bahwa aturan hukum tersebut memancarkan prinsip moral sehingga aturan tersebut dapat dikatakan sebagai hukum.³¹⁹ Oleh karenanya, menegakkan hukum dan keadilan adalah satu frasa yang tidak dapat dipisahkan. Keadilan adalah bagian yang menyatu dengan hukum sehingga tidak dapat dipisahkan atau bahkan dibedakan. Hal ini secara jelas diungkapkan oleh D'Amato:

"..."the law" *includes* considerations of justice. More precisely, the legal system is a system of the application of justice to human conflicts. As I hope to have shown, a court cannot simply apply "justice" without law, because the law—the full panoply of rules, statutes, and precedents—is part of the facts of the parties' situation. No decision can be based on justice if relevant facts are unknown to the decision-maker. Since law is part of the *facts* of any case, the law must be made known to the decision-maker (as it is, through the services of counsel) and must be taken into account by the decision-maker in order to render full justice to the parties."³²⁰

Oleh karena itu kriteria kebenaran dalam interpretasi konstitusi sinonim dengan

³¹⁷ Hans Kelsen memberikan interpretasi menarik atas dialog antara Yesus Kristus dengan Pilatus sesaat sebelum Yesus disalibkan dengan menjuktaposisikan konsep kebenaran dengan keadilan. Kutipan lengkap dari interpretasi Kelsen tersebut sebagai berikut:

When Jesus of Nazareth, in the hearing before the Roman prefect, confessed to being a king, he said: "I was born and am come into this world to bear witness to the truth". At which Pilate asked "What is truth?" The sceptical Roman obviously expected no answer to this question, nor did Our Lord give any. For to be witness to the truth was not the essence of his mission as a Messianic king. He was born to bear witness to justice, that justice which he wished to realise in the Kingdom of God. And for this justice he died on the cross.

Hans Kelsen, "What is Justice?" dalam Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy* (D. Reidel Publishing Co. 1973) 1.

³¹⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum cetakan ke-8* (Kencana Prenadamedia 2015) 139.

³¹⁹ Lihat Peter Mahmud Marzuki, *Ibid.* 73

³²⁰ Anthonyy D'Amato, "On the Connection Between Law and Justice" (2011). *Faculty Working Papers*. Paper 2.

<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/2> 36.

keadilan itu sendiri, sehingga menegakkan hukum (konstitusi) dengan benar secara hakiki mengandung makna intrinsik menegakkan hukum berdasarkan keadilan di mana hukum dan keadilan adalah satu kesatuan yang tidak boleh dipisahkan.

Dengan demikian, sebagai basis legitimasi *moral*, menghubungkan antara kebenaran interpretasi konstitusi dan tujuan dari penyelenggaraan kekuasaan kehakiman, maka diketahui bahwa interpretasi konstitusi yang benar adalah interpretasi konstitusi yang dilakukan untuk menegakkan hukum dan keadilan. Oleh karena itu, agar praktik *overruling* dapat *legitimate* secara *moral*, maka praktik *overruling* tersebut, dalam konteks sistem konstitusional Indonesia, harus dapat dijustifikasi sebagai upaya guna mewujudkan hukum dan keadilan. Dengan kata lain, justifikasi *moral* praktik *overruling* dapat dibangun dari *judicial value* peradilan di Indonesia yaitu guna menegakkan hukum dan keadilan. Sebagai konsekuensi dari pernyataan tersebut, maka apabila MK RI menjumpai adanya interpretasi konstitusi yang keliru dan tidak melakukan tindakan untuk membenarkan interpretasi tersebut, maka sesungguhnya MK RI telah melakukan tindakan yang mengkhianati keberadaan dirinya sebagai salah satu pelaku atau pelaksana kekuasaan kehakiman yang eksistensinya untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Dengan membiarkan terjadinya kesalahan dalam interpretasi konstitusi, maka MK RI telah mempraktikkan ketidakadilan. Oleh karena itu, sebagai implikasinya, hal demikian tidak boleh dibiarkan terjadi, dan solusinya adalah *overruling* itu sendiri.

3. Supremasi Konstitusi dan Kebenaran Interpretasi Konstitusi: Anotasi Praktik *Overruling* Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Supremasi konstitusi adalah hukum atau asas untuk praktik *overruling* dalam interpretasi konstitusi. Asas supremasi konstitusi memberikan preskripsi supaya dalam ajudikasi konstitusional interpretasi konstitusi dilakukan dengan benar. Oleh karena itu, yang posisinya harus *supreme* adalah konstitusi itu sendiri, bukan pendapat yudisial tentang konstitusi. *Overruling* sebagai upaya koreksi atas interpretasi konstitusi oleh badan yudisial dalam kasus terdahulu dapat dibenarkan (dan *legitimate*) karena untuk memberikan interpretasi konstitusi yang lebih benar.

Karena basis legitimasi dari praktik *overruling* adalah kebenaran konstitusional maka kinerja praktik *overruling* yang dilakukan oleh MK RI tentu saja harus dinilai apakah sudah menghasilkan kebenaran konstitusional ataukah tidak. Untuk itu, tiap-tiap kasus *overruling* yang dipaparkan sebelumnya dalam *supra* Sub-judul B.1. akan diberikan anotasi secara spesifik. Aspek metodologis dalam melakukan anotasi ini adalah berpegang pada Ajaran atau Teori Interpretasi Konstitusi. Poin utama tentang kriteria kebenaran konstitusional di sini adalah apakah interpretasi konstitusi yang diberikan sudah mencerminkan apa yang seharusnya menurut konstitusi ataukah tidak.

Pada poin ini, sebagai bagian dari proses diskursus yuridis secara umum dalam menyikapi pendapat konstitusional yang beredar, kontroversi atau pro-kontra adalah hal yang normal sama halnya dengan posisi penelitian ini yang mungkin pro atau mungkin kontra terhadap interpretasi konstitusi yang diberikan oleh MK RI itu sendiri. Peluang terjadinya pro-kontra sangat besar karena konstitusi sendiri tidak menentukan secara eksplisit apa yang seharusnya menurut konstitusi. Oleh karena itu kebenaran dari preskripsi konstitusi lebih banyak ditentukan oleh proses interpretasi konstitusi.

a. Penyelenggaraan Pemilu (Pilpres dan Pileg): Serentak atau Terpisah

Pokok soal perbedaan interpretasi MK RI memumpun pada penyelenggaraan pemilu (pilpres dan pileg) secara terpisah atau serentak. MK RI berpendirian bahwa penggunaan konvensi ketatanegaraan sebagai basis pertimbangan MK RI dalam Putusan MK RI sebelumnya No. 51-52-59/PUU-VI/2008 sehingga menyatakan konstitusional penyelenggaraan pileg dan pilpres secara terpisah, adalah keliru. MK dalam Putusan *overruling* No. 14/PUU-XI/2013, berpandangan bahwa kebiasaan penyelenggaraan pileg dan pilpres secara serentak pada tahun 2004 dan 2009 belum memenuhi syarat sebagai konvensi, serta konvensi tidak dapat menjadi norma konstitusional manakala kaidah konstitusinya sudah sangat jelas.

Tafsir konstitusi dalam menyikapi perdebatan tersebut dengan menggunakan pendekatan *originalisme* (historis), pendekatan *formalisme* dan pendekatan *normativisme*. Pendekatan historis digunakan dengan pertimbangan bahwa kaidah

penyelenggaraan pemilu merupakan kaidah baru pasca amandemen UUD NRI Tahun 1945. Sehingga, perlu upaya memahami maksud asli atau *original intent* pembentuk konstitusi, seperti ditegaskan **Justice Antonin Scalia** - Hakim Agung *Supreme Court* Amerika – bahwa penafsiran konstitusi dapat dilakukan melalui pendekatan pemahaman dari penyusun konstitusi itu sendiri. Penggunaan pendekatan formalisme dengan pertimbangan adanya kaidah pada tataran konstitusi dan perundang-undangan lainnya yang berkenaan dengan penyelenggaraan pemilu. Selanjutnya penggunaan pendekatan normativisme dengan pertimbangan bahwa hukum (konstitusi) yang dijadikan basis interpretasi tidak sekedar yang tekstual (formalisme), tetapi juga muatan-muatan yang lebih fundamental dan substantif, yang di dalamnya terkandung nilai berupa moralitas, keadilan dan kejujuran.

Berdasarkan tiga pendekatan tersebut (historis, formalisme dan normativisme), tafsir konstitusi yang benar terkait penyelenggaraan pileg dan pilpres yaitu dilakukan secara serentak (bukan terpisah), dengan basis pertimbangan berupa hakekat dan tujuan diselenggarakan pemilu. Kaidah konstitusi sebagai “payung” penyelenggaraan pemilu termaktub dalam Pasal 22E ayat (1) dan ayat (2) UUD NRI Tahun 1945, dimana Pemilu diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum, yang dilaksanakan secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil, untuk memilih anggota DPR, DPD, DPRD, serta Presiden dan Wakil Presiden. Pengaturan secara khusus terkait pengisian jabatan (pemilu) dari ke empat institusi kenegaraan tersebut masing-masing diatur dalam Pasal 6A ayat (2) untuk pemilu presiden dan wakil presiden, Pasal 19 ayat (1) untuk pemilu anggota DPR, Pasal 22C ayat (1) untuk pemilu anggota DPD, dan Pasal 18 ayat (3) untuk pemilu anggota DPRD. Selain pertimbangan (formalisme dan normativisme), *original intent* pembentuk konstitusi memang dimaksudkan agar pemilu diselenggarakan secara serentak (baik pileg dan pilpres), tidak saja dengan alasan substantif sebagaimana disebutkan sebelumnya, tetapi juga dengan alasan teknis yaitu mengurangi kompleksitas, baik dari aspek penyelenggaraan dan pembiayaan.

Oleh karenanya, meski kedua putusan MK RI memiliki *ratio decidendi*, interpretasi MK RI yang benar menurut hukum (konstitusi) sebagaimana dalam Putusan MK RI

No. 14/PUU-XI/2013. Interpretasi MK RI tersebut tidak menjadikan praktik atau kebiasaan sebagai basis berinterpretasi (pendekatan realisme), tetapi menggunakan pendekatan historis, pendekatan formalisme (tekstual perundang-undangan) dan pendekatan normativisme (pemaknaan konstitusi secara substantif). Pendekatan historis dengan menelusuri maksud dari MPR selaku pembentuk UUD, melalui penelusuran risalah persidangan Perubahan Ketiga UUD NRI Tahun 1945 tahun 2001. Penggunaan pendekatan formalisme yaitu dengan merujuk pada kaidah konstitusi terkait penyelenggaraan pemilihan umum, sebagaimana diatur dalam Pasal 22E ayat (2) maupun Pasal 6A ayat (2), Pasal 19 ayat (1), Pasal 22C ayat (1) serta Pasal 18 ayat (3). Oleh karena tujuan pemilu memilih pejabat negara pada empat lembaga negara, maka sangat logis ketika penyelenggaraan pilpres dan pileg dilakukan secara serentak. Kalaupun ada praktik selama dua sampai tiga kali (2004, 2009 dan 2014) diselenggarakan pileg dan pilpres secara terpisah, boleh jadi praktik tersebut masih menggunakan "paradigma lama" sebelum amandemen UUD NRI Tahun 1945 yang tidak sesuai dengan *original intent* pembentuk konstitusi setelah amandeman.

