

## THE DOCTRINE OF UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

**Unu P. Herlambang**

Program Studi Ilmu Hukum Universitas Nahdlatul Ulama Indonesia

Email: unuherlambang@unusia.ac.id

### ABSTRACT

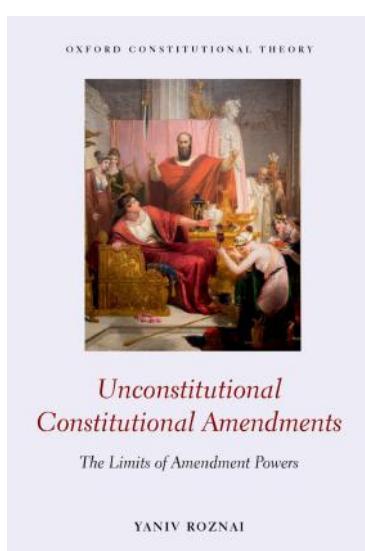
Several aspects such as the recognition of popular sovereignty, the rule of law, limitation of government power, the rule of law, and respect for human rights are the main components in understanding the principles of modern constitutionalism. However, in the course of its development, changes can be made to the constitution or what is commonly referred to as "constitutional amendments". In this case, the term "constitutional amendment" refers to the formal amendment of the constitution through established procedures. Therefore, there are three types of existence of provisions that cannot be changed in the constitution (unamendable provisions), namely explicit, implicit, and supra-constitutional.

**Keywords:** *Amendments, Constitutional, Unconstitutional.*

### ABSTRAK

Beberapa aspek seperti adanya pengakuan kedaulatan rakyat, supremasi hukum, pembatasan kekuasaan pemerintah, *rule of law*, dan penghormatan terhadap hak asasi manusia merupakan komponen utama dalam memahami prinsip konstitusionalisme modern. Meski demikian, dalam perkembangannya konstitusi dapat dilakukan perubahan atau yang biasa disebut dengan istilah "amandemen konstitusi". Dalam hal ini istilah "amandemen konstitusi" mengacu pada amandemen formal konstitusi melalui prosedur yang telah ditetapkan. Oleh karena itu terdapat tiga tipe eksistensi ketentuan yang tidak dapat diubah dalam konstitusi (*unamendable provisions*), yakni secara eksplisit, implisit, dan supra-konstitusional.

**Kata Kunci:** *Amandemen, Konstitusi, Inkonstitusional.*



Judul	:	<i>Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limit of Amendment Powers</i>
Penulis	:	Yaniv Roznai
Penerbit	:	Oxford University Press
Tahun	:	2017
Tebal	:	xxxiv+334 halaman
ISBN	:	978-0-19-876879-1

Buku ini membahas sifat dan cakupan pembatasan kekuasaan amandemen terhadap konstitusi. Roznai membatasi istilah “konstitusi” sebagai prinsip dan aturan tertinggi—lazimnya dirumuskan dalam dokumen hukum tertulis—yang membentuk dan mengatur kelembagaan dasar negara, serta perwujudan praktik dan ekspresi nilai-nilai luhur suatu bangsa.

Lebih lanjut, fokus utama buku ini adalah mengenai sistem konstitusi dalam konteks konstitusionalisme modern yang dapat diidentifikasi melalui adanya pengakuan kedaulatan rakyat, supremasi hukum, pembatasan kekuasaan pemerintah, *rule of law*, dan penghormatan terhadap hak asasi manusia.<sup>1</sup> Sedangkan istilah “amandemen konstitusi” di sini mengacu pada amandemen formal konstitusi melalui prosedur yang telah ditetapkan, bukan melalui mekanisme perubahan konstitusi lainnya, termasuk perubahan yang terjadi dalam praktik kenegaraan dan penafsiran lembaga yudisial.<sup>2</sup>

Dalam kerangka tersebut, Roznai mengajukan pertanyaan bahwa selain pembatasan formal-prosedural amandemen konstitusi, seperti persyaratan mayoritas, jumlah kuorum, atau mekanisme amandemen, adakah pembatasan substantif (*substantive limitations*) yang menjadi rambu-rambu amandemen atas konstitusi? Apakah kekuasaan amandemen konstitusi cukup luas untuk mengizinkan perubahan apapun, bahkan perubahan yang melanggar hak-hak fundamental dan prinsip-prinsip dasar konstitusi itu sendiri?<sup>3</sup>

Untuk menjawab pertanyaan tersebut, Roznai menggunakan apa yang ia sebut sebagai metode “*comparative and theoretical*”<sup>4</sup> dengan melakukan analisis komprehensif dan koheren terhadap 742 konstitusi dalam kurun tahun 1789 sampai dengan 2015. Pertaruhan utama buku ini adalah upaya membangun teori mengenai ketentuan substantif yang tidak dapat diubah (*substantive unamendability*) sehingga dapat diaplikasikan pada beragam model amandemen konstitusi di semua sistem hukum yang ada di seluruh dunia.

