

## PENEMUAN HUKUM DAN PENGGUNAAN YURISPRUDENSI OLEH MAHKAMAH KONSTITUSI\*

I D.G. Palguna\*\*

*“The rules and principles of case law have never been treated as final truths but as working hypotheses, continually retested in those great laboratories of the law, the courts of justice. Every new case is an experiment, and if the accepted rule which seems applicable yield a result which is felt to be unjust, the rule is reconsidered.”*

(Benjamin N. Cardozo).

\*\*\*\*\*

Pada mulanya, Panitia seminar ini meminta saya untuk memaparkan dua poin. Pertama, arti penting penemuan hukum jika dikaitkan dengan kondisi legislasi di Indonesia dan tujuan negara hukum. Kedua, model-model bernalar dalam melakukan penemuan hukum yang selama ini diterapkan dalam menyelesaikan perkara di Mahkamah Konstitusi RI. Belakangan, Panitia menambahkan satu poin permintaan lagi: metode penggunaan yurisprudensi dalam penemuan hukum oleh Mahkamah Konstitusi.

Sebelum berusaha menjawab ketiga permintaan yang sangat tidak mudah dan mungkin tidak semua akan terjawab tersebut, ada satu hal yang mesti “diluruskan” terlebih dahulu. Berbicara tentang penemuan hukum (*rechtsvinding*) dalam seminar ini konteksnya adalah penemuan hukum oleh hakim (*rechterlijke rechtsvinding*) yang berkenaan dengan penerapan atau penegakan hukum oleh hakim.<sup>1</sup> Oleh karena itu, dalam kaitan ini tepat kiranya jika terlebih dahulu dikutip pernyataan guru besar hukum dari Universitas Gadjah Mada, Sudikno Mertokusumo, yang memulai bahasannya tentang penemuan hukum dengan pernyataan:

---

\*Disampaikan pada seminar dengan tema “Pendidikan Hukum untuk Pembentukan Hukum Indonesia yang Berkeadilan dan Berkepastian,” yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada; Van Vollenhoven Institute, University of Leiden, dan Sekolah Tinggi Hukum Indonesia Jentera, bertempat di Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 27 Agustus 2019.

\*\*Hakim Konstitusi dan dosen Fakultas Hukum Universitas Udayana, Bali.

<sup>1</sup>Hal ini penting ditegaskan karena, menurut Pontier, penemuan hukum itu mengandung pengertian yang sangat luas, yaitu sebuah reaksi terhadap situasi-situasi problematikal yang dipaparkan orang dalam peristilahan hukum. Ia berkenaan dengan pertanyaan-pertanyaan hukum (*rechtsvragen*), konflik-konflik hukum atau sengketa-sengketa yuridis. Bahkan, menurut Pontier, penemuan hukum juga mencakup praktik hukum resmi (*officiële rechtspraktijk*), yaitu praktik hukum yang di dalamnya pemerintah terlibat dan yang diarahkan pada yang berlaku, di mana bukan hanya hakim yang melakukan penemuan hukum tetapi juga pembentuk undang-undang dan birokrasi pemerintahan. Lihat J.A. Pontier, 2001, *Penemuan Hukum* (terjemahan B. Arief Sidharta), Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan: Bandung (untuk digunakan secara terbatas dalam lingkungan sendiri), h. 1.

Oleh karena undang-undangnya tidak lengkap atau tidak jelas, maka hakim harus mencari hukumnya, harus menemukan hukumnya. Ia harus melakukan penemuan (*rechtsvinding*). Penegakan dan pelaksanaan hukum sering merupakan penemuan hukum dan tidak sekedar penerapan hukum.

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit. Ini merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit.<sup>2</sup>

Dari pernyataan tersebut diperoleh pemahaman bahwa, pertama, melakukan penemuan hukum adalah upaya untuk mencari jawaban atas pertanyaan “apa hukumnya bagi suatu peristiwa atau kasus konkret tertentu dalam hal undang-undang tidak mengatur atau tidak jelas mengatur hal itu?” Kedua, penemuan hukum oleh hakim sesungguhnya lebih tepat dipahami sebagai kebutuhan hukum hakim, khususnya hakim di negara-negara yang menganut tradisi hukum *civil law*,<sup>3</sup> sebagaimana terjadi dan dikembangkan di negara-negara Eropa Daratan<sup>4</sup> dan negara-negara yang terpengaruh oleh tradisi ini, termasuk Indonesia. Kebutuhan itu muncul karena, di satu sisi, sebagai sisa-sisa “warisan” paham Legisme,<sup>5</sup> para hakim di negara-negara *civil law* pada

---

<sup>2</sup>Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, 1993, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti: Bandung, h. 4.

<sup>3</sup>Istilah “tradisi hukum” hendaklah tidak dikacaukan dengan istilah “sistem hukum” sebab keduanya memang berbeda. “Tradisi hukum” (*legal tradition*) adalah merujuk pada pengertian sekumpulan sikap yang tertanam secara mendalam, yang terkondisi secara historis, perihal hakikat hukum, perihal peranan hukum dalam masyarakat dan pemerintahan, perihal bagaimana sebaiknya pengorganisasian dan bekerjanya suatu sistem hukum, dan perihal cara bagaimana hukum dibentuk atau seharusnya dibentuk, diterapkan, dipelajari, dan diajarkan. Sedangkan “sistem hukum” (*legal system*) adalah merujuk pada pengertian bekerjanya sekumpulan lembaga, prosedur, dan aturan hukum. Dengan demikian, “tradisi hukum” lebih luas dari (sekadar) “sistem hukum” sebab dalam tradisi hukum yang sama sangat mungkin terdapat sistem hukum yang berbeda-beda. Lihat lebih jauh John Henry Merryman, 1985, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press: Stanford-California, h. 1-5. Lihat juga Linda Picard Wood (Ed.), 1996, *Merriam-Webster’s Dictionary of Law*, Merriam-Webster Inc.: Springfield-Massachusetts, h. 543.

<sup>4</sup>Menurut Zweigert dan Kötz, kendatipun secara umum negara-negara Eropa Daratan dikelompokkan sebagai negara-negara yang mewarisi atau berada dalam satu tradisi hukum, yakni *civil law*, sesungguhnya negara-negara tersebut terbagi ke dalam tiga “keluarga” hukum, yaitu *Romanistic Legal Family*, *Germanic Legal Family*, dan *Nordic Legal Family*. Lihat lebih jauh K. Zweigert and H. Kötz, 1998, *An Introduction to Comparative Law* (translated from the German by Tony Weir), Third Revised Edition, Clarendon Press: Oxford-New York, h. 74-285.

