

Konsep Negara Berbasis Hak sebagai Argumen Justifikasi Pengujian Konstitusionalitas Undang-undang

Titon Slamet Kurnia

Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana.

Jl. Diponegoro 52-60, Salatiga, 50711

Email: titonslamet@gmail.com

Naskah diterima: 8/08/2012 revisi: 10/08/2012 disetujui: 13/08/2012

Abstrak

Artikel ini berpendapat bahwa argumen substantif untuk memberikan justifikasi bagi pengujian konstitusionalitas undang-undang adalah konsep negara berbasis hak dan konsep konstitusi berbasis hak. Pengujian konstitusionalitas undang-undang didasari oleh pemikiran bahwa HAM memiliki kedudukan superior terhadap badan legislatif. Dalam menjalankan kekuasaan untuk membentuk undang-undang maka badan legislatif harus menghormati HAM. Dengan argumen demikian maka penulis menolak argumen hirarki peraturan perundang-undangan sebagai justifikasi pengujian konstitusionalitas undang-undang karena argumen ini sulit diberlakukan bagi Inggris dan Israel yang tidak memiliki konstitusi formal atau undang-undang dasar.

Kata-kata Kunci: Justifikasi Substantif; Pengujian Konstitusionalitas Undang-undang

Abstract

This article argues that the concept of right-based State and right-based constitution are substantively the basis or justification for constitutional review of legislation or laws. The constitutionality of laws is determined by the idea that human rights are supreme or superior over the legislature and its legal product. Therefore, the legislature should respect human rights in law-making. This article also rejects the view that hierarchy of laws is the only basis for constitutional review of legislation or laws because this view only explains it formally. This argument cannot be applied to Britain or Israel which does not have a formal constitution.

Key Words: *Substantive Justification; Constitutionality of Laws*

PENDAHULUAN

Tulisan ini mengkaji isu dasar argumen justifikasi bagi institusi pengujian konstitusionalitas undang-undang secara umum yang berada di ranah kajian teori konstitusi (*constitutional theory*). Tulisan ini tidak mengkaji mengenai aspek institusional khusus dalam melakukan pengujian tersebut (secara metodologis dikaitkan dengan institusi yang melakukan pengujian dikenal konsep *judicial review* dan *non-judicial review*). Dalam menjawab isu tulisan ini penulis berargumen bahwa konsep negara berbasis hak merupakan justifikasi bagi institusi pengujian konstitusionalitas undang-undang.

Struktur penyajian argumentasi penulis adalah sebagai berikut. Pertama, penulis akan mengemukakan konsep negara berbasis hak sebagai pokok argumen. Kemudian, implikasi dan pengejawantahan dari konsep ini yaitu konstitusionalisasi hak bahwa pada negara berbasis hak maka pilar penopangnya adalah pemilikan konstitusi berbasis hak. Terakhir, penulis akan menjelaskan *the rule of law* dalam pengertiannya yang spesifik sebagai landasan teoretis *enforcement* konstitusi berbasis hak terhadap pembentuk undang-undang.

Hakikat konsep pengujian konstitusionalitas undang-undang mengandung makna *pedepran eksistensi konstitusi*. Karena undang-undang diuji kesesuaiannya dengan konstitusi maka implikasinya konstitusi harus eksis *a priori*. Akan tetapi pengertian tersebut tidak berhenti sampai di sini. Penulis berpendapat *a fortiori* bahwa konsep hirarki peraturan perundang-undangan hanya menjelaskan segi formal justifikasi atas institusi pengujian konstitusionalitas undang-undang.¹

Oleh karena itu penulis melangkah lebih lanjut dengan bertolak dari argumen hak sebagai isu substantif untuk menjustifikasi institusi pengujian konstitusionalitas undang-undang. Hak yang dimaksudkan di sini adalah HAM (*human rights*); seperangkat hak kodrati yang dimiliki manusia semata-mata karena dirinya manusia (*rights that all human beings everywhere have—or should have—equally and in equal measure by virtue of their humanity*).²

¹ Segi formal justifikasi terhadap institusi pengujian konstitusionalitas undang-undang ini sulit diberlakukan pada negara-negara yang tidak memiliki konstitusi formal atau undang-undang dasar karena undang-undang biasa dan aturan bersifat konstitusional tidak dapat dibedakan secara hirarkis.

² Louis Henkin, *The Rights of Man Today*, Center for the Study of Human Rights-Columbia University, New York, 1988, hal. 3. Pengertian ini sifatnya standar di kalangan sarjana. Bdgk. Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983, hal. 18; R.J. Vincent, *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, hal. 9-11; Michael J. Perry, *Toward a Theory of Human Rights: Religion, Law, Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, hal. xi.

PEMBAHASAN

Konsep Negara Berbasis Hak

Sebagai aksioma, penulis meyakini, hak adalah *superior* atau *supreme* menurut “*the principle of respect for persons which prohibits treating one as a means to another’s ends.*”³ Asas ini paling *make sense* sebagai dasar, lebih tepatnya alasan ada atau *raison d’etre*, bagi semua organisasi sosial, termasuk negara. Gagasan bahwa hak merupakan nilai yang utama dalam rangka pengorganisasian negara mulai memperoleh bentuk yang jelas lewat pemikiran John Locke (1632-1704).