Berdasarkan penelusuran Roznai, terdapat tiga tipe eksistensi ketentuan yang tidak dapat diubah dalam konstitusi (*unamendable provisions*), yakni secara eksplisit, implisit, dan supra-konstitusional. Pembatasan yang bersifat eksplisit secara tegas dirumuskan dalam naskah konstitusi mengenai apa saja yang tidak dapat diubah, antara lain mengenai struktur, isi, dan karakteristik konstitusi.<sup>5</sup> Terdapat kecenderungan global di mana negara-negara mulai merumuskan *unamendable provisions* secara eksplisit dalam naskah konstitusinya. Meskipun tidak semua konstitusi merumuskan *unamendable provisions* secara eksplisit, namun setiap konstitusi pasti memiliki identitas dasar yang tidak dapat diubah melalui amandemen. Inilah yang Roznai sebut sebagai pembatasan implisit. Jika identitas konstitusi diubah, hal ini sama dengan melakukan pembentukan konstitusi baru dan tidak dapat lagi disebut sebagai amandemen konstitusi.<sup>6</sup>

Penerapan *unamendable provisions* yang bersifat implisit dapat ditemukan dalam praktik *judicial review* amandemen konstitusi di beberapa negara, mulai dari India, Pakistan, Kenya, Afrika Selatan, sampai ke Argentina, Colombia, dan Peru. Di sini, lembaga yudisial, baik mahkamah agung (*supreme court*) atau mahkamah konstitusi (*constitutional court*), mengambil peran sentral dalam melakukan interpretasi atas *unamendable provisions* dan dapat menyatakan amandemen yang dilakukan tidak konstitusional karena bertentangan dengan *unamendable provisions*. Sedangkan pembatasan supra-konstitusional merupakan pembatasan yang berada di luar dan di atas konstitusi itu sendiri, seperti yang termuat dalam

<sup>1</sup> Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendments Power* (Oxford: Oxford University Press, 2017), hlm. 1.

<sup>2</sup> *Ibid.*, hlm. 2.

<sup>3</sup> *Ibid.*, hlm. 6.

<sup>4</sup> *Ibid.*, hlm. 9.

<sup>5</sup> *Ibid.*, hlm. 10.

<sup>6</sup> *Ibid.*, hlm. 11.

teori hukum alam (*natural law*) dan hukum internasional (*international law*).<sup>7</sup> Eksistensi *unamendable provisions* inilah yang lantas menjadi alasan diadopsinya doktrin amandemen konstitusi yang inkonstitusional. Dengan kata lain, apabila amandemen bertentangan dengan *unamendable provisions*, maka perubahan atas konstitusi tersebut dapat dinyatakan inkonstitusional.

Buku ini terbagi ke dalam tiga bagian dan delapan bab. **Bagian Pertama (Part I)** membahas studi perbandingan dan menunjukkan tiga model pembatasan amandemen konstitusi. Tiga bab pertama terhimpun dalam bagian ini, mengulas: (1) ketentuan yang tidak dapat diubah secara eksplisit; (2) ketentuan yang tidak dapat diubah secara implisit; dan (3) ketentuan hukum yang bersifat supra-konstitusional. **Bagian Kedua (Part II)** berisi kajian teoretis mengenai sifat dasar dan ruang lingkup kekuasaan melakukan amandemen konstitusi yang bertujuan untuk menjelaskan ketentuan yang tidak dapat diubah. Dalam bagian ini, terdapat tiga bab yang mengulas: (4) sifat dasar kekuasaan amandemen konstitusi; (5) ruang lingkup kekuasaan amandemen konstitusi; dan (6) spektrum kekuasaan amandemen konstitusi. Terakhir, **Bagian Ketiga (Part III)** menunjukkan peran lembaga yudisial dalam menegakkan ketentuan yang tidak dapat diubah, terbagi dalam dua bab yang mengulas: (7) memahami konsep *judicial review* terhadap amandemen konstitusi; dan (8) praktik *judicial review* pengujian amandemen konstitusi.