<sup>5</sup>Yaitu paham yang merupakan bagian dari perkembangan tradisi *civil law* yang menganggap tidak ada hukum di luar undang-undang karena undang-undang dianggap telah sempurna sehingga tugas hakim hanyalah menegaskan dan menegakkan apa yang sudah diatur dalam undang-undang, sebagaimana, antara lain, tercemrin dalam ungkapan termasyur dari Cicero bahwa “*the magistrate is a speaking law, and the law a silent magistrate*”, lihat Cicero, “The Republic and The Laws” dalam William Ebenstein, 1960, *Great Political Thinkers. Plato to the Present*, Third Edition, Holt, Rinehart and Winston: New York-Chicago-San Francisco-Toronto, h. 135; atau ungkapan terkenal dari Montesquieu bahwa hakim adalah mulut undang-undang (“*le juge est la bouche de la loi*”), walaupun sesungguhnya Montesquieu juga menegaskan bahwa pentingnya penafsiran yang menggunakan jiwa undang-undang tatkala undang-undang tidak jelas mengatur suatu hal; lihat lebih jauh Charles de Secondat, Baron de

umumnya telah menjadi terbiasa atau lebih akrab bernalar berdasarkan aturan (*rule-based reasoning*) dalam menghadapi kasus konkrit yang sedang diadili; sementara itu, di sisi lain, karena ternyata undang-undang tidak pernah lengkap atau sempurna maka berkembanglah *maxim* (yang kemudian diterima sebagai asas<sup>6</sup>) *ius curia novit* (atau *iura novit curia*)<sup>7</sup> yaitu hakim dianggap tahu apa hukumnya bagi suatu peristiwa konkret yang sedang diadilinya. Inilah yang kemudian dijadikan sebagai landasan argumentasi bahwa hakim tidak boleh menolak mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak ada hukum yang mengatur perkara yang bersangkutan. Atas dasar argumentasi ini dikembangkan pemikiran lebih jauh bahwa karena itu hakim wajib menggali hukum yang hidup dalam masyarakat.

Jika mengikuti pendapat Bruggink, terdapat dua model penemuan hukum, yaitu metode interpretasi (*interpretatiemethoden*) dan model penalaran (*redeneerwijzen*) atau konstruksi hukum.<sup>8</sup> Untuk interpretasi, terdapat empat model, yaitu (1) interpretasi bahasa (*de taalkundige interpretatie*); (2) historis undang-undang (*de wethistorische interpretatie*); (3) sistematis (*de systematische interpretatie*); (4) kemasyarakatan (*de maatschappelijke interpretatie*). Sementara itu, untuk penalaran atau konstruksi hukum terdapat tiga bentuk, yaitu (1) analogi; (2) *rechtsverfijning* (penghalusan hukum atau penyempitan hukum) dan (3) *argumentum a contrario*.<sup>9</sup>

Serupa dengan pendapat Bruggink di atas, Scholler menyebutkan bahwa di negara-negara *civil law* ada empat kelompok metode penafsiran yang prinsip-prinsipnya dikembangkan berdasarkan *statutory interpretation*, yaitu (1) *literal*, (2) *intentional*, (3) *systematic*; dan (4) *teleological*.<sup>10</sup> Namun, Scholler memberikan catatan bahwa sebelum menerapkan metode-metode penafsiran tersebut, terlebih dahulu harus dipahami keberadaan dan berlakunya “kaidah-kaidah

---

Montesquie, 2001, *The Spirit of Laws* (translated by Thomas Nugent), Batoche Books: Kitchener-Ontario (Canada), khususnya halaman 59-114. Lihat juga Philipus M. Hadjon-Tatiek Sri Djatmiati, 2016, *Argumentasi Hukum*, Gadjah Mada University Press: Yogyakarta, h. 24-25.

<sup>6</sup>Asas hukum di sini diberi pengertian sebagai kebenaran atau pernyataan mendasar yang digunakan sebagai landasan melakukan penalaran hukum (*legal reasoning*).

<sup>7</sup>*Maxim* ini mula-mula bersumber dari dan dikembangkan oleh tulisan para penulis hukum di Zaman Romawi (yang disebut *glossators*). *Maxim* ini berkait erat dengan *maxim* lain yang berbunyi “*da mihi factum, dabo tibi ius*” (“berikan/tunjukkan kepadaku fakta-faktanya maka kuberikan engkau hukumnya”). Lihat lebih jauh, antara lain, dalam David Johnston, 1999, *Roman Law in Context*, Cambridge University Press: Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town; Edith Hamilton, 1932, *The Roman Way*, W.W. Norton & Company Inc.: New York; Brian Z. Tamanaha, 2004, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press: Cambridge.

<sup>8</sup>Philipus M. Hadjon-Tatiek Sri Djatmiati, *op.cit.*, h. 25.

<sup>9</sup>Lihat *Ibid.*, h. 26-30.

<sup>10</sup>Heinrich Scholler, 2004, *Notes on Constitutional Interpretation*, Hans Seidel Foundation: Jakarta, h.4.

penafsiran” (*cannons of interpretation*) yang telah diterapkan secara tradisional yaitu *verbal meaning* (makna verbal), *grammatical construction* (bangunan atau konstruksi gramatikal); *statutory context* (konteks perundang-undangan), dan aspek-aspek teleologis atau kemasyarakatan (*teleological aspects*) dari ketentuan undang-undang yang hendak ditafsirkan itu.<sup>11</sup>

Sementara itu, di negara-negara penganut tradisi *common law*, prinsip-prinsip penafsiran dikembangkan melalui putusan-putusan pengadilan.<sup>12</sup> Keadaan demikian dapat dipahami karena berkait erat keberlakuan doktrin *stare decisis* atau *precedent* (yang telah diterima sebagai prinsip) yang dipegang tegus oleh para hakim atau pengadilan di negara-negara tersebut. Doktrin atau prinsip ini mengandung pengertian bahwa pendapat hakim atau putusan-putusan pengadilan sebelumnya atau pengadilan yang lebih tinggi dalam kasus konkret tertentu mengikat hakim atau pengadilan berikutnya (atau pengadilan yang lebih rendah) dalam mengadili kasus yang serupa.<sup>13</sup> Dalam kaitan ini, bagi hakim negara-negara *common law* yang juga menerima prinsip-prinsip *statutory interpretation*, seperti di Amerika Serikat, tidak terdapat perbedaan cara kerja dalam memutus kasus berdasarkan *stare decisis* (*precedent*) dan berdasarkan undang-undang, sebagaimana dikatakan oleh Benjamin Cardozo, “*Stare decisis is at least the everyday working rule of our law. I shall have something to say later about the propriety of relaxing the rule in exceptional conditions. But unless those conditions are present, the work of deciding cases in accordance with precedent that plainly fit them is a process similar in its nature to that of deciding cases in accordance with a statute.*”<sup>14</sup>

Karena tulisan ini tidak dimaksudkan untuk memberi kuliah Pengantar Ilmu Hukum maka catatan awal tentang penemuan hukum akan dicukupkan sampai di sini. Inti dari seluruh catatan

---

<sup>11</sup>*Ibid.*

<sup>12</sup>*Ibid.*

<sup>13</sup>Doktrin atau prinsip *stare decisis* ini berkait dengan prinsip *res judicata* (atau *res adjudicata*) yang mengandung arti (1) suatu masalah yang telah diselesaikan secara pasti oleh putusan pengadilan, (2) suatu *affirmative defense* (pernyataan tergugat atau terdakwa yang mengajukan fakta-fakta atau alasan-alasan baru yang jika terbukti benar akan mengalahkan tuntutan penggugat atau penuntut, meskipun gugatan atau tuntutan itu benar) yang mencegah pihak-pihak yang sama mengajukan tuntutan/gugatan yang sama untuk kali kedua, atau setiap tuntutan lain yang timbul dari transaksi atau rangkaian transaksi yang sama dan yang seharusnya telah diajukan pada tuntutan/gugatan terdahulu; lihat Byran A. Garner (Editor in Chief), 1999, *Black's Law Dictionary*, West Group: St. Paul Minn., h. 1312 *juncto* h. 430.