Menurut Raz, ajaran Locke tentang hak kodrati pada hakikatnya menjelaskan tentang tiga isu, yaitu: “*the need for government (the efficient protection of people’s natural rights), the justification of government (through the contractual transfer of the natural right to punish to the civil authority), and the limits of government (by the inviolability of the natural rights).*”⁴ Secara historis, pemikiran ini sangat revolusioner. Shapiro mengatakan bahwa gagasan hak adalah produk khas Abad Pencerahan (*Enlightenment*) yang membedakan karakter tatanan politik kuno dan abad pertengahan dengan tatanan politik setelah itu yang mengutamakan gagasan tentang kebebasan manusia yang diungkapkan lewat doktrin politik tentang hak-hak individu.⁵

Penulis setuju dengan argumen Dworkin tanpa *reserve* dalam menjustifikasi mengapa asas hak sangat penting (*take rights seriously*) dan karena itu hak tidak seyogianya dipertentangkan dengan nilai-nilai atau konsep lain (bahkan dikorbankan); hak harus diposisikan lebih unggul. Dworkin menyatakan:

Anyone who professes to take rights seriously, and who praises our Government for respecting them, must have some sense of what that point is. He must accept, at the minimum, one or both of two important ideas. The first is the vague but powerful idea of human dignity. This idea is associated with Kant, but defended by philosophers of different schools, supposes that there are ways of treating a man that are inconsistent with recognising him as a full member of the human community, and holds that such treatment is profoundly unjust. The second is the more familiar idea of political equality. This supposes that the weaker members of a political community are entitled to the same concern and respect of their government

³ Attracta Ingram, *A Political Theory of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994, hal. 8.

⁴ Joseph Raz, “Liberating Duties,” 8 *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy* 1989, hal. 4.

⁵ Ian Shapiro, *Asas Moral dalam Politik*, terjemahan dari *The Moral Foundations of Politics*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2006, hal. 8.

*as the more powerful members have secured for themselves, so that if some men have freedom of decision whatever the effect on the general good, then all men must have the same freedom.*⁶

Dasar dari argumen hak Dworkin ada dua. Pertama, konsep *human dignity*.⁷ Kedua, konsep *political equality*. Sehingga atas dasar itu manusia harus diperlakukan sesuai martabatnya sebagai manusia serta diperlakukan sama sebagai subjek yang bebas dengan sesamanya.⁸

Raz membandingkan konsep hubungan hak (*right*) dengan kewajiban (*duty*) sebagai berikut:

*Rights are primary, their value is that they render benefits. Their value to their subject can justify their existence and they can have intrinsic value. Duties being fetters cannot be justified by their value to their subjects and they cannot have intrinsic value. Where one is under a duty its value derives from the fact that it serves someone else's interest, that its performance benefits someone else, that is, that someone has a right to the benefit the duty protects or promotes.*⁹

Tesis Raz adalah "*all duties derive from rights.*" Syarat pemilikan hak menurut Raz: "*A person has a right if, and only if, his interest is sufficient to hold another duty bound to do something on the ground that that action respects or promotes that interest.*"¹⁰ Oleh karena itu hak mampu berdiri sendiri, eksistensinya *unconditional* didasarkan pada nilai intrinsiknya, yaitu tujuan untuk memberikan keuntungan bagi pemilikinya (sedangkan kewajiban sebaliknya, untuk merealisasi hak). Berdasar

⁶ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1978, hal. 198-199.

⁷ McCrudden dalam studinya yang komprehensif dan detail terhadap konsep *human dignity* menyatakan:

Dignity has helped to achieve this by enabling all to agree that human rights are founded on dignity. A basic minimum content of the meaning of human dignity can be discerned: that each human being possesses an intrinsic worth that should be respected, that some forms of conduct are inconsistent with respect for this intrinsic worth, and that the State exists for the individual not vice versa. The vault lines lie in disagreement on what that intrinsic worth consists in, what forms of treatment are inconsistent with that worth, and what the implications are for the role of the State.

Christopher McCrudden, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights," 19 *European Journal of International Law* 2008, hal. 723. Pendapat McCrudden menampakan sisi kritis dari konsep *human dignity* yang mengandung keaburan pada aspek pengertian dari *intrinsic worth* yang dapat berlain-lainan antara satu masyarakat dengan masyarakat lain, termasuk kaitannya dengan implikasi bagi fungsi yang seyogyanya ditampilkan oleh negara dalam kaitan dengan memberikan perlindungan terhadap *human dignity* tersebut. Meski demikian, McCrudden meyakini makna penting konsep *human dignity* sebagai basis dari HAM sanggup mengatasi perbedaan-perbedaan konsepsi mengenai hak-hak tersebut sehingga menjadikan dasar dari HAM lebih universal. Lihat juga Neomi Rao, "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law," 86 *Notre Dame Law Review* 2011, hal. 193-196.

⁸ Castiglione mengacu pada pendapat R. George Wright mendefinisikan konsep *dignity* secara negatif karena *dignity* sebagai konsep '*inherently ethereal*'. Wright berargumen, "*defining what dignity stands in contrast to is informative in determining what it actually is.*" Menurut Wright, *dignity* kontras dengan: "*brutality, cruelty ... humiliation, uncivilized or barbarous behavior, harsh treatment ...*" dan seterusnya. John D. Castiglione, "Human Dignity under the Fourth Amendment," *Wisconsin Law Review* 2008, hal. 679.

⁹ Joseph Raz, *Op.cit.*, hal. 6.

¹⁰ *Ibid.* Konsep hak yang dikemukakan oleh Raz pada hakikatnya dibangun berdasarkan teori kepentingan (*the interest or benefit theory of rights*). Menurut teori kepentingan: "*the purpose of rights is not to protect individual assertion but certain interests. Rights are said to be benefits secured for persons by rules regulating relationships.*" Lord Lloyd of Hamstead & M.D.A. Freeman, *Introduction to Jurisprudence*, English Language Book Society-Stevens & Sons, London, 1985, hal. 442.

pengertian ini maka dapat dijustifikasi bahwa eksistensi hak didukung oleh pilar sangat kokoh bahwa fungsi suatu pemerintah atau masyarakat adalah memberikan keuntungan bagi warganya. Sehingga tidak dapat disangsikan bahwa karena pentingnya hak maka hukum kemudian menjadikan asas hak sebagai dasar dalam melakukan pengaturan.¹¹