### **Pembatasan Amandemen: *Unamendable Provisions***

Telah disinggung di atas bahwa pembatasan kekuasaan amandemen konstitusi dalam buku ini berfokus pada ketentuan substantif yang melarang dilakukannya amandemen terhadap materi-materi tertentu di dalam konstitusi. Terdapat peristilahan yang cukup beragam dalam berbagai literatur, seperti ‘*immutable*’, ‘*unchangeable*’, ‘*unalterable*’, ‘*irrevocable*’, ‘*perpetual*’, atau ‘*eternity clauses*’.<sup>8</sup> Namun, Roznai lebih nyaman menggunakan istilah ‘*unamendable*’ karena menurutnya lebih mempunyai implikasi normatif yang jelas.<sup>9</sup>

Menurut Roznai, eksistensi *unamendable provisions* mencerminkan gagasan bahwa subjek konstitusional tertentu harus dilindungi. Ketentuan ini berperan sebagai penghalang agar konstitusi tidak dapat dengan mudah dilakukan perubahan. Roznai mencatat ada beberapa alasan dirumuskannya *unamendable provisions* dalam konstitusi. *Pertama*, setiap negara ingin mempertahankan eksistensi dan identitas bangsanya. Oleh karena itu, perancang konstitusi menganggap materi muatan tertentu sangat penting bagi keberadaan dan identitas negara sehingga harus bertahan dalam waktu yang sangat lama. Keberadaan *unamendable provisions* dimaksudkan untuk, menggunakan bahasa Roznai, memberikan ‘perlindungan kedap udara’ (*hermetic protection*) yang menghalangi kemungkinan terjadinya amandemen konstitusi yang melanggar prinsip-prinsip dasar melalui prosedur mayoritas.<sup>10</sup>

Dengan kata lain, hal ini juga mencerminkan bahwa identitas negara dan karakter konstitusi tidak boleh tunduk pada golongan mayoritas. *Kedua*, konstitusi seringkali merumuskan ketentuan-ketentuan yang dapat bekerja secara linear dengan tradisi, ciri-ciri, dan budaya suatu negara yang berpotensi akan melanggar prinsip dasar dan hak-hak fundamental warga negara. Oleh karena itu, nilai-nilai material bagi tatanan konstitusional yang berfungsi membentengi potensi penyalahgunaan, terutama berdasarkan pengalaman sebelumnya, dianggap tidak dapat diubah. Di sini, Roznai merujuk Arnlod Brech yang menyarankan agar konstitusi Jerman pasca Perang Dunia Kedua memuat prinsip-prinsip dan

<sup>7</sup> *Loc. cit.*

<sup>8</sup> *Ibid.*, hlm. 16.

<sup>9</sup> *Loc. cit.*

<sup>10</sup> *Ibid.*, hlm. 17.

standar sakral tertentu yang tidak dapat diganggu gugat bahkan oleh amandemen konstitusi.

Tujuannya untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan mayoritas dengan melegitimasi tindakan yang biadab dalam konstitusi. Ketentuan yang tidak dapat diubah harus mencakup materi muatan mengenai penghormatan terhadap martabat manusia, larangan kekejaman dan penyiksaan, kesetaraan di depan hukum (*equality before the law*), dan prinsip demokrasi bahwa hukum tidak dapat digunakan untuk membenarkan tindakan diskriminasi atas dasar keyakinan dan ras.<sup>11</sup> Dalam konteks ini, gagasan *unamendable provisions* mencerminkan semacam bentuk ketidakpercayaan (*distrust*) kepada pemegang kekuasaan amandemen.

Dari 742 konstitusi yang diteliti sejak 1789 sampai 2015, Roznai melihat adanya peningkatan tren perumusan *unamendable provisions* secara eksplisit dalam konstitusi. Pada gelombang pertama konstitusionalisme, antara 1789 sampai 1944, hanya 17 persen (52 dari 306) konstitusi dunia mengadopsi *unamendable provisions* secara eksplisit. Dan pada gelombang kedua, antara 1945 sampai 1988, angka tersebut naik menjadi 27 persen (79 dari 287 konstitusi). Pada gelombang ketiga, antara 1989 sampai 2015, terdapat 54 persen (81 dari 149 konstitusi), atau lebih dari setengah konstitusi yang dibentuk/diubah dalam kurun waktu itu merumuskan *unamendable provisions* secara eksplisit. Total keseluruhan konstitusi di dunia yang menuangkan *unamendable provisions* secara eksplisit adalah 212 konstitusi atau sebesar 28 persen.<sup>12</sup>