Selanjutnya penggunaan pendekatan normativisme (menurut konstitusi substantif), tampak ketika dalam pertimbangan Putusan MK RI No. 14/PUU-XI/2013, MK RI menyatakan bahwa untuk menentukan penyelenggaraan Pilpres, setelah atau bersamaan dengan Pileg, harus memperhatikan 3 (tiga) hal, yaitu kaitan antara sistem pemilihan dan pilihan sistem pemerintahan presidensial, *original intent* dari pembentuk UUD NRI Tahun 1945, efektivitas dan efisiensi penyelenggaraan pemilihan umum, serta hak warga negara untuk memilih secara cerdas. Ketiga hal tersebut, meski tidak diatur secara tekstual dalam konstitusi, justru menjadi basis paling substantif dan fundamental dari tafsiran MK RI dibandingkan pengaturan yang tekstual. Boleh jadi ketiga hal tersebut adalah "hukum" yang paling hakiki dan fundamental sebagai basis interpretasi MK dalam menentukan pileg dan pilpres diselenggarakan secara serentak.

b. Hak Mantan Terpidana dalam Menduduki Jabatan Publik

Pokok perdebatan berkenaan dengan boleh (berhak) tidaknya mantan terpidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau lebih untuk

menduduki jabatan publik, seperti anggota DPR, DPD, DPRD, Presiden dan Wakil Presiden, dan Kepala Daerah. Semula, melalui Putusan MK RI No. 14 – 17/PUU-V/2007, MK menafsirkan bahwa Pasal 27 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 memang menjamin segala warga negara bersamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan, namun tidaklah berarti negara tidak dapat melakukan pembatasan melalui undang-undang, sebagaimana diatur dalam Pasal 28 J ayat (2). Oleh karenanya pencantuman syarat "*tidak pernah dijatuhi pidana ...*" adalah sah menurut konstitusi, dengan pengecualian tidak mencakup tindak pidana yang lahir karena kealpaan ringan (*culpa levis*) dan tindak pidana karena alasan politik tertentu serta dengan mempertimbangkan sifat jabatan tertentu yang memerlukan persyaratan berbeda.

Sementara dalam Putusan MK RI No. 4/PUU-VII/2009 (yang mirip dengan Putusan MK RI No. 42/PUU-XIII/2015), MK justru berpandangan bahwa syarat "*tidak pernah dijatuhi pidana*" justru dapat menegasi prinsip persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan yang diatur dalam Pasal 27 ayat 1, serta melanggar hak seseorang atau warga negara atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum dan hak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan, sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) dan (3) UUD NRI Tahun 1945. Oleh karenanya, syarat "*tidak pernah dijatuhi pidana*" merupakan norma yang bersifat inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*), sepanjang tidak dipenuhi syarat-syarat: (i) tidak berlaku untuk jabatan publik yang dipilih (*elected officials*); (ii) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya; (iii) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana; (iv) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.

Terkait isu perdebatan tersebut, tafsir konstitusi yang dapat digunakan yaitu pendekatan formalisme dan normativisme. Penggunaan pendekatan formalisme dilakukan dengan menafsir teks yang termaktub dalam konstitusi yang terkait dengan persamaan kedudukan warga negara dalam hukum dan pemerintahan. Selanjutnya penggunaan pendekatan normativisme bermakna bahwa hukum

(konstitusi) yang dijadikan basis interpretasi tidak sekedar yang tekstual, tetapi juga muatan-muatan yang lebih fundamental dan substantif, yang di dalamnya terkandung nilai berupa moralitas, keadilan dan kejujuran. Meski penggunaan kedua pendekatan (formalisme dan normativisme) benar, namun pada akhirnya, pendekatan normativisme akan “mengungguli” pendekatan formalisme manakala peraturan perundang-undangan justru tidak mengemban nilai yang hakiki seperti moralitas dan keadilan.

Berdasarkan kedua pendekatan tersebut (formalisme dan normativisme), tafsir konstitusi yang benar terkait hak mantan terpidana untuk menduduki jabatan publik yaitu hak yang sama dari setiap warga negara untuk terlibat dalam pemerintahan. Secara konstitusional (formal), pengaturan dimaksud ada dalam Pasal 27 ayat (1) *juncto* Pasal 28D ayat (3) UUD NRI Tahun 1945. Meski kedua kaidah tersebut berada dalam bab berbeda (bab tentang warga negara dan hak asasi manusia), namun hakikatnya berkenaan dengan hak setiap warga negara memperoleh kesempatan dan kedudukan yang sama dalam hukum dan pemerintahan. Mantan terpidana adalah warga negara yang telah menjalani pidana berdasarkan putusan pengadilan yang *inkracht van gewijsde*, sehingga memberi stigma negatif dan menghilangkan (bukan: membatasi) hak yang bersangkutan untuk terlibat dalam penyelenggaraan pemerintahan justru melanggar hak setiap orang atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 28D ayat (1) dan (3) UUD NRI Tahun 1945.

Meski kedua putusan memiliki *ratio legis*, tampak bahwa interpretasi MK RI dalam Putusan MK RI No. 14 – 17/PUU-V/2007 justru dominan menggunakan pendekatan formalisme, khususnya pendekatan tekstual – sistematis, yaitu dengan menghubungkan makna tekstual kaidah dalam Pasal 27 ayat (1) dengan Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945, tanpa melakukan pendalaman pemaknaan yang hakiki dari kedua kaidah. Interpretasi MK RI di sini memaknai bahwa kaidah Pasal 27 ayat (1) *juncto* Pasal 28D ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 dapat dikesampingkan atau dilakukan pembatasan dengan kaidah Pasal 28J ayat (2).

Oleh karenanya, interpretasi konstitusi yang lebih diutamakan kebenarannya yaitu

interpretasi dalam Putusan MK RI No. 4/PUU-VII/2009 (juga Putusan MK RI No. 42/PUU-XIII/2015), dengan pertimbangan lebih sesuai dengan semangat yang dikehendaki konstitusi (baik tekstual/formal maupun substantif), sebagaimana disebut dalam Pasal 27 ayat (1), dan Pasal 28D ayat (1) dan (3) UUD NRI Tahun 1945. Pesan konstitusional dari beberapa kaidah tersebut yaitu setiap warga negara berkesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan, termasuk kesempatan untuk mencalonkan diri dalam jabatan publik. Meski ada kaidah dalam konstitusi yang memungkinkan dilakukan pembatasan melalui undang-undang sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2), namun kaidah "*tidak pernah dijatuhi pidana ...*" bukan dalam kategori pembatasan tetapi pencabutan hak-hak politik seorang warga negara, yang sejatinya hanya bisa dilakukan melalui putusan pengadilan. Oleh karenanya, putusan *overruling* MK RI yang mengabulkan permohonan pemohon dengan sejumlah syarat, justru sejalan dengan makna "pembatasan" (bukan: pencabutan) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28J UUD NRI Tahun 1945, semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Pengutamaan pendekatan normativisme semakin jelas ketika diperhatikan MK RI dalam putusan *overruling*-nya memperhatikan dan mempertimbangkan aspek moral dan keadilan, dengan menyatakan bahwa norma hukum tidak dapat dilepaskan dari moralitas yang mendasarinya, yaitu keadilan, karena kehadiran moral dalam hukum dilambangkan oleh keadilan. Hal ini sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Lon Fuller (yang juga menjadi bagian pertimbangan MK RI) bahwa: "*A Rule becomes law only if it has fulfilled some moral criterion, and not merely because it complies with formal requirement. For instance, unjust laws are not laws, though they fulfill the formal requirements. Morality consists of features without which a system cannot be properly called a legal system*". Oleh karenanya norma hukum yang bermuatan larangan bagi seseorang mantan terpidana untuk mencalonkan diri dalam suatu jabatan publik, justru mengabaikan keadilan sebagai lambang kehadiran moralitas dalam hukum.

c. Hak Menguasai Negara

Selanjutnya akan diberikan penilaian mengenai kebenaran interpretasi konstitusional yang dilakukan oleh MK RI terkait dengan hak menguasai negara. Dalam bagian ini akan diberikan penilaian terhadap kebenaran konstitusional yaitu apakah interpretasi konstitusi yang diberikan sudah mencerminkan apa yang seharusnya menurut konstitusi atautkah sebaliknya. Dalam hal ini isu yang dibahas adalah mengenai hak menguasai negara yang menjadi salah satu aspek dalam lingkup perekonomian nasional.

Frasa "Hak menguasai negara" muncul dari pengaturan dalam Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD NRI Tahun 1945, yang berbunyi demikian:

- (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara.
- (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Berdasarkan pengaturan pada Pasal diatas maka diketahui bahwa negara memegang kekuasaan untuk cabang produksi dengan kriteria penting dan menguasai hajat hidup orang banyak; dan yang kedua negara memegang kekuasaan atas bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya untuk tujuan kemakmuran rakyat. Menjadi pertanyaan terkait dengan issue ini adalah apa yang sebenarnya dimaksudkan dengan hak menguasai negara. Interpretasi konstitusi terhadap makna dikuasai oleh negara perlu dicari terlebih dahulu untuk dapat menilai apakah *overruling* yang dilakukan oleh MK RI dapat dijustifikasi kebenarannya.

Hak menguasai negara berada dalam lingkup hak ekonomi dan menyangkut kesejahteraan karena penguasaan negara tersebut bertujuan untuk kemakmuran rakyat. Oleh karenanya untuk menganalisis kebenaran interpretasi konstitusi terkait hak menguasai negara dalam ajudikasi konstitusional, digunakan pendekatan dalam ranah perlindungan HAM yaitu pendekatan normativisme. Pendekatan ini melandaskan pada kepentingan manusia sebagai penyanggah hak dalam merefleksikan keadilan. Dengan pendekatan normativisme yang condong memihak

pada individu, memastikan individu menikmati hak-haknya, dalam hal ini adalah hak yang ekonomi, maka kriteria kebenaran yang dipegang sebagai preskripsi adalah pemegang hak yang lebih diuntungkan daripada pembentuk undang-undang.³²¹

Selanjutnya kekhususan dari kewajiban negara terhadap hak-hak kesejahteraan sosial, termasuk didalamnya hak ekonomi yang secara khusus terkandung dalam makna hak menguasai negara yang ditujukan untuk kesejahteraan rakyat, terdiri dalam dua kewajiban, yaitu kewajiban tindakan (*obligation of conduct*) dan kewajiban hasil (*obligation of result*).³²² Secara singkat, kewajiban tindakan memerlukan tindakan aktif dari pemerintah untuk mewujudkan hak tersebut. Sedangkan kewajiban hasil menyangkut target yang ditetapkan oleh pemerintah untuk mencapai standart tertentu. Kedua kewajiban ini sejalan pendekatan normativisme yang dipilih untuk menganalisis adjudikasi konstitusi, dalam hal ini terkait hak menguasai negara. Selanjutnya, kedua standar ini akan dielaborasi lebih lanjut dalam rangka menjawab apa sesungguhnya interpretasi terhadap hak menguasai negara yang seharusnya.

Hak menguasai negara bukan merupakan hak yang baru dikenal dalam konteks konstitusi Indonesia karena hak ini sudah ada sejak pertama kali konstitusi Indonesia dilahirkan. Pada saat sidang perubahan UUD NRI Tahun 1945, Pasal 33 terkait dengan hak menguasai negara telah dibahas beberapa kali, diantaranya:

Demikian juga pengembangan daripada istilah dikuasai oleh negara. Akhirnya karena kepentingan kekuasaan pada saat itu maka **dikuasai negara diartikan bukan dalam arti fisik tetapi bisa dalam arti pengawasan**, sehingga kita melihat bahwa bagaimana pertambangan, bagaimana usaha-usaha besar yang menguasai hidup orang banyak lalu diserahkan kepada pengusaha-pengusaha swasta yang dikuasai perorangan. Pertambangan misalnya, pertambangan besar bukan saja BUMN seperti Aneka Tambang ini lebih besar dikuasai oleh pengusaha-pengusaha swasta yang besar dan bahkan koperasi dan usaha kecil hanya yang diberikan seperti pertambangan skala kecil, itu baru diberi kesempatan kepada koperasi. Ini pengalaman-pengalaman yang perlu kita cermati sehingga tidak terulang kembali ketika kita memasuki era reformasi di dalam perubahan Undang-Undang Dasar ini.