KONSEP KONSTITUSI BERBASIS HAK

Isu selanjutnya adalah proses institusionalisasi hak supaya supremasi atau superioritas hak terjadi sebagai implikasi dari konsep negara berbasis hak. Dalam konteks tersebut pilihan yang niscaya melalui konstitusi (konstitusionalisasi hak). Konstitusi adalah *the supreme law of the land*. Supaya hak dapat berdampak paralel seperti konstitusi, hak juga harus menjadi bagian dari konstitusi. Hakikat konstitusi menurut Amar: "*It is an act, a doing, an ordainment and establishment, a constituting, a constitution.*"¹² Jika pengertian ini diaplikasikan, misal seperti sarjana Amerika Serikat memaknai konstitusinya, *the Constitution of the United States*, maka pengertian yang lahir tentang konsep konstitusi tersebut ialah "*an instrument that constitutes a government and prescribes the blueprint for that government.*"¹³

Dalam pengertian tersebut terkandung konotasi tertentu yang menunjukkan bahwa konstitusi sebagai hukum memiliki makna spesifik yang berbeda dengan peraturan perundang-undangan lainnya dalam hubungan dengan negara dan, terutama, pemerintah secara keseluruhan; bahwa eksistensi konstitusi secara presumtif mendahului eksistensi negara dan pemerintahannya. Hal ini menjadikan konstitusi mengandung makna fundamental atau mendasar sebagai sumber hukum, sebuah makna yang harus terefleksikan di dalam sistem hukum negara. Pengertian demikian oleh Kelsen dikonsepsikan *material constitution* yaitu "*rules which regulate the creation of the general legal norms, in particular the creation of statutes.*"¹⁴

Praktik konstitusionalisasi hak banyak dipengaruhi oleh pengalaman Amerika Serikat, termasuk internasionalisasi konsep hak bersama-sama dengan institusi *judicial review*.¹⁵ Akan tetapi, pengaruh besar, dan tentunya sejumlah modifikasi,

¹¹ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008, hal. 163-180.

¹² Akhil Reed Amar, "A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism and Populism," 65 *Fordham Law Review* 1997, hal. 1657. Bdgk. Ernest A. Young, "The Constitution Outside the Constitution," 117 *Yale Law Journal* 2007, hal. 415-422.

¹³ Louis Henkin, *Op.cit.*, hal. 31.

¹⁴ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, New York, 1960, hal. 124.

¹⁵ Louis Henkin, *Op.cit.*, hal. 32-33. Lihat juga Mark Tushnet, "Transnational/Domestic Constitutional Law," *Working Paper Series in Public Law*

baru benar-benar mengkristal pasca Perang Dunia II: “*Postwar constitutional drafting efforts focused on two concerns: first, the enunciation of basic rights to delimit a zone of autonomy for individuals, which the State should not be allowed to abridge; and second, the establishment of special constitutional courts to safeguard and protect these rights.*”¹⁶

Mengingat adanya keterkaitan historis dalam ide atau gagasan, maka usaha untuk memahami konsep konstitusi berbasis hak tidak dapat mengelak dari rujukan kepada teori konstitusi Amerika Serikat sebagai pionirnya. Salah satu penjelasan teoretis penting tentang hal itu adalah pendapat Henkin berikut ini:

*Because it was assumed—especially under theories of popular sovereignty—that the government constituted would be limited, because the U.S. and other constitutions in fact imposed limitations on government, a constitution (and “constitutionalism”) came to imply limited government. Because protecting the people’s liberties was seen as the principal reason for limitation and because a principal limitation in constitutions was a Bill of Rights, constitutionalism became identified with respect for individual rights.*¹⁷

Dari pendapat di atas dapat ditarik pengertian bahwa konstitusionalisme sinonim dengan hak. Supaya konstitusi paralel dengan konstitusionalisme maka *hak harus dijamin oleh konstitusi* sebagai *blue print* pemerintahan. Berdasarkan pendapat tersebut penulis berargumen: Karena hak statusnya *superior* atau *supreme* maka supaya superioritas atau supremasinya terjaga adalah fungsi wajib sebuah konstitusi untuk menjaminkannya. Kecuali jika penguasa politik yang dominan dalam posisi menolak asas hak, dan lebih memilih pemerintahannya dijalankan dengan *arbitrary power* terhadap rakyatnya sendiri.

and Legal Theory, Georgetown University Law Center, 2003, hal. 1.

Secara historis, *the Constitution of the United States* pada mulanya tidak memiliki *concern* terhadap isu konstitusionalisasi hak. *The founding fathers* pada mulanya percaya bahwa pembatasan terhadap kekuasaan pemerintah *vis-a-vis* perlindungan terhadap hak-hak rakyat dapat dilakukan dengan cara institusional (lewat pengaturan struktur pemerintahan yang ketat berdasarkan asas *separation of powers* dan federalisme) ketimbang dengan cara hak karena pemerintahan terbatas yang didirikan tersebut tidak diberikan kewenangan konstitusional untuk dapat melakukan pelanggaran terhadap hak-hak rakyat. Oleh karena itu *the Bill of Rights* yang komprehensif baru secara spesifik menjadi bagian dari *the Constitution of the United States* melalui amandemen. Tokoh yang berperan penting dalam rangka perancangan terhadap *the Bill of Rights* tersebut adalah James Madison. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Publishers, New York, 2006, hal. 475-476. Lihat juga: William J. Brennan, Jr., “The Ninth Amendment and Fundamental Rights,” dalam James O’Reilly, ed., *Human Rights and Constitutional Law*, The Round Hall Press, Dublin, 1993, hal. 109-110; Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, hal. 55.

Juru bicara utama pendirian kontra terhadap *the Bill of Rights* dalam konstitusi adalah Alexander Hamilton yang menulis *The Federalist No. 84*. Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist with Letters of Brutus* (Terence Ball ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, hal. 416-426.

¹⁶ Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, hal. 2.

¹⁷ Louis Henkin, *Op.cit.*, hal. 32.

