



## Legitimacy of Non-Formal Constitutional Reforms and Restrictions on Constitutionalism



### Legitimasi Perubahan Konstitusi Non-Formal dan Pembatasannya dalam Paham Konstitusionalisme

Fajlurrahman Jurdi <sup>a</sup> , Ahmad Yani <sup>b</sup> 

<sup>a</sup> Faculty of Law, Hasanuddin University, Indonesia

<sup>b</sup> Faculty of Law, Gadjah Mada University, Indonesia

#### Article Info

##### Corresponding Author:

Ahmad Yani

✉ [ahmadyaniunhas99@gmail.com](mailto:ahmadyaniunhas99@gmail.com)

##### History:

Submitted: 03-12-2022

Revised: 08-03-2023

Accepted: 16-05-2023

##### Keyword:

*Non-formal Constitutional Change; Judicial Interpretation; Legitimacy and Limitation; Legislative Interpretation.*

##### Kata Kunci:

*Judicial Interpretation; Legitimasi dan Pembatasan; Legislative Interpretation Perubahan Konstitusi Non-formal.*

#### Abstract

*Non-formal constitutional change through legislative and judicial interpretation raises issues of legitimacy, and restrictions on non-formal changes can be made. This research aims to determine the legitimacy and explore the limitations of non-formal constitutional changes. This research uses normative legal methods with statutory, conceptual and case approaches. The results show that the legitimacy of non-formal constitutional changes is measured based on procedural legitimacy; that is, non-formal changes must be based on authority, and these changes do not affect the meaning of the Constitution as a whole. It is also measured based on substantial legitimacy; namely, non-formal changes to protect human rights. The limitation on changing the non-formal constitution is based on the main substance, which cannot be changed through non-formal changes such as constitutional structure, human rights, restrictions on authority and restrictions based on the moral constitution of the oath of office to implement and enforce the constitution.*

#### Abstrak

Perubahan konstitusi non-formal melalui *legislative interpretation* maupun *judicial interpretation* menyisakan permasalahan legitimasi dan pembatasan perubahan non-formal dapat dilakukan. Tujuan kajian ini menemukan legitimasi perubahan konstitusi non-formal dan menggali batasan perubahan konstitusi non-formal. Penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum normatif dengan pendekatan perundang-undangan, konseptual, dan kasus. Hasil kajian menunjukkan *pertama*, legitimasi perubahan konstitusi non-formal diukur berdasarkan legitimasi prosedural yakni perubahan non-formal harus didasarkan pada kewenangan dan perubahan tersebut tidak memengaruhi makna teks konstitusi secara keseluruhan. Selain itu, juga diukur berdasarkan legitimasi substansial yakni perubahan non-formal dilakukan untuk melindungi hak asasi manusia dan perubahan tersebut sesuai kebutuhan sosial masyarakat. *Kedua* hasil penelitian menunjukkan pembatasan perubahan konstitusi non-formal didasarkan substansi pokok konstitusi atau UUD NRI Tahun 1945 (*supra constitutional unamendability*) yang tidak dapat diubah melalui perubahan non-formal seperti struktur ketatanegaraan, HAM, dan pembatasan kekuasaan. Selain itu, pembatasan juga didasarkan pada *moral constitution* atas sumpah jabatan untuk menjalankan dan menegakkan UUD NRI Tahun 1945.



Copyright © 2023 by  
Jurnal Konstitusi.

All writings published in this journal  
are personal views of the authors  
and do not represent the views of the  
Constitutional Court.

## A. PENDAHULUAN

### 1. Latar Belakang

Dua puluh tahun hasil perubahan konstitusi Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD NRI Tahun 1945) tidak lekang terhadap isu perubahan yang mengitari.<sup>1</sup> Namun hingga saat ini UUD NRI Tahun 1945 hasil perubahan amandemen keempat masih bertahan, tumbuh, dan mengikuti kontur perkembangan ketatanegaraan (*living constitution*). Salah satu penyebab UUD NRI Tahun 1945 hasil perubahan masih bertahan hingga sekarang meskipun terdapat banyak kekurangan adalah mekanisme perubahan secara formal UUD NRI Tahun 1945 dalam Pasal 37 ayat (1) s/d ayat (4)<sup>2</sup> dikonstruksi secara rigid. Penyebab lainnya, sesuai sifat konstitusi pada umumnya yakni *living constitution*, UUD NRI Tahun 1945 dapat mengikuti perkembangan ketatanegaraan melalui interpetasi pengujian konstitusional yang dilakukan oleh peradilan tanpa harus melalui amandemen/perubahan formal.<sup>3</sup>

Relevan dengan hal tersebut, dalam perkembangan perubahan konstitusi dikenal adanya dua yaitu melalui prosedur yang ditentukan dalam konstitusi (*verfassungs-anderung*) dan cara-cara di luar itu (*verfassungs-andelung*) seperti revolusi, konvensi, dan kudeta.<sup>4</sup> *Verfassungs-anderung* merupakan bentuk perubahan konstitusi secara formal, yang disebut sebagai bentuk perubahan yang sesungguhnya, yakni terjadi perubahan pokok-pokok pikiran, asas, bentuk negara, sistem pemerintahan, dan lainnya.<sup>5</sup> Sedangkan *verfassungs-andelung* merupakan bentuk perubahan konstitusi secara non-formal yang disebut sebagai bentuk perubahan makna ataupun penafsiran ketentuan dalam konstitusi yang tidak menyimpang dari ketentuan pokok serta asas-asas yang termaktub dalam konstitusi.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Susi Dwi Harijanti Harijanti, "20 Tahun Mempertahankan Konstitusi Hasil Reformasi," in *Konferensi Nasional Hukum Tata Negara VII* (Malang, 2022), 2.

<sup>2</sup> Indonesia, "Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945." Pasal 37 ayat (1) menentukan, "Usul perubahan pasal-pasal Undang-Undang Dasar dapat diagendakan dalam sidang Majelis Permusyawaratan Rakyat apabila diajukan oleh sekurang kurangnya 1/3 dari jumlah anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat". Ayat (2), "Setiap usul perubahan pasal-pasal Undang-Undang Dasar diajukan secara tertulis dan ditunjukkan dengan jelas bagian yang diusulkan untuk diubah beserta alasannya". Ayat (3) "Untuk mengubah pasal-pasal Undang-Undang Dasar, Sidang Majelis Permusyawaratan Rakyat dihadiri oleh sekurang-kurangnya 2/3 dari jumlah anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat". Ayat (4) "Putusan untuk mengubah pasal-pasal Undang-Undang Dasar dilakukan dengan persetujuan sekurang-kurangnya lima puluh persen ditambah satu anggota dari seluruh anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat".

<sup>3</sup> Muhammad Reza Winata, *Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang: Rigiditas Tindak Lanjut Dalam Pembentukan Undang-Undang* (Jakarta: PT Raja Grafindo, 2020), 178.

<sup>4</sup> Georg Jellinek, dikutip dalam Mohammad Fajrul Falaakh, *Model Dan Pertumbuhan Konstitusi* (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2014), 51., mengelompokkan dua cara mengubah konstitusi yaitu melalui prosedur yang ditentukan dalam konstitusi (*verfassungs-anderung*) dan cara-cara di luar itu (*verfassungs-andelung*) seperti revolusi, konvensi, dan kudeta.

<sup>5</sup> Soehardjo Sastrosoehardjo, dikutip dalam S Isra and F Amsari, "Perubahan Konstitusi Melalui Tafsir Hakim," *Bphn. Go. Id*, 2019, 1, [http://bphn.go.id/data/documents/makalah\\_fgd.rtf](http://bphn.go.id/data/documents/makalah_fgd.rtf).

<sup>6</sup> Soehardjo Sastrosoehardjo, dikutip dalam Isra and Amsari.