Perumusan *unamendable provisions* secara eksplisit dalam konstitusi tidak hanya meningkat dalam angka, namun juga rumusan panjang, kompleksitas, dan detail. Roznai membagi jenis ‘ketentuan yang tidak dapat diubah’ berdasarkan struktur, isi/konten, dan karakteristiknya. Struktur *unamendable provisions* memberikan perlindungan terhadap subjek konstitusional tertentu yang tidak dapat diubah, misalnya ditemukan dalam pembatasan mengenai ‘*spirit of constitution*’ (Konstitusi Norwegia 1814), ‘*spirit of preamble*’ (Konstitusi Nepal 1990), ‘*fundamental structure of the constitution*’ (Konstitusi Venezuela 1999), atau ‘*nature and constituent element of tunamendable provisionshe state*’ (Konstitusi Ekuador 2008). Sebagian besar konstitusi merumuskan *unamendable provisions* di dalam ketentuan mengenai perubahan konstitusi, seperti Konstitusi Indonesia yang menegaskan bahwa bentuk Negara Kesatuan Republik Indonesia tidak dapat dilakukan perubahan dalam Bab XVI Perubahan Undang-Undang Dasar, Pasal 37 ayat (5).

Isi/konten *unamendable provisions* dapat diidentifikasi ke dalam lima kelompok: (1) bentuk dan sistem pemerintahan; (2) struktur politik dan pemerintahan negara; (3) ideologi dan identitas negara; (4) hak-hak dasar; dan (5) integritas bangsa dan negara. Dalam kelompok pertama, tercatat lebih dari 100 konstitusi menyatakan bentuk pemerintahan republik tidak dapat diubah. Selain itu, negara dengan bentuk monarki, monarki demokratis, monarki konstitusional, dan kerajaan demokratis juga mendapatkan jaminan perlindungan agar tidak dilakukan perubahan. Kelompok kedua memiliki komponen perlindungan yang lebih luas, seperti materi muatan mengenai struktur federal, representasi negara bagian dalam Senat, struktur unitarian, sistem bikameral, dan otonomi daerah. Prinsip-prinsip penting demokrasi juga termasuk dalam kelompok kedua, seperti pemisahaan kekuasaan (*separation of powers*), *rule of law*, independensi lembaga peradilan, dan kekuasaan *judicial review*. Ketentuan lain dalam kelompok ini merumuskan perlindungan kedaulatan rakyat dan kesinambungan pelaksanaan pemilu yang demokratis. Beberapa konstitusi menyatakan dengan tegas mengenai ketentuan batasan masa jabatan kepala negara tidak dapat diubah.

Beranjak ke kelompok ketiga, agama yang dianut sebagai ideologi resmi negara juga mendapatkan perlindungan dari amandemen. Sebagai contoh, terdapat konstitusi yang menyatakan ideologi resmi negara adalah Agama Islam atau Agama Katolik. Sebaliknya,

<sup>11</sup> *Loc. cit.*

<sup>12</sup> *Ibid.*, hlm. 19-21.

negara yang menyatakan diri sebagai negara sekuler juga menjamin *unamendable provisions* agar ketentuan tersebut tidak dapat diubah melalui amandemen. Selain agama, beberapa kontitusi secara eksplisit melarang diubahnya bentuk ideologi “sosial”, “karakter sosialis”, “keadilan sosial”, atau “dasar-dasar sosialisme”. Dalam kelompok ini meliputi juga larangan mengubah identitas kolektif negara, seperti bahasa resmi, bendera negara, lagu kebangsaan, kedudukan ibu kota negara, dan bahkan tanggal proklamasi kemerdekaan.

Kelompok keempat melindungi hak-hak dasar (*basic rights*). Termasuk dalam kelompok ini adalah hak-hak dan kebebasan fundamental warga negara serta martabat manusia. Dan yang terakhir, kelompok kelima, adalah perlindungan atas integritas bangsa dan negara, yang meliputi kesatuan nasional, teritori, serta kedaulatan dan kemerdekaan negara. Roznai mengklasifikasi lima kelompok perlindungan di atas ke dalam prinsip universal dan prinsip partikular. Prinsip universal ini bersinggungan dengan prinsip dan nilai-nilai demokrasi modern, seperti prinsip pemisahan kekuasaan dan perlindungan martabat manusia. Di sisi lain, prinsip partikular bersinggungan dengan ide-ide dan nilai-nilai yang menjadi ciri khas suatu bangsa dan negara, seperti bentuk negara, bahasa resmi, dan agama atau ideologi.<sup>13</sup>

Pembahasan terakhir dalam bagian ini menguraikan karakteristik *unamendable provisions*.<sup>14</sup> Roznai menjelaskan terdapat lima karakteristik *unamendable provisions* yang dirumuskan secara eksplisit dalam konstitusi, yaitu karakter perlindungan atau pelestarian (*preservative*), karakter perubahan (*transformative*), karakter aspirasional (*aspirational*), karakter konflikual (*conflictual*), dan karakter sebagai hasil kompromi (*bricolage*). Kelima karakter tersebut, secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama, mencerminkan dasar dirumuskannya *unamendable provisions*.