Pendapat penulis diilhami oleh pendirian Thomas Paine tentang hakikat konstitusi yang diperjuangkan di Amerika Serikat dan Perancis, serta yang tidak mampu dimiliki oleh Inggris.¹⁸ Ada dua proposisi dari argumen dasar yang dipertahankan oleh Paine atas konsep konstitusinya secara fungsional. Pertama, *“A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government, and a government without a constitution is power without right.”* Kedua, *“A constitution is a thing antecedent to a government; and a government is only the creature of a constitution.”*¹⁹ Kedua proposisi tersebut menurut penulis merupakan teori Paine paling penting dan orisinal tentang konstitusi, terutama berkenaan dengan isu konstitusi berbasis hak. Dengan bertolak dari pemikiran Paine tersebut maka menurut penulis alasan mengapa hak harus dijamin oleh konstitusi atau undang-undang dasar adalah *self-evident*: Karena konstitusi merepresentasikan tindakan rakyat untuk mendirikan pemerintahnya, dan otomatis di balik tindakan itu terkandung pula kehendak dari rakyat supaya hak-haknya aman, maka hak-hak tersebut adalah satu paket yang tidak terpisahkan dengan konstitusi.

Argumen demikian juga nampak dalam pendapat Sunstein yang menyatakan: *“the central goal of a constitution is to create the preconditions for a well-functioning democratic order, one in which citizens are genuinely able to govern themselves.”*²⁰ Konsep konstitusi demokratis yang dikemukakan oleh Sunstein adalah dasar legitimasi bagi konstitusi berbasis hak. Sunstein menyatakan:

*Democracy comes with its own internal morality—the internal morality of democracy. This internal morality requires constitutional protection of many individual rights, including the right of free expression, the right to vote, the right to political equality, and even the right to private property, for people cannot be independent citizens if their holdings are subject to unlimited government readjustment. Properly understood, democracy is not antagonistic to rights. It enthusiastically protects rights, thus constraining what majorities are able to do to individuals or groups. A democratic constitution is drawn up and interpreted with these ideas in mind.*²¹

¹⁸ Kepeloporan Paine diakui antara lain oleh: Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, New York-Ithaca, 1947, h. 2; Louis Henkin, *Op.cit.*, hal. 133-137; Massimo La Torre, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht, 2007, hal. 7. La Torre merujuk Paine dalam rangka: *“A modern understanding of constitutionalism.”* Di dalam tulisan Paine, *The Rights of Man*, ditemukan secara eksplisit gagasan tentang konstitusi berbasis hak sebagai inti ajaran konstitusionalisme modern yang berbeda dengan ajaran konstitusionalisme klasik yang baru sebatas meletakkan fundasi bagi pembedaan antara ranah privat (*jurisdiction*) dengan publik (*gubernaculum*). La Torre, h. 2-4.

¹⁹ Charles Howard McIlwain, *Ibid.*

²⁰ Cass R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press, Oxford, 2001, hal. 6.

²¹ *Ibid.*, hal. 7.

Dalam literatur kontemporer, isu konstitusionalisasi hak memperoleh perhatian John Rawls ketika mendiskusikan tentang “*four stage-sequence that clarifies how the principles for institutions are to be applied.*” Empat tahapan tersebut meliputi: *the original position, the constitutional stage, the legislative stage, and the stage at which rules are applied to particular cases by judges, administrators, and individual citizens.*²² Dalam hubungan dengan hak, tahap konstitusional berfungsi menjabarkan atau menspesifikasi hak-hak dan kebebasan dasar manusia. Tahap konstitusional ini didikte oleh asas *a priori* pada tahap *the original position* yang menurut Rawls berfungsi mempertanyakan komitmen keadilan dari institusi dasar manusia yang hendak didirikan.

Sesuai dikte keadilan (*justice as fairness*) maka asas yang berlaku pada tahap konstitusional menurut Rawls adalah: “*each person has an equal right to a fully adequate scheme of equal basic liberties which is compatible with a similar scheme of liberties for all.*”²³ Pada tahap konstitusional ini Rawls memposisikan asas hak memiliki prioritas terhadap pertimbangan-pertimbangan mengenai *public good*. Bertolak dari tradisi kontraktarian yang rasional, Rawls menjustifikasi asas hak dengan argumen deliberasi dua kekuatan moral (*moral powers*) yaitu: “*First, the capacity for a sense of justice, exercised in deliberating with others about the form of shared social institution, and second, the capacity for a conception of the good, exercised in deliberating about how to live one’s own life.*”²⁴

Menurut penulis teori Rawls tentang penjabaran hak-hak dan kebebasan dasar dalam tahap konstitusional telah menjadikan gagasan tentang konstitusi berbasis hak menjadi dapat lebih diuniversalisasi (dijadikan argumen untuk menjustifikasi tuntutan konstitusi berbasis hak di negara apapun). Hal ini karena teori tersebut berangkat dari posisi humanis dan sifat rasional manusia dalam mengidentifikasi apa yang menurutnya adil dan sekaligus apa yang menurutnya dipandang baik dalam rangka menjalani hidupnya sendiri dalam tataran bernegara dan beraspirasi tentang negaranya. Dari Rawls nampak semangat penguatan terhadap tradisi asas hak, bukan sebaliknya.²⁵ Konstitusionalisasi hak versi Rawls adalah untuk menjawab tuntutan bagi setiap institusi sosial yang adil (sesuai *original position*).

²² John Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1999 (Revised Edition), hal. 171-176.

²³ John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1996, hal. 291.

²⁴ *Ibid.*, hal. 332-333.

²⁵ Di bagian *Preface*, Rawls menyatakan misi bukunya kepada para pembaca: “*What I have attempted to do is to generalize and carry to a higher order of abstraction the traditional theory of the social contract as represented by Locke, Rousseau, and Kant.*” John Rawls, *A Theory ...*, *Op.cit.*, hal. xviii.