<sup>14</sup>Lihat Benjamin N. Cardozo, 2005, *The Nature of Judicial Process*, Dover Edition, Dover Publications, Inc.: Mineola-New York, h. 16.

pengantar di atas hanyalah untuk sekadar menekankan bahwa penemuan hukum merupakan kebutuhan bagi hakim atau pengadilan dalam memutus perkara konkrit yang sedang diadilinya dalam hal terdapat keadaan di mana terhadap perkara tersebut undang-undang tidak mengaturnya atau tidak jelas mengaturnya atau bisa juga terdapat pertentangan aturan yang berlaku terhadap perkara tersebut. Dalam keadaan demikian maka hakim harus menentukan apa atau bagaimana hukumnya yang berlaku terhadap perkara tersebut untuk kemudian dituangkan ke dalam putusan. Dalam menentukan apa atau bagaimana hukumnya itu, hakim dapat menggunakan interpretasi hukum maupun konstruksi hukum.

\*\*\*\*\*

Dilihat dari sudut pandang demikian maka tidaklah tepat jika penemuan hukum dikaitkan dengan Mahkamah Konstitusi apabila penemuan hukum dimaksud dimaknai semata-mata sebagai “apa hukum yang diberlakukan oleh Mahkamah Konstitusi terhadap suatu kasus jika undang-undang tidak mengatur atau tidak jelas mengaturnya?” Sebab, fungsi utama Mahkamah Konstitusi (dan mahkamah konstitusi atau yang disebut dengan nama lain di seluruh semua negara) adalah *constitutional review*,<sup>15</sup> khususnya dalam hal ini menguji konstusionalitas norma undang-undang. Dengan kata lain, dilihat dari perspektif fungsi utamanya, tugas utama Mahkamah Konstitusi bukanlah menerapkan norma undang-undang melainkan justru “mengadili” norma undang-undang itu sehingga hakim pengadilan “biasa” (*ordinary courts*) tidak menerapkan norma undang-undang yang bertentangan dengan Konstitusi. Oleh karena itu, dalam tulisan ini, penemuan hukum oleh Mahkamah Konstitusi akan diartikan sebagai upaya menemukan jawaban atas pertanyaan “bagaimana Mahkamah Konstitusi menafsirkan Konstitusi (*in casu* UUD 1945), khususnya dalam melaksanakan kewenangannya menguji konstusionalitas undang-undang.” Dengan pembatasan demikian bukan berarti Mahkamah Konstitusi hanya melakukan penafsiran Konstitusi tatkala melaksanakan kewenangannya menguji konstusionalitas undang-undang. Sesuai dengan kewenangan yang diberikan oleh UUD 1945, Mahkamah Konstitusi berwenang menguji undang-undang terhadap UUD 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang

---

<sup>15</sup>Untuk memperoleh gambaran yang lebih komprehensif mengenai fungsi *constitutional review* mahkamah konstitusi, lihat antara lain Jimly Asshiddiqie, 2005, *Model-model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara*, Cetakan Kedua, Kompas: Jakarta h.1-47; H. Hausmaninger, 2003, *The Austrian Legal System*, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung: Wien, h. 139; I D.G. Palguna, 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint), Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*, Sinar Grafika: Jakarta, h. 189-215; I D.G. Palguna, 2018, *Mahkamah Konstitusi: Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan dengan Negara Lain*, KonPress: Jakarta, h. 1-24.

kewenangannya diberikan oleh UUD 1945, memutus pembubaran partai politik; memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum, serta memutus pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden melakukan pelanggaran atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana diatur dalam UUD 1945,<sup>16</sup> sehingga sesungguhnya setiap pelaksanaan kewenangannya Mahkamah Konstitusi melakukan penafsiran konstitusi. Dengan kata lain, dapat dikatakan bahwa pada dasarnya putusan-putusan Mahkamah Konstitusi adalah wujud penafsiran hakim konstitusi hakim yang bersifat mengikat terhadap perkara yang diputusnya.<sup>17</sup> Dijadikannya pelaksanaan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam menguji konstitusionalitas undang-undang sebagai fokus bahasan penafsiran konstitusi dalam tulisan ini, di samping karena alasan terbatasnya ruang, adalah karena pengujian konstitusionalitas undang-undang dapat dikatakan sebagai *core business* Mahkamah Konstitusi, sebagaimana halnya mahkamah konstitusi di berbagai negara. Bahkan, jika bertolak dari Putusan Mahkamah Amerika Serikat dalam kasus *Marbury v. Madison* (1803)<sup>18</sup> maupun pendirian mahkamah konstitusi pertama di dunia, dalam hal ini Mahkamah Konstitusi Austria (*Bundesverfassungsgerichtshof*),<sup>19</sup> dapat dikatakan bahwa sejarah kelahiran mahkamah konstitusi (atau yang disebut dengan nama lain) sesungguhnya adalah sejarah kelahiran gagasan pengujian konstitusionalitas undang-undang.

Berbicara tentang penafsiran konstitusi pada dasarnya adalah berbicara tentang cara melakukan elaborasi terhadap pengertian-pengertian yang terkandung dalam konstitusi yang hasilnya kemudian diakui dan diperlakukan sebagai (bagian) hukum tata negara.<sup>20</sup> Atau, sebagaimana dikatakan Anthony Mason, menafsirkan konstitusi adalah upaya menemukan jawaban atas pertanyaan-pertanyaan yang berkenaan dengan bagaimana cara memandang konstitusi serta tujuan-tujuan yang hendak diwujudkan oleh konstitusi itu.<sup>21</sup> Secara metodologis,

---

<sup>16</sup>Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945.

<sup>17</sup>Jimly Asshiddiqie, 2007, *Pokok-pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT Bhuana Ilmu Populer: Jakarta, h. 604-605.

<sup>18</sup>Untuk ulasan komprehensif tentang kasus *Marbury v. Madison*, sebagai putusan pengadilan pertama yang mengadopsi gagasan pengujian konstitusionalitas undang-undang, lihat, antara lain, Robert Lowry Clinton, 1989, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas: Kansas.

<sup>19</sup>Untuk ulasan mengenai sejarah kelahiran Mahkamah Konstitusi Austria (*Bundesverfassungsgerichtshof*), lihat I D.G. Palguna, *Mahkamah Konstitusi...op.cit.*, h. 225-239.