³²¹ Vide Bab IV.A.2.b..

³²² Op.cit., 290-291.

Oleh karena itu Fraksi PPP berkeinginan untuk mengembangkan pasal ini lebih luas lagi, sehingga bisa menghilangkan kemungkinan-kemungkinan untuk mengarahkan implementasi daripada pasal ini ke arah-arrah kepentingan kekuasaan yang lalu meninggalkan ide dasar yang dicanangkan oleh pendiri negara yaitu dari rakyat, oleh rakyat, dan untuk rakyat. Namun demikian bahwa bangun usaha yang telah berkembang yaitu bangun usaha swasta, bangun usaha milik negara maupun daerah dan koperasi, tentu tidak bisa kita abaikan bahwa itu merupakan kenyataan daripada kehidupan dari perekonomian kita. Oleh karena itu ketiga bangun usaha kita tetap menjadi sendi daripada perekonomian nasional.³²³

Pendapat pertama diatas mengartikan dikuasai negara terpenuhi melalui pengawasan negara, pendapat ini berbeda dengan pendapat dibawah ini yang menyatakan apakah dikuasai negar aberarti dimiliki oleh negara kemudian dilaksanakan melalui BUMN-BUMN.

Demikian juga mengenai Ayat (2), cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara. Di lingkungan Fakultas Hukum, masalah yang utama adalah yang dimaksud dengan dikuasai negara, karena memang ini bisa ditafsirkan dengan dikuasai oleh negara itu bisa seperti **dimiliki oleh negara**. Bahkan seperti dikatakan oleh abang saya tadi Hatta Mustafa bahwa itu bisa dikatakan bahwa seperti **dilaksanakan pemerintah melalui BUMN-BUMN**. Apakah itu yang dimaksud dengan dikuasai oleh negara? Kita coba buka GBHN kita dari dulu tidak pernah diterjemahkan apa yang dimaksud dengan dikuasai oleh negara. Yang ada sampai sekarang untuk melaksanakan Pasal 33 hanya satu undang-undang yang pernah mencoba merumuskan dikuasai oleh negara itu yaitu Undang-Undang Nomor 5 tahun 1960 mengenai Undang-Undang Pokok Agraria. Di situ dikatakan pengertian dikuasai **negara itu adalah negara diberi wewenang untuk mengatur peruntukan** penggunaan dari cabang-cabang produksi yang penting.³²⁴

Melihat pada uraian diatas, maka terdapat perbedaan mengenai arti dari frasa dikuasai oleh negara, teknik penafsiran dengan menafsirkan berdasarkan *original intent* tidak cukup memadai untuk menafsirkan yang dimaksudkan dengan dikuasai oleh negara. Namun teknik ini memberikan gambaran mengenai terjadinya perbedaan dalam penafsiran mengenai hak menguasai negara. Hak menguasai negara pada umumnya dapat diartikan ke dalam dua makna, pertama negara

³²³ Naskah Komprehensif Buku 7, Op.cit.,501-502

³²⁴ Naskah Komprehensif Buku 7, Op.cit., 654-655.

memiliki dan melaksanakan sendiri dan makna kedua, negara memiliki kekuasaan untuk melakukan kontrol karena kewenangan yang dimiliki oleh negara tersebut. Makna yang kedua sejalan dengan pemaknaan yang diberikan oleh **Mohammad Hatta** yang mengatakan bahwa penguasaan oleh negara tidak berarti negara sendiri yang menjadi pengusaha; lebih tepat dikatakan bahwa kekuasaan negara tersebut terdapat ada pembuatan peraturan guna melancarkan jalan ekonomi, peraturan yang melarang "pengisapan" orang yang lemah kepada orang yang bermodal.³²⁵ Pendapat tersebut mengartikan penguasaan negara sebagai pengawasan negara, kontrol yang dipegang negara terhadap cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak, dan juga bumi, air, kekayaan alam yang terkandung didalamnya.

Interpretasi yang digunakan diatas tidak dapat menjawab isu mengenai makna hak menguasai negara secara memadai. Demikian pula apabila interpretasi dilakukan hanya dilakukan secara tekstual dengan mengartikan secara gramatikal makna dikuasai negara. Interpretasi gramatikal mengandung makna bahwa sesuatu yang dalam objek dikuasai tersebut berada dalam kekuasaan namun jugadapat berarti bahwa orang yang berada dalam posisi menguasai berarti memiliki kewenangan untuk mengatur atau mengendalikan objek yang dikuasai tersebut. Sekali lagi interpretasi inipun juga dirasa kurang meyakinkan. Oleh karenanya teknik interpretasi lain harus digunakan, dalam hal ini dipilih interpretasi teleologis (*purposive interpretation*) dengan melihat pada tujuan dan kepentingan yang berusaha direalisasi.

Terkait dengan hak menguasai negara, tujuan dari adanya hak ini tercantum dengan gamblang pada pengaturan Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD NRI Tahun 1945, yaitu terciptanya kemakmuran rakyat. Dengan demikian hak menguasai negara haruslah diartikan dalam tujuannya untuk mencapai kemakmuran rakyat. Dengan demikian hak yang yang hendak diperjuangkan terkait dengan pembelaan terhadap hak individu dalam pendekatan normativisme adalah hak individu rakyat Indonesia atas pemenuhan hak atas kesejahteraan yang hendak dicapai melalui hak

³²⁵ Mohammad Hatta, sebagaimana dikutip dalam PUU No. 036/PUU-X/2012, 210.

menguasai negara. Dikaitkan dengan kewajiban negara untuk bertindak dan mencapai target tertentu, maka dikatakan bahwa hak menguasai negara harus dimaknai bahwa negara memiliki kewenangan untuk memilih tindakan tertentu yang masuk akal dalam rangka mencapai target tertentu, yaitu kemakmuran rakyat yang harus ditetapkan secara lebih terukur. Oleh karenanya menggunakan pemikiran ini maka hak menguasai negara tidak dapat diartikan bahwa pelaksanaan hanya dapat dilakukan oleh negara, sebab harus diakui bahwa negara memiliki sumberdaya yang terbatas sehingga apabila pemaknaan hak menguasai negara diartikan bahwa negara sebagai satu-satunya pelaksana, maka tujuan pencapaian kemakmuran untuk seluruh rakyat akan terhambat untuk tercapai. Pencapaian kemakmuran rakyat dengan memanfaatkan cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak; bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya harus menunggu sumber daya yang dimiliki negara cukup memadai. Tentu hal ini akan memakan waktu yang cukup panjang mengingat Indonesia memiliki sumberdaya yang melimpah. Pemaknaan demikian tidak sesuai dengan pendekatan normativitas yang berpihak pada HAM dalam hal ini hak atas kesejahteraan yang berusaha dicapai.

Pemaknaan yang kedua sebenarnya merupakan pemaknaan yang *a contrario* dari pemaknaan sebelumnya. Dalam pemaknaan yang kedua, hak menguasai negara diartikan bahwa negara sebagai pihak yang memiliki kedudukan berkuasa memiliki pula kewenangan untuk mengatur pemanfaatan cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak; bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya demi mencapai kemakmuran rakyat. Pengaturan oleh negara sebenarnya merupakan hal yang lumrah, dan sudah menjadi tugas negara. Oleh karenanya harus diartikan demikian pula terkait cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak; bumi, air dan kekayaan alam. Oleh karenanya, negara memiliki kebebasan dalam pengendaliannya sepanjang negara masih memiliki kedudukan berkuasa atas cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak; bumi, air dan kekayaan alam dan pengaturan tersebut ditujukan untuk mencapai kemakmuran masyarakat. Pemaknaan yang kedua ini mengandung kebenaran interpretasi konstitusi karena disusun dengan

menggunakan pendekatan yang paling cocok diantara pendekatan lain dalam menginterpretasi HAM dalam konstitusi. Sehingga dapat disimpulkan sampai pada titik ini telah diketahui kebenaran interpretasi konstitusi menyangkut hak menguasai negara yaitu negara bukan sebagai pelaksana tunggal akan tetapi negara memegang kendali (ada dalam kedudukan berkuasa) atas cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak; bumi, air dan kekayaan alam, dalam tujuan untuk mencapai kesejahteraan seluruh masyarakat.

Dalam Putusan MK RI No. 058-059-060-063/PUU-II/2004, Putusan MK RI No. 008/PUU-III/2005 serta Putusan MK RI No. 36/PUU-X/2012 hak menguasai negara diinterpretasikan terpenuhi manakala negara mengelola sendiri. Dalam konteks Putusan-Putusan tersebut, hak penguasaan negara atas air terpenuhi manakala negara sebagai satu-satunya pengelola air. Pendapat tersebut mengalami *overruling* melalui Putusan MK RI No. 85/PUU-XI/2013, hak penguasaan negara atas air dikatakan ada bilamana negara masih memegang kendali dalam melaksanakan tindakan pengurusan, pengaturan, pengelolaan dan pengawasan air. Sehingga isu *overruling*-nya terletak pada apakah hak menguasai negara berarti negara menjalankan sendiri pengelolaan air ataukah negara dapat mengizinkan pihak lain selama negara masih memegang kendali.

Oleh karenanya, dapat disimpulkan bahwa praktik *overruling* yang dilakukan MK RI terkait dengan hak menguasai negara dalam Putusan MK RI No. 85/PUU-XI/2013, benar dalam praktik *overrulingnya* karena menempatkan negara sebagai pemegang kendali (ada dalam kedudukan berkuasa) atas cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak; bumi, air dan kekayaan alam, dalam tujuan untuk mencapai kesejahteraan seluruh masyarakat.

d. Hak untuk tidak Dituntut atas Dasar Hukum yang Berlaku Surut

Sub-judul ini akan memberikan anotasi atas praktik *overruling* oleh MK RI dalam interpretasi tentang hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut (atau dalam konsep yang lebih presisi 'hak untuk tidak dituntut atas dasar undang-undang pidana yang diberlakukan surut – *retroactive criminal laws*). Seperti dipaparkan pada Sub-judul sebelumnya, MK RI melakukan *overruling* atas sifat

absolut dari hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut menjadi dapat dikecualikan untuk kasus *extra-ordinary crimes*, dalam hal ini kejahatan terhadap kemanusiaan. Sudah barang tentu isu utamanya di sini adalah interpretasi Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 yang menentukan: "... hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun."

Untuk melakukan anotasi atas praktik *overruling* tersebut maka pertama-tama akan diklarifikasi terlebih dulu hukumnya terkait dengan larangan penerapan undang-undang pidana secara surut. Isu ini sangat problematis karena konstitusi, UUD NRI Tahun 1945, membuat rumusan "hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut" bersifat absolut, tanpa perkecualian. Posisi ini sangat kritis karena jika digunakan pendekatan formalisme maka akan menghasilkan kesimpulan seperti pendapat **Denny Indrayana** berikut ini: "Perkecualian ini tidak dapat diterapkan di Indonesia karena UUD NRI Tahun 1945 dalam formatnya sekarang melarang retroaktif."³²⁶ Oleh karena itu, tantangan terberat adalah menjawab kelemahan atau kesalahan dalam perumusan "hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut" ke dalam UUD NRI Tahun 1945 supaya hasil dari kesimpulannya dapat digunakan untuk memberikan justifikasi bahwa pengecualian atas ketentuan konstitusional tersebut, berkaitan dengan kejahatan terhadap kemanusiaan yang merupakan salah satu *extra-ordinary crimes*, dapat dibenarkan.