Untuk membatasi pengertian tentang konstitusi yang luas penulis berpendapat bahwa konsep yang seyogianya digunakan ialah undang-undang dasar atau konstitusi formal (*formal constitution*). Kelsen memberikan pengertian mengenai konstitusi formal: “*a certain solemn document, a set of legal norms that may be changed only under the observation of special prescriptions, the purpose of which it is to render the change of these norms more difficult.*”²⁶ Dalam pengertian demikian maka tidak semua negara, misalnya Inggris dan Israel, memiliki suatu konstitusi formal atau undang-undang dasar. Namun tidak berarti bahwa kedua negara tidak memiliki konstitusi. Kedua negara tersebut memiliki konstitusi material yang oleh Kelsen disebut “*has the character of customary law and therefore there exists no difference between constitutional law and ordinary laws.*”²⁷ Negara tanpa konstitusi formal akan kesulitan dalam menentukan dasar pengujian manakala suatu undang-undang didalilkan melanggar prinsip-prinsip fundamental dari negara tersebut dan dengan demikian undang-undang tersebut harus dinyatakan inkonstitusional. Kesulitan tersebut seperti diprediksi Kelsen di atas yaitu tidak dapat dibedakannya aturan yang bersifat konstitusional dengan undang-undang yang merupakan *ordinary laws*. Hal ini berbeda dengan kasus Amerika Serikat.

Chief Justice Marshall dalam kasus *Marbury v. Madison* menjustifikasi kewenangan pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang di tangan *the Supreme Court of the United States* berdasarkan teori *the written nature of the Constitution* yang menjelaskan hubungan antara undang-undang dasar dengan peraturan perundang-undangan lainnya. Tesis *Chief Justice Marshall* yaitu supaya pemerintah tidak bertindak melampaui kewenangan yang ditetapkan kepadanya maka konstitusi harus tertulis (formal). Keunggulan (*primacy*) konstitusi terhadap peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengannya “*essentially attached to a written constitution.*” Sehingga *Chief Justice Marshall* sampai pada kesimpulan bahwa status undang-undang dasar sangat terkait dengan pemikiran tentang pembentukannya, yaitu suatu usaha untuk menjadikannya *fundamental* dan *paramount*: “*certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation.*”²⁸

Undang-undang dasar yang dilandasi konstitusionalisme dimaksudkan sebagai instrumen hukum dalam rangka pembatasan terhadap kekuasaan pemerintahan

²⁶ Hans Kelsen, *Op.cit.*, hal. 124.

²⁷ *Ibid.*, hal. 125.

²⁸ Steven G. Calabresi, “The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent, and Burke,” 57 *Alabama Law Review* 2006, hal. 638.

suatu negara.²⁹ Undang-undang dasar pada hakikatnya merupakan instrumen yuridis utama dalam rangka pengedepanan asas superioritas atau supremasi hak. Bahwa kemudian undang-undang dasar meletakkan pembatasan kekuasaan terhadap badan-badan pemerintahan utama di dalam negara, antara lain misalnya dengan cara pemisahan atau pembagian kekuasaan, maka hal itu pada hakikatnya menurut hemat penulis hanyalah *konsekuensi* dari adanya pengakuan superioritas atau supremasi hak.³⁰

Kasus Inggris dan Israel yang tidak memiliki undang-undang dasar merupakan isu serius dalam diskusi pengujian konstitusionalitas undang-undang. Untuk kasus Inggris, *Lord Irvine of Lairg* membandingkannya dengan Amerika Serikat sebagai negara yang menganut asas supremasi konstitusi dan badan yudisialnya memiliki kewenangan untuk menguji konstitusionalitas undang-undang terhadap undang-undang dasar. Sementara Inggris menganut asas supremasi parlemen, yang tidak mengenal institusi pengujian semacam itu. *Lord Irvine of Lairg* berpendapat bahwa menarik perbedaan antara kedua negara semata karena faktor tersebut adalah sia-sia. Dalam konteks konstitusionalisme maka pada analisis akhir kedua negara tidak berbeda:

*The fact that the United Kingdom does not embrace constitutional review continues to distinguish our system from that which applies here. But although such differences are important, they should not be allowed to obscure the fact that our respective systems share so much in common. The value of representative and participatory lies at the very heart of both the American and British constitutional orders. And we share an appreciation of the importance of individual liberty whose roots can be traced back as far as the Magna Carta.*³¹

Dalam sistem konstitusional Inggris hak tetap memperoleh prioritas utama walau tanpa didasarkan pada keberadaan undang-undang dasar untuk menjamin pengakuannya. *Lord Irvine of Lairg* menyatakan:

Equally, the extent to which parliamentary sovereignty renders human rights precarious is a function of the broader constitutional setting. As I argued earlier, the evolution of the context within which sovereignty theory exists has impacted fundamentally upon its implications for human rights protection. In particular, the new Human Rights Act creates an environment within which it is much more difficult, legally

²⁹ Louis Henkin, *Op.cit.*, hal. 32.

³⁰ Bdgk. Richard Bellamy, "The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review," 7 *European Political Science* 2008, hal. 10-11.

³¹ Lord Irvine of Lairg, "Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America," 76 *New York University Law Review* 2001, hal. 22.

*and politically, for Parliament to exercise its sovereignty in a manner which is inconsistent with civil liberties.*³²

Meskipun konsekuensi dari tiadanya undang-undang dasar adalah berlakunya asas supremasi parlemen namun *de facto* kekuasaan parlemen Inggris dibatasi oleh asas superioritas hak kendati pengakuan tersebut hadirnya lewat produk hukum parlemen sendiri yaitu undang-undang. Dalam kasus Inggris parlemen memilih *membatasi dirinya sendiri* demi terwujudnya asas superioritas hak yaitu dengan jalan akan tidak membuat undang-undang yang bertentangan dengan atau melanggar hak (*civil liberties*).