<sup>20</sup>Keith E. Whittington, 1999, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, University Press of Kansas: Kansas, h. 5.

<sup>21</sup>Sir Anthony Mason, "Theoretical Approaches to Constitutional Interpretation" dalam Charles Samford & Kim Preston, 1996, *Interpreting Constitution*, the Federation Press: Sydney, h. 14.

menurut Scholler, metode-metode penafsiran undang-undang juga berlaku dalam penafsiran konstitusi namun keberlakuan itu hanya sebatas sebagai titik tolak (*starting point*). Sebab, dalam penafsiran konstitusi, ada tiga aspek tambahan penting yang mutlak diperhatikan, yaitu *the unity of the constitution* (kesatuan konstitusi), *practical coherence of the constitution* (koherensi praktis konstitusi), dan *appropriate working of the constitution* (bekerja secara tepatnya konstitusi).<sup>22</sup>

Dengan demikian, misalnya, dalam suatu kasus konkret tertentu dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang, tidaklah keliru jika hakim menafsirkan konstitusionalitas suatu norma undang-undang (atau bagian tertentu dari suatu norma undang-undang) dengan bertolak metode penafsiran sejarah. Namun, tatkala penggunaan penggunaan metode demikian sebagai titik tolak ternyata menghasilkan konklusi atau pendapat hukum yang tidak bersesuaian, apalagi bertentangan, dengan kebutuhan untuk memahami konstitusi sebagai satu kesatuan, atau (dapat) melahirkan praktik yang tidak logis, atau menyebabkan konstitusi tidak mungkin bekerja atau diterapkan secara tepat maka penafsiran sejarah itu harus ditinggalkan. Hal yang sama juga berlaku terhadap penggunaan metode penafsiran lain sebagai titik tolak penafsiran konstitusi. Oleh karena itu, tidak mudah (jika tak hendak mengatakan tidak mungkin) untuk menyatakan suatu metode penafsiran tertentu sebagai metode yang paling tepat dalam menafsirkan konstitusi, dalam hal ini penafsiran konstitusi yang diberlakukan dalam menguji konstitusionalitas suatu undang-undang.

Hal yang menjadi perdebatan tanpa henti dalam penafsiran konstitusi bukanlah persoalan metode penafsiran mana yang dianggap paling tepat melainkan persoalan kecenderungan pendirian atau sikap hakimnya dalam menafsirkan konstitusi itu. Jika bercermin pada praktik di Amerika Serikat sebagai negara yang menurut catatan para ahli merupakan negara pertama yang memberlakukan konstitusi tertulis, terdapat dua kecenderungan pendirian hakim dalam menafsirkan konstitusi, yaitu mereka yang berpegang pada prinsip *originalism* (sehingga disebut *originalist*) dan mereka yang berpegang pada prinsip *non-originalism* (sehingga disebut *non-originalist*). Pendirian kedua kelompok ini hingga sekarang tidak dapat dipertemukan sehingga penafsiran yang dilahirkan dari keduanya pun menjadi berbeda.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup>Heinrich Sholler, *op.cit.*, h. 4-5.

<sup>23</sup>Uraian berikut tentang *originalism* dan *non-originalism* Penulis sarikan dari artikel Penulis yang direncanakan untuk diterbitkan pada bulan November 2019 dalam rangka program penerbitan buku pada hakim

Mereka yang disebut *originalist* dikelompokkan lagi menjadi dua yaitu mereka yang berpegang pada “maksud asli” atau *original intent* (sehingga disebut *original intention originalism*) dan mereka yang berpegang pada “makna asli” atau *original meaning* (sehingga disebut *original meaning originalism*). Menurut pendapat para penganut *original intention originalism*, konstitusi harus ditafsirkan sesuai dengan maksud asli para perancang konstitusi itu. Para hakim dari kelompok *original intention originalists* ini mengecam pendirian para *non-originalists* – dianggap menggunakan pendekatan liberal – sebagai pendekatan yang tidak berdasar (*illigitimate*).<sup>24</sup>

Salah satu tokoh *original intention originalist* yang terkenal adalah Robert H. Bork. Dalam satu tulisannya yang dimuat di *Indiana Law Journal*,<sup>25</sup> Bork menyatakan bahwa putusan-putusan hakim (*in casu* Mahkamah Agung Amerika Serikat) harus senantiasa dilandasi atau dikontrol oleh prinsip-prinsip yang netral. Persyaratan demikian, menurut Bork, diturunkan dari adanya keadaan anomali yang lahir dari pemberlakuan prinsip supremasi pengadilan dalam suatu masyarakat yang demokratis. Dikatakan anomali karena, menurut Bork, jika pengadilan benar-benar *supreme*, serta mampu memerintah sesuai dengan prinsip *supreme* demikian, maka masyarakat yang demikian bukanlah masyarakat yang demokratis. Namun, anomali demikian ditiadakan oleh model pemerintahan yang dituangkan dalam struktur Konstitusi (Amerika Serikat), suatu model yang di atasnya juga berlaku prinsip persetujuan rakyat dibatasi oleh Mahkamah Agung.<sup>26</sup> Prinsip-prinsip yang netral itu, kata Bork, dapat ditemukan dalam Konstitusi, yaitu pada nilai-nilai yang dipilih oleh para Pendiri Negara (*Founding Fathers*), bukan pada Mahkamah Agung.<sup>27</sup> Pada kesempatan lain, Bork menegaskan kembali argumentasinya sebagai seorang *original intention originalist* dengan mengatakan bahwa Konstitusi adalah “*Law*.” Karena itu, jika konstitusi benar-benar “*Law*” maka – sebagaimana halnya semua *law* – pengertian sebagaimana yang dimaksudkan oleh pembuat *law* itulah yang mengikat hakim, sebagaimana halnya ia mengikat cabang kekuasaan

---

konstitusi oleh Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi; lihat I D.G. Palguna, “Originalism dalam Penafsiran Konstitusi di Amerika Serikat.”

<sup>24</sup>James E. Ryan, “Laying Claim to the Constitution. The Promise of New Textualism,” *Virginia Law Review* No. 97: 1523, 2011, h. 1529.

<sup>25</sup>Robert H. Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” *Indiana Law Journal*, Vol. 47, Issue 1, Article 1, 1971 (<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol47/iss1/1>, diunduh 20 Mei 2019, pukul 21.30 WITA).

<sup>26</sup>*Ibid.*, h. 2.