Terdapat beberapa cara untuk mengubah konstitusi.<sup>7</sup> Fajrul Falaakh menjelaskan prosedur nonformal tertentu dalam perubahan konstitusi lebih sering disebut ahli sebagai legislasi, ajudikasi, praktik pemerintah, praktik partai politik, *consuetude* atau kebiasaan masyarakat, dan cara-cara luar biasa seperti revolusi atau kudeta.<sup>8</sup> Pan Mohammad Faiz juga menyebutkan penafsiran konstitusi melalui peradilan dapat mengubah konstitusi. Seperti yang terjadi di Amerika Serikat, Mahkamah Agung telah mengamandemen konstitusinya yang tidak mungkin dilakukan secara formal.<sup>9</sup>

Sesungguhnya perubahan non-formal konstitusi menurut Reijer Passchier dapat dipandang dalam 3 (tiga) aspek pendekatan. *Pertama* pandangan positivisme hukum yang menilai bahwa perubahan konstitusi formal/prosedur adalah satu-satunya cara untuk mengubah konstitusi. *Kedua* pandangan *common-law* bahwa perubahan konstitusi sangat dipengaruhi pada praktik ketatanegaraan sehingga memungkinkan perubahan non-formal terhadap konstitusi. *Ketiga* pandangan *historical-institutionalist* bersandar pada klaim bahwa makna normatif dari norma-norma konstitusional formal dapat memiliki ketegasan otoritas tertentu (positivisme hukum). Pada saat yang sama, pandangan *historical-institutionalist* juga mengakui bahwa pemahaman dan praktik institusional yang berkembang dalam bentuk hukum atau non-hukum dapat merubah makna norma konstitusi secara formal tanpa penulisan konstitusional baru (*common law*).<sup>10</sup>

Berdasarkan pandangan beberapa ahli di atas, yang dimaksud perubahan konstitusi non-formal dalam konteks kajian ini adalah interpretasi konstitusi baik melalui putusan Mahkamah Konstitusi maupun pembentukan undang-undang yang memperluas maupun mempersempit makna teks dalam konstitusi. Di Indonesia, perubahan non-formal UUD NRI Tahun 1945 dapat dilihat: *pertama* ajudikasi pada Mahkamah Konstitusi melalui *judicial interpretation*. Argumentasi ini didasarkan beragamnya aliran/metode penafsiran konstitusi yang dapat digunakan oleh hakim dalam menguji undang-undang sehingga dapat mempertahankan, memperluas, maupun mempersempit makna konstitusi.<sup>11</sup> Pemilihan pada salah satu aliran interpretasi konstitusi tersebut tentunya akan menghasilkan konklusi putusan yang berbeda. Begitupula beragamnya metode penafsiran konstitusi seperti penafsiran tekstual, penafsiran historis, penafsiran doktrinal, penafsiran prudensial,

---

<sup>7</sup> Maarseveen dan Tang, dikutip dalam Fajrul Falaakh, *Model Dan Pertumbuhan Konstitusi*, 52., menyebut 6 (enam) cara perubahan nonformal konstitusi diantaranya yaitu legislasi, implementasi khusus oleh eksekutif, ajudikasi, pendapat ahli, *consuetude* (perubahan karena kebiasaan, khususnya kebiasaan politisi), *desuetude* (konstitusi sudah tak berlaku, diabaikan seolah-olah ketentuan-ketentuannya sudah dihapus).

<sup>8</sup> Falaakh, 53.

<sup>9</sup> Pan Mohammad Faiz, *Amandemen Konstitusi Komparasi Negara Kesatuan Dan Negara Federal* (Jakarta: PT Raja Grafindo, 2019), 71–72.

<sup>10</sup> Reijer Passchier, "Formal and Informal Constitutional Change in the Netherlands," *SSRN Electronic Journal*, 2017, 6, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2975751>.

<sup>11</sup> Zainal Arifin Mochtar, *Kekuasaan Kehakiman Mahkamah Konstitusi Diskursus Judicial Activism Vs Judicial Restraint* (Jakarta: PT Raja Grafindo, 2021), 77–78.

penafsiran struktural, penafsiran etika<sup>12</sup>, dan berbagai metode penafsiran lainnya juga turut akan mempengaruhi konklusi putusan. Apalagi hakim diberikan kebebasan untuk menggunakan interpretasi, sehingga melalui pengujian undang-undang terhadap UUD NRI Tahun 1945, hakim dapat mempertahankan, memperluas, ataupun mempersempit makna pasal dalam UUD NRI Tahun 1945 yang menjadi batu uji pengujian undang-undang.

Fajrul Falaakh menilai Mahkamah Konstitusi yang dapat menafsirkan konstitusi untuk melahirkan putusan yang membatalkan produk legislasi, berakibat tafsir tersebut dapat mengubah konstitusi.<sup>13</sup> Penelitian yang dilakukan oleh Saldi Isra dan Feri Amsari menunjukkan Putusan MK Nomor: 008/PUU-II/2004 mengenai uji konstitusionalitas UU No. 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap UUD NRI Tahun 1945, terdapat penafsiran MK yang merubah secara tidak langsung *text* UUD 1945 khususnya Pasal 6 ayat (1) yakni kalimat “serta mampu secara rohani dan jasmani” dalam Pasal 6 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 didefinisikan oleh MK dengan tafsir “bahwasanya calon Presiden dan Wakil Presiden harus dalam kondisi sehat secara rohani dan jasmani dalam melaksanakan tugas dan kewajiban kenegaraan dimaksud”.<sup>14</sup> Begitupula dalam Putusan MK Nomor: 005/PUU-IV/2006 mengenai uji konstitusionalitas UU No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial terhadap UUD NRI Tahun 1945, terdapat penafsiran MK yang secara tidak langsung merubah UUD 1945 khususnya bunyi Pasal 24B ayat (1) yakni “Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim”, menjadi bermakna: “Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hakim, kecuali Hakim Konstitusi.”<sup>15</sup> Selain kedua putusan tersebut, masih banyak perkara lainnya yang merubah konstitusi secara non-formal melalui adjudikasi di Mahkamah Konstitusi.

Perubahan non-formal juga dapat terjadi melalui *legislative interpretation* dalam pembentukan undang-undang. Argumentasi ini didasarkan bahwa pembentuk undang-undang pada dasarnya juga melakukan interpretasi konstitusi saat menjabarkan dan mengatur lebih lanjut ketentuan dalam UUD NRI Tahun 1945 ke dalam produk undang-undang. Apalagi melalui *open legal policy*, diberikan ruang kepada pembentuk undang-

<sup>12</sup> Jimly Asshiddiqie, dikutip dalam Zainal Arifin Mochtar, 86., menuliskan interpretasi konstitusi dibagi menjadi tiga aliran, yakni: *pertama*, aliran foundationalism, yakni memahami teks konstitusi secara harfiah dengan rujukan pada orisinalitas norma dan terkadang merujuk pada cara pandang pembentuk konstitusi saat konstitusi dirumuskan. *Kedua*, aliran kontekstualisme, yakni menafsirkan teks konstitusi berlandaskan pada nilai-nilai dasar atau moralitas yang berlaku pada saat perumusan konstitusi, sehingga aliran ini bukan sekedar mengikuti kehendak perumus konstitusi, tetapi juga menitikberatkan pada nilai dasar dan moral konstitusi. *Ketiga*, aliran konvergensi yang melebarkan bahwa konstitusi milik semuanya, sehingga penafsiran konstitusi bukan hanya oleh penegak hukum maupun akademisi tetapi juga milik setiap orang yang memiliki perbedaan.

<sup>13</sup> Falaakh, *Model Dan Pertumbuhan Konstitusi*, 72.

<sup>14</sup> Isra and Amsari, “Perubahan Konstitusi Melalui Tafsir Hakim,” 12.

<sup>15</sup> Isra and Amsari, 12.

undang untuk menafsir norma yang berada di wilayah konstitusi<sup>16</sup> (UUD NRI Tahun 1945), dan tidak menutup kemungkinan produk undang-undang yang dihasilkan mempertahankan, memperluas maupun mempersempit makna teks dalam UUD NRI Tahun 1945. Meskipun tidak ada metode penafsiran baku yang digunakan oleh pembentuk undang-undang dalam menafsir konstitusi dan diterjemahkan ke dalam undang-undang, namun proses legislasi sebagaimana merupakan hasil kristalisasi atau formalisasi dari kehendak-kehendak politik sehingga sangat mungkin berdasarkan kompromi politik, undang-undang yang dihasilkan dapat memperluas ataupun mempersempit makna teks dalam UUD NRI Tahun 1945.<sup>17</sup>

Hal di atas dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 222 UU No. 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum menegaskan "*Pasangan Calon*<sup>18</sup> diusulkan oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik Peserta Pemilu yang memenuhi perolehan kursi paling sedikit 20% (dua puluh persen) dari jumlah kursi DPR atau memperoleh 25% (dua puluh persen) dari suara sah secara nasional pada pemilu anggota DPR sebelumnya." Ketentuan ini secara tidak mempersempit pemaknaan teks dalam Pasal 6A ayat (2) UUD NRI Tahun 1945.<sup>19</sup> Perubahan non-formal; melalui *legislative interpretation* juga dapat ditemukan secara implisit terkait penafsiran independensi Mahkamah Konstitusi oleh legislatif melalui berbagai revisi Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi.