Kasus yang menyerupai Inggris adalah Israel. Namun dalam batas-batas tertentu Israel lebih maju dibanding Inggris. Penilaian maju di sini adalah merujuk pada *Constitutional Revolution* tahun 1995 ketika *the Israeli Supreme Court* memberi kekuatan yuridis sebagai quasi-undang-undang dasar kepada *Basic Law on Human Dignity and Liberty* dan *Basic Law on Freedom of Occupation*. Kedua *Basic Laws* tersebut bukan undang-undang dasar, tetapi undang-undang biasa produk Knesset (parlemen Israel). Peristiwa ini terjadi dalam *Mizrahi Case*, suatu *landmark decision* serupa kasus *Marbury v. Madison* di AS. Kasus ini diputuskan dengan suara mayoritas delapan banding satu. Komentar terhadap kasus ini:

*Unlike Chief Justice Marshall in Marbury v. Madison, who operated under a formal constitution with a supremacy clause, the Israeli Basic Laws are far from a tangible constitutional document. In the absence of explicit authorization to deploy judicial review in a constitutional document, such as in the Canadian example, it is not surprising that the justices spent so many pages of the Mizrahi case arguing that the Basic Laws serve as a constitutional document. One may take the position that any argumentation requiring so much explanation is inherently weak.*³³

Terlepas dari kesulitan dalam pelaksanaan pengujian tersebut namun secara substantif pengakuan terhadap asas superioritas atau supremasi hak adalah justifikasi paling tepat atas fungsionalitas pengujian konstitusionalitas undang-undang, yaitu hak yang sedemikian fundamentalnya sehingga legislator tidak boleh menyimpanginya sekecil apapun demi integritas hak itu sendiri. Ketika sebuah negara memilih untuk memiliki undang-undang dasar maka seyogianya materi muatannya mencakup pengakuan dan penjaminan terhadap hak, menjadikan hak memiliki supremasi atau superioritas sebagai kaidah hukum ketatanegaraan.

³² Lord Irvine of Lairg, *Loc.cit.*

³³ Guy E. Carmi, "A Constitutional Court in the Absence of a Formal Constitution? On the Ramifications of Appointing the Israeli Supreme Court as the Only Tribunal for Judicial Review," 21 *Connecticut Journal of International Law* 2005, hal. 67 & 75.

THE RULE OF LAW

Konstitusionalisasi hak dan dengan sendirinya segala undang-undang maupun tindakan lain dari pemerintah yang tidak boleh bertentangan dengan hak atau konstitusi adalah pernyataan tentang asas *the rule of law*. Konsep *the rule of law* acapkali didiskusikan secara berhimpitan atau *overlap* dengan konsep konstitusionalisme yang telah dibahas sebelumnya ketika menjelaskan konsep konstitusi berbasis hak. Satu contoh usaha untuk membedakannya, meski masih tetap jumbuh, adalah Rosenfeld:

*In the broadest terms, the rule of law requires that the state only subject the citizenry to publicly promulgated laws, that the state's legislative function be separate from the adjudicative function, and that no one within the polity be above the law. The three essential characteristics of modern constitutionalism are limiting the powers of government, adherence to the rule of law, and protection of fundamental rights.*³⁴

Dengan penulis melakukan pembahasan secara khusus terhadap konsep *the rule of law* dan tidak bersama-sama dengan pembahasan sebelumnya tentang konsep konstitusionalisme maka dalam kasus ini penulis memperlakukan kedua konsep berbeda secara gradual. Dalam pembahasan ini penulis ingin lebih memosisikan asas *the rule of law* sebagai argumen pamungkas dalam rangka *enforcement* asas konstitusi berbasis hak.³⁵

Peacock memberi gambaran menarik mengenai pengertian *the rule of law* menurut cara pandang orang-orang Amerika Serikat sebagai berikut:

American government is popular government and more specifically republican government, government where the people's representatives

³⁴ Michel Rosenfeld, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy," 74 *Southern California Law Review* 2001, hal. 1307.

³⁵ Dalam pembahasan ini penulis akan mendiskusikan *the rule of law* secara umum, untuk memperoleh pengertian-pengertian yang sama dari konsep ini, terutama mengenai esensinya, dan tidak akan menelusuri secara detail tradisi pemikiran dalam pembahasannya yang biasanya dikotomisasi antara tradisi *Civil Law* Eropa Kontinental dan tradisi *Common Law* Anglo-Amerika Serikat. Bdgk. Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Penerbit Bina Ilmu, Surabaya, 1987, Bab II; Azhary, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, Penerbit UI-Press, Jakarta, 1995, Bab II & III.

Supaya pembahasan ini justifiabel maka perlu dikemukakan terlebih dahulu tesis penulis yaitu konsep *the rule of law* adalah konsep yang universal, adalah *general principle of law* yang berlaku, seyogianya berlaku, di manapun. Asas kebalikannya adalah *arbitrary government*, secara faktual masih banyak dijalankan oleh pemerintah (rezim) negara-negara tertentu, tetapi secara normatif telah bangkrut karena mayoritas orang menolak atau tidak menghendakinya (di Indonesia pasca satu dasawarsa reformasi mulai muncul kecenderungan nostalgia sebagian orang terhadap pemerintah Soeharto yang mampu menjamin stabilitas atau ketertiban dengan cara tangan besi; berkebalikan dengan pemerintahan penerusnya yang memberikan kebebasan luas pada rakyat akan tetapi justru chaotik).

Dasar universalitas dari isu *the rule of law* adalah, menurut Tamanaha, "*fear of the uncontrolled application of coercion by the sovereign or the government.*" Brian Z. Tamanaha, "A Concise Guide of the Rule of Law," *Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 07-0082, St. John's University School of Law, September 2007, hal. 3. Pendapat senada dikemukakan Zolo. Setelah membandingkan empat tradisi utama yaitu *the English rule of law*, *the North American version of the rule of law*, *the German Rechtsstaat* dan *the French Etat de droit* Zolo lalu menyimpulkan titik temu pengertian *the rule of law* yaitu sebagai "*the normative and institutional structure of a modern State within which the legal system—and not other functional subsystems—is entrusted with the task of guaranteeing individual rights, curbing the natural tendency of political power to expand and act arbitrarily.*" Danilo Zolo, "Rule of Law: A Critical Appraisal," dalam Pietro Costa & Danilo Zolo, eds., *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007, hal. 7.