<sup>27</sup>*Ibid.*, h. 7.

legislatif dan eksekutif. Oleh sebab itu, dalam menafsirkan Konstitusi, hakim (dalam tingkatan mana pun) terikat oleh maksud perancang Konstitusi.<sup>28</sup>

Namun, pandangan *original intention originalist* ini menuai kritik tajam. Ada dua nama yang menurut Lawrence B. Solum<sup>29</sup> dianggap sebagai peletak dasar krititik terhadap *original intention originalism*, yaitu Paul Brest dan Jefferson Powell. Brest mempertanyakan cara mengetahui maksud dari sebuah lembaga yang keanggotaannya bersifat majemuk jika hanya berdasarkan pada teks. Kendatipun benar bahwa teks dapat memberi petunjuk maksud dari para perancang Konstitusi, teks itu sendiri tidak memiliki kedudukan lebih penting dari sumber-sumber lain dalam upaya menemukan maksud tersebut.<sup>30</sup> Lagi pula, kata Brest lebih jauh, para *intentionalists* sering memperlakukan tulisan ataupun pernyataan dari para perancang Konstitusi sebagai seolah-olah bukti yang menunjukkan maksud mereka.<sup>31</sup>

Apabila diringkaskan, kritik Brest terhadap *original intention originalism* mencakup alasan-alasan berikut: (1) kesulitan untuk memastikan maksud institusional dari suatu lembaga multianggota (majemuk) secara umum; (2) masalah-masalah tertentu yang berkait dengan pengidentifikasian maksud para anggota Konvensi Philadelphia dan maksud negara-negara bagian yang meratifikasi konvensi-konvensi (yang mendahului Konvensi Philadelphia – *Penulis*) dalam hal Konstitusi yang asli dan maksud para anggota Kongres serta maksud lembaga-lembaga legislatif negara-negara bagian dalam hal berbagai amandemen terhadap Konstitusi (yang asli); (3) masalah dalam menentukan level keumuman atau kekhususan maksud dari para Perancang atau para peratifikasi; (4) masalah penarikan kesimpulan perihal adanya maksud dengan bertolak dari struktur konstitusi; (5) kesulitan untuk menerjemahkan keyakinan-keyakinan dan nilai-nilai dari para Perancang dan peratifikasi mengingat perubahan-perubahan yang terjadi di sepanjang waktu; (6) problem legitimasi demokratis – yaitu bahwa Konstitusi 1789 dirancang dan diratifikasi tanpa keikutsertaan kaum perempuan dan budak; (7) masalah instabilitas, dalam arti bahwa perintah

---

<sup>28</sup>Lihat lebih jauh “Exploring the Constitutional Theory of Constitutional Interpretation” dalam <https://cstl-cla.semo.edu/hhill/ui305/constitutional%20interpretationa.htm> (diunduh tanggal 22 Mei 2019, pukul 20.01 WITA).

<sup>29</sup>Lawrence B. Solum, “What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, *Georgetown University Law Center*, 2011, h. 10.

<sup>30</sup>Paul Brest, “The Misconceive Quest for Original Understanding,” *Boston University Law Review*, Vol. 60: 204, 1980, h. 138.

<sup>31</sup>*Ibid.*, h. 139.

konstitusi yang kaku (*inflexible constitutional order*) tidak mampu beradaptasi dengan keadaan-keadaan yang terus-menerus berubah.<sup>32</sup>

Sementara itu, Powell mendasarkan kritiknya dengan mempertanyakan anggapan para *intentionalists* bahwa para perancang Konstitusi menginginkan atau memaksudkan Konstitusi hasil rancangannya itu untuk ditafsirkan sesuai dengan maksud mereka. Sekalipun benar terdapat rujukan frasa-frasa perihal “maksud asli” dan “maksud para perancang” dalam perdebatan dalam proses perancangan Konstitusi, frasa-frasa tersebut tidaklah mewakili versi awal dari *original intention originalism*.<sup>33</sup> Brest lebih jauh menegaskan bahwa harapan utama para perancang Konstitusi di Philadelphia itu dalam hubungannya dengan penafsiran konstitusi adalah agar Konstitusi, sebagaimana halnya dokumen hukum lain, ditafsirkan sesuai dengan bahasa yang tegas atau jelas dalam Konstitusi itu. Adanya harapan ini, kata Powell, terbukti dari banyaknya upaya dari para perancang untuk memperjelas rumusan teks, baik untuk menghilangkan kekaburan atau ketidakjelasan maupun untuk mengusir kekhawatiran bahwa bahasa yang terlalu berlebihan akan dipahami secara literal dan karenanya tujuan dari suatu ketentuan tertentu justru jadi terkalahkan.<sup>34</sup> Lagi pula, menurut Powell, meskipun bahan-bahan perdebatan perihal bahasa yang digunakan dalam Konstitusi itu sangat berlimpah, tak satu pun dari perdebatan itu yang menunjukkan keberadaan suatu delegasi yang menyarankan bahwa untuk menghindari kesalahpahaman terhadap teks Konstitusi, para penafsir Konstitusi di masa depan dapat mengatasinya dengan mempertimbangkan maksud-maksud yang terartikulasikan selama berlangsungnya konvensi Konstitusi di Philadelphia.<sup>35</sup>

Mulai akhir abad ke-20, *original intention originalism* mulai ditinggalkan, dan kemudian bergeser menjadi *original meaning originalism*.<sup>36</sup> Tokoh sentral yang berperan penting dalam terjadinya pergeseran ini adalah Hakim Agung Antonin Scalia. Dalam pidatonya sebuah seminar yang diselenggarakan oleh *Department of Justice*, Scalia menyarankan untuk menghentikan upaya pencarian maksud asli para perumus dan menggantinya dengan menemukan “makna umum yang

---

<sup>32</sup>*Ibid.*, h. 214-231. Bandingkan dengan Lawrence B. Solum, *op.cit.*, h. 8-9.

<sup>33</sup>H. Jefferson Powell, “The Original Understanding of Original Intent”, *Harvard Law Review*, Vol. 98: 885, 1985, h. 903.

<sup>34</sup>*Ibid.*

<sup>35</sup>*Ibid.*, h. 903-904.

<sup>36</sup>Lihat lebih jauh Richard S. Kay, “Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation”, *Northwestern University Law Review*, No. 103: 703, 2009, h. 705-709.

asli” (*original public meaning*) yang terkandung dalam teks Konstitusi itu.<sup>37</sup> Alasannya, karena Konstitusi itu merupakan teks maka ia harus ditafsirkan sesuai dengan makna aslinya yaitu makna umum yang berlaku ketika teks tersebut diratifikasi.<sup>38</sup>

Selain karena alasan di atas, menurut Ralph Rossum, alasan lain yang mendorong Scalia untuk meninggalkan *original intention* adalah karena ketidaksetujuannya terhadap penggunaan *legislative history* oleh pengadilan dalam menafsirkan undang-undang. Ia khawatir “logika” yang sama diberlakukan hakim dalam penafsiran konstitusi. Menurut Scalia, “*The use of legislative history can ‘mask the underlying choices made by the judge in construing a statute’ and can confer ‘a false impression that elected representatives actually considered and intended the result reached by the judge’.* It can also upset delicate legislative compromises that ‘are best found’ in the actual language of the statute.”<sup>39</sup> Scalia meyakini, berpegang kepada *original public meaning* –yang berarti berpegang pada teks dan tradisi– akan mencegah atau mengekang *judicial descretion*. Mencegah *judicial discretion* ini sangat penting untuk menghindarkan hakim menggunakan kesukaan atau preferensinya sendiri dalam menafsirkan Konstitusi. Ketaatan kepada teks konstitusi atau (dalam hal terjadi ambiguitas) kepada pengertian tradisional dari mereka yang mengadopsi Konstitusi itu akan mereduksi bahaya di mana hakim mengganti keyakinan masyarakat dengan keyakinannya sendiri.<sup>40</sup> Bagi Scalia, teks membentuk aturan sehingga hakim tinggal menerapkan aturan itu sebagai hukum. Karena itu, ketika teks atau tradisi tidak memberi aturan maka tidak ada aturan, yang berarti tidak ada hukumnya bagi hakim untuk menerapkan aturan yang berlawanan dengan tindakan cabang kekuasaan yang merepresentasikan kehendak rakyat (yaitu yang merumuskan aturan itu) sehingga berarti tidak ada alasan pembenar bagi campur tangan hakim.<sup>41</sup>