Pertanyaan selanjutnya adalah bagaimana dengan negara yang tidak merumuskan *unamendable provisions* secara eksplisit dalam naskah konstitusinya? Roznai mengemukakan bahwa selain perumusan secara eksplisit, di sisi lain juga ada kecenderungan global di mana konstitusi mengadopsi *unamendable provisions* secara implisit.<sup>15</sup> Secara teoritis, pembatasan implisit kekuasaan amandemen konstitusi didasarkan pada konsep ‘*Basic Structure Doctrine*’, *the Doctrine of Basic Features*, *basic principles*, atau *the constitutional replacement doctrine*.<sup>16</sup> Dengan demikian, di negara-negara di mana konstitusinya tidak memiliki ketentuan yang tidak dapat diubah, lembaga peradilan harus mengambil peran untuk mengidentifikasi subjek konstitusional tertentu dan menentukan seperangkat prinsip dasar konstitusi yang tidak dapat diubah melalui proses amandemen.

Contoh fenomenal mengenai implementasi doktrin ini adalah India. Meskipun Konstitusi India tidak mengakui adanya pembatasan kekuasaan amandemen, namun dalam perkara *Golaknath v. State of Punjab* (1967), Mahkamah Agung India membantalkan amandemen kontitusi 1967 dan menyatakan bahwa tidak boleh ada amandemen yang melanggar hak-hak dasar warga negara yang dinyatakan konstitusional. Selanjutnya, dalam perkara *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973), Mahkamah Agung India menyatakan bahwa kekuasaan amandemen konstitusi tidak termasuk kekuasaan untuk mengubah struktur dasar konstitusi (*the basic structure doctrine*). Pada 1980, Mahkamah Agung India memutus bahwa amandemen konsitusi 1976 inkonsitusional dan menyatakan apabila kekuasaan amandemen konstitusi yang dimiliki parlemen tidak terbatas, maka parlemen tidak lagi menjadi lembaga di bawah konstitusi, namun menjadi lembaga yang berada di atas konstitusi.

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, hlm. 26.

<sup>14</sup> *Ibid.*, hlm. 27-37.

<sup>15</sup> *Ibid.*, hlm. 69-70.

<sup>16</sup> *Ibid.*, hlm. 70.

Pengalaman di India menunjukkan bahwa pemegang kekuasaan amandemen konstitusi selalu dan harus memiliki pembatasan kekuasaan. Dalam konteks konstitusionalisme modern, berlakunya konstitusi sebagai dasar hukum yang mengikat didasarkan atas kekuasaan tertinggi atau prinsip kedaulatan yang dianut suatu negara. Jika konstitusi menganut paham kedaulatan rakyat, maka sumber legitimasi konstitusi tersebut adalah rakyat. Sumber legitimasi inilah yang memiliki kekuasaan tertinggi membentuk negara, sebagai “kekuasaan rakyat” (*constituent power*), atau kekuasaan yang berada di luar dan sekaligus di atas sistem konstitusi itu sendiri.<sup>17</sup> Dengan demikian, pemegang kekuasaan konstitutif (*constituted power*), sebagai pemegang mandat dari “kekuasaan rakyat” (*constituent power*), telah dan selalu memiliki kekuasaan yang terbatas. Berdasarkan kajian empiris dan komparatif terhadap 742 konstitusi di dunia, Roznai kemudian beranjak melakukan kajian normatif dengan mengelaborasi konsep *constituent power*, *constituted power*, dan teori delegasi sebagaimana akan diuraikan lebih lanjut dalam pembahasan berikut ini.

### ***Constituent Power, Constituted Power, dan Teori Delegasi***

Sebelum menentukan batasan-batasan dari kekuasaan amandemen konstitusi, Roznai memeriksa terlebih dahulu mengenai sifat-sifat dasar kekuasaan tersebut. Hipotesis tentang *unamendable provisions* harus berakar pada perbedaan kekuasaan negara dan hubungan antara institusi pemerintah dan “rakyat” (“*the people*”).<sup>18</sup> Oleh karena itu, titik berangkat Roznai adalah dengan melacak asal usul terbentuknya kekuasaan amandemen konstitusi melalui pintu masuk konsep “kekuasaan rakyat” (*constituent power*) dan kekuasaan konstitutif (*constituted power*). Bagi Roznai, teori konstitusi dimulai dari pembedaan yang dibuat Sieyes mengenai *constituent power* dan *constituted power*. Bersama Carl Schmitt dan lainnya, Roznai menafsirkan bahwa *constituted power* bersifat subordinasi terhadap *constituent power*. Lebih lanjut, Roznai menulis:<sup>19</sup>