Perdebatan mengenai kedudukan perubahan konstitusi non-formal terletak pada penerimaan *original intent* atau *living tree* dalam menginterpretasi konstitusi. Pendirian pada *original intent* yakni menafsirkan konstitusi yang didasarkan pada teks dan maknanya dalam niat perancang konstitusi<sup>20</sup> tentunya sangat menolak adanya perubahan konstitusi non-formal. Apalagi secara prosedural tersedia mekanisme perubahan konstitusi secara formal jika konstitusi tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat. Namun pendirian ini sangat bertolak belakang dengan *living tree* yang menganggap penafsiran konstitusi dalam negara modern tidak perlu mengikuti niat para perumus melainkan konstitusi harus dilihat sebagai pohon hidup yang terus tumbuh dan menjadi peneduh dalam situasi teduh bagi masyarakat yang dilindungi.<sup>21</sup> Maka dari itu, pandangan *living tree* mendukung adanya perubahan non-formal konstitusi untuk menyelaraskan perkembangan masyarakat.

Tanpa menafikan konsep perubahan konstitusi nonformal, bagi Penulis terdapat dua permasalahan pokok yang patut dikaji lebih lanjut. *Pertama* permasalahan legitimasi perubahan nonformal. Legitimasi dalam kajian ini berkaitan sejauh mana konstitusi dapat

<sup>16</sup> Iwan Satriawan and Tanto Lailam, "Open Legal Policy Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Dan Pembentukan Undang-Undang," *Jurnal Konstitusi* 16, no. 3 (2019): 573, <https://doi.org/10.31078/jk1636>.

<sup>17</sup> Mahfud MD, dikutip dalam Zainal Arifin Mochtar, *Kekuasaan Kehakiman Mahkamah Konstitusi Diskursus Judicial Activism Vs Judicial Restraint*, 39.

<sup>18</sup> Calon Presiden

<sup>19</sup> Indonesia, "Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945." Pasal 6A ayat (2) menentukan "*Pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik peserta pemilihan umum sebelum pelaksanaan pemilihan umum.*"

<sup>20</sup> Faiz, *Amandemen Konstitusi Komparasi Negara Kesatuan Dan Negara Federal*, 24.

<sup>21</sup> Faiz.

dikatakan berubah secara sah melalui perluasan dan penyempitan makna teks konstitusi melalui praktik interpretasi oleh peradilan maupun legislatif. Apakah perubahan konstitusi non-formal selalu dianggap memiliki legitimasi? Padahal di sisi lain, konstitusi memiliki sifat yang *supreme* sebagai hukum tertinggi namun karena adanya perubahan non-formal, bisa saja hierarki konstitusi sebagai hukum tertinggi direduksi melalui *judicial interpretation* (putusan pengadilan) atau *legislative interpretation* (undang-undang). Hal ini menunjukkan bahwa konstitusi kehilangan *supreme-nya*.<sup>22</sup>

Permasalahan *kedua* adalah bagaimana pembatasan perubahan non-formal dapat dilakukan. Mengingat esensi dari konstitusi adalah semangat pembatasan kekuasaan atau konstitusionalisme itu sendiri. Konstitusionalisme adalah paham untuk melakukan pembatasan terhadap kekuasaan pemerintahan. Menurut Carl J. Friedrich "*an institutionalized system of effective regularized restraints upon government action*" (konstitusi dimaksudkan untuk mengatur pengawasan dan pembatasan kekuasaan pemerintahan).<sup>23</sup> Begitupula pandangan yang menilai konstitusionalisme terkait dengan pembatasan kekuasaan yakni kekuasaan pemerintah, hak-hak yang diperintah, dan hubungan antara keduanya disesuaikan.<sup>24</sup> Pada konteks ini, harus adanya pembatasan *judicial interpretation* dan *legislative interpretation* dalam perubahan konstitusi non-formal agar tidak menyimpangi paham konstitusionalisme itu sendiri. Berdasarkan permasalahan tersebut, menurut hemat Penulis penting dilakukan kajian mendalam terhadap aspek legitimasi perubahan konstitusi non-formal dan pembatasannya dalam paham konstitusionalisme

## 2. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka diajukan identifikasi permasalahan sebagai berikut:

- a. Bagaimanakah legitimasi perubahan konstitusi non-formal di Indonesia?
- b. Bagaimanakah pembatasan perubahan konstitusi non-formal berdasarkan paham konstitusionalisme?

## 3. Metode Penelitian

Kajian ini menggunakan metode penelitian hukum normatif untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi. Jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum eksploratif yang bertujuan untuk memperoleh pemahaman yang lebih mendalam terhadap legitimasi perubahan konstitusi non-formal dan pembatasannya dalam paham konstitusionalisme.

<sup>22</sup> K.C. Where, dikutip dalam Sri Soemantri, *Prosedur Dan Sistem Perubahan Konstitusi* (Bandung: Alumni, 1978), 78., menyebutkan salah satu alasan mengapa konstitusi dibuat rigid agar perubahan dilakukan dengan pertimbangan yang masak, tidak secara serampangan dan dengan sadar (dikehendaki).

<sup>23</sup> Carl J. Friedrich, dalam Enny Nurbaningsih, "Bahan Ajar Mata Kuliah Teori Dan Hukum Konstitusi," in *Bahan Ajar*, 2022, 12.

<sup>24</sup> C.F. Strong, dikutip dalam Faiz, *Amandemen Konstitusi Komparasi Negara Kesatuan Dan Negara Federal*, 28.

Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*); pendekatan konseptual (*conceptual approach*); dan pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan perundang-undangan berupa UUD NRI Tahun 1945 utamanya pasal 37 ayat (1) s/d ayat (4), Pasal 24C ayat (1) [kewenangan Mahkamah Konstitusi menguji undang-undang terhadap UUD], dan Pasal 20 ayat (1) [kewenangan Dewan Perwakilan Rakyat dalam membentuk undang-undang]. Pendekatan konseptual berkaitan dengan paham konstitusionalisme dan perubahan konstitusi non-formal. Pendekatan kasus berkaitan dengan beberapa putusan pengujian undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi dan pembentukan undang-undang oleh Dewan Perwakilan Rakyat yang relevan dengan kajian.

Sumber data berupa bahan hukum sekunder yakni peraturan perundang-undangan, putusan, buku, jurnal, penelitian ilmiah, dan referensi terkait yang menunjang penelitian. Semua bahan dikumpulkan dan dianalisis untuk memperoleh pemaparan yang utuh dan komprehensif.

## **B. PEMBAHASAN**

Konstitusi sebagai hukum tertinggi dalam suatu negara dapat pula disebut sebagai *the supreme law of the land*. Kedudukan konstitusi sebagai hukum tertinggi tidak terlepas dari materi muatan terkandung dalam konstitusi. Konstitusi menjawab sejumlah persoalan pokok seperti 1) hukum dasar suatu negara, 2) aturan-aturan dasar mengenai lembaga-lembaga penting negara, 3) mengatur lembaga-lembaga terpenting, pengaturan kekuasaan, dan keterkaitannya, 4) mengatur jaminan perlindungan hak asasi manusia, 5) mengatur dan membatasi kekuasaan negara dan kelembagaannya, 6) ideologi elit penguasa, dan 7) menentukan hubungan material antara negara dengan masyarakat.<sup>25</sup>

C.F. Strong dalam *“Modern Political Constitutions”*, negara konstitusional modern setidaknya terdapat adanya pembagian kekuasaan yakni eksekutif, legislatif, dan yudikatif.<sup>26</sup> A.V. Dicey dalam *“Introduction to the Study of the Law of the Constitution”* mengungkapkan bahwa *rule of law* membentuk prinsip fundamental dalam konstitusi yang setidaknya berisi atas supremasi atau superioritas hukum, kesetaraan di depan hukum, dan adanya perlindungan hak asasi manusia.<sup>27</sup> Berikutnya K.C. Wheare dalam *“Modern Constitutions”* mengungkapkan bahwa konstitusi merupakan dokumen hukum yang dimaksudkan untuk menyatakan aturan-aturan dan menegakkan hukum tertinggi untuk membatasi kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif.<sup>28</sup>

Adnan Buyung Nasution dalam *“Aspirasi Pemerintahan Konstitusional Studi Sosio-Legal atas Konstituante 1956-1959”* mengemukakan bahwa pemerintahan yang konstitusional adalah pemerintahan yang dijalankan di atas demokrasi dan demokrasi dijalankan untuk

<sup>25</sup> Falaakh, *Model Dan Pertumbuhan Konstitusi*, 44.