Secara teori, pergeseran dari *original intention originalism* menjadi *original meaning originalism* merupakan perubahan yang signifikan. Namun, menurut Ryan, dalam praktik hampir tidak membawa perubahan yang berarti. Hal itu terjadi bukan saja karena kelompok konservatif

---

<sup>37</sup>Randy E. Barnett & Evan Bernick, “The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 107: 1, 2018, h. 10-11.

<sup>38</sup>“Notes on Original Meaning and Its Limits”, *Harvard Law Review*, Vol. 120: 1279, 2007, h. 1280.

<sup>39</sup>Lihat Ralph A. Rossum, *Antonin Scalia’s Jurisprudence. Text and Tradition*, Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 2006, h. 11.

<sup>40</sup>*Ibid.*, h. 27.

<sup>41</sup>*Ibid.*, h. 33.

(*intentionalists*) acapkali tidak mau menerima *originalism* “versi baru” ini jika hal itu membawa *outcomes* yang mereka nilai liberal tetapi juga karena metodologi yang digunakan relatif tidak berubah. Karena itu, menurut Ryan, sesungguhnya tidak ada perbedaan antara *original intention originalism* dan *original meaning originalism*.<sup>42</sup>

Berbeda dari mereka yang berada dalam kelompok *originalists*, mereka yang berada di kelompok *non-originalists* memandang konstitusi itu sebagai organisme yang hidup (*living organism*). Karena itulah para *non-originalists* ini juga kerap disebut *living constitutionalists* karena memperlakukan konstitusi sebagai konstitusi yang hidup (*living constitution*). Pandangan para *living constitutionalists* bertolak dari pemikiran bahwa Konstitusi (Amerika Serikat) dibuat dengan maksud agar mampu bertahan hingga berabad-abad sehingga, sebagai konsekuensinya, dalam menghadapi berbagai krisis ia harus mampu beradaptasi. Karena itu, pengertian Konstitusi haruslah senantiasa berubah sebagai ekspresi perubahan nilai-nilai mendasar dari setiap generasi.<sup>43</sup> Konstitusi juga harus berkembang (*evolving*) sehingga maknanya pun harus berkembang sebab hanya dengan perkembangan makna itulah Konstitusi mampu bertahan.<sup>44</sup>

Erwin Chemerinsky, seorang pendukung *living constitutionism*, menentang keras pendirian para *originalists* dengan alasan ada problem metodologi yang serius dalam dasar pikiram para *originalists* itu. Membaca sejarah Konstitusi untuk menemukan “maksud asli,” kata Chemerinsky, tidaklah bebas nilai (*value-neutral*) karena adanya proses subjektif dalam memutuskan maksud siapa yang akan dipilih (maksud para perancang atau maksud dari mereka yang meratifikasi) untuk memastikan bahwa pandangan merekalah yang memiliki arti dan untuk menentukan maksud dari begitu banyak orang yang acapkali memiliki tujuan atau maksud yang berbeda-beda.<sup>45</sup> Bahkan, kata Chemerinsky lebih jauh, andaikata pun problem metodologis tersebut dapat dipecahkan, maksud-maksud tertentu dari *originalism* membawa kita pada kesimpulan yang absurd. Misalnya, jika mengikuti jalan pikiran para *originalists*, memilih seorang perempuan sebagai presiden atau wakil presiden adalah bertentangan dengan Konstitusi sebab Pasal II merujuk pemegang jabatan ini dengan sebutan “he” dan tidak terdapat keraguan bahwa

---

<sup>42</sup>James E. Ryan, *op.cit.*, h. 1533.

<sup>43</sup>Dennis J. Goldford, 2005, *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge-New York: Cambridge University Press, 2005, h. 58.

<sup>44</sup>*Ibid.*

<sup>45</sup>Erwin Chemerinsky, “The Supreme Court 1988 Term, Forward: The Vanishing Constitution,” *Harvard Law Review*, Vol. 103: 43, 1989, h. 92.

perancang Konstitusi bermaksud hanya laki-lakilah yang akan mengisi jabatan Presiden dan Wakil Presiden.<sup>46</sup> Sementara itu, dalam mendukung pandangannya sebagai *living constitutionalist*, ia mengatakan bahwa landasan konsep *living constitution* terletak pada kenyataan bahwa masyarakat modern tidak mungkin diperintah berdasarkan pandangan-pandangan tertentu dari individu-individu yang hidup berabad-abad yang lalu.<sup>47</sup> Pada kesempatan lain, Chemerinsky menegaskan bahwa sangat tidak masuk akal mengembangkan pengertian Konstitusi untuk abad ke-21 dilakukan dengan menggunakan pengertian dari abad ke-18. Sepanjang sejarah Amerika, Mahkamah Agung telah memutuskan secara cermat makna Konstitusi dengan melihat teksnya, tujuannya, strukturnya, preseden-preseden yang ada, praktik sejarah, serta kebutuhan-kebutuhan dan nilai-nilai terkini.<sup>48</sup>

Dalam konteks Indonesia, dengan bertolak dari putusan-putusan Mahkamah Konstitusi sepanjang sejarah keberadaannya, belum tampak adanya perbedaan pandangan di kalangan para hakim konstitusi sedemikian rupa sehingga dapat secara dikotomis dikatakan ada “pembelahan” antara hakim konstitusi yang *originalist* dan hakim konstitusi yang *non-originalist*. Dalam kaitan ini, saya berpendapat bahwa persoalan mendasarnya bukanlah terletak pada jawaban atas pertanyaan apakah lebih tepat menjadi *originalists* ataukah menjadi *non-originalist (living constitutionalists)* melainkan pada persoalan bagaimana memahami pengertian-pengertian yang terkandung dalam Konstitusi dan bagaimana mewujudkannya. Sehingga, suatu ketika *originalism* mungkin lebih tepat digunakan sedangkan pada kesempatan lain justru menjadi aneh jika *originalism* diberlakukan.