*Constituted powers are legal powers, or competence, derived from the constitution and limited by it. They [constituted power] owe their existence to the constituent power and depend on it; thus, constituent power is superior to them [constituted power]. In contrast to constituted power, constituent power manifest unlimited power, at least in the sense that it is not bound by previous constitutional rules and procedures.*

Sebagaimana telah disinggung di atas, pemilik *constituent power* adalah rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi. Oleh karena itu, penulis menggunakan istilah “kekuasaan rakyat” untuk menerjemahkan *constituent power*. “Kekuasaan rakyat” adalah kekuasaan yang membentuk konstitusi dan meregulasi kekuasaan konstitutif (*constituted power*), seperti lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif, untuk mengatur jalannya politik negara. Lantas, di manakah yurisdiksi konseptual kekuasaan amandemen konstitusi? Jika kekuasaan amandemen diletakkan sebagai *constituent power*, maka kekuasaannya tidak terbatas. Implikasinya adalah pemegang kekuasaan amandemen dapat melakukan perubahan apapun terhadap konstitusi sehingga konsep *unamendable provisions* menjadi tidak relevan atau bahkan tidak perlu ada sama sekali. Sebaliknya, jika kekuasaan amandemen adalah domain *constituted power*, maka, seperti lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif, kekuasaan ini adalah subjek konstitusional yang memiliki kekuasaan terbatas. Akan tetapi, kekuasaan amandemen memiliki karakteristik yang unik. Di satu sisi kekuasaan ini memiliki kewenangan istimewa, yakni membentuk konstitusi melalui proses amandemen—menyaru

<sup>17</sup> Lih. Brian Thompson, *Textbook on Constitutional and Administrative Law*, Edisi Ketiga (London: Blackstone Press Ltd., 1997), hlm. 5.

<sup>18</sup> Yaniv Roznai, *Op. cit.*, hlm. 105.

<sup>19</sup> *Ibid.*, hlm. 109

sebagai *constituent power*—namun sekaligus di sisi lain sebagai subjek konstitusional yang kekuasaannya terbatas—sebagai *constituted power*. Roznai berkesimpulan bahwa secara konseptual kekuasaan amandemen konstitusi tidak kompatibel jika diletakkan dalam domain konsep *constituent power* atau *constituted power* karena sifatnya yang multifaset. Dengan kata lain, kekuasaan ini merupakan kekuasaan *sui generis* atau spesies tersendiri.<sup>20</sup>

Merujuk beberapa pemikiran ahli hukum terdahulu, mulai dari Giorgio Agamben dan Carl Schmitt sampai dengan A.V. Dicey dan Max Radin, Roznai mengemukakan bahwa kekuasaan amandemen adalah “kekuasaan rakyat sekunder” (*secondary constituent power*) yang memperoleh delegasi dari “kekuasaan rakyat primer” (*primary constituent power*).<sup>21</sup> Roznai menggunakan analogi hubungan prinsipal dan agen untuk menjelaskan konsep delegasi yang ia sodorkan. Sebagai agen, *secondary constituent power* bertindak atas nama prinsipalnya (“rakyat”) dan kekuasaannya dibatasi prosedur dan substansi yang ditetapkan oleh si prinsipal.<sup>22</sup> Lebih lanjut, Roznai mengungkapkan:<sup>23</sup>

*Since the amendments power is delegated, it ought to be regarded as acting as the trustee of the 'the poople' in their original constituent power. True, it has the 'supreme' amendment power, but it is only a fiduciary power to act for certain ends.*

Jika proposal teori delegasi Roznai diterima, maka konsep demokrasi konstitusional harus dipahami kembali. Alih-alih mengadopsi konsepsi demokrasi dua jalur, yang mana proses legislasi secara umum berjalan di jalur biasa dan “rakyat” (“*the people*”) muncul pada momen krusial di jalur yang lebih tinggi untuk memberlakukan perubahan konstitusi, Roznai mengajukan “demokrasi tiga jalur” (“*three-track democracy*”).<sup>24</sup> Jalur ketiga—jalur amandemen—merupakan alternatif di antara dua jalur lainnya dan berfungsi sebagai “*an ordinary track of constitutional politics*” di mana *secondary constituent power* dijalankan.<sup>25</sup> Berbeda dengan jalur *primary constituent power* yang tidak terikat oleh aturan konstitusi, jalur amandemen harus berjalan sesuai dengan aturan yang diterapkan oleh *primary constituent power*, sebagai wali rakyat (*trustee of the people*).<sup>26</sup> Dalam pengertian ini, jalur amandemen, sebagaimana jalur legislasi pada umumnya, berfungsi dalam batas-batas yang ditetapkan oleh *primary constituent power* dan bertanggung jawab kepada “rakyat”. Yang membedakan antara kekuasaan amandemen dan kekuasaan legislasi adalah kekuasaan amandemen membutuhkan pertimbangan dan konsensus yang lebih luas untuk bertindak, dan kekuasaannya mampu mengubah kerangka konstitusi di mana kekuasaan legislatif dibentuk.