Meskipun sependapat dengan kesimpulan MK RI yang merupakan *overruling* terhadap putusan sebelumnya, namun anotasi ini berposisi *concurring opinion* dalam pengertian memiliki alasan berbeda untuk kesimpulan yang sama dengan MK RI bahwa meskipun ketentuan konstitusionalnya menyatakan 'hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut' absolut, namun berdasarkan pertimbangan hukum yang didasari oleh asas-asas umum hukum dari bangsa-bangsa yang beradab ketentuan konstitusional tersebut dapat dikecualikan, bukan dalam kaitan dengan ketentuan pembatasan HAM Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945. Untuk itu, hukumnya, dalam hal ini yang seharusnya menurut

³²⁶ Denny Indrayana, *Amandemen UUD 1945: Antara Mitos dan Pembongkaran* (Mizan 2007) 387.

'konstitusi', bukan apa yang ditetapkan oleh undang-undang dasar, menjadi perlu untuk diklarifikasi terlebih dahulu. Sumber dari 'yang seharusnya menurut konstitusi' ini terutama adalah asas-asas umum hukum dari bangsa-bangsa yang beradab sebagaimana tercermin dalam pengadilan Nuremberg dan ketentuan-ketentuan tentang larangan retroaktif dalam instrumen HAM internasional seperti ICCPR, Konvensi HAM Eropa dan Konvensi HAM Amerika.

Bagian ini akan memberikan penilaian atas kebenaran interpretasi konstitusional yang dilakukan oleh MK RI terkait dengan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. Poin utama tentang kriteria kebenaran konstitusional di sini adalah apakah interpretasi konstitusi yang diberikan sudah mencerminkan apa yang seharusnya menurut konstitusi ataukah tidak. Preskripsi untuk Teori Interpretasi Konstitusi sebagai kriteria kebenaran dari praktik *overruling* adalah teori normativisme. Pendekatan normativisme dipilih dalam adjudikasi bagi MK RI dengan dua alasan pertama, pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang dilakukan berdasarkan pendekatan hak.³²⁷ Kedua, karakter khas konstitusi dirumuskan dengan konsep *normative*, yaitu konsep dengan muatan aspiratif berupa nilai atau ideal. Pertanyaan yang harus dijawab adalah bagaimana kedua nilai yang merupakan cerminan pendekatan normativisme tersebut diterapkan untuk menilai salah satu HAM dalam konstitusi Indonesia, dalam hal ini adalah hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. Uraian dibawah ini akan menjawab pertanyaan tersebut sekaligus memberikan dasar berpijak bagi anotasi atas putusan MK RI. Penilaian diberikan untuk menilai apakah praktik *overruling* yang dilakukan oleh MK RI telah berdasarkan interpretasi konstitusi yang seyogyanya, khususnya terkait dengan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.

Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 mengatur bahwa "... hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun". Hukum yang berlaku surut adalah peraturan yang baru ada setelah suatu perbuatan dilakukan dan dianggap berlaku untuk perbuatan itu. Apabila digunakan pendekatan formal, maka bunyi pasal

³²⁷ Titon Slamet Kurnia, Op.cit., 138.

tersebut diartikan sebagaimana tertulis yaitu hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Dalam memberikan interpretasi mengenai hak untuk tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut tidak dapat dilepaskan dari frasa yang mengikutinya yaitu hak ini termasuk hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

Oleh karenanya perlu dicari apakah interpretasi konstitusi yang benar terkait makna dari frasa "hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun". Secara substantif, frasa "tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun" atau yang sering disebut sebagai *non derogable rights* adalah ketentuan yang diadakan untuk menjamin pemenuhan hak-hak dasar manusia. Artinya, hak-hak yang termasuk dalam hak yang *non derogable* tersebut merupakan hak yang secara mendasar tidak dapat dihilangkan dari diri manusia. Hak-hak tersebut menentukan hakekat keberadaan manusia yang dianggap memiliki harkat dan martabat tertentu untuk menjaga statusnya sebagai manusia. Secara lengkap hak-hak tersebut adalah:

Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan *hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut* adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun.

Penyebutan secara lugas dalam UUD NRI Tahun 1945 harus dimaknai bahwa memang demikianlah *original intent* dari Pasal tersebut yang dapat pula dijustifikasi dengan mendasarkan pada interpretasi secara *purposive* yaitu untuk menjamin jati diri mahluk yang disebut sebagai manusia.

Sementara itu, dalam UUD NRI Tahun 1945 dikenal adanya pembatasan pemberlakuan hak-hak yang dimiliki oleh manusia sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945, demikian:

Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Pengaturan tersebut mengesahkan pembatasan terhadap hak individu dengan mengesahkan pembatasan yang dibuat negara. Pembatasan dimaksud adalah pembatasan yang diadakan dalam rangka menghormati hak-hak orang lain. Dengan demikian pembatasan hak yang dilakukan untuk tujuan selain yang telah ditentukan tersebut tidak dapat dibenarkan. Selain itu pertimbangan lain dari pembatasan hak adalah pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum. Pembatasan dalam pelaksanaan hak-hak tersebut dimaksudkan pada hak-hak yang tidak termasuk dalam *non derogable rights*. Hal ini secara rasional dapat dipahami, dengan menafsirkan secara sistematis Pasal 28I ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2), frasa *non derogable* tidak akan muncul dalam UUD NRI Tahun 1945 apabila yang dimaksudkan adalah semua hak dapat dilakukan pembatasan. Dengan kata lain, pengaturan Pasal 28I ayat (1) memang sengaja diadakan sebagai penegasan bahwa Pasal 28J ayat (2) memperkecualikan hak-hak yang sifatnya *non derogable* karena menyangkut hakekat manusia. Pada pendekatan normativisme yang digunakan untuk menginterpretasi konstitusi, perlu diperhatikan konsep aspiratif berupa nilai atau ideal yang didasarkan pada moralitas yang tinggi, yang sesungguhnya merupakan atribut legitimasi sebuah konstitusi. Nilai-nilai ideal tersebut harus objektif dan dapat digeneralisasi. Terkait dengan muatan nilai atau moral yang ada dalam ketentuan mengenai *non derogable rights*, dapat dilihat dari sejarah lahirnya frasa tersebut, yaitu keinginan untuk lebih berpihak pada HAM. Dengan kata lain, yang diinginkan adalah perlindungan yang lebih baik bagi pengakuan hak yang bersifat asasi. Nilai ini tentu saja dapat digeneralisasi atau berlaku secara umum dan bukan hanya untuk individu tertentu.

Berdasarkan penjelasan diatas, maka perlu ditegaskan bahwa menghubungkan antara Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 dan Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 untuk membangun argumentasi adanya pembatasan bagi hak-hak yang tergabung dalam *non derogable rights* adalah tidak tepat. Dengan kata lain, analisis yang menyatakan bahwa hak yang disebutkan dalam Pasal 28I ayat (1) bukan merupakan hak yang sifatnya mutlak karena dibatasi oleh Pasal 28J ayat (2) merupakan pendapat yang tidak memiliki dasar yang kuat.

Terkait dengan pembahasan pada bagian ini, perlu dijawab pertanyaan yang

muncul yaitu mengenai hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, apakah keberlakuannya bersifat mutlak atautkah mungkin dilakukan pembatasan atau perkecualian. Paragraf-paragraf di bawah ini akan memberikan paparan argumentasi yang sifatnya afirmatif bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut tidak bersifat mutlak karena memiliki perkecualian. Tentu saja alasan adanya pembatasan terhadap hak ini tidak didasarkan pada Pasal 28J ayat (2). Argumen ini dibangun dengan pendekatan normativisme yang cocok digunakan untuk menilai kebenaran interpretasi hak-hak yang termasuk dalam HAM. Sebagaimana telah diuraikan pada Bab IV.A.3.b, pendekatan normativisme mengedepankan perlindungan HAM yang dimiliki oleh individu dengan demikian kebenaran interpretasi konstitusi didasarkan pada pandangan tersebut. Sebagai konsekuensi, preskripsi yang muncul adalah pendapat yang mengedepankan kepentingan individu sebagai penyandang HAM.

Selanjutnya, terkait dengan interpretasi atas hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, harus diinterpretasi dengan mendasarkan pada pendekatan yang berpihak pada hak yaitu mengedepankan perlindungan HAM yang dimiliki oleh individu. Selanjutnya juga perlu diingat bahwa interpretasi konstitusi harus didasarkan pada alasan untuk menyatakan hukum yang benar, dengan kata lain pencarian kebenaran dalam interpretasi konstitusi adalah untuk menyatakan hukum dengan benar, yaitu hukum yang adil.

Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 meletakkan hak untuk tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut sebagai *non derogable rights*, hal berbeda dengan pengaturan mengenai hal serupa di ICCPR, dan ketentuan mengenai HAM di US dan Eropa. Di Indonesia, untuk tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut tidak diikuti dengan ketentuan pengecualian. Dengan demikian jika diinterpretasi dengan pendekatan formal yang menekankan pada teknik interpretasi secara tekstual, maka disimpulkan bahwatidak mungkin hak untuk tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut ini dinyatakan berlaku sebaliknya.³²⁸ Oleh karenanya pendekatan ini tidak cocok digunakan karena tidak sesuai dengan

³²⁸ Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi Hak-hak Asasi Manusia oleh MK RI: Jimly Court 2003 – 2008*(Mandar Maju dan FH UKSW, 2015) 216.

normativisme yang mengedepankan HAM. Perlu diingat pula bahwa tujuan dari interpretasi konstitusi yaitu kebenaran, dalam hal ini adalah menegakkan hukum dan keadilan. Oleh karenanya mencegah terjadinya ketidakadilan adalah tujuan dari keadilan itu sendiri. Atas dasar pemikiran ini maka *a fortiori*, penuntutan yang bertentangan dengan hak untuk tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut mungkin saja bertentangan dengan kepastian hukum akan tetapi tidak dengan keadilan.³²⁹ Untuk mengatasi kelemahan Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 maka perlu perspektif yang lebih luas tentang hakikat hak untuk tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, antara lain dengan melihat pada hukum Internasional tentang HAM.³³⁰ Sejalan dengan hal tersebut, maka pembatasan atas hak ini dapat dilakukan dengan mengikuti tiga parameter berikut: *pertama*, pengecualian atas hak untuk tidak dapat dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat diberlakukan untuk kasus-kasus *extra ordinary crimes*; *kedua*, larangan berlaku surut ini hanya berlaku untuk hukum pidana materiil; dan *ketiga*, sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif bertentangan dengan asas legalitas.³³¹

Sampai pada titik ini telah diketahui interpretasi konstitusi yang benar terkait dengan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. Selanjutnya akan dilakukan penilain mengenai *overruling* yang dilakukan oleh MK RI untuk memberikan penilaian apakah interpretasi tersebut dapat dikatakan benar karena mengejar nilai kebenaran dalam interpretasi konstitusi.

Dalam Putusan MK RI No. 013/PUU-I/2003 pada prinsipnya MK RI berpendapat bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut bersifat mutlak. Artinya, MK RI mengartikan secara langsung dan mandiri apa yang tertuang dalam teks Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945. Pendapat tersebut mengalami *overruling* dalam Putusan MK RI No. 065/PUU-II/2004, yang menyatakan bahwa ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 tidak berdiri sendiri melainkan harus dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945.

³²⁹*Ibid*, 213-214.

³³⁰*Ibid*, 216.

³³¹*Ibid*, h. 226.