<sup>26</sup> C.F. Strong, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern-Terjemahan* (Bandung: Nusa Media, 2015), 14.

<sup>27</sup> A.V. Dicey, *Pengantar Studi Hukum Konstitusi-Terjemahan* (Bandung: Nusa Media, 2015), 264–65.

<sup>28</sup> K.C. Wheare, *Konstitusi-Konstitusi Modern-Terjemahan* (Bandung: Nusa Media, n.d.), 78.

melindungi dan menghormati hak asasi manusia.<sup>29</sup> Ia menyitir ungkapan dari seorang Masyumi anggota Konstituante (1956-1959): “jika konstitusi diibaratkan sebuah sungai, maka HAM merupakan air yang mengalir di dalamnya: tanpa HAM sungai itu hanyalah lubang gersan dan berliku-liku”.<sup>30</sup> Sri Soemantri dalam “Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi” mengemukakan bahwa konstitusi dalam sebuah negara berisi 1) adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan warga negara, 2) ditetapkannya susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental, dan 3) adanya pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang bersifat fundamental.<sup>31</sup>

Penulis ingin mengambil satu intisari dari beberapa pandangan ahli di atas, bahwa pada dasarnya konstitusi memuat prinsip pembatasan kekuasaan. Pembatasan kekuasaan bertujuan agar perlindungan hak asasi manusia dapat ditegakkan. Hal ini terlihat jelas ungkapan yang mempostulatkan “*a government without a constitution is power without right.*”<sup>32</sup>

Prinsip pembatasan kekuasaan tersebut tidak hanya dimaknai pada pelaksanaan konstitusi semata, melainkan juga harus dimaknai sebagai kekuasaan merubah konstitusi. Khususnya di Indonesia, perubahan konstitusi merupakan domain kekuasaan Majelis Permusyawaratan Rakyat sebagaimana yang termaktub pada Pasal 3 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 “Majelis Permusyawaratan Rakyat berwenang mengubah dan menetapkan Undang-Undang Dasar.” Selanjutnya mekanisme perubahan konstitusi diatur melalui Pasal 37 ayat (1) s/d ayat (4) UUD NRI Tahun 1945. Pasal 37 *a quo* merupakan mekanisme perubahan konstitusi secara formal.

Perkembangan perubahan konstitusi bukan hanya didasarkan pada *verfassung-anderung* (perubahan formal), namun juga didasarkan pada *verfassung-andelung* (perubahan non-formal). Di Indonesia, kelembagaan yang memiliki kecenderungan kekuasaan untuk mengubah konstitusi secara non-formal adalah Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disingkat MK) melalui *judicial interpretation* dan Dewan Perwakilan Rakyat (selanjutnya disingkat DPR) melalui *legislative interpretation*. Analisis pada pembahasan ini akan diarahkan untuk mendalami sejauh mana legitimasi kedua kelembagaan tersebut dalam merubah konstitusi secara non-formal dan bagaimana pembatasan perubahan konstitusi non-formal dapat dilakukan.

## **1. Legitimasi Perubahan Nonformal UUD NRI Tahun 1945**

UUD NRI Tahun 1945 secara eksplisit telah memberikan kewenangan kepada MK untuk menguji undang-undang terhadap UUD [*vide*: Pasal 24C ayat (1)], dan memberikan

<sup>29</sup> Adnan Buyung Nasution, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional Studi Sosio-Legal Atas Konstituante 1956-1959* (Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 1995), 131.

<sup>30</sup> Nasution, 131.

<sup>31</sup> Soemantri, *Prosedur Dan Sistem Perubahan Konstitusi*, 51.

<sup>32</sup> Titon Slemet Kurnia, *Konstitusi HAM Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 & Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2014), 7.



kekuasaan kepada DPR dalam membentuk undang-undang [*vide*: Pasal 20 ayat (1)]. Pelaksanaan kewenangan tersebut dinilai dapat mengubah konstitusi secara non-formal yaitu di luar dari prosedur yang ditentukan dalam Pasal 37 ayat (1) s/d ayat (4) UUD NRI Tahun 1945, seperti contoh kasus yang telah disebutkan sebelumnya. Pada konteks hierarki peraturan perundang-undangan<sup>33</sup> (*stufenbau theorie des rechts*) menempatkan UUD NRI Tahun 1945 sebagai *the supreme law of the land*. Pembacaan tersebut membawa makna UUD NRI Tahun 1945 adalah hukum tertinggi. Namun nyatanya, UUD NRI Tahun 1945 dapat diubah melalui produk putusan pengadilan dan produk undang-undang yang memiliki hierarki lebih rendah dari UUD 1945.

Rosalind Dixon dan David Landau menyebut melalui lembaga peradilan dan legislasi memungkinkan terjadinya perubahan konstitusi yang disusun secara cepat dan tertutup untuk tujuan kekuasaan tertentu. Menurutnya, terkadang calon otoriter merusak demokrasi melalui pengesahan undang-undang dengan mengubah ruang lingkup kekuasaan eksekutif, struktur peradilan atau peraturan pemilu.<sup>34</sup> Beberapa pandangan menilai, seperti praktik yang di AS, kekuasaan peradilan menjadi mekanisme yang penting untuk mengubah konstitusi apabila perubahan konstitusi secara formal sulit untuk dilaksanakan.<sup>35</sup>

Adanya tolok ukur berupa sejauh mana perubahan konstitusi non-formal memiliki legitimasi sangat penting dihadirkan pada konteks permasalahan di atas. Legitimasi berkaitan sejauh mana konstitusi dapat dikatakan berubah secara sah yaitu memperluas atau mempersempit makna teks konstitusi melalui praktik interpretasi oleh peradilan maupun legislatif.

Secara khusus, Craig Martin mengungkapkan perubahan konstitusi non-formal diukur dari 3 (tiga) bentuk legitimasi yaitu, *pertama* sejauh mana pembuat keputusan sengaja merubah konstitusi dengan menghindari mekanisme perubahan formal; *Kedua* adanya kehendak rakyat atas perubahan non-formal yang dilakukan; *Ketiga* adanya penyesuaian waktu sehingga perubahan non-formal dianggap relevan dengan kenyataan yang terjadi.<sup>36</sup> Craig Martin melihat perkembangan perubahan konstitusi non-formal yang terjadi di Jepang utamanya Pasal 9 konstitusi Jepang yang memuat pasal perdamaian dan ketentuan mengenai Peran Kaisar.<sup>37</sup> Menurut Craig Martin, pasal tersebut sengaja diubah secara non-formal untuk menghindari sulitnya dilakukan perubahan formal. Hal inilah yang disebutnya sebagai “perubahan yang disengaja”; perubahan yang secara *a priori* telah dipertimbangkan dan diperhitungkan implikasinya. Meskipun pada dasarnya “perubahan yang disengaja”

<sup>33</sup> Hierarki peraturan perundang-undangan diantaranya: 1) Undang-Undang Dasar 1945, 2) Ketetapan MPR, 3) Undang-Undang/Perppu, 4) Peraturan Pemerintah, 5) Peraturan Presiden, 6) Peraturan Daerah.

<sup>34</sup> Rosalind Dixon and David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (UK: Oxford University Press, 2021), 31.