*make the law and where the people, including their representatives, are intended to abide by that law. America is in many respects a law-loving nation not only because the people expect to be governed equally by the law and the law alone—not by the arbitrary dictates of rulers—but because (as the preamble again indicates) Americans seek to establish justice, provide for their safety, and secure the blessings of liberty through the instrument of the law, specifically the Constitution.*³⁶

Dari pernyataan Peacock di atas penulis ingin menggarisbawahi satu frase yaitu “*Americans seek to establish justice, provide for their safety, and secure the blessings of liberty through the instrument of the law, specifically the Constitution.*” Secara konseptual, *the rule of law* adalah asas dalam rangka penjaminan konsistensi asas hak dengan ekspektasi rakyat terhadap pemerintahnya supaya menghormati hak secara faktual, dan yang lebih penting lagi implikasinya manakala ekspektasi itu tidak terjadi. Sebagai sebuah konsep, asas *the rule of law* tidak sekadar pernyataan statis-formalistis tentang supremasi hukum terhadap pemerintah atau “*government of laws, and not of men.*”³⁷ Akan tetapi dinamis, menuntut adanya konsistensi pemerintah, dan sekaligus menuntut implikasi tertentu pada pemerintah jika yang terjadi sebaliknya. Dalam konteks ini penulis setuju dengan pengertian *the rule of law* yang dikemukakan Balkin: “*The rule of law requires not only that laws apply to citizens, but that laws must be applied.*”³⁸

Secara konseptual, seperti halnya konsep konstitusionalisme, esensi *the rule of law* adalah pembatasan kekuasaan terhadap pemerintah oleh hukum (termasuk konstitusi karena konstitusi adalah hukum); atau dengan pengertian lain kedua konsep tersebut berada dalam satu nomenklatur yaitu pembatasan kekuasaan pemerintah. Asas *the rule of law* berusaha untuk memastikan bahwa pembatasan kekuasaan terhadap pemerintah oleh hukum ini mampu terjadi secara faktual (jika tidak hal ini hanya retorika). Atau dengan formulasi lain, sebagai pendapat atau pemikiran penulis, konstitusionalisme adalah segi statis dari pembatasan kekuasaan pemerintah. Sementara *the rule of law* adalah segi dinamisnya (untuk menegakkan supremasi atau superioritas hak di dalam konstitusi terhadap pemerintah; bahwa konstitusi sebagai hukum harus diberlakukan terutama terhadap pemerintah).

³⁶ Anthony A. Peacock, ed., *Freedom and the Rule of Law*, Lexington Books, Lanham-Maryland, 2010, hal. 1.

³⁷ Frase ‘*government of laws, and not of men*’ kali pertama dinyatakan oleh Chief Justice Marshall dalam kasus *Marbury v. Madison* (1803). Tentang hal itu Tamanaha mengatakan: “Chief Justice Marshall, when finding that judicial review was constitutionally required, despite no mention of it in the Constitution itself, observed that constitutions secure “a government of laws, and not of men.” Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law ...*, Op.cit., hal. 55-56.

³⁸ J.M. Balkin, “The Rule of Law as a Source of Constitutional Change,” 6 *Constitutional Commentary* 1989, hal. 22.

Tamanaha mendefinisikan *the rule of law* dalam arti formal dan substantif. Dalam arti formal, definisi sebagai *common baseline*, menghasilkan pengertian minimalis tentang konsep *the rule of law*:

*The rule of law, at its core, requires that government officials and citizens are bound by and act consistent with the law. This basic requirement entails a set of minimal characteristics: law must be set forth in advance (be prospective), be made public, be general, be clear, be stable and certain, and be applied to everyone according to its terms.*³⁹

Dalam arti substantif, definisi *the rule of law* mencakup "*reference to fundamental rights, democracy, and/or criteria of justice or right.*"⁴⁰ Definisi formal tidak memperhatikan substansi atau *content* dari *the rule of law*. Definisi substantif memperkuat makna legalitas sebagai *good laws* yang harus dibedakan dari *bad laws*.⁴¹

Selanjutnya Tamanaha mengemukakan dua fungsi *the rule of law*: "*impose legal restraints on government officials*"⁴² dan "*maintain order and coordinate behavior and transactions among citizens.*"⁴³ Fungsi pertama sifatnya vertikal (berlaku dalam hubungan antara pemerintah dengan warga negara), sementara fungsi kedua sifatnya horisontal (antar warga negara satu sama lain). Penulis hanya akan fokus pada fungsi pertama yang vertikal sifatnya. Fungsi pertama ini dijalankan dengan dua cara. Pertama, *by requiring compliance with existing law* (pensyaratan kepatuhan terhadap hukum yang berlaku). Tuntutan yang timbul di sini adalah pemerintah (pejabat pemerintah) harus patuh terhadap hukum positif dalam setiap tindakannya dengan pengertian: tindakan pemerintah harus memiliki dasar dalam hukum positif (*positive legal authorization*) dan tindakan pemerintah tersebut tidak boleh bertentangan dengan larangan atau pembatasan yang diberlakukan oleh hukum positif kepadanya.⁴⁴ Kedua, *by imposing legal limits on law-making power* (pembatasan hukum terhadap kekuasaan membentuk peraturan perundang-undangan). Pembatasan ini bermakna bahwa pemerintah tidak memiliki kebebasan dalam membentuk peraturan perundang-undangan meskipun dasarnya kewenangan yang sah.⁴⁵ Bentuk-bentuk pembatasan yang

³⁹ Brian Z. Tamanaha, *A Concise ...*, Loc.cit.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law ...*, Op.cit., hal. 92.

⁴² Brian Z. Tamanaha, *A Concise ...*, Loc.cit.

⁴³ Ibid., hal. 6-7.

⁴⁴ Ibid., hal. 3-4.