\*\*\*\*\*

Selanjutnya, berkenaan dengan “pesan” Panitia yang intinya meminta penjelasan perihal penemuan hukum yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam kaitannya dengan kondisi legislasi Indonesia saat ini dan tujuan negara hukum, pertama-tama harus ditegaskan bahwa permintaan ini musykil untuk dipenuhi secara memuaskan dengan kesempatan yang sangat terbatas hanya dalam sebuah forum seminar seperti saat ini. Sebab ada dua persoalan mendasar yang mesti dipaparkan terlebih dahulu. Pertama, paparan perihal kondisi legislasi Indonesia saat

---

<sup>46</sup>*Ibid.*

<sup>47</sup>*Ibid.*

<sup>48</sup>Erwin Chemerinsky, “Constitutional Interpretation for the Twenty-first Century”, *Advance*, the Journal for the ACS Issue Groups, Washington, D.C.: American Constitution Society for Law and Policy, 2007, h. 25.

ini – topik yang menuntut bukan sekadar pernyataan-pernyataan kualitatif tetapi juga, atau bahkan terutama, data yang merupakan hasil *field research*. Kedua, paparan perihal negara hukum – sebab, untuk mengetahui tujuan negara hukum tidak mungkin dilakukan tanpa meninjau terlebih dahulu perkembangan yang terjadi dalam sejarah pemikiran negara hukum.

Karena itu, pada kesempatan ini saya hanya akan berbicara secara umum saja. Terkait dengan kondisi legislasi Indonesia saat ini, saya hanya akan menggarisbawahi dua hal. Pertama, masih tetap tingginya permohonan pengujian konstiusionalitas undang-undang yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi tidak selalu menunjukkan adalah hal-hal yang serius yang berkait dengan penafsiran konstitusi. Dikatakan “tidak selalu” sebab acapkali hal yang dimohonkan bahkan tidak berkait dengan konstiusionalitas norma undang-undang yang dimohonkan pengujian melainkan penerapan norma undang-undang itu oleh hakim dalam pengadilan-pengadilan di lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung atau oleh aparat penegak hukum. Artinya, norma undang-undangnya sendiri tidak bertentangan dengan UUD 1945. Bahkan, tidak jarang terjadi tidak ada kaitan sama sekali dengan pengujian konstiusionalitas undang-undang. Sebab yang dibawa oleh Pemohon adalah kasus konkret yang telah diputus oleh pengadilan. Terhadap persoalan demikian, penyebabnya sebagian besar karena tidak adanya kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengadili perkara-perkara pengaduan konstiusional (*constitutional complaint*).<sup>49</sup> Kedua, dipisahkannya pengujian konstiusionalitas undang-undang (yang berada di tangan Mahkamah Konstitusi) dan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang (yang berada di tangan Mahkamah Agung) dapat mendorong berkembangnya tiadanya kesatuan tafsir mengenai persoalan hukum tertentu yang menimbulkan ketidakpastian hukum.<sup>50</sup> Oleh karena itu, ke depan isu konstiusional ini harus mendapatkan penyelesaian.

---

<sup>49</sup>Tentang hal ini, lihat lebih jauh disertasi Penulis yang saat ini telah diterbitkan dalam wujud buku, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint), Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*, Sinar Grafika: Jakarta, 2015.

<sup>50</sup>Dalam hubungan ini, lihat lebih jauh I D.G. Palguna, “Pentingnya Keterbukaan dan Akuntabilitas dalam Mekanisme Judicial Reivew di Mahakamah Agung dan Satu Pertanyaan tentang Pengujian Konstiusionalitas Peraturan Perundang-Undang di Bawah Undang-Undang,” makalah yang dipresentasikan pada Seminar Nasional dengan tema “Mendorong Pengadilan Terbuka dan Akuntabel dalam Mekanisme Judicial Review di Mahkamah Agung” yang diselenggarakan oleh Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan, di Jakarta, 25 Februari 2014.

Sementara itu, berkenaan dengan kaitan antara penemuan hukum oleh Mahkamah Konstitusi (yang telah dibatasi pengertiannya dalam konteks penafsiran konstitusi, sebagaimana telah diuraikan di atas) dengan tujuan negara hukum, saya pun hanya akan menjelaskannya secara umum. Perubahan yang dilakukan terhadap UUD 1945, yang telah mengubah sistem ketatanegaraan Indonesia secara mendasar, dari sistem yang menerapkan prinsip supremasi parlemen ke sistem yang menerapkan prinsip supremasi konstitusi. Perubahan demikian dilakukan karena bertolak dari amanat Pembukaan UUD 1945 yang pada prinsipnya menghendaki bahwa Indonesia yang hendak didirikan di atas UUD 1945 adalah negara demokrasi yang berdasar atas hukum (*constitutional democratic state*). Syarat pertama dan utama dari negara demokrasi yang berdasar atas hukum adalah *constitutionalism* – yang di dalamnya terkandung pengertian, salah satunya, bahwa Konstitusi memiliki kedudukan sebagai hukum tertinggi dan karena itu seluruh penyelenggaraan negara harus berdasar pada dan tidak boleh bertentangan dengan Konstitusi. Pertanyaannya kemudian, bagaimana caranya agar syarat Konstitusi sebagai hukum tertinggi tersebut benar-benar ditaati dan terjelma dalam praktik, inilah yang menjelaskan pentingnya kehadiran Mahkamah Konstitusi. Artinya, sebagaimana tercermin dalam kewenangan yang diberikan kepadanya oleh UUD 1945, Mahkamah Konstitusi hadir dengan dasar pemikiran sebagai pengawal Konstitusi untuk mewujudkan terjelmanya cita-cita Indonesia sebagai negara demokrasi yang berdasar atas hukum.

\*\*\*\*\*

Terakhir, berkenaan dengan penggunaan yurisprudensi oleh Mahkamah Konstitusi, dalam konteks pengujian konstitusionalitas undang-undang, ada dua pertanyaan pokok. Pertama, apakah Mahkamah Konstitusi terikat oleh yurisprudensi atau putusan-putusan pengadilan lain dalam menafsirkan konstitusionalitas undang-undang? Kedua, apakah Mahkamah Konstitusi harus selalu terikat oleh putusan-putusannya sendiri ataukah dapat mengubah pendiriannya dalam menafsirkan konstitusionalitas undang-undang?

Terhadap pertanyaan pertama, dapat dikatakan bahwa tidak ada kewajiban bagi Mahkamah Konstitusi untuk terikat oleh yurisprudensi atau putusan-putusan pengadilan lain, katakanlah putusan-putusan Mahkamah Agung – beserta pengadilan-pengadilan dalam keempat lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung. Namun, tidak terdapat larangan untuk menggunakan atau merujuk yurisprudensi atau putusan-putusan pengadilan lain, bahkan termasuk

putusan pengadilan-pengadilan dari lembaga peradilan internasional, jika hal itu dimaksudkan untuk memperkuat pertimbangan hukum putusan Mahkamah Konstitusi. Ini adalah bagian dari akuntabilitas putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengertian bahwa hakim wajib menguraikan alasan-alasan atau argumentasinya dalam pertimbangan hukum putusan untuk tiba pada amar putusan tertentu.