Dalam “demokrasi tiga jalur” ini, paradoks *unamendable provisions* dapat diatasi. *Primary constituent power* dapat merumuskan ketentuan konstitusional tertentu yang tidak dapat diubah dan oleh karena itu di luar batas yang didelegasikan kepada *secondary constituent power*. Namun, *unamendable provisions* tidak berisifat permanen. “Rakyat” sebagai pemilik *primary constituent power* dapat mengembalikan dan membatalkan ketentuan yang tidak dapat diubah jika perlu, tetapi kondisi ini hanya dapat terjadi pada momen perubahan konstitusi yang luar biasa, dan tidak melalui prosedur amandemen pada umumnya.

Konsekuensi paling penting dari diadopsinya teori delegasi adalah *unamendable provisions* menjadi ciri penting konstitusionalisme. Menurut teori delegasi, pembatasan amandemen melekat secara inheren pada kekuasaan amandemen itu sendiri. Semua

<sup>20</sup> *Ibid.*, hlm. 113.

<sup>21</sup> *Ibid.*, hlm. 113-117.

<sup>22</sup> *Ibid.*, hlm. 119-120.

<sup>23</sup> *Ibid.*, hlm. 119.

<sup>24</sup> *Ibid.*, hlm. 127-128.

<sup>25</sup> *Ibid.*, hlm. 127.

<sup>26</sup> *Ibid.*, hlm. 133.

kekuasaan amandemen terbatas, bahkan jika konstitusi diam terhadap *unamendable provisions*, karena semua konstitusi mencerminkan prinsip-prinsip politik-filosofis yang membentuk substansi dasar, esensi, dan spirit konstitusi.<sup>27</sup> Kekuasaan amandemen juga tidak dapat mengubah hierarki nilai-nilai konstitusional<sup>28</sup> atau merusak identitas konstitusi.<sup>29</sup> Apabila amandemen konstitusi merusak prinsip dasar dan identitas konstitusi, maka tindakan tersebut tidak dapat lagi disebut sebagai amandemen konstitusi. Di sini, pemegang kekuasaan amandemen sebagai agen telah melanggar batasan-batasan yang telah ditetapkan oleh “rakyat” sebagai prinsipal.

Bagian terakhir teori delegasi lebih bersifat praktikal. Roznai mendukung “pendekatan eskalator” (*escalator approach*) dalam naskah konstitusi, di mana tingkat kesulitan untuk mengubah ketentuan konstitusional harus sesuai dengan urgensi ketentuan tersebut.<sup>30</sup> Dengan demikian, pasal-pasal yang berisi prinsip-prinsip dasar konstitusi seharusnya menjadi yang paling sulit diubah. Roznai memberikan contoh beberapa konstitusi memerlukan referendum langsung untuk mengubah prinsip-prinsip tertentu atau bahkan merevisi konstitusi seluruhnya akan tetapi menerapkan persyaratan yang tidak terlalu berat untuk melakukan amandemen biasa.<sup>31</sup> Roznai lebih lanjut berpendapat bahwa prosedur amandemen harus lebih partisipatif, misalnya melalui mekanisme referendum.<sup>32</sup> Prosedur ini lebih mendekati konsep *primary constituent power* karena melibatkan rakyat secara langsung dan oleh karenanya memiliki legitimasi yang lebih besar untuk melakukan amandemen konstitusi.

Kekuasaan amandemen konstitusi dan *unamendable provisions* juga harus dipahami dalam spektrum yang melibatkan perancang konstitusi dan hakim. Untuk perancang konstitusi, Roznai menganjurkan bahwa ketentuan mengenai prinsip-prinsip dasar konstitusi dapat diubah melalui “*a more participatory process that is time-consuming, deliberative, and inclusive*,” sedangkan prinsip-prinsip non-fundamental harus lebih mudah diubah.<sup>33</sup> Untuk hakim, Roznai mengusulkan agar kekuasaan menguji amandemen diterapkan berbanding terbalik dengan kekakuan proses amandemen.<sup>34</sup> Dengan demikian, *judicial restraint* (sikap menahan diri) diperlukan ketika amandemen konstitusi telah dilakukan melalui proses deliberatif yang melibatkan banyak aktor institusional dan mendekati konsep *primary constituent power*. Sebaliknya, kekuasaan menguji amandemen perlu ditingkatkan jika proses amandemen mirip dengan proses legislasi pada umumnya.