⁴⁵ Ibid., hal. 4.

familiar adalah: “1) *constitutionally imposed limits*, 2) *transnational or international legal limits*, 3) *human rights limits*, and 4) *religious or natural law limits*. In different ways and senses, these types of law are superior to and impose restraints upon routine law-making.”⁴⁶

Dalam arti demikian maka isu utama dari asas *the rule of law* adalah untuk memastikan keberlakuannya secara faktual kepada pemerintah. Dalam kasus ini maka supremasi hukum atau konstitusi hanya bisa dipastikan manakala ada jaminan secara institusional bahwa deviasi yang dilakukan oleh pemerintah, meskipun dengan dasar kewenangan yang sah, juga tetap harus diganjar dengan *punishment*. Balkin yang memaknai *the rule of law* secara institusional mengatakan: “*Application requires adjudication, and the rule of law requires a statement of reasons for decision to demonstrate the connection between the decision and the existing body of law.*”⁴⁷

Dengan pengertian lain, isu kontrol institusional dan operasionalisasinya sebagai *concern* asas *the rule of law* mengandaikan dua hal. Pertama, bahwa selain konstitusi berlaku kepada pemerintah dan pembentuk undang-undang, konstitusi juga harus diterapkan kepada mereka. Kedua, upaya hukum yang efektif dalam rangka memastikan subordinasi pemerintah, pembentuk undang-undang (legislator), kepada asas supremasi konstitusi (konstitusi berbasis hak). Skema institusional paling direkomendasikan oleh asas *the rule of law* adalah *judicial independence* sebagai asas paling terkait langsung dengan kepentingan penjaminan hukum atas pembatasan terhadap kekuasaan pemerintah. Hal ini sejalan dengan pernyataan Foster berikut ini: “*An essential feature of the rule of law is that those who bring a case before the courts must be confident that the presiding judge is not under any undue pressure to decide it in a particular way.*”⁴⁸ Jika skema ini diberlakukan maka akan melahirkan institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang (*judicial review of the constitutionality of laws*) di mana di Indonesia menjadi yurisdiksi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

⁴⁶ Id., h. 4-5.

⁴⁷ J.M. Balkin, Loc.cit.

⁴⁸ Steven Foster, *The Judiciary, Civil Liberties and Human Rights*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2006, hal. 45.

KESIMPULAN

Sesuai dengan hasil pembahasan di atas maka kesimpulan tulisan ini tentang argumen justifikasi pengujian konstitusionalitas undang-undang adalah terletak pada hak sebagai landasan bernegara dan objek perlindungan oleh konstitusi sehingga hak diposisikan *superior*. Oleh karena itu, secara substantif, pengujian konstitusionalitas undang-undang dapat dibenarkan pada negara berbasis hak. Asas *the rule of law* bersifat memastikan bahwa supremasi hak kepada legislator benar-benar diterapkan sehingga hakikat *the rule of law* dalam konteks pengujian konstitusionalitas undang-undang adalah dasar untuk *enforcement* hak.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Azhary, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, Penerbit UI-Press, Jakarta, 1995.
- Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Publishers, New York, 2006.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1978.
- Foster, Steven, *The Judiciary, Civil Liberties and Human Rights*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2006.
- Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Hadjon, Philipus M., *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Penerbit Bina Ilmu, Surabaya, 1987
- Hamilton, Alexander, James Madison & John Jay, *The Federalist with Letters of Brutus* (Terence Ball ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Henkin, Louis, *The Rights of Man Today*, Center for the Study of Human Rights-Columbia University, New York, 1988.
- Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, New York, 1960.
- La Torre, Massimo, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht, 2007.
- Lord Lloyd of Hamstead & M.D.A. Freeman, *Introduction to Jurisprudence*, English Language Book Society-Stevens & Sons, London, 1985.

- Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008.
- McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, New York-Ithaca, 1947.
- Peacock, Anthony A., ed., *Freedom and the Rule of Law*, Lexington Books, Lanham-Maryland, 2010.
- Perry, Michael J., *Toward a Theory of Human Rights: Religion, Law, Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1999 (Revised Edition).
- _____, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1996.
- Shapiro, Ian, *Asas Moral dalam Politik*, terjemahan dari *The Moral Foundations of Politics*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2006.
- Sieghart, Paul, *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- Sunstein, Cass R., *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Vincent, R.J., *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Bab dalam Buku

- Brennan, Jr., William J., "The Ninth Amendment and Fundamental Rights," dalam James O'Reilly, ed., *Human Rights and Constitutional Law*, The Round Hall Press, Dublin, 1993.
- Zolo, Danilo, "Rule of Law: A Critical Appraisal," dalam Pietro Costa & Danilo Zolo, eds., *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007.

Jurnal dan *Working Paper*

- Amar, Akhil Reed, "A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism and Populism," 65 *Fordham Law Review* 1997.
- Balkin, J.M., "The Rule of Law as a Source of Constitutional Change," 6 *Constitutional Commentary* 1989.
- Bellamy, Richard, "The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review," 7 *European Political Science* 2008.
- Calabresi, Steven G., "The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent, and Burke," 57 *Alabama Law Review* 2006.
- Carmi, Guy E., "A Constitutional Court in the Absence of a Formal Constitution? On the Ramifications of Appointing the Israeli Supreme Court as the Only Tribunal for Judicial Review," 21 *Connecticut Journal of International Law* 2005.
- Castiglione, John D., "Human Dignity under the Fourth Amendment," *Wisconsin Law Review* 2008.
- Lord Irvine of Lairg, "Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America," 76 *New York University Law Review* 2001.
- McCrudden, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights," 19 *European Journal of International Law* 2008.
- Raz, Joseph, "Liberating Duties," 8 *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy* 1989.
- Rao, Neomi, "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law," 86 *Notre Dame Law Review* 2011.
- Rosenfeld, Michel, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy," 74 *Southern California Law Review* 2001.
- Tamanaha, Brian Z., "A Concise Guide of the Rule of Law," *Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 07-0082, St. John's University School of Law, September 2007.

Tushnet, Mark, "Transnational/Domestic Constitutional Law," *Working Paper Series in Public Law and Legal Theory*, Georgetown University Law Center, 2003.

Young, Ernest A., "The Constitution Outside the Constitution," 117 *Yale Law Journal* 2007.