Pada Putusan MK RI No. 013/PUU-I/2003, UUD NRI Tahun 1945 memiliki pendirian bahwa Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 harus ditafsirkan secara mutlak. Hal ini secara jelas nampak dalam pertimbangan pertama yang diberikan sebagai interpretasi terhadap pasal Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945, sebagai berikut:

“Bahwa pada dasarnya hukum itu harus berlaku ke depan (*prospectively*). Adalah tidak *fair*, jika seseorang dihukum karena perbuatan yang pada saat dilakukannya merupakan perbuatan yang sah. Adalah tidak *fair pula* jika pada diri seseorang diberlakukan suatu ketentuan hukum yang lebih berat terhadap suatu perbuatan yang ketika dilakukannya diancam oleh ketentuan hukum yang lebih ringan, baik yang berkenaan dengan hukum acara (*procedural*), maupun hukum material (*substance*)”.

Yang dilanjutkan dengan adanya pertimbangan yang menyetakan demikian:

“....maka ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berisi kemungkinan untuk melakukan pembatasan hak asasi manusia tidak dapat diberlakukan terhadap Pasal 28I ayat (1), karena adanya anak kalimat (frasa) “dalam keadaan apapun”

Interpretasi dalam Putusan MK RI No. 013/PUU-I/2003 tersebut hanya memperhatikan pendekatan formal saja. Pertimbangan tersebut sebatas menggunakan interpretasi sistematik dan tekstual, yang dalam hal ini tidak cocok karena tidak berhasil memberikan preskripsi yang didasarkan pada pendekatan normativitas dalam rangka mengejar interpretasi kontitusi yang benar, yaitu yang sesuai dengan keadilan. Pendapat MK RI yang menyatakan “Menimbang bahwa dengan demikian MK RI berpendapat bahwa semua hak asasi dapat dibatasi, kecuali dinyatakan sebaliknya dalam UUD”³³², nampaknya berpihak pada HAM akan tetapi tidak memiliki *rationale* yang kuat.

Pendapat tersebut mengalami *overruling* dalam Putusan MK RI No. 065/PUU-II/2004, mahkamah pada pokoknya mengatakan bahwa:

Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Meskipun rumusan harfiah demikian menimbulkan kesan seolah-olah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut bersifat mutlak, namun sesuai

³³² Putusan MKRI No. 013/PUU-I/2003, 38.

dengan sejarah penyusunannya, Pasal 28I ayat (1) tidak boleh dibaca secara berdiri sendiri melainkan harus dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2). Dengan cara demikian maka akan tampak bahwa, secara sistematis, hak asasi manusia – termasuk hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut -- tidaklah bersifat mutlak, karena dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2). Dengan membaca Pasal 28I ayat (1) bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2), tampaklah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut (retroaktif) tidaklah bersifat mutlak, sehingga dalam rangka “memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban”, dapat dikesampingkan;

Dapat dibaca pada putusan di atas bahwa interpretasi konstitusi dilakukan secara sistematis menghubungkan Pasal 28I ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2) tidak tepat dilakukan, karena pada prinsipnya *non derigable rights* pada Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 memang dimaksudkan demikian adanya sehingga pembacanya tidak dapat dikaitkan dengan pembatasan HAM dalam Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 sebagaimana telah dijelaskan di atas. Teknik interpretasi yang tepat adalah menggunakan *puspositive interpretation* sehingga dapat dianalisis tujuan, kepentingan dan nilai-nilai yang berusaha direalisasikan melalui pengaturan mengenai hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. Seperti telah diuraikan sebelumnya, hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut haruslah diartikan tidak bersifat mutlak akan tetapi dikenal adanya perkecualian tertentu yang diadakan dalam rangka mengejar interpretasi konstitusi yang benar yaitu yang sesuai dengan nilai keadilan.

Oleh karenanya, dapat disimpulkan bahwa praktik *overruling* yang dilakukan MK RI terkait dengan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dalam Putusan MK RI No. 065/PUU-II/2004 benar dalam praktik *overrulingnya* karena membatasi atau memberikan perkecualian atas hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, namun tidak tepat dalam membangun *ratio decidendi*.

Interpretasi konstitusi ini tidak menggunakan metode yang tepat dalam pencarian kebenaran interpretasi konstitusi yang terkait dengan HAM.

e. Status Komisi Pemberantasan Korupsi Republik Indonesia

Isu konstitusional mengenai status KPK merupakan *hard case* dimana konstitusi tidak memberi preskripsi tentang interpretasinya. Namun dalam posisi demikian, isu konstitusional harus tetap dapat dijawab berdasarkan konstitusi. Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, maka teori normativisme secara relevan akan digunakan dalam menyediakan jawaban terhadap isu tersebut untuk menunjukkan apa yang seharusnya menurut konstitusi.

Secara tekstual, UUD NRI Tahun 1945 tidak memberikan preskripsi mengenai status KPK sehingga pendekatan yang digunakan seyogyanya adalah pendekatan konstitusi substantif ketimbang konstitusi formal. Pemahaman dasarnya adalah ketiadaan preskripsi dalam UUD NRI Tahun 1945 merupakan gap yang bukan menjadi penghalang menemukan kebenaran konstitusi. Jawaban konstitusi tetap dapat ditemukan melalui teori interpretasi yang lain, dalam hal ini pilihan teori interpretasi yang diambil adalah teori interpretasi *originalism* dimana akan digali *original intent* dari pembentuk UUD NRI Tahun 1945 untuk mendapatkan kebenaran konstitusi.

Kekuasaan presiden dalam suatu negara dapat mencerminkan sistem presidensial yang kuat. Secara teori, hal tersebut dapat dijustifikasi dengan ajaran *unitary executives* yang menjelaskan bahwa hakikat kekuasaan eksekutif ada di tangan presiden. Hal tersebut memberi implikasi bahwa presiden memiliki kontrol penuh terhadap cabang kekuasaan eksekutif di bawah tanggungjawabnya.³³³ Karakter kontrol penuh yang dilekatkan pada presiden dapat diwujudkan melalui, salah satunya, *executive officers removal*.³³⁴

Hal di atas sejalan dengan James Madison yang berpendapat, "*If the Constitution has invested all executive power in the President, I venture to assert that the*

³³³ Saikrishna Bangalore Prakash, *Imperial From The Beginning: The Constitution of the Original Executive* (Yale University Press 2015) 77.

³³⁴ Ibid, 69.

Legislation has no right to diminish or modify his executive authority I conceive that if any power whatsoever is in its nature executive, it is the power of appointing, overseeing, and controlling those who execute the laws." (Jika Konstitusi sudah meletakkan seluruh kewenangan eksekutif di presiden, saya menegaskan bahwa legislasi tidak memiliki hak untuk mengurangi atau mengubah kewenangan eksekutifnya saya memahami bahwa jika kewenangan apapun yang secara alamiah adalah eksekutif, maka kewenangan tersebut adalah kewenangan untuk menunjuk, mengawasi, mengendalikan mereka yang melaksanakan undang-undang).³³⁵

Di Indonesia teori *unitary executive* relevan untuk diterapkan, mengingat Pasal 4 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 mengatakan, "Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar." yang artinya presiden memiliki kekuasaan tertinggi dalam cabang eksekutif, sehingga presiden dapat melakukan kontrol pada lembaga eksekutif di bawahnya. Salah satu pembuktiannya tercermin dalam ketentuan konstitusional yang menerangkan bahwa presiden memegang kekuasaan tertinggi atas angkatan darat, laut, dan udara, serta hubungan struktural dengan kementerian negara dan pemerintah daerah.

Menilik pada Putusan MK RI mengenai status KPK yang semula di dalam cabang kekuasaan yudisial didasarkan pada Pasal 24 Ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 yang berbunyi, "Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang." Interpretasi terhadap apa yang dimaksud 'badan-badan lain' dapat dijumpai melalui pembahasan penyusun UUD NRI Tahun 1945 yang tercatat pada Naskah Komprehensif. Pada rapat ke-7 PAH III tanggal 13 Oktober 1999, **Sri Soemantri** merespon pertanyaan **Aberson** yang menyinggung mengenai ruang lingkup 'badan-badan lain' dengan mengatakan bahwa:

"Kitaperlu terlebih dahulu menegaskan apa yang dimaksud dengan kekuasaan kehakiman. ... *Judicial power*, kalau yang dimaksud itu adalah *judicial power*, tentunya tidak termasuk Jaksa Agung, tentunya tidak termasuk Polri. ... jadi perlu kita tegaskan dahulu Pak, apa yang dimaksud

³³⁵ Steven G. Calabresi dan Saikrishna B. Prakash, "The President's Power To Execute the Laws" (1994) 104 Yale Law Journal 541-665, 544.

dengan kekuasaan kehakiman itu. Kalau kekuasaan kehakiman itu *judicial power*, itu tidak masuk Jaksa Agung, tidak masuk Polri.”³³⁶

Berdasarkan percakapan dalam persiapan perubahan UUD NRI Tahun 1945, didapat jawaban bahwa konteks ‘badan-badan lain’ dimaksudkan untuk lembaga penegakan hukum yang di luar dari ranah kekuasaan kehakiman yang notabene dibahani oleh Mahkamah Agung beserta badan peradilan yang berada di bawahnya serta MK RI. ‘Badan-badan lain’ dikonstruksikan untuk lembaga seperti Jaksa Agung, Polri, pengacara dan lain-lain yang pekerjaannya terkait kekuasaan kehakiman namun bukan berarti bahwa ‘badan-badan lain’ tersebut merupakan pelaku kekuasaan kehakiman dalam ranah yudisial.

Pertanyaan lebih lanjut, jika pelaku kekuasaan kehakiman dalam ranah yudisial hanya dipegang oleh Mahkamah Agung beserta badan peradilan di bawahnya dan Mahkamah Konstitusi, maka dimanakah letak KPK? Posibilitas yang paling rasional muncul adalah ranah eksekutif.

Jawaban untuk mengelaborasi makna eksekutif dalam UUD NRI Tahun 1945 dapat ditemukan dengan teori interpretasi *purposive* dengan menentukan makna melalui konsep yuridis yang meliputi tujuan, kepentingan atau nilai yang berusaha direalisasi atau diaktualisasi oleh teks³³⁷. Berlandaskan pada Pasal 4 ayat (1) yang berbunyi, “Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar.”, membawa implikasi presiden sebagai *chief of executive*. Makna dari *chief of executive* adalah seorang presiden memiliki kekuasaan tertinggi dalam cabang kekuasaan eksekutif. Dengan kata lain Pasal 4 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 menghendaki kedudukan presiden yang kuat dan independen dalam mengatur dan menjalankan fungsi cabang kekuasaan eksekutif tanpa intervensi dari cabang kekuasaan lainnya. Hal ini sejalan dengan prinsip sistem presidensialisme Indonesia yang menginginkan posisi presiden yang kuat dalam struktur ketatanegaraan Indonesia.³³⁸

KPK merupakan suatu lembaga negara yang lahir dari Undang-Undang No. 30

³³⁶ Naskah Komprehensif Buku 6, Op.Cit. 69.

³³⁷ Titon Slamet Kurnia, *Konstitusi HAM*, Op.Cit. 161.

³³⁸ H.R. Sri Soemantri, “Sistem Pemerintahan Republik Indonesia” (2002) 10 Jurnal Mimbar Hukum 188-195, 190.

Tahun 2002 tentang KPK (UU KPK). Urgensi pembentukan KPK tersebut didorong karena belum optimalnya pemberantasan tindak pidana korupsi yang sebelumnya dibahani oleh Kepolisian RI dan Kejaksaan RI sehingga dibutuhkan penanganan yang lebih memadai.³³⁹ Dengan demikian terjawab bahwa KPK memiliki jiwa eksekutif karena Kepolisian RI dan Kejaksaan RI merupakan bagian dari ranah eksekutif yang bertanggungjawab pada Presiden.