<sup>35</sup> Rosalind Dixon and David Landau, 31.

<sup>36</sup> Craign Martin, “The Legitimacy of Informal Constitutional Amendment and The ‘Reinterpretation’ of Japan’s War Powers,” *Fordham International Law Journal* 40, no. 1 (2017): 432, <https://ssrn.com/abstract=2931163>.

<sup>37</sup> Martin, 434.

melalui pertimbangan dan perhitungan, menurut Craig Martin perubahan tersebut tidak sesuai kehendak rakyat, akan tetapi seiring berjalannya waktu penolakan akan pudar sehingga perubahan non-formal tersebut dianggap absah.<sup>38</sup> Maka dari itu, Craig Martin menilai antara ketiga tolok ukur legitimasi tersebut dapat dipandang terpisah, akan tetapi memiliki keterkaitan dalam menentukan suatu legitimasi.<sup>39</sup>

Lebih umum, tolok ukur legitimasi didasarkan pada *“the term legitimacy invites appeal to three distinct kinds of criteria that in turn support three concepts of legitimacy: legal, sociological and moral.”*<sup>40</sup> Lebih jauh legitimasi didasarkan:<sup>41</sup>

*“When legitimacy function 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. Pesuant to a moral concept, legitimacy inheres in the moral justification if any for claims of authority asserted in the name of law...”*

Legitimasi harus memperoleh 3 (tiga) justifikasi yakni secara legal, *sociological*, dan moral. Legitimasi legal dalam kajian ini berkaitan sejauh mana perubahan konstitusi non-formal memperoleh justifikasi secara konstitusional. Legitimasi *sociological* berkaitan sejauh mana perubahan konstitusi non-formal relevan dengan kondisi sosial yang terjadi di masyarakat. Sedangkan legitimasi moral berkaitan sejauh mana perubahan konstitusi non-formal dilakukan dalam bingkai nilai-nilai universal terhadap ajudikasi secara umum maupun ajudikasi secara khusus.<sup>42</sup>

Berdasarkan kedua konsep legitimasi di atas, Penulis mengelompokkan legitimasi ke dalam 2 (dua) bentuk yakni: *Pertama*, legitimasi prosedural dan legitimasi substantif. *Kedua* bentuk legitimasi ini akan dielaborasi lebih jauh untuk menakar sejauh mana perubahan konstitusi non-formal dapat dikatakan sah melalui interpretasi oleh ajudikasi konstitusional maupun pembentuk undang-undang.

#### **a. Legitimasi Prosedural**

Legitimasi prosedural dapat ditinjau dari 2 (dua) aspek yakni *pertama* perubahan konstitusi non-formal didasarkan pada kewenangan. *Kedua*, perubahan konstitusi non-formal tidak bertentangan dengan teks dalam konstitusi secara keseluruhan.

*Pertama*, perubahan konstitusi non-formal berdasarkan kewenangan. Pada dasarnya UUD NRI Tahun 1945 tidak mengatur kelembagaan negara yang dapat melakukan perubahan

<sup>38</sup> Martin, “The Legitimacy of Informal Constitutional Amendment and The ‘Reinterpretation’ of Japan’s War Powers.”

<sup>39</sup> Martin, 434.

<sup>40</sup> Richard H. Fallon, dikutip dalam Ninon Melatyugra Uumbu Rauta, Indirani Wauran, “Legitimasi Praktik Overruling Di Mahkamah Konstitusi” (Jakarta, 2018), 75.

<sup>41</sup> Richard H. Fallon, dikutip dalam Uumbu Rauta, Indirani Wauran, “Legitimasi Praktik Overruling Di Mahkamah Konstitusi”, 75.

<sup>42</sup> Richard H. Fallon, dikutip dalam Uumbu Rauta, Indirani Wauran, 75–81.

konstitusi non-formal. UUD NRI Tahun 1945 hanya mengatur mengenai kewenangan lembaga negara yakni Majelis Permusyawaratan Rakyat untuk mengubah dan menetapkan UUD secara formal melalui mekanisme Pasal 37 ayat (1) s/d ayat (4) UUD NRI Tahun 1945.

Meskipun demikian, kewenangan yang acapkali disandingkan memiliki peluang merubah konstitusi non-formal adalah DPR melalui *legislative interpretation* atau MK melalui *judicial interpretation*. Kewenangan DPR berkaitan dengan kekuasaan dalam membentuk undang-undang [*vide*: Pasal 20 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945]. Penelitian yang dilakukan UNDP menyebutkan salah satu karakter fungsi legislasi dalam sistem pemerintahan adalah kecenderungan kekuasaan yang luas untuk mengubah undang-undang apapun.<sup>43</sup> Pada dasarnya DPR memiliki legalitas kewenangan untuk membuat undang-undang namun tetap berpedoman pada UUD NRI Tahun 1945. Kenyataan konstitusional tersebut ternyata diperluas dengan pemaknaan *open legal policy* dalam pembentukan undang-undang oleh DPR. Radita Ajie mengungkapkan UUD NRI Tahun 1945 memang terkadang tidak memuat aturan secara spesifik mengatur suatu dasar konstitusional kebijakan publik yang memberi dasar bagi pilihan kebijakan hukum yang terbuka dan menjadi dasar kewenangan DPR untuk menjabarkan lebih lanjut norma UUD melalui produk hukum undang-undang.<sup>44</sup>

Adapun dasar kewenangan MK yang memiliki kecenderungan merubah konstitusi non-formal melalui kewenangan pengujian undang-undang terhadap UUD [*vide*: Pasal 24C ayat (1) UUD NRI Tahun 1945]. Manunggal K. Wardaya mengatakan MK telah membawa capaian yang menggembirakan karena melalui kewenangan pengujian formil dan materil undang-undang, MK telah melakukan perbaikan dengan mengubah secara mendasar UUD NRI Tahun 1945, seperti menguji konstitusionalitas Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) yang secara eksplisit dalam Pasal 24C ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 tidak dicantumkan sebagai salah satu kewenangan MK [*vide*: Putusan MK No. 138/PUU-VII/2009].<sup>45</sup> Aldiansyah dan Muhtar Said menuturkan meskipun kecenderungan perubahan konstitusi non-formal berada pada kewenangan menciptakan produk undang-undang, akan tetapi MK juga memiliki peluang dalam menafsirkan konstitusi yang berakibat mengubah UUD NRI Tahun 1945 yang seharusnya dijaga.<sup>46</sup>

Meskipun UUD NRI Tahun 1945 tidak menyebut secara eksplisit kewenangan lembaga negara yang dapat mengubah konstitusi non-formal, akan tetapi berdasarkan kewenangan

<sup>43</sup> Veri Junaidi dan Viola Reininda, "Relasi Presiden Dan DPR Dalam Pembentukan Undang-Undang Pada Sistem Pemerintahan Presidensial Multipartai," *Jurnal Jentera* 3, no. 1 (2020): 223, <https://jurnal.jentera.ac.id/index.php/jentera/article/view/18>.

<sup>44</sup> Radita Ajie, "Batasan Pilihan Kebijakan Pembentuk Undang-Undang (Open Legal Policy) Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Berdasarkan Tafsir Putusan Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Legislasi Indonesia* 13, no. 02 (2016): 122, <https://doi.org/10.54629/jli.v13i2.105>.

<sup>45</sup> Manunggal K. Wardaya, "Perubahan Konstitusi Melalui Putusan MK: Telaah Atas Putusan Nomor 138/PUU-VII/2009," *Jurnal Konstitusi* 7, no. 2 (2010): 25, <https://doi.org/10.31078/jk722>.

<sup>46</sup> Aldiansyah dan Muhtar Said, "Perubahan Non-Formal Konstitusi Di Indonesia Pasca Reformasi Berdasarkan Pemikiran Fajrul Falaakh," *Al Wasath Jurnal Ilmu Hukum* 2, no. 2 (2021): 79, <https://journal.unusia.ac.id/index.php/alwasath/article/download/253/203>.

yang dimiliki oleh DPR dan MK, secara tidak langsung UUD NRI Tahun 1945 memberi isyarat bagi kedua kelembagaan tersebut untuk mengubah konstitusi secara non-formal sesuai dinamika dan kebutuhan ketatanegaraan. Apalagi MK sebagai lembaga peradilan yang merdeka dan imparsialitas, tentu juga memiliki kebebasan memilih metode interpretasi pengujian undang-undang yang akan berdampak pada penafsiran makna UUD NRI Tahun 1945.