Sementara itu, terhadap persoalan kedua, pada prinsipnya sudah tentu Mahkamah Konstitusi terikat oleh putusan-putusannya sendiri. Namun, sejalan dengan pandangan tentang *living constitution*, apabila terjadi perubahan yang mendasar dalam masyarakat, Mahkamah Konstitusi tidak dilarang – dalam keadaan tertentu bahkan harus – meninggalkan pendiriannya. Namun, dalam keadaan demikian ia wajib memberikan penjelasan dalam pertimbangan hukumnya mengapa ia meninggalkan pendirian sebelumnya. Dalam kaitan ini penting dicatat bahwa adanya perubahan pendirian demikian adalah sesuatu yang lumrah sepanjang alasan atau argumentasi untuk berubah itu benar-benar terjelaskan bukan hanya relevansinya tetapi juga koherensinya dengan Konstitusi. Bahkan, praktik demikian lazim terjadi di negara-negara *common law* di mana prinsip *precedent* atau *stare decisis* sangat dipegang teguh. Sekadar menunjuk contoh, Mahkamah Agung Amerika Serikat mengubah pendiriannya tentang prinsip *separate but equal* dalam kasus *Plessy v. Ferguson* (1896) di mana pada saat itu Mahkamah Agung Amerika Serikat berpendapat bahwa pemisahan sekolah atas dasar warna kulit adalah konstitusional sepanjang fasilitasnya sama. Namun, melalui kasus *Brown v. Board of Education* (1954) Mahkamah Agung Amerika Serikat meninggalkan pendirian itu dan menyatakan bahwa pemisahan sekolah atas dasar warna kulit adalah bertentangan dengan Konstitusi.<sup>51</sup>

**Yogyakarta, 27 Agustus 2019.**

---

<sup>51</sup>Lebih jauh tentang kasus ini, lihat I D.G.Palguna, *Pengaduan Konstitusional...op.cit.*, h. 388-398.

## BIBLIOGRAFI

- “Exploring the Constitutional Theory of Constitutional Interpretation” dalam <https://cstl-cla.semo.edu/hhill/ui305/constitutional%20interpretationa.htm> (diunduh tanggal 22 Mei 2019, pukul 20.01 WITA).
- “Notes on Original Meaning and Its Limits”, *Harvard Law Review*, Vol. 120: 1279, 2007.
- Asshiddiqie, Jimly, 2005, *Model-model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara*, Cetakan Kedua, Konpres: Jakarta.
- Asshiddiqie, Jimly, 2007, *Pokok-pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT Bhuana Ilmu Populer: Jakarta.
- Barnett, Randy E. & Evan Bernick, “The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 107: 1, 2018.
- Bork, Robert H., “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” *Indiana Law Journal*, Vol. 47, Issue 1, Article 1, 1971 (<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol47/iss1/1>, diunduh 20 Mei 2019, pukul 21.30 WITA).
- Brest, Paul, “The Misconceive Quest for Original Understanding,” *Boston University Law Review*, Vol. 60: 204, 1980.
- Cardozo, Benjamin N., 2005, *The Nature of Judicial Process*, Dover Edition, Dover Publications, Inc.: Mineola-New York.
- Charles de Secondat, Baron de Montesquie, 2001, *The Spirit of Laws* (translated by Thomas Nugent), Batoche Books: Kitchener-Ontario (Canada).
- Chemerinsky, Erwin, “Constitutional Interpretation for the Twenty-first Century”, *Advance*, the Journal for the ACS Issue Groups, Washington, D.C.: American Constitution Society for Law and Policy, 2007.
- Chemerinsky, Erwin, “The Supreme Court 1988 Term, Forward: The Vanishing Constitution,” *Harvard Law Review*, Vol. 103: 43, 1989.
- Clinton, Robert Lowry, 1989, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas: Kansas.
- Ebenstein, William, 1960, *Great Political Thinkers. Plato to the Present*, Third Edition, Holt, Rinehart and Winston: New York-Chicago-San Francisco-Toronto.
- Garner, Bryan A. (Editor in Chief), 1999, *Black’s Law Dictionary*, West Group: St. Paul Minn., h. 1312 *juncto* h. 430.
- Goldford, Dennis J., 2005, *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge-New York: Cambridge University Press.
- Hadjon, Philipus M.-Tatiek Sri Djatmiati, 2016, *Argumentasi Hukum*, Gadjah Mada University Press: Yogyakarta.
- Hamilton, Edith, 1932, *The Roman Way*, W.W. Norton & Company Inc.: New York.
- Hausmaninger, H., 2003, *The Austrian Legal System*, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung: Wien.
- Johnston, David, 1999, *Roman Law in Context*, Cambridge University Press: Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town.

- Kay, Richard S., "Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation", *Northwestern University Law Review*, No. 103: 703, 2009.
- Lawrence B. Solum, "What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory", *Georgetown University Law Center*, 2011.
- Merryman, John Henry, 1985, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press: Stanford-California.
- Mertokusumo, Sudikno dan A. Pitlo, 1993, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti: Bandung.
- Palguna, I D.G., "Pentingnya Keterbukaan dan Akuntabilitas dalam Mekanisme Judicial Review di Mahkamah Agung dan Satu Pertanyaan tentang Pengujian Konstitusionalitas Peraturan Perundang-Undang di Bawah Undang-Undang," makalah yang dipresentasikan pada Seminar Nasional dengan tema "Mendorong Pengadilan Terbuka dan Akuntabel dalam Mekanisme Judicial Review di Mahkamah Agung" yang diselenggarakan oleh Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan, di Jakarta, 25 Februari 2014.
- Palguna, I D.G., 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint), Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*, Sinar Grafika: Jakarta.
- Palguna, I D.G., 2018, *Mahkamah Konstitusi: Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan dengan Negara Lain*, KonPress: Jakarta.
- Pontier, J.A., 2001, *Penemuan Hukum* (terjemahan B. Arief Sidharta), Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan: Bandung (untuk digunakan secara terbatas dalam lingkungan sendiri).
- Powell, H. Jefferson, "The Original Understanding of Original Intent", *Harvard Law Review*, Vol. 98: 885, 1985.
- Rossum, Ralph A., 2006, *Antonin Scalia's Jurisprudence. Text and Tradition*, Lawrence, Kansas: University Press of Kansas.
- Ryan, James E., "Laying Claim to the Constitution. The Promise of New Textualism," *Virginia Law Review* No. 97: 1523, 2011.
- Sampford, Charles & Kim Preston, 1996, *Interpreting Constitution*, the Federation Press: Sydney.
- Scholler, Heinrich, 2004, *Notes on Constitutional Interpretation*, Hans Seidel Foundation: Jakarta.
- Tamanaha, Brian Z., 2004, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press: Cambridge.
- Whittington, Keith E., 1999, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, University Press of Kansas: Kansas.
- Wood, Linda Picard (Ed.), 1996, *Merriam-Webster's Dictionary of Law*, Merriam-Webster Inc.: Springfield-Massachusetts.
- Zweigert, K. and H. Kötz, 1998, *An Introduction to Comparative Law* (translated from the German by Tony Weir), Third Revised Edition, Clarendon Press: Oxford-New York.