Dari elaborasi di atas, maka diketahui bahwa kebenaran konstitusi menyatakan KPK merupakan bagian dari eksekutif, bukan yudisial. Konsekwensinya adalah KPK seharusnya bertanggungjawab terhadap Presiden. *In a contrario*, jika KPK dilepaskan dari ranah eksekutif maka telah terjadi amandemen terhadap UUD NRI Tahun 1945 karena prinsip dasar tersebut tidak sesuai dengan konstitusi.

Sebagai justifikasi terhadap Putusan MK RI No. 36/PUU-XV/2017 yang merupakan praktik *overruling* MK RI terhadap pendapat yudisial sebelumnya, maka akan dilihat apakah praktik tersebut sudah sesuai dengan kebenaran konstitusi yang telah dijelaskan di atas.

Jika menilik pada pendapat MK RI yang disampaikan pada Putusan *a quo*:

*Dengan demikian, dasar pembentukan KPK ialah karena belum optimalnya lembaga negara in casu Kepolisian dan Kejaksaan yang mengalami public distrust dalam pemberantasan tindak pidana korupsi. Dalam rangka mengembalikan kepercayaan masyarakat terhadap penegakan hukum, dibentuklah KPK. Dalam konstruksi demikian, secara tugas dan fungsi, Kepolisian, Kejaksaan, dan **KPK merupakan lembaga yang berada di ranah eksekutif.***³⁴⁰

Maka dapat disimpulkan bahwa sebenarnya MK RI telah melakukan praktik *overruling* yang sejalan dengan kebenaran konstitusi yang disampaikan di atas. Meski tidak dijelaskan secara eksplisit MK RI menggunakan teori interpretasi purposif dalam pendekatan konstitusi substantif, namun apa yang dilakukan oleh MK RI untuk mengambil posisi bahwa KPK merupakan bagian dari ranah eksekutif telah sesuai dengan pemikiran dalam kebenaran konstitutif dengan melihat pada karakteristik lembaga KPK dan mengembalikan konstruksi KPK ke dalam cabang

³³⁹ Baca Penjelasan UU KPK.

³⁴⁰ Putusan MK RI Nomor 36/PUU-XV/2017, 108-109.

kekuasaan eksekutif, yang berarti KPK di bawah kekuasaan Presiden Indonesia. Konklusi tersebut telah sesuai dengan makna presiden sebagai *executive chief* dalam sistem presidensial di Indonesia.

f. Hak atas Kepastian Hukum: Pemaknaan Frasa "Dapat Merugikan Keuangan Negara"

Pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 menyatakan, "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum." Pasal *a quo* tidak menjelaskan lebih lanjut mengenai konsep hak atas kepastian hukum yang adil, sehingga untuk menemukan makna hak tersebut tidak cukup dengan melakukan interpretasi tekstual melainkan juga dapat dilakukan dengan interpretasi purposif untuk menemukan nilai kepastian hukum yang adil sebagai kebenaran konstitusi yang akan dicari.

Asas kepastian hukum memiliki fungsi melindungi individu yang menjadi subyek hukum dari penggunaan kekuasaan yang sewenang-wenang. Lebih lanjut Gustav Radbruch menyatakan bahwa, "*Legal certainty demands positivity, yet positive law claims to be valid without regard to its justice or expediency [i.e. public policy or purposiveness]*".³⁴¹ Hal tersebut menekankan bahwa kepastian hukum menuntut positivitas yang diwujudkan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan guna menghindari kesewenang-wenangan penguasa (*lex scripta*). Sebagai implikasi, maka perumusan norma dalam undang-undang haruslah mengedepankan kejelasan dalam makna untuk menghindari perluasan asumsi yang menciptakan peluang kesewenang-wenangan.

Penerapan asas kepastian hukum dalam area hukum pidana dapat dilihat dari aspek pembuktian dalam perkara pidana yang mengedepankan kebenaran materiil (*beyond reasonable doubt*). Penerapan ini telah masif dilakukan dan diterima semenjak tahun 1980 sebagai respon terhadap '*margin of errors*' yang dilakukan oleh pengadilan.³⁴² Kebenaran materiil merupakan kebenaran riil dimana kebenaran

³⁴¹ James Maxeiner, "Legal Certainty and Legal Methods: An European Alternative to American Legal Indeterminacy?" (2007) 15 Tulane Journal of International and Comparative Law 541, 547.

³⁴² Christian Diesen, "Beyond Reasonable Doubt: Standard of Proof and Evaluation of Evidence in Criminal Cases" (2009) Stockholm Institute for Scandinavian Law 169, 170.

ini tidak tergantung pada hal-hal yang dikemukakan oleh para pihak, tetapi kebenaran dengan tujuan tertentu, oleh sebab itu kebenaran materiil mendasarkan pada kenyataan yang sesungguhnya terjadi.³⁴³ Dengan menggunakan kebenaran materiil, maka tujuan dari kepastian hukum dapat terwujud karena seorang individu harus benar-benar dapat dibuktikan secara nyata ia telah melakukan tindak pidana sebelum dinyatakan bersalah oleh pengadilan. Cerminan tujuan ini tergambar pada statement, "*it better to have ten guilty people go free than to have one innocent person erroneously convicted*".³⁴⁴

Berdasarkan uraian di atas, maka kepastian hukum terlebih dalam konteks hukum (acara) pidana dalam aspek pembuktian harus ditafsirkan pada pemaknaan kebenaran materiil sebagai prinsip dasarnya. Hal tersebut merupakan kebenaran konstitusi yang harus dipertahankan, termasuk ketika menginterpretasi Pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945. Hal ini sejalan pula dengan apa yang telah dijelaskan pada Bab II bahwa terhadap isu-isu HAM, interpretasi konstitusi harus berdasarkan kapasitasnya dalam memperkuat HAM individu.

Putusan MK RI No. 25/PUU-XIV/2016 merupakan praktik *overruling* yang dilakukan oleh MK RI dalam merevisi pendapat terdahulunya melalui Putusan MK RI No. 003/PUU-IV/2006 yang mengatakan bahwa interpretasi kata "dapat" harus dinilai dengan konsep *potential loss*. Dalam argumen MK RI yang nampak pada Putusan MK RI No. 25/PUU-XIV/2016, MK RI nampak mengubah pandangannya dari semula menggunakan konsep *potential loss* menjadi *actual loss* bahwa unsur merugikan negara harus dipahami sudah terjadi atau nyata untuk dapat diterapkan dalam tindak pidana korupsi.³⁴⁵

Bunyi akhir pendapat MK RI dalam Putusan *a quo* memang sama dengan konklusi yang dihasilkan dari interpretasi konstitusi. Namun jika disimak lebih lanjut, *ratio decidendi* MK RI dalam memutus perkara tersebut tidak menggunakan interpretasi konstitusi yang seharusnya. Konklusi MK RI ditarik dari interpretasi secara sistematis

³⁴³ Daud Jonathan Selang, "Kedudukan Keterangan Saksi untuk Pencarian Kebenaran Material dalam Perkara Pidana" (2012) 1 Lex Crimen 57, 65.

³⁴⁴ Mehmet Yayla, "The Origin of "Beyond Reasonable Doubt" Standard and Application in United States Criminal Procedural Law" (2013) 4 Law and Justice Review 1, 9.

³⁴⁵ Putusan MK RI No. 25/PUU-XIV/2016, 113.

dengan melihat pada peraturan perundang-undangan yakni dengan melihat pada UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan yang dinilai telah menyebabkan pergeseran paradigma penerapan unsur merugikan negara dalam tindak pidana korupsi dengan membuka kemungkinan penyelesaian atas kasus yang mengakibatkan kerugian negara tidak menerapkan hukum pidana sehingga hukum pidana hanya diletakkan sebagai *ultimum remedium*.³⁴⁶ Hal ini tercermin dalam pendapat, "Dalam perkembangannya dengan lahirnya UU Administrasi Pemerintahan maka kerugian negara karena kesalahan administratif bukan merupakan unsur tindak pidana korupsi" atau dengan kata lain untuk dapat dijustifikasi sebagai tindak pidana korupsi, maka kerugian negara harus dapat dibuktikan secara nyata.

Dalam rangka harmonisasi dengan peraturan perundang-undangan yang lain termasuk UU Administrasi Pemerintahan, UU Perbendaharaan Negara, UU BPK, the 2003 United Nation Convention Against Corruption yang semuanya telah menerapkan konsep *actual loss* dalam menentukan unsur 'dapat merugikan keuangan negara', maka MK RI mengubah penilaian konstitusionalnya dengan menerapkan konsep *actual loss*.

Ratio Decidendi MK RI di atas seyogyanya perlu dikaji ulang jika benar-benar ingin mencari kebenaran konstitusi. Ini berarti penggunaan interpretasi sistematis yang telah dilakukan oleh MK RI bukan cara yang benar dalam mendapatkan kebenaran konstitusi. Meski konklusi yang dihasilkan sama, namun hendaknya digunakan teori interpretasi yang tepat terlebih dahulu dimana tulisan ini menjustifikasi teori interpretasi purposif adalah teori interpretasi yang tepat dilakukan dalam menginterpretasi konstitusi, khususnya Pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945.

³⁴⁶ Ibid, 112.

BAB V

PENUTUP

A. Simpulan

Konstitusi memiliki kedudukan yang lebih tinggi dibandingkan dengan produk interpretasi konstitusi oleh badan yudisial, karena konstitusi sendiri adalah *the supreme law*. Prinsip “supremasi konstitusi” mengandung tuntutan supaya badan yudisial yang menginterpretasi konstitusi melakukan tugasnya itu dengan benar. Pengertian ini, di sini, dikonsepsikan sebagai “kebenaran konstitusional” di mana interpretasi konstitusi oleh badan yudisial dalam proses adjudikasi konstitusional harus sesuai dengan “apa yang seharusnya menurut konstitusi”. Dengan demikian, pengertian secara *a contrario*, jika interpretasi konstitusi yang ada dirasa belum menjawab tuntutan tentang interpretasi yang seharusnya menurut konstitusi maka praktik *overruling* dapat diberikan *judgment* sebagai praktik yang memiliki legitimasi.

Penelitian ini telah menguraikan beberapa praktik *overruling* yang dilakukan oleh MK RI, dalam pengujian undang-undang terhadap UUD NRI Tahun 1945. Basis teoretik atas praktik *overruling* yaitu ajaran supremasi konstitusi yang dianut oleh negara Indonesia, dimana MK RI sebagai “penjaga konstitusi” lebih terikat atau tunduk pada konstitusi ketimbang pada pendapat yudisialnya sendiri. Sehingga, dimungkinkan MK RI memiliki interpretasi berbeda dengan putusan terdahulu dalam rangka mewujudkan interpretasi konstitusi yang benar. Praktik *overruling* oleh MK RI memiliki legitimasi (*legitimate*) sepanjang dilakukan untuk memperoleh kebenaran konstitusional, yaitu kebenaran dalam interpretasi konstitusi yang dilakukan oleh MK RI. Argumen ini bertolak dari pra-pemahaman bahwa hukum atau asasnya adalah supremasi konstitusi, bukan supremasi “pendapat yudisial” MK RI. Supremasi konstitusi menghendaki atau menuntut supaya interpretasi konstitusi dilakukan dengan benar.