**Kedua**, perubahan konstitusi non-formal tidak bertentangan dengan teks konstitusi secara keseluruhan. Konstitusi sebagai hukum tertinggi memiliki struktur fundamental terhadap sistem ketatanegaraan. Seperti yang disampaikan Sri Soemantri bahwa salah satu isi/muatan konstitusi yakni ditetapkan susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental.<sup>47</sup> Susunan atau struktur ketatanegaraan tersebut tidak boleh dikesampingkan dalam perubahan konstitusi non-formal, apalagi perubahan konstitusi non-formal justru bertentangan dengan struktur ketatanegaraan dalam UUD NRI Tahun 1945. Justifikasi legitimasi perubahan konstitusi non-formal pada poin ini penting untuk menjaga keutuhan, harmonisasi, dan sinkronisasi antar pasal dalam UUD NRI Tahun 1945.

#### **b. Legitimasi Substantif**

Legitimasi substantif juga dapat ditinjau dari 2 (dua) aspek, yakni *pertama*, perubahan konstitusi non-formal tidak bertentangan hak asasi manusia. *Kedua*, perubahan konstitusi non-formal sesuai kebutuhan dan kondisi sosiological di masyarakat.

**Pertama**, perubahan konstitusi non-formal tidak bertentangan dengan hak asasi manusia. Sebagaimana telah dijabarkan pada awal pembahasan, perlindungan hak asasi manusia merupakan salah satu aspek penting dalam konstitusi. UUD NRI Tahun 1945 telah mengatur secara eksplisit mengenai hak asasi manusia yang tertuang dalam Pasal 28A s/d Pasal 28J UUD NRI Tahun 1945.

Justifikasi secara substantif keabsahan perubahan konstitusi non-formal melalui *judicial interpretation* dan *legislative interpretation* tidak boleh melanggar atau menyimpang dari ketentuan perlindungan hak asasi manusia yang diatur dalam UUD NRI Tahun 1945. Atau sebaliknya perubahan konstitusi non-formal yang bertentangan dengan perlindungan hak asasi manusia dalam UUD NRI Tahun 1945 tidak memiliki legitimasi dan harus ditolak.

Apalagi secara institusional, DPR sebagai lembaga pembentuk undang-undang yang menjabarkan lebih lanjut ketentuan dalam UUD NRI Tahun 1945 harus menjunjung tinggi perlindungan hak asasi manusia sebagai lembaga representasi kehendak rakyat. Begitupula MK sebagai lembaga negara yang berfungsi sebagai pelindung hak asasi manusia (*the protector of human right*)<sup>48</sup>, mengharuskan setiap putusan wajib mencerminkan fungsi tersebut.

<sup>47</sup> Soemantri, *Prosedur Dan Sistem Perubahan Konstitusi*, 51.

<sup>48</sup> Janedjri M. Gaffar, "Peran Putusan Mahkamah Konstitusi Dalam Perlindungan Hak Asasi Manusia Terkait Penyelenggaraan Pemilu," *Jurnal Konstitusi* 10, no. 1 (2013): 14, <https://doi.org/10.31078/jk1011>.

**Kedua**, perubahan konstitusi non-formal sesuai kebutuhan dan kondisi *sociological* di masyarakat. Seperti yang telah disebutkan, bagi Craig Marin salah satu bentuk untuk mengukur perubahan konstitusi non-formal adalah berdasarkan kehendak rakyat.<sup>49</sup> Tidak jauh berbeda begitupula konsep legitimasi yang diukur berdasarkan kebutuhan *sociological* masyarakat.

Justifikasi perubahan konstitusi non-formal melalui *legislative interpretation* memiliki legitimasi secara substantif apabila didasarkan pada kehendak rakyat. Pada praktiknya bukan hanya pada perubahan non-formal konstitusi, pembentukan undang-undang memang mengharuskan adanya partisipasi publik (*meaningful participation*). *Meaningful participation* sangat diperlukan dalam perumusan undang-undang untuk menciptakan legitimasi, transparansi dan responsibilitas dari produk undang-undang tersebut.<sup>50</sup> Penerapan *meaningful participation* diperlukan untuk meminta persetujuan dan masukan kepada masyarakat dalam perumusan undang-undang apalagi materi muatan dalam undang-undang tersebut berpotensi memperluas atau mempersempit makna dalam UUD NRI.

Khususnya untuk kelembagaan MK, tentunya justifikasi kehendak publik melalui *meaningful participation* tidak dapat diberlakukan, karena lembaga peradilan merupakan kekuasaan yang independen dalam menetapkan putusan. Maka dari itu, pemaknaan “sesuai kebutuhan dan kondisi *sociological*” akan menjadi justifikasi legitimasi perubahan konstitusi nonformal bagi MK dalam ajudikasi pengujian undang-undang. Sesuai dengan asas dalam peradilan bahwa hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan keadilan yang hidup di masyarakat. Menurut Wibowo untuk menggali, mengikuti dan memahami hukum dan keadilan di tengah masyarakat, tentunya dibutuhkan metode tertentu jangan sampai pendapat mayoritas dalam masyarakat menjerumuskan hukum sebagai pengabdian suara mayoritas, padahal sejatinya hukum hanya pengabdian kebenaran dan keadilan.<sup>51</sup> Apa yang diungkapkan oleh Wibowo, menurut hemat Penulis pilihan metode interpretasi untuk memahami dan mengikuti kebutuhan hukum masyarakat sangat menentukan hasil akhir putusan MK: apakah dalam perubahan konstitusi non-formal tersebut sejalan kebutuhan hukum masyarakat atau tidak.

## **2. Pembatasan Perubahan Konstitusi Nonformal Berdasarkan Paham Konstitusionalisme**

Seperti yang telah diuraikan pada awal pembahasan, paham konstitusionalisme memberikan penegasan prinsip pembatasan kekuasaan. Relevan dengan perubahan konstitusi non-formal, cabang kekuasaan harus dibatasi termasuk pembatasan dalam melakukan perubahan nonformal terhadap UUD NRI Tahun 1945. Hal ini diperlukan karena perubahan

<sup>49</sup> Martin, “The Legitimacy of Informal Constitutional Amendment and The ‘Reinterpretation’ of Japan’s War Powers,” 432.

<sup>50</sup> Ahmad Yani, “Periodic Review Terhadap Undang-Undang Untuk Mewujudkan Good Legislation,” *Civic Hukum* 7, no. 2 (2022): 143, <https://doi.org/10.22219/jch.v7i2.22555>.

<sup>51</sup> Mardian Wibowo, *Asas-Asas Pengujian Undang-Undang* (Jakarta: PT RajaGrafindo, 2020), 132.

non-formal telah mengubah makna teks konstitusi di luar dari prosedur yang ditentukan sehingga memerlukan pembatasan agar tidak disalahgunakan seperti yang dikhawatirkan oleh Rosalind Dixon dan David Landau sebagai *abusive constitutionalism*.

Diskursus perubahan konstitusi melalui *interpretation* telah lama diperdebatkan. Apakah konstitusi akan ditafsirkan sebagai *original intent* atau sebagai *living tree*. *Original intent* menafsirkan konstitusi pada saat dirumuskan sedangkan *living tree* menafsirkan konstitusi sesuai perkembangan masyarakat. Kedua konsep tersebut sejak lama tidak bisa didamaikan satu sama lain.<sup>52</sup> Para pendukung konsep konstitusi harus berubah mengikuti perkembangan menyebut tidak ada alternatif lebih realistis ketimbang *the living constitution* mengingat sulitnya mengubah undang-undang dasar, sementara momen yang sama dunia berubah begitu cepat.<sup>53</sup>

Pada posisi ini Penulis tidak menafikan adanya perubahan konstitusi melalui non-formal, hanya saja perubahan tersebut harus tetap dibatasi dalam kerangka paham konstitusionalisme. Terdapat dua aspek yang dapat dijadikan batasan dalam perubahan konstitusi non-formal. *Pertama* pembatasan yang didasarkan pada hakikat yang terkandung dalam konstitusi (*supra constitutional unamendability*). *Kedua*, pembatasan yang dilakukan berdasarkan paham moral *constitution*.