Teori delegasi berpuncak pada pertanyaan mengenai *judicial review*. Bagi Carl Schmitt, presiden adalah penjaga konstitusi (*guardian of the constitution*), namun Roznai, mengikuti Hans Kelsen, berpendirian bahwa penjaga konsitusi adalah lembaga peradilan.<sup>35</sup> Akan tetapi, apakah Mahkamah Agung atau Mahkamah Konstitusi harus juga menguji amandemen konstitusi? Roznai berpendapat bahwa semua alasan standar untuk melakukan *constitutional review* juga berlaku dalam kasus amandemen.<sup>36</sup> Pada akhirnya, *constitutional review* terhadap proses amandemen bertujuan untuk melindungi *primary constituent power* dan demokrasi konstitusi itu sendiri. Ketika Mahkamah Agung atau Mahkamah Konstitusi menegakkan *unamendable provisions* dan menyatakan suatu amandemen inkonstitusional,

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, hlm. 143.

<sup>28</sup> *Ibid.*, hlm. 144.

<sup>29</sup> *Ibid.*, hlm. 148.

<sup>30</sup> *Ibid.*, hlm. 162.

<sup>31</sup> *Ibid.*, hlm. 165.

<sup>32</sup> *Ibid.*, hlm. 168-174.

<sup>33</sup> *Ibid.*, hlm. 175.

<sup>34</sup> *Loc. cit.*

<sup>35</sup> *Ibid.*, hlm. 181 dan 186.

<sup>36</sup> *Ibid.*, hlm. 180-186.

sejatinya hakim sedang melindungi, bukan melawan, kepentingan “rakyat”.<sup>37</sup> Hal itu tidak mengarah pada penguatan rezim pemerintahan oleh hakim (*gouvernement des juges*), karena “rakyat” selalu dapat mengaktifkan kembali *primary constituent power* mereka untuk mengesampingkan lembaga peradilan.

Penerapan *judicial review* atau *constitutional review* harus didasarkan pada teori prinsip-prinsip konstitusional, yang dikembangkan melalui pembacaan holistik atau penafsiran struktural terhadap konstitusi sebagai keseluruhan yang koheren.<sup>38</sup> Meskipun standar ini sangat kabur, namun Roznai berharap sifat keterbukaan mampu merangsang wacana publik. Sejauh pertanyaan praktis yang penting menyangkut apakah *unamendable provisions* sepenuhnya tidak dapat diganggu-gugat atau hanya melindung prinsip dasar, Roznai mengacu pada spektrum kekuasaan amandemen konstitusi<sup>39</sup> dan berpendapat bahwa:<sup>40</sup>

*the more the amendment is the product of multi-procedural, inclusive, and deliberative popular amendment powers, which enjoy a very high degree of democratic legitimacy and minimize risks of misuses, the less intensive the judicial review of amendments should be, and vice versa.*

## Kesimpulan

Kekuasaan *judical review* atau *constitutional review* terhadap pembatalan amandemen konstitusi, termasuk fenomena amandemen konstitusi yang inkonstitusional, saat ini bukan lagi berada di tataran teoretis, namun eksistensinya sudah dipraktikkan di banyak negara. Bahkan diadopsinya doktrin amandemen konstitusi yang inkonstitusional atau pembatasan kekuasaan amandemen konstitusi memiliki kecenderungan yang meningkat secara global. Peningkatan ini dapat dilihat sebagai efek dari meningkatnya tren konstitusionalisme dunia. Jika kita mengakui konstitusionalisme sebagai sistem hukum yang lebih tinggi, maka demokrasi mayoritas harus berkomitmen pada prinsip pembatasan kekuasaan oleh hukum, sehingga batasan-batasan hukum tidak dapat disebut sebagai produk hakim atau lembaga peradilan, namun konsekuensi yang timbul dari konsep pembatasan kekuasaan. Dengan demikian, kekuasaan amandemen konstitusi harus juga dibatasi seperti cabang kekuasaan lain dalam skema konstitusional.

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, hlm. 193.

<sup>38</sup> *Ibid.*, hlm. 215.

<sup>39</sup> *Ibid.*, hlm. 219.

<sup>40</sup> *Ibid.*, hlm. 219-220.