Supaya praktik *overruling legitimate* maka praktik harus dapat dijustifikasi dari aspek *legal, sociological* dan *moral*. Penelitian ini membuktikan bahwa praktik *overruling* oleh MK RI memiliki legitimasi, baik dari sisi *legal, sosiological* dan *moral*. Legitimasi *legal* tampak dari adanya perintah dan kewajiban bagi MK RI agar melakukan interpretasi konstitusi secara benar, sebagaimana dapat ditelusuri dari beberapa norma pada tataran konstitusi (formal) yaitu Pasal 24A dan Pasal 24C UUD NRI Tahun 1945 dan undang-undang terkait kekuasaan kehakiman dan mahkamah konstitusi (UU Kekuasaan Kehakiman, UU MK dan Peraturan MK terkait pengujian undang-undang).

Legitimasi *sociological* tampak dari tingkat penerimaan masyarakat terhadap praktik *overruling* dengan menggunakan pendekatan rasional, yaitu pendekatan yang menitikberatkan pada *public reasons* yang didasari oleh aspirasi masyarakat yang cenderung mengejar kebenaran. Tingkat penerimaan masyarakat tampak sejak proses *constitution-making* UUD NRI Tahun 1945, yaitu ketika muncul gagasan pembentukan lembaga adjudikasi konstitusi. Ketika lembaga adjudikasi konstitusi telah dibentuk, tingkat penerimaan masyarakat tampak ketika masyarakat selalu mencari kebenaran konstitusi melalui permohonan pengujian undang-undang ke MK RI maupun ketika masyarakat mematuhi putusan *overruling* yang dikeluarkan oleh MK RI, dengan asumsi putusan tersebut adalah hasil interpretasi konstitusi sebagai upaya mencari kebenaran konstitusi.

Selanjutnya legitimasi *moral* tampak ketika badan yudisial (MK RI) melakukan penafsiran konstitusi dilatarbelakangi motivasi dan tujuan untuk menghasilkan interpretasi konstitusi yang benar, yaitu interpretasi yang sesuai dengan hakikat dan tujuan lembaga yudisial itu sendiri dalam rangka menegakkan hukum dan keadilan. Oleh karena itu, *a fortiori*, agar praktik *overruling* dapat legitimate secara moral, maka praktik *overruling* tersebut, dalam kerangka adjudikasi konstitusi MK RI, harus dapat dijustifikasi sebagai upaya untuk mewujudkan hukum dan keadilan.

Penelitian ini memberikan anotasi kasus-kasus *overruling* secara spesifik. Isu utamanya di sini adalah apakah *overruling* tersebut sudah benar. **Pertama**, mengenai Penyelenggaraan Pemilu (Pilpres dan Pileg): Serentak atau Terpisah. Praktik *overruling* dalam Putusan MK RI No. 14/PUU-XI/2013 telah dilakukan

dengan benar sehingga praktik secara spesifiknya telah *legitimate*. **Kedua**, mengenai Hak Mantan Terpidana dalam Menduduki Jabatan Publik. MK RI dalam putusan *overruling*-nya memperhatikan dan mempertimbangkan aspek moral dan keadilan, dengan menyatakan bahwa norma hukum tidak dapat dilepaskan dari moralitas yang mendasarinya, yaitu keadilan, oleh karenanya *overruling* tersebut sudah benar sehingga dapat dikatakan *legitimate*. **Ketiga**, mengenai Hak Menguasai Negara. Praktik *overruling* dalam Putusan MK RI No. 85/PUU-XI/2013 adalah benar karena menempatkan negara sebagai pemegang kendali (ada dalam kedudukan berkuasa) atas cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak; bumi, air dan kekayaan alam, dalam tujuan untuk mencapai kesejahteraan seluruh masyarakat. **Keempat**, terkait dengan Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. Praktik *overruling* dalam Putusan MK RI No. 065/PUU-II/2004 adalah benar karena membatasi atau memberikan perkecualian atas hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, namun tidak tepat dalam membangun *ratio decidendi*. Interpretasi konstitusi ini tidak menggunakan metode yang tepat dalam pencarian kebenaran interpretasi konstitusi terkait HAM. **Kelima**, terkait dengan Status KPK RI. MK RI telah melakukan praktik *overruling* yang sejalan dengan kebenaran konstitusi, dimana KPK merupakan bagian eksekutif, sehingga KPK di bawah kekuasaan Presiden Indonesia. Terakhir yang **Keenam**, mengenai Hak atas Kepastian Hukum: Pemaknaan Frasa "dapat merugikan keuangan negara". *Ratio Decidendi* MK RI seyogyanya perlu dikaji ulang jika ingin mencari kebenaran konstitusi. Penggunaan interpretasi sistematis bukan cara yang benar dalam mendapatkan kebenaran konstitusi, sehingga seharusnya MK menggunakan teori interpretasi purposif dalam menginterpretasi konstitusi, khususnya Pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945.

Berdasarkan anotasi kasus-kasus *overruling* tersebut, terdapat 4 kasus dijustifikasi sebagai praktik *overruling* yang *legitimate* karena sudah benar dalam melakukan interpretasi konstitusi. Sementara 2 kasus lainnya, sekalipun hasil akhir putusannya benar, namun kebenaran tersebut tidak dihasilkan melalui *ratio decidendi* yang tepat. Dengan kata lain interpretasi konstitusinya tidak menggunakan metode yang tepat dalam pencarian kebenaran interpretasi konstitusi.

B. Saran

Berdasarkan simpulan di atas, agar praktik *overruling* dapat dijustifikasi, maka harus menggunakan metode interpretasi konstitusi yang benar. Namun demikian, sebagai bagian dari proses diskursus yuridis secara umum dalam menyikapi pendapat konstitusional yang beredar, kontroversi atau pro-kontra adalah hal yang normal, sama halnya dengan posisi penelitian ini yang mungkin mengundang pro atau kontra terhadap interpretasi konstitusi yang diberikan oleh MK RI itu sendiri. Peluang terjadinya pro-kontra sangat besar karena konstitusi sendiri tidak menentukan secara eksplisit apa yang seharusnya menurut konstitusi. Oleh karena itu kebenaran dari preskripsi konstitusi lebih banyak ditentukan oleh proses interpretasi konstitusi.

DAFTAR PUSTAKA

Buku - buku ;

- Asshidiqqie, Jimly, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang* (Konstitusi Press 2006).
_____, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara* (Konstitusi Press 2006).
- Bahar, Saafroedin dkk, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia* (Genta Publishing 2016).
- Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press 1986).
- Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* (Harvard University Press 1970).
- Brenner, Saul & Harold J. Spaeth, *Stare Indecisis: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992* (Cambridge University Press 1995).
- Cruz, Peter de, *Comparative Law in a Changing World* (Cavendish Publishing 1995).
- Dicey, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (The MacMillan Press Ltd. 1979).
- Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent* (Cambridge University Press 2008).
- Edlin, Douglas E., *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*(The University of Michigan 2010).
- Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980).
- Gerhardt, Michael J., *The Power of Precedent* (Oxford University Press 2008).
- Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asia Cases* (Cambridge University Press 2003).
- Glendon, Mary Ann, Michael W. Gordon, Christopher Osakwe, *Comparative Legal Traditions* (West Publishing Co. 1982).

- Hamilton, Alexander, James Madison & John Jay (Terence Ball, ed.), *The Federalist with Letters of "Brutus"* (Cambridge University Press 2003).
- Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press 2004).
- Huda, Ni'matul, *Problematika Pembatalan Peraturan Daerah* (FH UII Press 2001).
- Indrati, Maria Farida, *Ilmu Perundang-undangan – Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan* (Kanisius 2006).
- Indrayana, Denny, *Amandemen UUD 1945: Antara Mitos dan Pembongkaran* (Mizan 2007).
- Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence* (Cambridge University Press 2002).
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State* (Russell & Russell 1960).
- Kirby, Michael, *Judicial Activism: Authority, Principle and Policy in the Judicial Method* (Sweet & Maxwell 2004).
- Kurnia, Titon Slamet, *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Sang Penjaga HAM (The Guardian of Human Rights)* (Penerbit PT. Alumni 2013).
- _____, *Konstitusi HAM* (Pustaka Pelajar 2014)
- _____, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008* (Penerbit CV. Mandar Maju 2015).
- Lash, Kurt T., *The Lost History of the Ninth Amendment* (Oxford University Press 2009).
- Lijphart, Arend, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (Yale University Press 2012).
- MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Clarendon Press 2003).
- Perry, Michael J., *Constitutional Rights, Moral Controversy and the Supreme Court* (Cambridge University Press 2009).
- Pompe, Sebastian, *Runtuhnya Institusi Mahkamah Agung* (LeIP2012).
- Pound, Roscoe, *Law Finding Through Experience and Reason* (University of Georgia Press 1960).
- Prakash, Saikrishna Bangalore, *Imperial From The Beginning: The Constitution of the Original Executive* (Yale University Press 2015).

Ratnapala, Suri, *Jurisprudence* (Cambridge University Press 2009).

Rauta, Umbu, *Konstitusionalitas Pengujian Peraturan Daerah* (Genta Publishing 2016).

Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton University Press 1997).

Schyff, Gerhard van der, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa* (Springer 2010).

Strauss, David A., *The Living Constitution* (Oxford University Press 2010).

Visser, H. Ph. 'tHooft, *Filsafat Ilmu Hukum*, (Universitas Brawijaya Press 2014).

Wheare, K.C., *Modern Constitutions* (Oxford University Press 1975).

Whittington, Keith E., *Political Foundations of Judicial Supremacy: The President, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History* (Princeton University Press 2007).

Jurnal;

Andrade, Gustavo Fernandes de, "Comparative Constitutional Law: Judicial Review" (2001) 3 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 977.

Amar, Akhil Reed, "The Supreme Court 1999 Term: Foreword: The Document and the Doctrine" (2000) 114 *Harvard Law Review* 26.

_____, "On Text and Precedent" (2008) 31 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 961.

Barnett, Randy E., "Are Enumerated Constitutional Rights the Only Rights We Have?" (1987) 10 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 143.

_____, "Foreword: The Ninth Amendment and Constitutional Legitimacy" (1988) 64 *Chicago-Kent Law Review* 37.

_____, "Reconceiving the Ninth Amendment" (1988) 74 *Cornell Law Review* 1.

_____, "A Ninth Amendment for Today's Constitution" (1991) 26 *Valparaiso University Law Review* 419.

_____, "Who's Afraid of Unenumerated Rights?" (2006) 9 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 1.

Barrett, Amy Corey "Precedent and Jurisprudential Disagreement" (2013) 91 *Texas*

Law Review 1711.

Brewbaker III, William S., "Found Law, Made Law and Creation: Reconsidering Blackstone's Declaratory Theory" (2006/2007) XXII *Journal of Law and Religion* 255.

Burton, Steven J., "The Conflict between *Stare Decisis* and Overruling in Constitutional Adjudication" (2014) 35 *Cardozo Law Review* 1687.

Calabresi, Steven G., "Text, Precedent and the Constitution: Some Originalist and Normative Arguments for Overruling *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*," (2005) 22 *Constitutional Commentary* 311.

_____, "The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent and Burke" (2006) 57 *Alabama Law Review* 635.

_____ and Saikrishna B. Prakash, "The President's Power To Execute the Laws" (1994) 104 *Yale Law Journal* 541.

Cappelletti, Mauro, "Judicial Review in Comparative Perspective" (1970) 58 *California Law Review* 1017.

Christiansen, Matthew R. & William N. Eskridge, Jr., "Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967-2011" (2014) 92 *Texas Law Review* 1317.

Cleveland, Sarah H., "Our International Constitution" (2006) 31 *Yale Journal of International Law* 1.

Comella, Victor Ferreres, "The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?" (2004) 2 *International Journal of Constitutional Law* 461.

Corwin, Edward S., "*Marbury v. Madison* and the Doctrine of Judicial Review" (1914) 12 *Michigan Law Review* 538.