#### **a. *Supra Constitutional Unamendability***

Perubahan konstitusi non-formal sebagai sebutan amandemen *quasi constitutional*. Menurut amandemen tersebut adalah hasil kesadaran dari aturan amandemen formal yang memberatkan untuk mengubah seperangkat norma dalam konstitusi.<sup>54</sup> Richard Albert menilai bahwa meskipun amandemen *quasi-constitutional* (perubahan non-formal) membawa beberapa keuntungan, namun harus diakui membawa kerugian berupa resiko mengaburkan hierarki otoritas dalam demokrasi konstitusional. Menurut Albert, menghindari perubahan konstitusi secara formal berarti merusak konstitusi itu sendiri.<sup>55</sup> Apa yang disampaikan oleh Albert pada satu sisi benar. Namun dinamika dan perubahan ketatanegaraan tidak bisa dihindari dan di saat bersamaan perubahan konstitusi secara formal tidak bisa merespon cepat dinamika dan perubahan tersebut karena merubah konstitusi secara formal membutuhkan proses dan waktu yang relatif lama. Maka dari itu, tidak ada pilihan yang lebih alternatif kecuali menerapkan konsep *living constitution* pada situasi tersebut. Hanya saja, diperlukan adanya pembatasan dalam penerapan perubahan konstitusi non-formal.

<sup>52</sup> Michael Kirby, dikutip dalam Faiz, *Amandemen Konstitusi Komparasi Negara Kesatuan Dan Negara Federal*, 24., menyebutkan kondisi ini melahirkan dua pertentangan bahwa konstitusi anti perubahan atau konstitusi harus berubah mengikuti perkembangan masyarakat.

<sup>53</sup> Strauss, dikutip dalam Kurnia, *Konstitusi HAM Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 & Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, 55.

<sup>54</sup> Richard Albert, dikutip dalam Oran Doyle, "Informal Constitutional Change," *Buffalo Law Review* 65, no. 5 (2017): 1026, <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol65/iss5/2/>.

<sup>55</sup> Richard Albert, "Quasi-Constitutional Amendments," *Buffalo Law Review* 65, no. 4 (2017): 742, <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol65/iss4/2/>.

Salah satu pembatasan perubahan konstitusi non-formal yang paling esensial yakni pembatasan dengan tipologi *supra constitutional unamendability*. Yaniv Roznai mendefinisikan *supra constitutional* adalah prinsip-prinsip dasar konstitusi yang tidak dapat diubah yang mendasari konstitusi itu ada. Namun menurut Roznai *supra constitutional* meskipun tidak dapat diubah tetapi tidak dapat membatasi konstituen aslinya yakni kekuasaan kehendak rakyat.<sup>56</sup>

Unu P. Herlambang merincikan maksud Roznai mengenai *supra constitutional unamendability* yakni mengenai struktur, isi, dan karakteristik konstitusi yang tidak bisa dilakukan perubahan.<sup>57</sup> Lebih jelasnya, esensi yang terkandung dalam *supra constitutional unamendability* yang wajib dipertahankan dalam praktik perubahan konstitusi non-formal adalah bentuk dan sistem pemerintah, struktur politik dan pemerintahan negara, ideologi bangsa dan identitas bangsa, pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia, dan semangat pembatasan kekuasaan. Keseluruhan substansi tersebut menjadi pembatasan dalam perubahan konstitusi non-formal. Namun jika perkembangan masyarakat telah tidak sesuai substansi pokok dalam sebuah konstitusi, maka seharusnya dilakukan perubahan konstitusi melalui prosedur formal yang ditentukan dan bukan mengubahnya melalui perubahan non-formal.

Lebih jauh, perubahan konstitusi secara non-formal tetap dapat dilakukan melalui *interpretation* dengan mendalilkan bahwa kekuasaan *judicial* adalah penjaga dan pelindung kekuasaan rakyat, dan konstitusi berada di bawah kekuasaan rakyat.<sup>58</sup> Namun yang perlu ditegaskan dalam penggunaan kewenangan DPR dan MK yang berpotensi mengubah konstitusi non-formal tidak boleh mengubah hal yang esensial dalam *supra constitutional* seperti mereduksi perlindungan dan pengakuan hak asasi manusia serta mengacaukan pembatasan kekuasaan.

Kedua hal tersebut pada dasarnya merupakan intisari dari paham konstitusionalisme itu sendiri yang wajib dikawal oleh cabang kekuasaan. Kedepannya seyogianya dalam amandemen konstitusi Indonesia secara formal juga mengakomodir hal pokok *supra constitutional unamendability* yang tidak dapat diubah secara non-formal baik melalui *legislative interpretation* maupun melalui *judicial interpretation*.

## **b. Moral Constitution**

Penulis menilai *moral constitution* memiliki relevansi yang cukup signifikan dalam menegakkan supremasi konstitusi. *Moral constitution* yang dimaksud Penulis adalah sumpah jabatan penyelenggara negara saat dilantik yaitu bersumpah akan menjalankan kewenangan berdasarkan UUD NRI Tahun 1945. Sumpah ini melahirkan moral bagi setiap penyelenggara negara untuk menjalankan UUD NRI Tahun 1945 dalam setiap pelaksanaan kewenangan.

<sup>56</sup> Yaniv Roznai, "The Theory and Practice 'Supra-Constitutional' Limits on Constitutional Amendments," *The International and Comparative Law Quarterly* 62, no. 3 (2013): 567.

<sup>57</sup> Unu P. Herlambang, "The Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments," *Al Wasath Jurnal Ilmu Hukum* 3, no. 1 (2022): 72, <http://journal.unusia.ac.id/index.php/alwasath/article/download/348/247>.

<sup>58</sup> Roznai, dikutip dalam Herlambang, 72.

Moral *constitution* yang baik dicontohkan oleh Marshall saat memutuskan perkara *Marbury vs Madison* di Amerika Serikat tahun 1803. Perkara tersebut, meskipun yang dimohonkan oleh Marbury adalah *Writ of Mandamus* untuk memerintahkan Madison mengeluarkan Surat Pengangkatan Marbury sebagai hakim, namun Marshall justru membatalkan *Article 13 Judiciary Act 1789* yang menjadi dasar permohonan Marbury karena dinilai bertentangan Artikel III Seksi 2 Konstitusi Amerika Serikat. Zainal Arifin Mohctar menyebut tindakan yang dilakukan oleh Marshall tersebut mulai memengaruhi berbagai negara untuk juga memiliki lembaga yang mampu menguji, menilai, sampai membatalkan produk undang-undang maupun peraturan di bawah undang-undang, selama itu bertentangan konstitusi.<sup>59</sup> Marshall mengemukakan alasan penting tentang pengujian tersebut: *Pertama*, hakim bersumpah untuk menjunjung tinggi konstitusi sehingga jika ada peraturan yang bertentangan konstitusi, harus melakukan uji materi. *Kedua*, konstitusi adalah *the supreme law of the land* sehingga harus ada pengujian terhadap peraturan di bawahnya agar *the supreme law* itu tidak dilangkahi isinya. *Ketiga*, hakim tidak boleh menolak perkara.<sup>60</sup>

Semangat *moral constitution* menjadi sebagian hikmah yang terlupakan dalam kasus ini. Marshall menilai dalam menjalankan kewenangannya, ia tidak boleh hanya melihat hukum umum, namun menutup mata terhadap konstitusi, karena dirinya telah terikat “sumpah” jabatan, yakni akan menjalankan konstitusi atau Undang-Undang Dasar. Prinsip *moral constitution* diharapkan dapat menjadi pembatasan dalam perubahan konstitusi non-formal. Namun kembali lagi pada kesadaran masing-masing penyelenggara negara, apakah akan menaati sumpahnya dan menegakkan *moral constitution* atau tidak, karena moral perkara imperatif dalam individu setiap orang. Setiap penyelenggara negara utamanya yang memiliki kecenderungan melakukan perubahan non-formal konstitusi pada prinsipnya wajib berpegang teguh pada sumpah jabatannya yakni akan menjalankan UUD. Berdasarkan pada sumpah terhadap konstitusi, penyelenggara negara diikat nilai moralitasnya untuk menjalankan dan menjaga secara konsisten supremasi konstitusi. Jika terpaksa harus mengubah konstitusi non-formal perubahan tersebut tetap didasarkan pada prinsip-prinsip penegakan hak asasi manusia dan pembatasan kekuasaan sebagai esensi yang terkandung dalam paham konstitusionalisme.

### C. KESIMPULAN

Hasil kajian menunjukkan, *pertama*, legitimasi perubahan konstitusi non-formal diukur berdasarkan legitimasi prosedural yakni perubahan konstitusi non-formal harus didasarkan pada kewenangan dan perubahan tersebut tidak memengaruhi makna teks dalam konstitusi secara keseluruhan dan diukur berdasarkan legitimasi substansial yakni perubahan konstitusi non-formal dilakukan untuk melindungi hak asasi manusia yang diatur eksplisit dalam konstitusi dan perubahan tersebut harus sesuai kebutuhan sosial masyarakat. *Kedua*, hasil

<sup>59</sup> Mochtar, *Kekuasaan Kehakiman Mahkamah Konstitusi Diskursus Judicial Activism Vs Judicial Restraint*, 29.

<sup>60</sup> Mochtar, 77.



penelitian juga menunjukkan pembatasan perubahan konstitusi non-formal didasarkan pada substansi pokok dalam konstitusi atau UUD NRI Tahun 1945 (*supra constitutional unamendability*) seperti pembagian struktur ketatanegaraan, perlindungan hak asasi manusia, dan pembatasan kekuasaan yang tidak dapat diubah secara non-formal dan pembatasan juga dapat didasarkan atas moral *constitution* yakni keterikatan imperatif pada sumpah (moral) jabatan untuk menjalankan kewenangan berdasarkan UUD NRI Tahun 1945. Berdasarkan kesimpulan tersebut, penulis memberikan rekomendasi yakni dalam amandemen UUD NRI Tahun 1945 sebaiknya diatur mengenai *supra constitutional unamendability* yang tidak dapat diubah secara nonformal melalui kewenangan *judicial interpretation* maupun *legislative interpretation*, sehingga dapat mempertahankan supremasi konstitusi.

## DAFTAR PUSTAKA

- Ajie, Radita. "Batasan Pilihan Kebijakan Pembentuk Undang-Undang (Open Legal Policy) Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Berdasarkan Tafsir Putusan Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Legislasi Indonesia* 13, no. 02 (2016): 111-20. <https://doi.org/10.54629/jli.v13i2.105>.
- Albert, Richard. "Quasi-Constitutional Amendments." *Buffalo Law Review* 65, no. 4 (2017): 739-70. <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol65/iss4/2/>.
- Dicey, A.V. *Pengantar Studi Hukum Konstitusi-Terjemahan*. Bandung: Nusa Media, 2015.
- Doyle, Oran. "Informal Constitutional Change." *Buffalo Law Review* 65, no. 5 (2017): 1021-038. <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol65/iss5/2/>.
- Faiz, Pan Mohammad. *Amandemen Konstitusi Komparasi Negara Kesatuan Dan Negara Federal*. Jakarta: PT RajaGrafindo, 2019.
- Falaakh, Mohammad Fajrul. *Model Dan Pertumbuhan Konstitusi*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2014.
- Gaffar, Janedjri M. "Peran Putusan Mahkamah Konstitusi Dalam Perlindungan Hak Asasi Manusia Terkait Penyelenggaraan Pemilu." *Jurnal Konstitusi* 10, no. 1 (2013): 1-32. <https://doi.org/10.31078/jk1011>.
- Harijanti, Susi Dwi. "20 Tahun Mempertahankan Konstitusi Hasil Reformasi." In *Konferensi Nasional Hukum Tata Negara VII, Malang, 2022*.
- Herlambang, Unu P. "The Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments." *Al Wasath Jurnal Ilmu Hukum* 3, no. 1 (2022): 69-77. <http://journal.unusia.ac.id/index.php/alwasath/article/download/348/247>.
- Isra, S, and F Amsari. "Perubahan Konstitusi Melalui Tafsir Hakim." *Bphn. Go. Id*, 2019. [http://bphn.go.id/data/documents/makalah\\_fgd.rtf](http://bphn.go.id/data/documents/makalah_fgd.rtf).
- Kurnia, Titon Slemet. *Konstitusi HAM Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 & Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2014.

- Lailam, Iwan Satriawan dan Tanto. "Open Legal Policy Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Dan Pembentukan Undang-Undang." *Jurnal Konstitusi* 16, no. 1 (2019): 559-84. <https://doi.org/10.31078/jk1636>.
- Martin, Craign. "The Legitimacy of Informal Constitutional Amendment and The 'Reinterpretation' of Japan's War Powers." *Fordham International Law Journal* 40, no. 1 (2017): 427-521. <https://ssrn.com/abstract=2931163>.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana Penada Media Group, 2010.
- Mochtar, Zainal Arifin. *Kekuasaan Kehakiman Mahkamah Konstitusi Diskursus Judicial Activism Vs Judicial Restraint*. Jakarta: PT RajaGrafindo, 2021.
- Nasution, Adnan Buyung. *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional Studi Sosio-Legal Atas Konstituante 1956-1959*. Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 1995.
- Nurbaningsih, Enny. "Bahan Ajar Mata Kuliah Teori Dan Hukum Konstitusi." In *Bahan Ajar*, 2022.
- Passchier, Reijer. "Formal an Informal Constitutional Change in The Netherlands." *Change in The Netherlands*, Eleven Publishers, Forthcoming, 2018: 1-13. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2975751>.
- Reininda, Veri Junaidi dan Violla. "Relasi Presiden Dan DPR Dalam Pembentukan Undang-Undang Pada Sistem Pemerintahan Presidensial Multipartai." *Jurnal Jentera* 3, no. 1 (2020): 216-39. <https://jurnal.jentera.ac.id/index.php/jentera/article/view/18>.
- Rosalind Dixon and David Landau. *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*. UK: Oxford University Press, 2021.
- Roznai, Yaniv. "The Theory and Practice 'Supra-Constitutional' Limits on Constitutional Amendments." *The International and Comparative Law Quarterly* 62, no. 3 (2013): 557-97. <https://www.jstor.org/stable/43301579>.
- Said, Aldiansyah dan Muhtar. "Perubahan Non-Formal Konstitusi Di Indonesia Pasca Reformasi Berdasarkan Pemikiran Fajrul Falaakh." *Al Wasath Jurnal Ilmu Hukum* 2, no. 2 (2021): 89-96. <https://journal.unusia.ac.id/index.php/alwasath/article/download/253/203>.
- Soemantri, Sri. *Prosedur Dan Sistem Perubahan Konstitusi*. Bandung: Alumni, 1978.
- Strong, C.F. *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern-Terjemahan*. Bandung: Nusa Media, 2015.
- Sumardjono, Maria SW. *Metodelogi Penelitian Ilmu Hukum*. Yogyakarta: Fakultas Hukum Gadjah Mada, 2021.
- Umbu Rauta, Indirani Wauran, Ninon Melatyugra. "Legitimasi Praktik Overruling Di Mahkamah Konstitusi." Jakarta, 2018.
- Wardaya, Manunggal K. "Perubahan Konstitusi Melalui Putusan MK: Telaah Atas Putusan Nomor 138/PUU-VII/2009." *Jurnal Konstitusi* 7, no. 2 (2010): 19-45. <https://doi.org/10.31078/jk722>.

- Wheare, K.C. *Konstitusi-Konstitusi Modern-Terjemahan*. Bandung: Nusa Media, n.d.
- Wibowo, Mardian. *Asas-Asas Pengujian Undang-Undang*. Jakarta: PT RajaGrafindo, 2020.
- Winata, Muhammad Reza. *Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang: Rigiditas Tindak Lanjut Dalam Pembentukan Undang-Undang*. Jakarta: PT RajaGrafindo, 2020.
- Yani, Ahmad. "Periodic Review Terhadap Undang-Undang Untuk Mewujudkan Good Legislation." *Civic Hukum* 7, no. 2 (2022): 138-47. <https://doi.org/10.22219/jch.v7i2.22555>.