_____, "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law I" (1928) 42 *Harvard Law Review* 149.

_____, "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law II" (1928) 42 *Harvard Law Review* 365.

Dainow, Joseph, "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison"

- (1967) 15 *American Journal of Comparative Law* 419.
- Diesen, Christian, "Beyond Reasonable Doubt: Standard of Proof and Evaluation of Evidence in Criminal Cases" (2009) *Stockholm Institute for Scandinavian Law* 169.
- Dunn, Pintip Hompluem, "How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis" (2003) 113 *Yale Law Journal* 493.
- Dworkin, Ronald, "Hard Cases" (1975) 88 *Harvard Law Review* 1057.
- Emenaker, Ryan Eric, "Constitutional Interpretation and Congressional Overrides: Changing Trends in Court-Congress Relations" (2013) 2 *Journal of Legal Metrics* 197.
- Epstein, Lee William M. Landes & Adam Liptak, "The Decision to Depart (or Not) from Constitutional Precedent: An Empirical Study of the Roberts Court" (2015) 90 *New York University Law Review* 1115.
- Eskridge, William N. Jr., "Overruling Statutory Precedents" (1988) 76 *Georgetown Law Journal* 1361.
- _____, "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions" (1991) 101 *Yale Law Journal* 331.
- Fallon Jr., Richard H., "The Supreme Court 1996 Term: Foreword: Implementing the Constitution" (1997) 111 *Harvard Law Review* 54.
- _____, "Legitimacy and the Constitution" (2005) 118 *Harvard Law Review* 1787.
- Farber, Daniel A., "The Rule of Law and the Law of Precedents" (2006) 90 *Minnesota Law Review* 1173.
- Fowler, James H. & Sangick Jeon, "The Authority of Supreme Court Precedent" (2008) 30 *Social Networks* 16.
- Gennaioli, Nicola & Andrei Shleifer, "Overruling and the Instability of Law (2007) 35 *Journal of Comparative Economics* 309.
- Gerhardt, Michael J., "Super Precedents" (2006) 90 *Minnesota Law Review* 1204.
- González, Rodrigo Camarena, "From Jurisprudence Constante to Stare Decisis: The Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitutionalism" (2016) 7 *Transnational Legal Theory* 257.
- Gray, Anthony, "The Common Law and the Constituion as Protector of Rights in

- Australia" (2010) 39 *Common Law World Review* 119.
- Harris, J.W., "Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess?" (1990) 10 *Oxford Journal of Legal Studies* 135.
- Hondius, Ewoud, "Precedent in East and West" (2005) 23 *Penn State International Law Review* 521.
- Jaffey, Peter, "Two Ways to Understand the Common Law" (2017) 8 *Jurisprudence* 435.
- Kelsen, Hans, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution" (1942) 4 *The Journal of Politics* 183.
- Kozel, Randy J., "*Stare Decisis* as Judicial Doctrine" (2010) 67 *Washington & Lee University Law Review* 411.
- _____, "Precedent and Constitutional Structure" (2017) 112 *Northwestern University Law Review* 789.
- Kurnia, Titon Slamet, "Prediktabilitas Ajudikasi Konstitusional: Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang" (2016) 13 *Jurnal Konstitusi* 259.
- Lairg, Lord Irvine of, "Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America" (2001) 76 *New York University Law Review* 1.
- Lash, Kurt T., "The Cost of Judicial Error: *Stare Decisis* and the Role of Normative Theory" (2014) 89 *Notre Dame Law Review* 2189.
- Leawoods, Heather, "Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher" (2000) 2 *Washington University Journal of Law and Policy* 489.
- Limbach, Jutta, "The Concept of the Supremacy of the Constitution" (2001) 64 *Modern Law Review* 1.
- Madden, M. Stuart, "The Vital Common Law: Its Role in a Statutory Age" (1996) 18 *University of Arkansas Little Rock Law Review* 555.
- Matsui, Shigenori, "Constitutional Precedents in Japan: A Comment on the Role of Precedent" (2011) 88 *Washington University Law Review* 1669.
- Maxeiner, James "Legal Certainty and Legal Methods: An European Alternative to American Legal Indeterminacy?" (2007) 15 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 541.
- Nathanson, J. Edmond, "Congressional Power to Contradict the Supreme Court

- Constitutional Decisions: Accomodation of Rights in Conflict" (1986) 27 *William and Mary Law Review* 331.
- Nelson, Caleb "Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents" (2001) 87 *Virginia Law Review* 1.
- Pejovic, Caslav, "Civil Law and Common Law" (2001) 32 *Victoria University of Wellington Law Review* 817.
- Peters, Ellen Ash, "Common Law Judging in a Statutory World: An Address" (1982) 43 *University of Pittsburgh Law Review* 995.
- Pojanowski, Jeffrey A., "Reading Statutes in the Common Law Tradition" (2015) 101 *Virginia Law Review* 1357.
- Posner, Richard A., "Against Constitutional Theory" (1998) 73 *New York University Law Review* 1.
- Pound, Roscoe, "What is the Common Law" (1937) 4 *University of Chicago Law Review* 176.
- _____, "What of *Stare Decisis*?" (1941) 10 *Fordham Law Review* 1.
- Radbruch, Gustav, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)" (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 1.
- _____, "Five Minutes of Legal Philosophy (1945)" (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 13.
- Rahdert, Mark C., "Comparative Constitutional Advocacy" (2007) 56 *American University Law Review* 553.
- Rauta, Umbu dan Ninon Melatyugra, "Hukum Internasional sebagai Alat Interpretasi dalam Pengujian Undang-Undang" (2018) 15 *Jurnal Konstitusi* 80.
- Reinstein, Robert J. & Mark C. Rahdert, "Reconstructing *Marbury*," (2005) 57 *Arkansas Law Review* 729.
- Rigoni, Adam, "Common-Law Judicial Reasoning and Analogy" (2014) 20 *Legal Theory* 133.
- Rubin, Edward, "Judicial Review and the Right to Resist" (2008) 97 *Georgetown Law Journal* 61.
- Sachs, Stephen E., "The 'Unwritten Constitution' and Unwritten Law" (2013) *Illinois Law Review* 1797.

- Selang, Daud Jonathan, "Kedudukan Keterangan Saksi untuk Pencarian Kebenaran Material dalam Perkara Pidana (2012) 1 *Lex Crimen* 57.
- Sherry, Suzanna, "The Founders' Unwritten Constitution" (1987) 54 *University of Chicago Law Review* 1127.
- _____, "The Four Pillars of Constitutional Doctrine" (2011) 32 *Cardozo Law Review* 969.
- Shimizu, Jun, "Common Law Constitutionalism and Its Counterpart in Japan" 2016 (39) *Suffolk Transnational Law Review* 1.
- Soemantri, H.R. Sri, "Sistem Pemerintahan Republik Indonesia" (2002) 10 *Jurnal Mimbar Hukum* 188.
- Spriggs, James F. & Thomas G. Hansford, "Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent" (2001) 63 *The Journal of Politics* 1091.
- Stone, Geoffrey R. "Precedent, the Amendment Process and Evolution in Constitutional Doctrine" (1988) 11 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 67.
- Sweet, Alec Stone, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy" (2002) 25 *West European Politics* 77.
- _____, "The Politics of Constitutional Review in France and Europe" (2007) 5 *International Journal of Constitutional Law* 69.
- Tetley, William, "Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)" (2000) 60 *Louisiana Law Review* 677.
- Thayer, James B., "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law" (1893) 7 *Harvard Law Review* 129.
- Triono, "Menakar Efektivitas Pemilu Serentak 2019" (2017) 2 *Jurnal Wacana Politik* 156.
- Troper, Michel, "The Logic of Justification of Judicial Review" (2003) 1 *International Journal of Constitutional Law* 99.
- Vermeule, Adrian, "Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason" (2007) 107 *Columbia Law Review* 1482.
- Yayla, Mehmet, "The Origin of "Beyond Reasonable Doubt" Standard and Application in United States Criminal Procedural Law" (2013) 4 *Law and Justice*

Review 1.

Young, Ernest A., "The Constitution Outside the Constitution" (2007) 117 *Yale Law Journal* 408.

_____, "The Constitutive and Entrenchment Functions of Constitutions: A Research Agenda" (2008) 10 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 399.

Book Chapters;

Alexander, Larry, "Constitutions, Judicial Review, Moral Rights, and Democracy: Disentangling the Issues" dalam Grant Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008).

Bodenheimer, Edgar, "Anthropological Foundations of Law" dalam Eugenio Bulygin, Jean-Louis Gardies & Ilkka Niiniluoto, eds., *Man, Law and Modern Forms of Life* (D. Reidel Publishing Co. 1985).

Eisenberg, Melvin A., "The Principles of Legal Reasoning in the Common Law" dalam Douglas E. Edlin, ed., *Common Law Theory* (Cambridge University Press 2007).

Golding, Martin P., "Discovery and Justification in Science and Law" dalam Aleksander Peczenik, Lars Lindahl & Bert van Roermund eds., *Theory of Legal Science* (D. Reidel Publishing Co. 1983).

Harris, J.W., "Overruling Constitutional Interpretations" dalam Charles Sampford & Kim Preston, eds., *Interpreting Constitutions: Theories, Principles and Institutions* (The Federation Press 1996).

Hutchinson, Terry, "Doctrinal Research: Researching the Jury" dalam Dawn Watkins & Mandy Burton (eds), *Research Methods in Law* (Routledge 2013).

Kelsen, Hans, "What Is Justice?" dalam Hans Kelsen, *Essay in Legal and Moral Philosophy* (D. Reidel Publishing Co. 1997).

Lundmark, Thomas, "The Methodology of Using Precedents" dalam Clausen N.J. et.al., eds., *Festschrift til Hans Viggo Godsk Pedersen* (Djoef Forlag 2017).

MacCormick, Neil & Robert S. Summers, "Introduction" dalam Neil MacCormick, Robert S. Summers, Arthur L. Goodhart, eds., *Interpreting Precedents* (Ashgate Publishing 1997).

Schauer, Frederick, "*Stare Decisis* and the Selective Effect" dalam Christopher J. Peters, ed., *Precedent in the United States Supreme Court* (Springer 2013).

Sumber lain;

Attamimi, Hamid, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara; Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam kurun waktu Pelita I-Pelita IV* (Disertasi Ilmu Hukum Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia).

D'Amato, Anthony, "On the Connection Between Law and Justice" (2011) Faculty Working Papers, Paper 2.

Jenkins, Christopher D., *From Unwritten to Written: Transformation in the British Common-Law Constitution* (Master of Laws Thesis, McGill University 2002).

Kirby, Michael, "International Law and the Common Law: Conceptualising the New Relationship" (The University of Adelaide, Fourth James Crawford Biennial Lecture on International Law, 14 October 2009).

Peraturan Perundang-undangan;

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966

Ketetapan MPR No. III/MPR/2000

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2002

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2004

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 2004

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor Tahun 2011

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2014

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2015

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2017

Putusan Mahkamah Konstitusi;

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 013/PUU-I/2003

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 002/PUU-II/2004

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 065/PUU-II/2004

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 008/PUU-III/2005

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 003/PUU-IV/2006

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor14 – 17/PUU-V/2007

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor51-52-59/PUU-VI/2008

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor56/PUU-VI/2008

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor3/PUU-VII/2009

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor4/PUU-VII/2009

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor133/PUU-VII/2009

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 37-39/PUU-VIII/2010

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor5/PUU-IX/2011

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 36/PUU-X/2012

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor14/PUU-XI/2013

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 85/PUU-XI/2013

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor42/PUU-XIII/2015

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 109/PUU-XIII/2015

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 25/PUU-XIV/2016

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 36/PUU-XV/2017